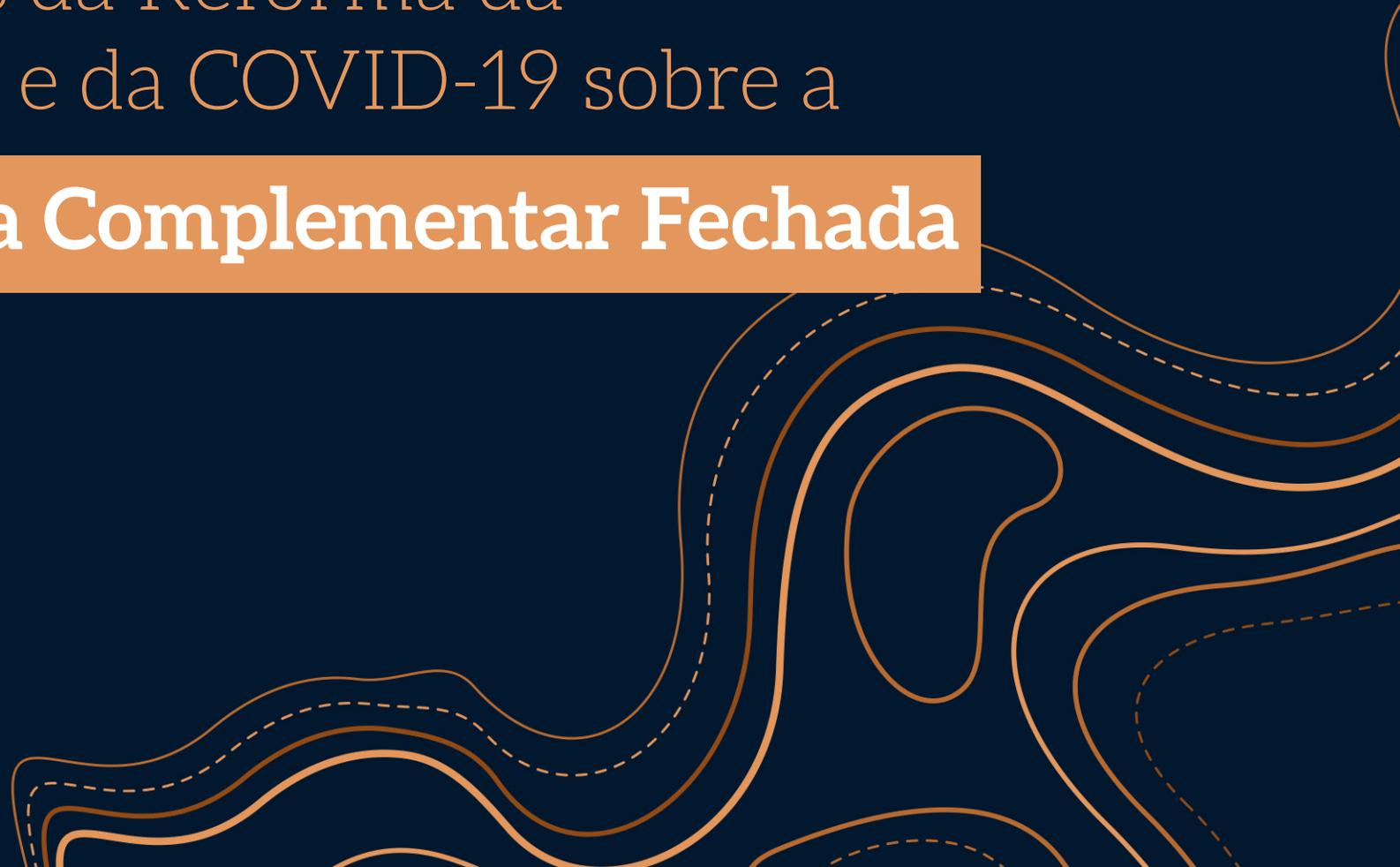




e-Book

Os impactos da Reforma da  
Previdência e da COVID-19 sobre a

# Previdência Complementar Fechada





COMISSÃO TÉCNICA DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP

e-Book

Os impactos da Reforma da  
Previdência e da COVID-19 sobre a

**Previdência Complementar Fechada**

NOVEMBRO/2020

 ABRAPP

## 4. MENSAGEM

## 5. APRESENTAÇÃO

## 6. REFORMA DA PREVIDÊNCIA

- 7. IMPACTOS DA EC Nº 103/2019 PARA ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: COMPARATIVO DAS PROPOSTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PARA SERVIDORES PÚBLICOS EM ENTIDADES ABERTAS E FECHADAS
- 26. IMPACTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 NO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS E A EDIÇÃO DO GUIA DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR
- 41. NATUREZA JURÍDICA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR COM PATROCÍNIO PÚBLICO
- 72. O AUMENTO DA RESPONSABILIDADE DOS INDIVÍDUOS NA FORMAÇÃO DA POUPANÇA PREVIDENCIÁRIA OFICIAL E COMPLEMENTAR
- 90. REFLEXÕES SOBRE A REDAÇÃO DO § 15 DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL TRAZIDA PELA EC Nº 103/2019 SOB A ÓTICA DO FOMENTO E VIÉS TRIBUTÁRIO PARA A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA

## 111. COVID-19

- 112. IMPACTOS DA COVID-19 NOS CONTRATOS DE NATUREZA CIVIL
- 129. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NA ERA DIGITAL X COVID-19
- 155. IMPORTÂNCIA DA QUALIFICAÇÃO DOS DIRIGENTES DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PARA TOMADA DE DECISÕES
- 172. PLANO DE EQUACIONAMENTO DE DÉFICIT - MATÉRIA DE ORDEM COGENTE QUE VISA A SOLUÇÃO DO DESEQUILÍBRIO ATUARIAL DE UM PLANO DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADO POR ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. REGRA MANDATÓRIA DE COMPARTILHAMENTO DO RESULTADO DEFICITÁRIO INCIDIDO NO PLANO ENTRE ATIVOS, ASSISTIDOS E O PATROCINADOR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE O PATROCINADOR PÚBLICO OU PRIVADO ASSUMIR A INTEGRALIDADE DO DÉFICIT, PRINCIPALMENTE O REGIDO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 108/2001. IMPACTOS DA COVID-19. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DE REGRA JÁ ESTABELECIDADA.



*As Comissões Técnicas da Abrapp são verdadeiro celeiro de ideias e trocas de experiências, constituindo importante núcleo de inteligência do nosso Sistema.*

Muito tem sido produzido por estes profissionais e o presente e-book materializa a contribuição da Comissão Técnica de Assuntos Jurídicos da Abrapp, em artigos de autoria de representantes em suas 6 bases regionais sobre questões atuais e contemporâneas da maior relevância: Reforma da Previdência e Covid-19.

Sob a coordenação do Dr. Luiz Fernando Brum, a capacidade e dedicação dos autores materializaram obra de alto valor doutrinário, a qual, sem perder a tecnicidade é de fácil compreensão para militantes na área jurídica e também para dirigentes, conselheiros e demais profissionais das entidades fechadas de previdência complementar.

Temos certeza que essa obra se tornará objeto de leitura/consulta obrigatória.

Aos autores nossa gratidão pela valiosa e perene contribuição ao regime de previdência complementar.

Por essas razões, sentimos prazer em disponibilizar esse e-book para toda a comunidade que atua no segmento, e, pela oportunidade, não poderia deixar de registrar meus agradecimentos pelo apoio incondicional e fundamental da Abrapp nas pessoas do Drs. Luis Ricardo Martins, Devanir Silva e Ana Paula Peralta.

**Jarbas de Biagi**  
*Diretor Executivo responsável pela área de  
gestão de Assuntos Jurídicos da Abrapp*

*“De todos os infortúnios que afligem a humanidade, o mais amargo é que temos de ter a consciência de muito e controle de nada” (Heródoto)*

A previdência complementar fechada (e não só ela) foi fortemente impactada, nos últimos doze meses, por dois relevantes fatos de dimensões históricas.

O primeiro foi a reforma da previdência, de âmbito nacional, previsível e imprescindível para a busca do almejado equilíbrio das contas públicas do País.

O segundo, a nefasta pandemia do Covid-19, que, de forma repentina, assolou o mundo, ceifando vidas e causando severos danos em todos os setores das sociedades.

Enquanto na reforma da previdência, ainda que dentro das limitações impostas no processo político/legislativo, o nosso setor pôde participar ativamente nas discussões travadas no Congresso Nacional, embora muitas das contribuições apresentadas, infelizmente, não tenham sido acolhidas na Emenda Constitucional nº 103, já na pandemia fomos surpreendidos e obrigados a promover mudanças drásticas e urgentes em todas as nossas atividades.

Se, muitas vezes, como disse Heródoto, não temos controle dos fatos, podemos, ao menos, analisar e avaliar os seus reflexos, buscando, pelo conhecimento, nos adequar da melhor forma e minimizar os impactos negativos.

E foi com esse objetivo precípua que as Comissões Técnicas de Assuntos Jurídicos da ABRAPP, colegiados integrados por valorosos advogados que militam na defesa e pelo fortalecimento da previdência complementar fechada, debruçaram-se, com o olhar jurídico, sobre aqueles dois eixos temáticos, tendo, desse labor, sido produzidos nove artigos.

A atualidade e a relevância daquelas questões, o conhecimento e a experiência dos autores e a excelência dos artigos confeccionados, certamente, tornam recomendável a leitura do trabalho, que tive o privilégio de coordenar com o fundamental apoio do Dr. Jarbas de Biagi (Diretor Jurídico da ABRAPP), editado no formato adequado para esse momento que vivemos (e-book).

**Luiz Fernando Brum**

*Coordenador deste e-book*

*Secretário do Colégio de Coordenadores da  
Comissão de Assuntos Jurídicos da Abrapp*



# REFORMA DA PREVIDÊNCIA



**IMPACTOS DA EC N° 103/2019  
PARA ENTIDADES DE  
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR:  
COMPARATIVO DAS PROPOSTAS  
DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR  
PARA SERVIDORES PÚBLICOS EM  
ENTIDADES ABERTAS E FECHADAS**

**COMISSÃO TÉCNICA NORDESTE DE  
ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP**

## COMISSÃO TÉCNICA NORDESTE DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP

**AUTORES**

### **COORDENADORA TITULAR**

Patricia Bressan Linhares Gaudenzi (ABRAPP)

### **COORDENADOR SUPLENTE**

Francisco Ponciano de Oliveira Junior (CAPEF)

### **MEMBROS**

Antonio Eric Freire Apoliano (FAELCE)

Euclides Gomes da Silva Neto (CELPOS)

Maria Cecília Souto Maior da FôNSECA (COMPESAPREV)

## INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 103/2019, entrou em vigor no dia 13 de novembro de 2019, alterando significativamente o sistema e as regras do Regime Geral de Previdência Social - RGPS e do Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, mas gerando reflexos importantes para o Regime da Previdência Complementar.

Isto porque, com a nova redação dada ao § 15, do art. 40 da Carta Magna, a Emenda Constitucional nº 103/2019 passou a prever a possibilidade de adoção da previdência complementar pelos entes federativos, mediante Lei Complementar, quer por contratação de plano administrado por entidade aberta de previdência complementar - EAPC ou entidade fechada de previdência complementar - EFPC, acarretando implicações diversas como a seguir comentado.

## 1. ESTRUTURA SOCIETÁRIA E FINANCEIRA

Inicialmente, cumpre lembrar que a Lei 6.435/1977 dispunha, em seu art. 5º, que as entidades de previdência privada poderiam estar organizadas na forma de sociedades anônimas, quando tivessem fins lucrativos, e na forma de sociedade civil ou fundação, quando sem fins lucrativos, tanto para entidades abertas como para fechadas. Vale dizer, o elemento distintivo dizia respeito apenas à finalidade lucrativa ou não da entidade.

Nada obstante a “ausência” de relação direta, a prática nos mostrou que as entidades fechadas de previdência complementar, que foram instituídas na vigência da Lei 6.435/1977, por não terem finalidade lucrativa, adotaram a forma de fundação como organização societária majoritária.

Acompanhando a realidade prática, a Lei Complementar nº 109/2001, que revogou em todos os termos a Lei 6.435/1977, trouxe a especificação da forma societária a ser adotada pelas entidades abertas e fechadas de previdência complementar. Nesse aspecto, a Lei Complementar 109/2001, dispõe da seguinte forma a respeito das entidades fechadas e abertas:

**Art. 31.** As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empre-

sas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e

II - aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

§ 1o As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

(...)

**Art. 36.** As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

Assim, houve uma vinculação, especificando como devem ser formadas, do ponto de vista societário, as entidades abertas e fechadas de previdência complementar, sendo aquelas obrigatoriamente na forma de sociedades anônimas e estas últimas como sociedades civis ou fundações.

Nesse ponto, cabe a ressalva realizada pelo professor Arthur Bragança de Vasconcelos Weintraub em seu livro *Previdência*

1 Art. 5º As entidades de previdência privada serão organizadas como:  
I - sociedades anônimas, quando tiverem fins lucrativos;  
II - sociedades civis ou fundações, quando sem fins lucrativos.

Privada: Doutrina e Jurisprudência, onde ele lecionou:

“A possibilidade de organização das entidades fechadas por meio da figura de sociedade civil sem fins lucrativos não é mais juridicamente viável, diante da sistemática do Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Isto porque não há previsão de sociedade civil sem finalidade lucrativa. Logo, todas as entidades fechadas devem ser organizadas sob a forma de fundação (por definição não pode ter fins lucrativos – apenas altruístas e filantrópicos).”<sup>2</sup>

Portanto, atualmente, a organização societária das entidades abertas de previdência deve ser na forma de sociedades anônimas e as entidades fechadas devem ser organizar na forma *sui generis*, sem fins lucrativos.<sup>3</sup>

Partindo para a análise da estrutura financeira destas entidades, temos que o assunto é complementar a questão societária, pois os reflexos financeiros são decorrentes da estruturação empresarial.

Como já descrito acima, as entidades fechadas de previdência complementar, instituídas na forma de fundações, não possuem

finalidade lucrativa. Em outras palavras, visam apenas gerir os recursos oriundos dos participantes, patrocinadores ou instituidores. Desta forma, a estrutura financeira das entidades fechadas, tem o condão apenas de administrar recursos de terceiros, possibilitando a maior rentabilidade possível aos valores ali alocados, devolvendo-os, futuramente, na forma de pagamento de benefícios.

Por outro lado, nas entidades abertas de previdência privada, cujo intuito, proveniente da própria formação societária, possui finalidade lucrativa – apesar de muitas vezes possuir um objetivo similar aos das entidades fechadas, qual seja, administrar recursos de terceiros - auferir lucro para realizar suas atividades.

A própria Lei 6.404/1976, que regulamenta as sociedades anônimas, estabelece em seu art. 2º<sup>4</sup> que “*pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário a Lei, à ordem pública e aos bons costumes.*” E o parágrafo primeiro do mesmo artigo complementa: “*qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil, e se rege pelas leis e usos do comércio.*”

Da simples leitura dos trechos da legislação citada acima, notamos que as sociedades anônimas possuem clara natureza comer-

2 Previdência Privada: Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 94.

3 À época da edição do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), a Secretaria de Previdência Complementar emitiu a Portaria SPC nº 2, de 09/01/2004, assegurando a subsistência de ambas a formas societárias para as EFPC.

4 Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.



cial, visando à lucratividade de suas atividades, inclusive quando se trata de administração de planos previdenciários.

Tal situação é corroborada quando vemos que muitas dessas entidades abertas de previdência são vinculadas a bancos públicos ou privados, ou até mesmo são administradas por sociedades seguradoras. Mas todas essas características concedem a esse tipo de estrutura uma flexibilidade e abertura ao mercado, permitindo que essas companhias atinjam um público expressivo e, por vezes, diverso das entidades fechadas.

A respeito do assunto, em lição emblemática de obra coordenada por Wagner Balera, temos a síntese perfeita do que vêm a ser as entidades abertas, nas seguintes palavras: *“as sociedades anônimas, conforme já declinado, perseguem lucro, operando planos de benefícios previdenciários através do mutualismo, embora mais brando, mas muito semelhante ao securitário”*.<sup>5</sup>

## 2. MODELAGEM DOS PLANOS

Também quanto aos tipos de planos operados e oferecidos pelas entidades de previdência complementar, diversos são os aspectos que merecem atenção quando comparadas as propostas de poupança previdenciária por meio de fechadas e abertas, sob a ótica da sua operacionalização e as condições contratuais permitidas.

Segundo a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, os planos de benefícios deverão atender a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial, e transparência, devendo o regulamento do plano de benefícios refletir, “em linguagem simples e precisa”, as suas características (arts. 7º e 10).

Os planos de benefícios da previdência complementar podem inserir-se basicamente nas seguintes modalidades: benefício definido, contribuição definida e contribuição variável.

O benefício definido proporciona ao participante um valor prévio do benefício de aposentadoria, em que no momento da adesão é fixado o nível do benefício em função do tempo de serviço ou do salário médio da pessoa. Fábio Zambitte Ibrahim, explica que:

Este sistema tem uma melhor aceitação, pois possibili-

ta, de imediato, ao participante verificar qual será seu rendimento futuro. Todavia, sua manutenção é complexa, pois a entidade terá de conceder tal valor, mesmo que os rendimentos do capital aplicado tenham sido inferiores ao esperado, quando da constituição do plano. Por isso, afirma-se ser este plano inseguro do ponto de vista atuarial.

Na modalidade de contribuição definida, ao contrário do benefício definido, não tem o valor da prestação preestabelecida, mas somente a contabilização das contribuições a serem feitas pelo participante e, normalmente, pelo patrocinador.<sup>6</sup>

Já a contribuição variável tem sua definição do artigo 4º da Resolução CGPC nº 16, de 2005: “*entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição variável aquele cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido*”, tendo como objetivo de reduzir o risco financeiro de cada espécie de plano.

Quer sejam os planos operados por entidades fechadas ou abertas, porém, vale lembrar que a relação jurídica surge da adesão a um pacto previdenciário coletivo fundado na vontade das par-

6 O doutrinador Fábio Zambitte Ibrahim, explica que “Apesar do desconhecimento do valor que será pago no futuro, é este o sistema preferido dos especialistas na área, já que traz maior garantia de equilíbrio financeiro e atuarial ao sistema, uma vez que a prestação a ser efetuada levará em consideração os valores pagos e os rendimentos efetivamente existentes à época, e não dentro de uma previsão aproximada, quando da entrada no plano”.

tes, à luz do disposto no art. 202, da Carta Magna.<sup>7</sup>

A Constituição criou bases gerais obrigatórias para os planos de previdência complementar privados, fixando sua estrutura (como regime autônomo em relação ao regime geral da previdência social, de caráter facultativo e contributivo) e estabelecendo direitos dos participantes (recebimento do benefício contratado, pleno acesso às informações sobre a gestão dos recursos e o não cômputo das contribuições do empregador na remuneração devida em razão do contrato de trabalho).

Na Lei Complementar nº 109/2001 restam definidos os papéis dos agentes do setor – entidades, Estado e contratantes (participantes e patrocinadores) –, os princípios, condições mínimas de estruturação dos planos de benefícios, direitos dos participantes e deveres e responsabilidades das entidades de previdência complementar e de seus dirigentes, a instituição das entidades e o exercício da atividade de administrar planos de benefícios, dos critérios gerais para o custeio dos benefícios, bem como da fiscalização e imposição de regime disciplinar repressivo.

A referida lei complementar não determina, como não poderia, a relação exaustiva de benefícios a serem assegurados pelos planos, tampouco o seu valor e forma de atualização. Isto porque, como é próprio deste regime o caráter privado, a definição destes elementos deve ser efetivada contratualmente, em manifestação expressa da vontade das partes contratantes.

A este respeito, extrai-se da obra de coordenação de Wagner Balera:

“As partes podem decidir, desde que capazes para contratar, sem qualquer tutela, a extensão, os limites e os efeitos do negócio jurídico que engendram entre elas e que somente a elas diz respeito.

Ao definir, pois, o negócio previdenciário privado como contrato, a Superlei já imprime os lineamentos que reverterão, sob o império da autonomia privada, o comportamento humano, no particular.

7 Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.  
 § 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.  
 § 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.  
 § 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.  
 § 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de planos de benefícios previdenciários, e as entidades de previdência complementar.  
 § 5º A lei complementar de que trata o § 4º aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de planos de benefícios em entidades de previdência complementar.  
 § 6º Lei complementar estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência complementar instituídas pelos patrocinadores de que trata o § 4º e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

É evidente que a lei, ao estabelecer a tipologia contratual previdenciária, definirá, com caráter genérico e abstrato, os termos do negócio privado. A lei é, sempre, a fonte das obrigações.

Digamos, explicando melhor, que a lei definirá os elementos externos do negócio previdenciário, deixando ao talante das partes a manifestação da vontade contratual que afeiçoa o arquétipo genérico legalmente estabelecido ao querer que justificou a avença.”<sup>8</sup>

Com efeito, o negócio jurídico da previdência complementar privada, de contratação livre pelas partes, deverá prever os benefícios previdenciários contratados e todas as demais condições de sua efetivação, uma vez que a Lei Complementar nº 109/2001 conferiu autonomia às entidades de previdência privada e aos indivíduos para fixação das obrigações a serem reciprocamente assumidas, observado o arquétipo genérico por ela estabelecido para benefícios contratados e o seu respectivo custeio.

Contudo, pela disciplina legal, as entidades de previdência complementar somente poderão instituir e operar planos de benefícios “para os quais tenham autorização específica, segundo as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador”, nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável ou “outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar” (art. 7º, parágrafo único).

Nos planos de benefícios operados por entidades abertas de previdência complementar, a SUSEP – Superintendência de Seguros Privados prevê modelagens previamente definidas<sup>9</sup>, a saber:

#### PGBL - PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE

Os planos denominados (sob a sigla) PGBL, durante o período de diferimento, terão como critério de remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder, a rentabilidade da carteira de investimentos do FIE no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável.

A apuração de resultados financeiros à época de concessão do benefício é facultativa, podendo ser utilizado o mesmo FIE do período de diferimento. O percentual de reversão de resultados financeiros estará previsto no regulamento. (...)

#### PGBL PROGRAMADO - PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE PROGRAMADO

Os planos denominados (sob a sigla) PGBL Programado, durante o período de diferimento, terão como critério de remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder, a rentabilidade da carteira de investimentos do FIE no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade

8 Comentários à Lei de Previdência Privada, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 19/20.

9 <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#tipodeplano>

dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável.

Os planos PGBL Programado oferecerão a possibilidade de contratação, durante o período de diferimento, de pagamentos financeiros programados, na forma definida no Regulamento e na Nota Técnica Atuarial.

A apuração de resultados financeiros à época de concessão do benefício é facultativa, podendo ser utilizado o mesmo FIE do período de diferimento. O percentual de reversão de resultados financeiros estará previsto no regulamento.

(...)

#### PLANO PREVIDÊNCIA VIDA PLANEJADA

Os planos PGBL e PGBL Programado podem prever, desde que definido no momento da contratação, FIE associado ao plano com percentual decrescente de exposição a investimentos com maior risco, especialmente em ativos de renda variável, durante o período de diferimento. (...)

#### PRGP - PLANO COM REMUNERAÇÃO GARANTIDA E PERFORMANCE

Os planos denominados (sob a sigla) PRGP garantirão, durante o período de diferimento, remuneração dos recursos da provisão matemática de benefícios a con-

ceder, POR TAXA DE JUROS EFETIVA ANUAL E ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DE VALORES, os quais deverão estar previstos em seu regulamento.

DURANTE O PERÍODO DE DIFERIMENTO, HAVERÁ APURAÇÃO DE RESULTADOS FINANCEIROS. O PERCENTUAL DE REVERSÃO DE RESULTADOS FINANCEIROS ESTARÁ PREVISTO NO REGULAMENTO E NÃO PODERÁ SER INFERIOR A 50%.

A apuração de resultados financeiros à época de concessão do benefício é facultativa, podendo ser utilizado o mesmo FIE do período de diferimento. O percentual de reversão de resultados financeiros estará previsto no regulamento. (...)

#### PAGP - PLANO COM ATUALIZAÇÃO GARANTIDA E PERFORMANCE

Os planos denominados (sob a sigla) PAGP garantirão, durante o período de diferimento, atualização dos recursos da provisão matemática de benefícios a conceder, POR ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DE VALORES, o qual estará previsto em Regulamento.

DURANTE O PERÍODO DE DIFERIMENTO, HAVERÁ APURAÇÃO DE RESULTADOS FINANCEIROS. O PERCENTUAL DE REVERSÃO DE RESULTADOS FINANCEIROS ESTARÁ PREVISTO EM REGULAMENTO E NÃO PODERÁ SER INFERIOR A 50%.

A apuração de resultados financeiros à época de concessão do benefício é facultativa, podendo ser utilizado o mesmo FIE do período de diferimento. O percentual de reversão de resultados financeiros estará previsto em regulamento. (...)

#### PRSA - PLANO COM REMUNERAÇÃO GARANTIDA E PERFORMANCE SEM ATUALIZAÇÃO

Os planos denominados (sob a sigla) PRSA garantirão, durante o período de diferimento, remuneração dos recursos da provisão matemática de benefícios a conceder, POR ÍNDICE DE JUROS, o qual estará previsto em Regulamento.

DURANTE O PERÍODO DE DIFERIMENTO, HAVERÁ APURAÇÃO DE RESULTADOS FINANCEIROS. O PERCENTUAL DE REVERSÃO DE RESULTADOS FINANCEIROS ESTARÁ PREVISTO EM REGULAMENTO E NÃO PODERÁ SER INFERIOR A 95%.

A apuração de resultados financeiros à época de concessão do benefício é facultativa, podendo ser utilizado o mesmo FIE do período de diferimento. O percentual de reversão de resultados financeiros estará previsto em regulamento.

(...)

#### PRI - PLANO DE RENDA IMEDIATA

Os planos denominados (sob a sigla) PRI garantirão, me-

dante contribuição única, o pagamento de benefício por sobrevivência sob a forma de renda imediata.

A apuração de resultados financeiros é facultativa. O percentual de reversão de resultados financeiros estará previsto em regulamento.

(...)

#### PDR - PLANO COM DESEMPENHO REFERENCIADO

Os planos denominados (sob a sigla) PDR apresentarão, durante o período de diferimento, GARANTIA MÍNIMA DE DESEMPENHO, segundo critérios definidos no plano, e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável.

O plano PDR deve apresentar cláusula de desempenho atrelado a percentual de um índice de renda fixa de ampla divulgação.

A apuração de resultados financeiros à época de concessão do benefício é facultativa, podendo ser utilizado o mesmo FIE do período de diferimento. O percentual de reversão de resultados financeiros estará previsto no regulamento.

(...)

A par de tais modelos, cuja variação decorre do retorno de ren-

tabilidade, os planos operados pelo segmento de previdência aberta poderão ser individuais ou coletivos, quando acessíveis a quaisquer pessoas físicas ou a pessoas físicas vinculadas a uma pessoa jurídica contratante, respectivamente. Em qualquer dos casos, a rescisão contratual poderá ocorrer por portabilidade ou resgate, total ou parcial (art. 27 da Lei Complementar nº 109/2001).

Disto se infere que não há, legalmente, qualquer óbice à liberdade do participante em se desvincular do plano ao qual aderiu, mesmo na vigência da relação profissional que o atrela em plano coletivo.

Já na previdência fechada, os planos somente poderão ser contratados por indivíduos que mantenham vínculo com o patrocinador ou o instituidor, pessoa jurídica que tenha relação empregatícia ou associativa com o participante. Ademais, os planos devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

Diversamente dos comentados planos de entidades abertas, a Lei Complementar nº 109/2001 prevê que a portabilidade para outro plano e o resgate somente poderão ser efetivados em relação à totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, e não parcialmente – exceto para planos instituídos.

Também não há, no âmbito da previdência fechada, modelagens previamente definidas, sendo possível uma grande variação nos

desenhos dos planos ofertados, desde um alto grau de mutualismo (planos de benefício definido) até a capitalização totalmente individual dos planos de contribuição definida, além de uma vasta gama de planos do tipo contribuição variável que refletem os mais diversos níveis de mutualismo, quer na fase de acumulação ou de concessão dos benefícios.

Especificamente os planos patrocinados por entes públicos adota-se a modalidade de contribuição definida, com adicional custeio específico para cobertura de eventos de risco, como morte e invalidez.<sup>10</sup>

Contudo, com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, ao propiciar a contratação de planos pelos entes públicos junto a entidades abertas, é importante que se diga, não tem o condão de criar uma nova categoria ou modelagem de planos de benefícios; de modo que a instituição de planos previdenciários aos servidores públicos há de se enquadrar em modelos existentes e autorizados pela legislação em vigor.

Sendo assim, caberá ao patrocinador público definir, à luz de tais características, quais as alternativas disponíveis em entidades abertas e fechadas que melhor assegurem o caráter previdenciário e a cobertura social pretendida para substituição ao atual Regime Próprio de Servidores Públicos - RPPS.

Isso quer dizer que, desde que não haja vedação, e esteja-se observando os limites normativos, as entidades de previdência

10 O Relatório de Estabilidade da Previdência Complementar de julho de 2020, elaborado pela Superintendência de Previdência Complementar – PREVIC apresenta as entidades e planos de patrocínio por entes federativos:

complementar e seus contratantes (participantes, patrocinadores) podem fixar livremente o formato do custeio dos benefícios (valor das contribuições, periodicidade, atualização monetária), os benefícios assegurados (coberturas de aposentadoria por tempo determinado, vitalício, pecúlio por morte, invalidez) e o tempo de sua concessão (data de início do pagamento, periodicidade), além de todas as demais condições.

**Tabela 2: EFPC patrocinadas por Entes Federativos**

Estado/Município	Sigla EFPC	Patrocínio Público Predominante	Início de Funcionamento	Situação EFPC	Planos Ativos
Paraná	PREV-PR	Estadual	-	Autorizada	0
Ceará	CE-PREVCOM	Estadual	-	Autorizada	0
Alagoas	ALPREV	Estadual	11/02/2019	Em funcionamento	0
Distrito Federal	DF-PREVICOM	Estadual	22/10/2018	Em funcionamento	1
Curitiba	CURITIBAPREV	Municipal	01/10/2018	Em funcionamento	1
Goiás	PREVCOM-BRC	Estadual	05/04/2017	Em funcionamento	1
Santa Catarina	SCPREV	Estadual	02/05/2016	Em funcionamento	1
Rio Grande do Sul	RS-PREV	Estadual	26/04/2016	Em funcionamento	1
Bahia	PREVNORDESTE	Estadual	09/03/2016	Em funcionamento	2
Minas Gerais	PREVCOM-MG	Estadual	19/09/2014	Em funcionamento	1
Espírito Santo	PREVES	Estadual	19/12/2013	Em funcionamento	2
Rio de Janeiro	RJPREV	Estadual	04/09/2013	Em funcionamento	1
São Paulo	SP-PREVCOM	Estadual	23/03/2012	Em funcionamento	5

A este respeito, explica a cartilha “Panorama da Previdência Social Brasileira”, de edição do Ministério da Previdência Social:

“A técnica desenvolvida para a construção de qualquer sistema de previdência funda-se no princípio da capitalização, seja com base na força de trabalho ou no capital propriamente. O primeiro modelo diz respeito ao pacto integracional, no qual a geração futura, ao ingressar no mercado de trabalho, assume o ônus da aposentadoria da geração anterior. Todavia, em matéria de Previdência Complementar, a legislação apenas permite a capitalização com base na acumulação de capital, que ocorre por meio da acumulação de ativos, que podem ser imobiliários, títulos da dívida ou participações acionárias no capital das empresas.

Em relação ao modelo de capitalização com base a acumulação de ativos, a técnica desenvolvida permite a utilização de uma grande diversidade de métodos, os quais variam de acordo com o perfil da massa de trabalhadores segurados. Se, por exemplo, a idade média dos participantes é relativamente baixa, o plano de previdência pode acumular recursos a uma taxa mais lenta no início e mais acelerada no final, isso tanto para tornar o plano mais atrativo aos mais jovens, quanto para adequar-se à capacidade de pagamento do grupo. Enfim, o processo de constituição dos ativos que irão garantir o pagamento dos benefícios poderá ocorrer na proporção e na velocidade que for mais adequada aos

interesses e à capacidade financeira dos contribuintes, mantendo-se a compatibilidade necessária para manutenção do equilíbrio entre período e nível de contribuição em relação ao valor e período de recebimento dos benefícios.”<sup>11</sup>

A operacionalização do regime financeiro de capitalização, na previdência complementar, deverá buscar, invariavelmente, a solvência, a liquidez e o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos de previdência complementar, e, nesta medida, constitui recursos dos seus titulares, participantes, assistidos e patrocinadores.

11 Brasília, Março/2004. [http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3\\_090126-092058-729.pdf](http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_090126-092058-729.pdf).

### 3. GOVERNANÇA CORPORATIVA E SEU FUNCIONAMENTO

Outro ponto que merece atenção ao se comparar entidades abertas e fechadas de previdência complementar diz respeito às suas estruturas de governança corporativa.

Como apresentado, nos termos do artigo 36 da Lei Complementar 109/2001, as entidades abertas de previdência complementar são constituídas, unicamente, sob a forma de sociedades anônimas, acessíveis a quaisquer pessoas físicas. Já as entidades fechadas de previdência complementar são organizadas na forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos (art. 31, §1º da Lei Complementar 109), acessíveis, exclusivamente, aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas (e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, antes denominados patrocinadores), e aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominados instituidores (art. 31 da Lei Complementar 109/2001).

A composição, mandatos, competências e outros aspectos relativos às estruturas de gestão estão estabelecidos em leis e nos estatutos sociais de cada entidade. A obediência ao conjunto de normas e práticas recomendadas para uma boa gestão corporativa fortalece o sistema da previdência complementar, no sentido de possibilitar a este o seu crescimento sustentável.

O Guia Previc Melhores Práticas de Governança para Entidades Fechadas de Previdência Complementar (2012) destaca a importância de serem seguidos os seguintes princípios de boas práticas de governança: transparência, prestação de contas e

responsabilidade corporativa. Assim, deve haver um bom canal de comunicação sobre a gestão dos planos entre as entidades e seus participantes e assistidos, bem como ser possível o monitoramento e controle das atividades dos integrantes dos órgãos estatutários.

O artigo 35 da Lei Complementar nº 109 de 29 de maio de 2001, dispõe sobre a estrutura mínima das entidades fechadas de previdência complementar, demonstrando que estas possuem uma gestão compartilhada:

Art. 35. As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva. O conselho deliberativo é também conhecido conselho de administração ou conselho de curadores.

Ainda no artigo 35 da Lei Complementar 109/2001, estão previstos os requisitos mínimos a serem observados pelos membros dos conselhos deliberativo e fiscal das entidades fechadas de previdência complementar (entre eles, experiência em atividades específicas e ausência de condenação nas esferas administrativa e judicial). Registre-se que estes membros são interessados diretos na sustentabilidade dos planos administrados pelas entidades fechadas às quais estão vinculados.

A Lei Complementar nº 108/2001 traz importantes comandos para as entidades fechadas de previdência complementar a ela submetidas (ou seja, patrocinadas por entidades públicas). Ao

conselho deliberativo, por exemplo, compete a definição da política geral de administração da entidade e de seus planos de benefícios (art. 10, LC 108/2001).

A composição do conselho deliberativo, voto de qualidade, representação dos participantes e assistidos neste órgão estatutário, e outros aspectos da estrutura de governança das entidades fechadas de previdência complementar regidas pela Lei Complementar 108/2001 estão disciplinados no artigo 11 desta norma:

Art. 11. A composição do conselho deliberativo, integrado por no máximo seis membros, será paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, cabendo a estes a indicação do conselheiro presidente, que terá, além do seu, o voto de qualidade.

§ 1º A escolha dos representantes dos participantes e assistidos dar-se-á por meio de eleição direta entre seus pares.

§ 2º Caso o estatuto da entidade fechada, respeitado o número máximo de conselheiros de que trata o caput e a participação paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, preveja outra composição, que tenha sido aprovada na forma prevista no seu estatuto, esta poderá ser aplicada, mediante autorização do órgão regulador e fiscalizador.

Ao conselho fiscal da entidade fechada foi dada a responsabilidade de exercer a função de controles internos das entidades fechadas de previdência complementar, cabendo a este emitir relatórios semestrais de controles internos, contemplando análi-

ses, recomendações, manifestações e conclusões, para que sejam adotadas eventuais providências necessárias (art. 19 da Resolução CGPC nº 13/2004).

Nos termos do artigo 19 da Lei Complementar 108/2001, a Diretoria-executiva será composta por, no máximo, seis membros, e a este órgão estatutário cabe a administração das entidades fechadas, devendo, o estatuto de cada entidade, prever o a composição e os mandatos dos seus membros.

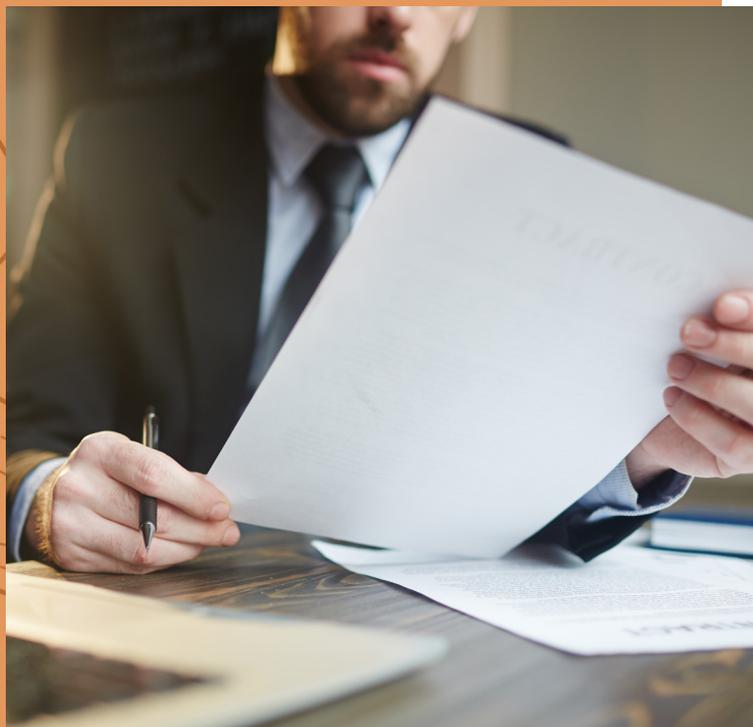
Registre-se que o Conselho de Gestão da Previdência Complementar, órgão vinculado ao Ministério da Previdência Social, por meio da Resolução nº 13/2004, “estabeleceu os princípios, regras e práticas de governança, gestão e controles internos a serem observados pelas entidades fechadas de previdência complementar – EFPC”. Percebe-se, através desta norma, a necessidade cogente de se manter uma conduta pautada em elevados padrões, para gerir, da melhor forma, o patrimônio de terceiros.

Assim, por meio das normas supracitadas, percebe-se que os sistemas aberto e fechado de previdência complementar possuem características bastante específicas, não sendo o propósito exaurir a análise das diferenças entre as entidades abertas e fechadas. Pretende-se, apenas, apresentar os destaques relacionados à governança corporativa (tendo em vista a robustez das amarras legais do sistema fechado de previdência complementar), para que se busque entender os impactos causados pela Emenda Constitucional nº 103/2019, ao possibilitar que os entes federativos possam ter seus planos de previdência complementar administrados por entidades abertas.

Vale lembrar que a regra de representatividade na composição de seus principais órgãos estatutários nas entidades fechadas garante a participação de representantes dos patrocinadores e instituidores dos planos de benefícios que ela administra, não havendo regra equivalente nas entidades abertas de previdência complementar.

Embora tal risco não decorra diretamente da EC nº 103/2019, esta o maximiza, porque aumenta a necessidade de toda a população buscar uma suplementação da sua renda previdenciária e impõe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de seus regimes de previdência privada. Conclusão: aumentará, consideravelmente, o número de planos de benefícios.

Com esse crescimento, é provável que patrocinadores e instituidores que não estão contemplados com posições nos órgãos estatutários das EFPC que administram os planos de benefícios por eles patrocinados e instituídos busquem fazer valer o disposto no supracitado art. 35, §2º, da LC nº 109/2001, situação que, se não for bem equacionada, pode gerar cizânia no funcionamento do plano e sua gestão.



## 4. EFEITOS QUANTO À APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA

Por fim, é oportuno sublinhar um risco que possui relação com essa diferenciação tipológica entre entidades fechadas e abertas de previdência complementar. A primeira não se submete aos preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor (CDC), enquanto a segunda lhe é submissa, consoante entendimento consolidado na Súmula nº 563 da jurisprudência do STJ, cuja redação é a seguinte:

“O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas.”

As razões para essa distinção estão diretamente relacionadas com aspectos da governança de um e de outro tipo de entidade, com destaque para a finalidade lucrativa da EAPC em contraposição ao papel proeminente do participante na gestão e na destinação do patrimônio do plano administrado pela EFPC. É o que extraímos de alguns posicionamentos da supramencionada Corte Superior:

“[...] Nas entidades ditas abertas, os planos de previdência complementar (que mais se assemelham a poupanças individuais) são oferecidos livremente no mercado. Dispensa-se a existência de vínculo empregatício ou associativo prévio. Os benefícios são acessíveis a quem por eles se interessar. Conforme ensina ADACIR REIS: As entidades abertas de previdência complementar, criadas a partir da LC 109/2001, são constituídas, ne-

cessariamente, como sociedades anônimas, conforme ‘caput’ do art. 36 do referido diploma legal, razão por que terão sempre finalidade lucrativa, em marcante diferença em relação às entidades fechadas de previdência complementar [...]” (RESP 1431273 SE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015)

“[...] 3. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica mantida entre a entidade fechada de previdência privada e seus participantes, porquanto o patrimônio da entidade e respectivos rendimentos reverterem-se integralmente na concessão e manutenção do pagamento de benefícios, prevalecendo o associativismo e o mutualismo, o que afasta o intuito lucrativo. Desse modo, o fundo de pensão não se enquadra no conceito legal de fornecedor, devendo a Súmula nº 321/STJ ser aplicada somente às entidades abertas de previdência complementar. [...]” (RESP 1421951 SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 19/12/2014)

Esse é um fator que consideramos extremamente relevante quando avaliamos o nível de risco na gestão de um plano de benefícios, afinal, parece-nos mais adequado que questões relacionadas ao regime de previdência privada sejam submetidas à legislação que o disciplina de forma específica, não sendo o caso do CDC, que se destina à regência de questões de outra natureza.

## À GUIA DE CONCLUSÃO

Feitas essas breves considerações, é possível concluir os principais riscos decorrentes da EC nº 103/2019 estão relacionados aos ajustes que suas inovações eventualmente demandarão nos planos de benefícios já existentes e à governança desses planos, especialmente no que diz respeito ao tipo de entidade que o fará e ao regime jurídico aplicável.





**IMPACTOS DA EMENDA  
CONSTITUCIONAL Nº 103/2019  
NO REGIME DE PREVIDÊNCIA  
COMPLEMENTAR DOS  
SERVIDORES PÚBLICOS  
E A EDIÇÃO DO GUIA DA  
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR  
PARA ENTES FEDERATIVOS**

**COMISSÃO TÉCNICA CENTRO-NORTE DE  
ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP**





## COMISSÃO TÉCNICA CENTRO-NORTE DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP

**AUTOR**

**MEMBRO**

Helder Rosa Florêncio (SEBRAEPREV)



## 1. CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE A APROVAÇÃO DA EC 103/2019

A Emenda Constitucional nº 103 foi promulgada pelo Congresso Nacional na data de 12 de novembro de 2019, tendo havido a sua publicação no Diário Oficial da União no dia seguinte.

A aludida Emenda Constitucional teve origem na Proposta de Emenda à Constituição (PEC 6/2019) encaminhada pelo Poder Executivo, em fevereiro/2019, tendo sido objeto de amplo debate no Congresso Nacional durante cerca de oito meses.

Quando da tramitação da Proposta, vários ajustes em relação ao texto inicial enviado pelo Poder Executivo foram acordados entre os líderes partidários e do Governo no Congresso Nacional, visando a aprovação da redação final da Emenda Constitucional que ficou conhecida como “Reforma da Previdência”.

Na verdade, a referida Emenda Constitucional trouxe novas regras acerca de requisitos de elegibilidade (notadamente, idade mínima para aposentadoria), forma de cálculo e de pagamento dos benefícios assegurados tanto no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS como também dos Regimes Próprios de Previdência Social dos servidores públicos.

Em relação à Previdência Complementar, as principais mudanças envolveram aspectos atinentes à instituição de Regime de Previdência Complementar para os servidores públicos titulares de cargo efetivo de cada ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

## 2. ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES EFETUADAS PELA EC 103/2019 EM RELAÇÃO À PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A primeira menção à Previdência Complementar dos servidores públicos, por parte da EC 103/2019, reside na inclusão do seguinte parágrafo ao art. 37 da Constituição Federal:

“§ 15. É vedada a complementação de aposentadorias de servidores públicos e de pensões por morte a seus dependentes que não seja decorrente do disposto nos §§ 14 a 16 do art. 40 ou que não seja prevista em lei que extinga regime próprio de previdência social.”

Logo, o referido dispositivo vinculou expressamente a concessão de complementação de aposentadoria aos servidores públicos, e de pensão por morte aos seus dependentes, aos ditames do próprio art. 40, §§ 14 a 16, que trata da instituição do Regime de Previdência Complementar aos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo. De igual forma, no caso de eventual extinção do Regime Próprio de Previdência Social do ente federativo considerado, com a implícita transferência dos referidos servidores ao Regime Geral de Previdência Social, também deverá haver a menção ao Regime de Previdência Complementar instituído pelo ente federativo.

Quanto ao disposto no art. 40, a Emenda Constitucional realizou ajustes nos §§ 14 e 15, que modificaram o encaminhamento originalmente conferido pela Constituição Federal, conforme passamos a expor.

O § 14 do art. 40 da Constituição Federal, na redação originalmente conferida pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98, dispunha que *“a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201”*.

Perceba-se que, naquele momento, o dispositivo constitucional condicionava a fixação do mesmo valor do teto do RGPS para o valor das aposentadorias e pensões do RPPS à instituição do Regime de Previdência Complementar, pelo ente federativo, aos seus servidores públicos titulares de cargo efetivo.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, o referido dispositivo constitucional passou a estabelecer que: *“a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observado o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto no § 16”*.

Dessa forma, a instituição do Regime de Previdência Comple-

mentar pelos entes federativos tornou-se mandatória, devendo ser proposta por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo. Manteve-se, porém, a previsão de que, havendo a instituição do Regime de Previdência Complementar, será aplicado o limite máximo do RGPS para o valor das aposentadorias e pensões no âmbito do RPPS.

A esse respeito, o art. 9º, § 6º, da EC 103/2019 estabeleceu que:

“§ 6º A instituição do regime de previdência complementar na forma dos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal e a adequação do órgão ou entidade gestora do regime próprio de previdência social ao § 20 do art. 40 da Constituição Federal deverão ocorrer no prazo máximo de 2 (dois) anos da data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.” (grifo nosso)

Portanto, os entes federativos deverão instituir os respectivos Regimes de Previdência Complementar para seus servidores públicos ocupantes de cargo efetivo no prazo de até 2 (dois) anos após o início da vigência da EC 103/2019 que, quanto a maior parte de seus dispositivos, incluindo-se os ajustes aos arts. 37, 40 e 202 da Constituição Federal e o art. 9º da própria Emenda Constitucional, ocorreu na data de 13.11.2019 (data de sua publicação no Diário Oficial da União).

O § 15 do art. 40 da Constituição Federal, por sua vez, com a promulgação da Emenda Constitucional 103/2019, chegou a sua terceira redação, após aquelas conferidas anteriormente pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

Na redação original do § 15, havia a determinação para a edição de uma única lei complementar dispendo sobre as normas gerais para a instituição de Regime de Previdência Complementar para todos os entes federativos - União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos seguintes termos:

“§ 15 - Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.”

Em decorrência do referido comando constitucional, o Poder Executivo federal chegou a apresentar proposta visando a aludida regulamentação - PLP 9/1999 -, conjuntamente com os projetos de lei - PLP 08/1999 e PLP 10/1999 - que deram origem às Leis Complementares nºs 108 e 109, de 2001. Contudo, o PLP 9/1999 não teve sua votação ultimada pelo Congresso Nacional no ano de 2001 e, após um período sem tramitação, acabou sendo retirado pelo próprio Poder Executivo no ano de 2007 (Mensagem nº 733, de 04.10.2007).

Na verdade, com a edição da Emenda Constitucional 41/2003, o PLP 9/1999 perdeu objeto, uma vez que o § 15 do art. 40 passou a prever o seguinte:

“O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de

natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida". (grifo nosso)

Essa foi a matriz constitucional para a edição de leis específicas para cada ente federativo, a partir de proposta de iniciativa do respectivo Poder Executivo, visando a instituição do Regime de Previdência Complementar. Esclareceu, também, o texto constitucional que os planos de benefícios a serem oferecidos aos participantes necessariamente seriam da modalidade de contribuição definida, hipótese em que *"os benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos"* (definição conferida pela Resolução CGPC nº 16, de 22.11.2005).

Ocorre que a então redação do § 15 do art. 40 da Constituição Federal, no intuito de conferir status diferenciado para as entidades fechadas de previdência complementar que fossem criadas pelos entes federativos, inovou ao exigir que elas tivessem "natureza pública".

Naquela oportunidade, houve intenso debate no âmbito da ABRAPP – Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar acerca do alcance da "natureza pública" a ser conferida às entidades fechadas de previdência complementar criadas pelos entes federativos que instituísem seu Regime de Previdência Complementar. A principal dúvida consistia em como conciliar o caráter contratual, de Direito Pri-

vado, previsto no art. 202 da Constituição Federal, com a natureza pública então determinada pela EC 41/2003.

Considerando que a própria redação do § 15 do art. 40 registrou expressamente que essas entidades fechadas de previdência complementar observariam o disposto no art. 202 da Constituição Federal apenas "no que couber", competiu à legislação específica de cada ente federativo que instituisse seu Regime de Previdência Complementar estabelecer os limites a esse respeito, bem como os contornos jurídicos para aplicação da denominada "natureza pública".

Foi nesse contexto em que houve a edição, por exemplo, da lei federal nº 12.618, de 30.04.2012, que instituiu o Regime de Previdência Complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, resultando na posterior criação da Funpresp-Exe (para os servidores do Executivo e do Legislativo) e da Funpresp-Jud (para os servidores do Judiciário e Ministério Público Federal).

Quanto à "natureza pública" das referidas Entidades (Funpresp-Exe e Funpresp-Jud), a própria Lei 12.618/2012 esclareceu que:

"Art. 8º Além da sujeição às normas de direito público que decorram de sua instituição pela União como fundação de direito privado, integrante da sua administração indireta, a natureza pública das entidades fechadas a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição Federal consistirá na:

I - submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos;

II - realização de concurso público para a contratação de pessoal, no caso de empregos permanentes, ou de processo seletivo, em se tratando de contrato temporário, conforme a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;

(...)” (grifo nosso)

Portanto, os limites do conceito constitucional de “natureza pública”, para o Regime de Previdência Complementar da União, restringiu-se à relação com fornecedores, mediante a exigência de observância da legislação federal sobre licitações, e à contratação de pessoal, por meio da realização de concursos públicos. No mais, Funpresp-Exe e Funpresp-Jud regem-se pelo disposto no art. 202 da Constituição Federal e nas Leis Complementares 108 e 109, de 2001.

No âmbito estadual, mediante a proposição de lei pelo Poder Executivo do respectivo ente federativo, surgiram outras Entidades como SP Prevcom, DF Previcom, Curitiba Prev, Prevcom MG, etc.

Com o advento da Emenda Constitucional 103/19, o § 15 do art. 40 da Constituição Federal passou a prever que *“o regime de previdência complementar de que trata o § 14 oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, observará o disposto no art. 202 e será efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar”*.

Assim, de acordo com o texto do § 15 do art. 40 ora em vigor, manteve-se a exigência de oferecimento de planos de benefícios

somente na modalidade de contribuição definida, bem como a submissão do Regime de Previdência Complementar dos servidores públicos ao disposto no art. 202 da Constituição, porém, sem qualquer ressalva “no que couber”, que constava na redação anterior. Consequentemente, passou a ser plena a submissão do Regime de Previdência Complementar a ser criado pelos entes federativos aos ditames do art. 202 da Constituição Federal.

Essa nova redação do § 15 do art. 40, alterada pela EC 103/2019, estabeleceu também que o Regime de Previdência Complementar deverá ser efetivado por intermédio de entidade fechada ou aberta de previdência complementar, sem qualquer menção à sua natureza jurídica, ou seja, deixou-se de exigir a então denominada “natureza pública”.

Com a exclusão do comando constitucional acerca da “natureza pública”, surgiu a discussão sobre os reflexos dessa medida para as entidades fechadas de previdência complementar criadas por entes federativos antes da EC 103/2019. Dessa forma, tem se verificado duas interpretações jurídicas possíveis:

- a) revogação tácita dos dispositivos legais que haviam regulamentado a “natureza pública” para as entidades fechadas de previdência complementar, criadas pelos entes federativos; e
- b) a não aplicabilidade da “natureza pública” dependeria de alteração legislativa a cargo de cada ente federativo, por inexistir uma incompatibilidade direta dos contornos jurídicos da “natureza pública” em face dos princípios insculpidos no art. 202 da Constituição Federal.

O art. 202 da Constituição Federal permanece prevendo que “o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.

Embora o regime jurídico a ser observado nas relações estabelecidas entre os integrantes do sistema protetivo da Previdência Complementar seja o regime jurídico de direito privado, calcado no binômio contratualidade e facultatividade (além da autonomia frente ao RGPS), não nos parece haver total incompatibilidade com os contornos com que fora anteriormente regulamentada a “natureza pública”, haja vista o tipo de operação de planos de benefícios que já vinha sendo realizada por Entidades como o Funpres-Exe e o Funpresp-Jud.

De qualquer forma, não há qualquer impedimento constitucional ou legal para que os referidos entes federativos alterem suas normas específicas, visando retirar os parâmetros de “natureza pública”, anteriormente conferidos às entidades fechadas de previdência complementar criadas no âmbito dos respectivos Regimes de Previdência Complementar. Ademais, para os novos Regimes de Previdência Complementar de servidores públicos a serem instituídos pelos demais entes federativos, não será exigida a “natureza pública” para suas entidades de previdência complementar.

Na verdade, de acordo com a nova redação do § 15 do art. 40 da Constituição Federal, quaisquer entidades de previdência complementar, sejam elas fechadas, inclusive as multipatrocinadas,

ou abertas, poderão gerir o Regime de Previdência Complementar de servidores públicos dos entes federativos.

Registre-se, porém, que o art. 33 da Emenda Constitucional 103/19 estabeleceu que “até que seja disciplinada a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e entidades abertas de previdência complementar na forma do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 202 da Constituição Federal, somente entidades fechadas de previdência complementar estão autorizadas a administrar planos de benefícios patrocinados pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente”.

Dessa forma, se, para as entidades fechadas, aplicar-se-á o disposto na Lei Complementar 108/2001, que já “dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar”, para as entidades abertas de previdência complementar, a administração de planos de benefícios para a Previdência Complementar de entes federativos deverá aguardar a edição de lei complementar específica.

Quanto a esse aspecto, vale anotar que a EC 103/2019, ao alterar a redação do § 4º do art. 202 da Constituição Federal, retirou o termo “fechada” na referência às entidades de previdência complementar para fins da edição de lei complementar que disciplinará a relação entre tais entidades e os entes federativos e “suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas

*controladas direta ou indiretamente”.*

Por fim, merece registro que a EC 103/2019 manteve intacto o disposto no § 16 do art. 40 da Constituição Federal, conforme sua redação aprovada pela EC 20/1998 (“*somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar*”).

Esse é um aspecto relevante, posto que, embora se faculte a opção pelo Regime de Previdência Complementar aos servidores públicos que já ocupem cargos efetivos quando da instituição do referido Regime pelo respectivo ente federativo, não impôs a Constituição Federal a compensação do tempo de vinculação do servidor público ao RPPS antes de sua adesão à Previdência Complementar.

Em outras palavras, não havia, e permanece não havendo, a obrigatoriedade de a legislação específica de criação do Regime de Previdência Complementar do ente federativo prever tratamento nos mesmos moldes em que fora realizado pela Lei 12.618/2018 em relação ao denominado “benefício especial”, nos seguintes termos:

“Art. 3º ...

§ 1º É assegurado aos servidores e membros referidos no inciso II do caput deste artigo o direito a um benefício especial calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados,

do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observada a sistemática estabelecida nos §§ 2º a 3º deste artigo e o direito à compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição Federal, nos termos da lei.

§ 2º O benefício especial será equivalente à diferença entre a média aritmética simples das maiores remunerações anteriores à data de mudança do regime, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência, e o limite máximo a que se refere o caput deste artigo, na forma regulamentada pelo Poder Executivo, multiplicada pelo fator de conversão.

§ 3º O fator de conversão de que trata o § 2º deste artigo, cujo resultado é limitado ao máximo de 1 (um), será calculado mediante a aplicação da seguinte fórmula:

$$FC = Tc/Tt$$

Onde:

FC = fator de conversão;

Tc = quantidade de contribuições mensais efetuadas

para o regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, efetivamente pagas pelo servidor titular de cargo efetivo da União ou por membro do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público da União até a data da opção;

Tt = 455, quando servidor titular de cargo efetivo da União ou membro do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público da União, se homem, nos termos da alínea “a” do inciso III do art. 40 da Constituição Federal;

Tt = 390, quando servidor titular de cargo efetivo da União ou membro do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público da União, se mulher, ou professor de educação infantil e do ensino fundamental, nos termos do § 5º do art. 40 da Constituição Federal, se homem;

Tt = 325, quando servidor titular de cargo efetivo da União de professor de educação infantil e do ensino fundamental, nos termos do § 5º do art. 40 da Constituição Federal, se mulher.

(...)

§ 5º O benefício especial será pago pelo órgão competente da União, por ocasião da concessão de aposentadoria, inclusive por invalidez, ou pensão por morte pelo regime próprio de previdência da União, de que trata o art. 40 da Constituição Federal, enquanto perdurar o benefício pago por esse regime, inclusive junto com a gratificação natalina.

§ 6º O benefício especial calculado será atualizado pelo mesmo índice aplicável ao benefício de aposentadoria ou pensão mantido pelo regime geral de previdência social.

(...)” (grifo nosso)

Assim, competirá à norma instituidora de cada Regime de Previdência Complementar o tratamento a ser dado ao servidor que já ocupar cargo efetivo e que vier a optar por aderir ao plano de previdência complementar patrocinado pelo ente federativo.

### 3. COMENTÁRIOS ACERCA DO GUIA DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PARA ENTES FEDERATIVOS

Na reunião do Conselho Nacional da Previdência Complementar (CNPCC) realizada em 20 de dezembro de 2019, o grupo de trabalho (GT) instituído em agosto daquele mesmo ano para oferecer aos entes federativos orientações e minuta de projeto de lei para a implantação da Previdência Complementar dos Servidores Públicos (que deverá ser realizada em até dois anos de acordo a Emenda Constitucional nº 103/2019), apresentou o “Guia da Previdência Complementar para Entes Federativos”, o que logrou aprovação no âmbito do referido Colegiado.

A aludida publicação contém orientações básicas, tais como, quem deve instituir o RPC (Regime de Previdência Complementar) e de que forma; as alternativas de adesão; o processo de instituição; forma de inscrição dos servidores; e procedimentos relacionados ao participante, ao patrocinador, à contratação e à inadimplência. Além disso, traz o modelo padrão de projeto de lei e um roteiro para licenciamento do plano junto à PREVIC.

O Guia também comenta acerca dos aspectos mínimos na escolha da entidade fechada, no caso da opção por um fundo multipatrocinado. Na sequência, a publicação fornece ainda uma lista das Entidades Fechadas de Previdência Complementar multipatrocinadas que poderão ser acessadas pelos Entes Federativos.

A seguir, serão apresentados os principais aspectos relativos à instituição do Regime de Previdência Complementar por entes federativos abordados no Guia em comento.

O Guia da Previdência Complementar para Entes Federativos, em seus tópicos iniciais, traz apenas diversas informações gerais sobre o Regime de Previdência Complementar, o funcionamento das entidades fechadas e sua fiscalização a cargo da PREVIC.

Posteriormente, o Guia faz comentários acerca das alternativas e procedimentos recomendáveis para a instituição do Regime de Previdência Complementar pelos entes federativos.

Nesse contexto, considerando que, até o presente momento, somente EFPC's poderão administrar os planos de benefícios relativos à Previdência Complementar dos servidores públicos (até porque nem sequer houve a apresentação, pelo Poder Executivo federal, do projeto de lei complementar que regulará a relação dos entes federativos com as entidades abertas), o Guia registra que o ente federativo, ao estabelecer seu Regime de Previdência Complementar, deparar-se-á com três possibilidades: **a)** aderir a um plano já existente; **b)** criar um plano em entidade já existente; ou **c)** criar uma entidade própria.

Na verdade, a esse respeito, o Guia fez referência à Resolução aprovada pelo Conselho Nacional da Previdência Complementar em 20.12.2019, publicada no Diário Oficial da União apenas em 26.02.2020.

Trata-se da Resolução CNPC nº 35, de 2019, que, ao regulamentar aspectos da estrutura organizacional e da organização dos

planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar regidas pela Lei Complementar 108/2001, estabeleceu o seguinte:

“Art. 6º O processo de autorização pelo órgão de fiscalização para ingresso de patrocinadores no regime de previdência complementar poderá ser realizado das seguintes formas:

I - adesão a plano de benefícios multipatrocinado em funcionamento;

II - criação de plano de benefícios, a qual dependerá da apresentação de estudo de viabilidade comprovando a adesão de quantidade participantes que assegure o equilíbrio técnico entre receitas e despesas administrativas do plano, respeitados os limites de paridade contributiva e de taxa de administração ou de carregamento; ou

III - criação de EFPC, a qual dependerá da apresentação de estudo de viabilidade que comprove adesão de, no mínimo, dez mil participantes ou equilíbrio técnico entre receitas e despesas administrativas da entidade, respeitados os limites de paridade contributiva e de taxa de administração ou de carregamento.

§ 1º Em relação aos benefícios decorrentes de invalidez, morte e sobrevivência, poderá ser contratada cobertura adicional junto a sociedade seguradora.

§ 2º O órgão fiscalizador disponibilizará, no seu sítio eletrônico, modelo padrão de regulamento e de convênio de adesão.” (grifo nosso)

Logo, exceto para a adesão a um plano multipatrocinado em funcionamento, nas outras duas alternativas será necessária a realização de estudo de viabilidade técnica (econômico-financeira e atuarial) para a criação de um plano de benefícios próprio ou para a instituição de uma EFPC própria.

Quanto aos aspectos a serem considerados para a decisão de cada ente federativo acerca do melhor encaminhamento para a massa de servidores a ser alcançada pelo Regime de Previdência Complementar, convém transcrever os seguintes trechos do Guia:

“(…)

Ao aderir a EFPC existente, o Ente Federativo elimina a necessidade de instituir entidade própria e arcar com gastos de toda estrutura necessária para administrar e executar o plano, começando pela constituição dos conselhos deliberativo e fiscal e da diretoria-executiva, estruturação dos departamentos, gerências e contratação de pessoal especializado, o que, em muitos casos, inviabiliza a implantação do regime ou acabam por direcionar os recursos da poupança previdenciária do participante para o custeio da entidade.

(…)

Haverá, também, despesas com o registro da entidade, local para funcionamento, aquisição de móveis, materiais de escritório, serviços de contabilidade e atuária,

auditoria externa, desenvolvimento ou aquisição de sistemas de informática a ser utilizado no controle do plano de benefícios, envolvendo o cadastro de participantes, controle e acompanhamento das contribuições e reservas matemáticas, além dos cálculos e pagamento de benefícios.

A adesão a plano multipatrocinado é a alternativa menos onerosa, já que o ente não necessitará financiar os custos de criação de uma EFPC, que possui estrutura complexa, e nem ter despesas de criação de plano.

(...)” (grifo nosso)

No que se refere ao processo de contratação da EFPC gestora do Regime de Previdência Complementar do ente federativo, o Guia registra o seguinte:

“Sobre o processo de contratação da entidade, avalia-se que, após a promulgação da Lei de Instituição do RPC pelo Ente Federativo, a forma de contratação é regida pelas Leis Complementares nº 108/2001 e 109/2001, que tipificam a relação jurídica estabelecida entre EFPC e Patrocinadores enquanto uma relação de convênio, onde há convergência de interesses ao fim comum. O art. 13 da LC nº 109/2001 determina que, para que seja possível o ingresso em um plano, os patrocinadores deverão formalizar a sua adesão ao plano de benefícios, mediante Convênio de Adesão.

Sendo assim, a relação estabelecida entre uma EFPC e os patrocinadores não parece se enquadrar no conceito de contrato administrativo cuja disciplina pertence à Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações.

Recomenda-se que a escolha da entidade deva ser precedida de processo seletivo com ampla divulgação e participação da EFPC, que atenda aos princípios constitucionais que assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes e que contemple exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia da boa prestação de gestão dos planos de benefícios. Recomenda-se também a constituição de documentação que contenha motivação acerca dos parâmetros mínimos do processo de escolha. No anexo item 4.3 foram elencados alguns requisitos técnicos mínimos que poderão ser observados pelo Ente no momento da seleção da entidade.”

O Guia ainda tece comentários acerca de 12 passos recomendados para o estudo e implementação definitiva do Regime de Previdência Complementar no ente federativo, a começar pela criação de um Grupo de Trabalho com a participação de representantes de diversos órgãos do respectivo Poder Executivo.

Na sequência, apresenta diversas recomendações técnicas para a estruturação de um Projeto de Lei para o ente federativo, incluindo-se os seguintes temas: vigência do Regime de Previdência Complementar; características do Plano e forma de inscrição; migração de servidores antigos; benefícios de riscos; contribui-

ções do Patrocinador (observada a paridade contributiva); e aporte inicial.

Adicionalmente, o Guia: **a)** sugere uma minuta de Projeto de Lei para que o ente federativo proponha a instituição do Regime de Previdência Complementar; **b)** apresenta um roteiro básico para aprovação do plano de benefícios perante a PREVIC; **c)** comenta alguns aspectos mínimos para a escolha da EFPC gestora; e **d)** cita o nome de EFPC's existentes no mercado que são classificadas como multipatrocinadas.



## CONCLUSÕES

Em face de todo o exposto, notadamente, quanto ao comando constitucional de que os entes federativos deverão instituir os respectivos Regimes de Previdência Complementar para seus servidores públicos ocupantes de cargo efetivo no prazo de até 2 (dois) anos após o início da vigência da EC 103/2019, não havendo mais a exigência da “natureza pública” para as respectivas entidades de previdência complementar, bem como pela constatação de que, até o presente momento, apenas as EFPC’s estão autorizadas a administrar planos de benefícios patrocinados por entes federativos (em decorrência da exigência constitucional de lei complementar que disponha acerca da relação entre os entes federativos e as entidades abertas de previdência complementar), entendo que o segmento relativo à Previdência Complementar dos Servidores Públicos apresenta-se como uma grande oportunidade de fomento e crescimento para o Regime de Previdência Complementar operado por entidades fechadas de previdência complementar.

Nesse contexto, embora o referido Guia da Previdência Complementar para entes federativos não tenha caráter vinculante, considerando que ele foi elaborado por um Grupo de Trabalho constituído pelo Conselho Nacional da Previdência Complementar – CNPC, entendo que os balizamentos nele constantes podem ser importantes referenciais para aquelas entidades fechadas multipatrocinadas que pretendam participar de processos seletivos perante os mencionados entes federativos.





# **NATUREZA JURÍDICA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR COM PATROCÍNIO PÚBLICO**

**COMISSÃO TÉCNICA NORDESTE DE  
ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP**



## COMISSÃO TÉCNICA NORDESTE DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP

**AUTORAS**

### **MEMBROS**

Daniela Gouveia Valverde (PREVNORDESTE)

Fabiana Pereira de Belli (FACHESF)



## INTRODUÇÃO

A Previdência Social do servidor público, apesar de relativamente nova, vem passando por profundas mudanças desde a Emenda Constitucional 20/1998, e mais recentemente com a Emenda Constitucional 103/2019.

No intuito de aproximar os regimes de previdência social, bem como auxiliar no equacionamento do sistema previdenciário nacional, a aplicação do teto do regime geral no regime próprio de previdência social passou a ser uma obrigação.

Nesse contexto, este artigo busca traçar um panorama da previdência complementar patrocinada por entes públicos, com destaque para as entidades gestoras dos planos de benefícios, incluindo a análise da sua natureza jurídica, a dinâmica da fiscalização dos Tribunais de Contas e os impactos da recente emenda constitucional. Para tanto, foram utilizados todo o arcabouço legislativo, conceitos doutrinários, jurisprudência, princípios, dentre outras fontes.

## 1. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O verbo “administrar” indica gerir, zelar, sendo uma ação dinâmica de supervisão. O adjetivo “pública” pode significar algo ligado à coletividade ou ao público em geral, não sendo apenas aderente ao Poder Público.

De acordo com os ensinamentos de Fernanda Marinela<sup>1</sup>, uma parte da doutrina entende que a Administração Pública pode ser conceituada como uma atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica, exercendo uma conduta hierarquizada, sem responsabilidade constitucional e política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. Destarte, a Administração tem poder de decisão somente na área de suas atribuições e competência executiva, só podendo opinar sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência administrativa, sem qualquer faculdade de opção política.

Há um consenso entre os autores no sentido de que a expressão “administração pública” exprime mais de um sentido. Um dos motivos reside na grande quantidade de tarefas e atividades que compõem o objetivo do Estado. Outra razão é o próprio número de órgãos e agentes públicos incumbidos de sua execução. Nesta senda, para melhor entender o sentido da expressão, é necessário a dividir sob o aspecto dos executores da atividade pública e sob o prisma da própria atividade.

Com este olhar, conforme a doutrina de José dos Santos Carva-

lho Filho<sup>2</sup>, a Administração Pública poderá ser entendida em dois sentidos: objetivo e subjetivo. No primeiro, consiste na própria atividade exercida pelo Estado por seus órgãos e agentes, caracterizando a função administrativa. Já o segundo, significa o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Considerando o sentido subjetivo, a organização administrativa resulta em um conjunto de normas jurídicas que regulam a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa. Tendo em vista que o Estado atua por meio de órgãos, agentes e pessoas jurídicas, sua organização se baseia em três situações fundamentais: a centralização, a descentralização e a desconcentração.

A centralização ocorre quando a atividade é exercida diretamente pelo Estado, por meio dos seus órgãos e agentes administrativos, ou seja, a competência administrativa está unicamente no ente federativo. Por outro lado, a descentralização é quando o Estado executa a atividade de forma indireta, ou seja, transfere a responsabilidade pelo exercício de atividades administrativas a pessoas jurídicas auxiliares por ele criadas com esse fim ou para particulares. Por fim, a desconcentração ocorre quando há o desmembramento de órgãos com a finalidade de melhoria na organização estrutural.

1 MARINELA, Fernanda, Manual de Direito Administrativo, 6ª ed., Editora Impetus, 2012, p. 18.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 153.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>3</sup> dispõe:

(...) o Estado tanto pode prestar por si mesmo as atividades administrativas, como pode desempenhá-las por via de outros sujeitos, caso em que estará perante a chamada descentralização. (...) nesta hipótese ora o Estado transfere o exercício de atividades que lhe são pertinentes para particulares, ora cria pessoas auxiliares suas, para desempenhar os cometimentos dessarte descentralizados. Tendo em vista a forma de prestação da atividade administrativa, tem-se a administração direta e indireta. Sendo aquela o conjunto de órgãos que compõe as pessoas federativas – União, Estados, Municípios e Distrito Federal -, sendo a elas atribuída a competência para o exercício das atividades administrativas, de forma direta.

Em síntese, a “Administração Pública é, ao mesmo tempo, a titular e a executora do serviço público.”<sup>4</sup> Já a administração Indireta é o conjunto de pessoas administrativas, podendo ser autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista, vinculadas a Administração Direta, cuja finalidade é desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.

Sobre essa temática, a Administração Pública Direta e Indireta, é tratada no Decreto-lei nº 200/1967, que determina:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista;
- d) Fundações públicas.

Feitas as exposições conceituais, tendo em vista a temática deste artigo, destacam-se as fundações públicas.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos., Manual de Direito Administrativo, 24ª ed., Editora Lumen Juris, 2010, p. 10.

4 MADEIRA, José Maria Pinheiro. Administração Pública Centralizada e Descentralizada. Ed. América Jurídica, 2001, p. 123.

## 2. DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS

A Constituição Federal<sup>5</sup> traz a figura da fundação pública em seu art. 37, que assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Ainda sobre este assunto, o Decreto 200/67 traz a definição de fundação pública, transcrita abaixo:

IV-Fundação Pública- a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com

autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

O tema da fundação pública é um dos mais delicados no contexto da organização da Administração Nacional. A inserção no rol que compõe a Administração Indireta, a definição de seu regime e sua natureza jurídica, a forma de criação, além de outros aspectos, são bastantes debatidos e alvo de grandes discussões jurídicas.

Na tentativa de elucidar a divergência, Raquel Melo Urbano de Carvalho<sup>6</sup>, aduz:

A inclusão das fundações públicas no rol das pessoas jurídicas da Administração Indireta foi tarefa difícil no ordenamento jurídico brasileiro. O Decreto-Lei, originariamente, admitia as fundações na enumeração das pessoas jurídicas, em 1969 o Decreto-Lei nº 900, as afastou expressamente da Administração Indireta, o que também não prosperou por muito tempo e, definitivamente a Lei nº 7.596/86 fechou a discussão incluindo essas pessoas jurídicas. Todas essas mudanças acabaram gerando inúmeras dificuldades e desvios nas atividades fundacionais. O texto constitucional, na tentativa de

5 BRASIL. Constituição Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 20 de jul. de 2020.

6 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 630.

se safar dessas mutações, e com o objetivo de incluir as fundações no regime das pessoas jurídicas da Administração Indireta, em inúmeros dispositivos o constituinte referiu-se à Administração Indireta e Fundacional. A ideia não é de que a fundação está fora da Indireta, mas é para ter a certeza de que ela está incluída e deve seguir suas respectivas regras. Há duas correntes sobre a matéria. A primeira corrente defende a existência de dois tipos de fundações públicas: as fundações de direito público e as de direito privado, sendo aquelas com personalidade jurídica de direito público e estas sendo dotadas de personalidade jurídica de direito privado. De acordo com esse entendimento, as fundações de direito público são caracterizadas como autarquias, razão pela qual são denominadas, de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais. Seriam elas uma espécie de gênero autarquia.

Considerando a corrente supracitada, o STF<sup>7</sup> decidiu que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2º do art. 99 da

Constituição Federal. Em sentido contrário, consoante preleção de Hely Lopes Meireles ao explicar que, antes da Constituição de 1988, a fundação, mesmo quando criada e mantida pelo Poder Público, não perdia a sua personalidade jurídica de direito privado, constituía uma *contradictio in terminis* expressões como autarquias fundacionais ou fundações públicas, explicando que se a entidade era uma fundação estaria inserida sua personalidade privada e que, se era uma autarquia, a personalidade jurídica seria de direito público. Para o autor, “uma entidade não pode, ao mesmo tempo, ser fundação e autarquia; ser pessoa de direito privado e ter personalidade de direito público!”. Por fim, conclui que “o fato de o Estado servir-se de instituto de direito privado para a realização de atividades de interesse público não transfigura a instituição civil em entidade pública, nem autarquia esse meio de ação particular”.<sup>8</sup>

Com o advento da Carta Magna de 1988, o autor mudou o seu posicionamento, dizendo que o texto transformou essas fundações em entidades de direito público.<sup>9</sup> Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 19/98 que alterou o art. 37, XIX, a doutrina recente parece admitir o posicionamento anterior do autor.

De acordo com o entendimento majoritário, adotado por este artigo, o Poder Público pode criar fundações de direito público, denominada fundação pública, sendo uma espécie de autarquia, também chamada de autarquia fundacional, com regime jurídi-

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 101.126-RJ. Relator: Min. MOREIRA ALVES (RTJ 113/314). Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100584/false>> Acesso em: 23 jul. 2020.

8 MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. p. 350.

9 Ibidem, p. 65.

co administrativo e com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias. Ressalta-se que é a lei quem cria essa espécie de fundação. Ao tempo que o Poder Público também poderá instituir fundação de direito privado, chamada de fundação pública de regime privado ou fundação governamental, em que a lei autoriza a sua criação, podendo ainda, o Estado dar regras especiais previstas em lei.

Nesse sentido, merece destaque o posicionamento da autora Maria Sylvia Zanella de Pietro<sup>10</sup>:

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade.

Em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação - pública ou privada - tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos. Ainda que a legislação federal considere a fundação como pessoa jurídica de direito privado, nada impede que a lei instituidora adote regime jurídico-públicístico, derogando, no caso concreto, as normas gerais estabelecidas pelo Decreto-lei n° 200/67, com as

alterações introduzida pela Lei n° 7.596/87, da mesma forma como tem sido feito em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, instituídas, estas últimas especialmente, sob formas inéditas, não previstas em qualquer lei anterior que discipline as sociedades comerciais.

Assim, trata-se de aplicar o artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em consonância com o qual “a lei nova que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

À vista dessas considerações, pode-se definir a fundação instituída pelo poder público com o patrimônio, total ou parcialmente público, dotada de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinada, por lei, a desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto-administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei.

Aí estão presentes as suas características:

1. dotação patrimonial, que pode ser inteiramente do poder público ou semi-pública e semi-privada;
2. personalidade jurídica, pública ou privada, atribuída por lei;
3. desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; Aqui estando presente a idéia de descentra-

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Manual de Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 260.

lização de uma atividade estatal e também a de que a fundação é a forma adequada para o desempenho de funções de ordem social, como saúde, educação cultura, meio ambiente, assistência e tantas outras, precisamente pelo fato dela objetivar fins que beneficiam terceiros estranhos à entidade.

4. capacidade de auto-administração; e

5. sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta, nos limites estabelecidos em lei.

De acordo com os ensinamentos da ilustre Maria Sylvia Zanella de Pietro<sup>11</sup>, as fundações públicas de direito privado, apesar da personalidade privada, o regime não é inteiramente privado, já que existe a aderência às regras de direito público, tais sejam: 1. subordinação à fiscalização, controle e gestão financeira, o que inclui fiscalização pelo Tribunal de Contas e controle administrativo, exercido pelo Poder Executivo (supervisão ministerial), com sujeição a todas as medidas indicadas no artigo 26 do Decreto-lei nº 200 (arts. 49, inciso X, 72 e 73 da Constituição);

2. constituição autorizada e m lei (art. 1º, inciso II, da Lei nº 7.596, e art. 37, inciso XIX, da Constituição);

3. a sua extinção somente poderá ser feita por lei; nesse aspecto, fica derogado o artigo 69 do novo Código Civil, que prevê as formas de extinção da fundação, inaplicáveis às

fundações governamentais;

4. equiparação dos seus empregados aos funcionários públicos para os fins previstos no artigo 37 da Constituição, inclusive acumulação de cargos, para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.429, de 2-6-92);

5. sujeição dos seus dirigentes a mandado de segurança quando exerçam funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.016, de 7-8-09, e art. 5º, inciso LXIX, da Constituição); cabimento de ação popular contra atos lesivos do seu patrimônio (art. 1º da Lei nº 4.717, de 29-6-65, e art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição); legitimidade ativa para propor ação civil pública (art. 5º da Lei nº 7.347, de 24-7-85);

6. juízo privativo na esfera estadual (art. 36 do Código Judiciário do Estado

de São Paulo - Decreto-lei Complementar nº 3, de 27-8-69);

7. submissão à Lei nº 8.666, de 21-6-93, nas licitações e contratos, nos

termos dos artigos 1º e 119;

8. em matéria de finanças públicas, as exigências contidas nos artigos 52, VII, 169 e 165, §§ 5º e 9º, da Constituição;

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Manual de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 513.

9. imunidade tributária referente ao imposto sobre o patrimônio, a renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, § 2º, da Constituição).

Nas fundações públicas de direito público, são aplicadas as regras do direito público, tendo em vista a sua similaridade com as autarquias, acrescentando ainda: **(i)** presunção de veracidade e executoriedade de seus atos administrativos; **(ii)** inexigibilidade de inscrição de seus atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, porque a sua personalidade jurídica já decorre da lei; **(iii)** não submissão à fiscalização do Ministério Público; **(iv)** impenhorabilidade de seus bens e sujeição ao processo especial de execução estabelecido pelo artigo 100 da Constituição; juízo privativo (art. 109, inciso I, da Constituição). Em síntese, usufruem dos privilégios e prerrogativas e se sujeitam às mesmas restrições que, admissíveis no regime administrativo aplicável às pessoas jurídicas públicas.

Passando a análise dos aspectos principiológicos, as fundações públicas por serem integrantes da Administração Pública Indireta devem obedecer aos princípios trazidos pela Constituição Federal em seu art. 37, *caput*, são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Não obstante, há três outros princípios ligados a administração pública indireta, que merecem destaque:

**a)** Princípio da Reserva Legal, o qual preconiza que todas as

pessoas integrantes da Administração Pública Indireta de qualquer um dos Poderes, seja qual for a esfera federativa a que estejam vinculadas, só podem ser instituídas por lei.

Nesse toar, o art. 37, XIX, da Constituição Federal<sup>12</sup>, assim prevê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

**b)** Princípio da especialidade, que aponta no sentido de que nenhuma entidade, integrante da Administração Pública Indireta, pode ser instituída com finalidades genéricas, sem que se defina na lei, o objeto preciso da sua atuação.

**c)** Princípio do Controle, também denominado tutela administrativa, através do qual tem estabelecido a ideia de vinculação a um determinado órgão da administração direta. É importante distinguir a relação de vinculação com a subor-

12 BRASIL. Constituição Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 20 de jul. de 2020.

dinação, sendo esta última realizada entre órgãos internos das pessoas administrativas.

Após realizado o apanhado doutrinário acerca da administração pública, com foco da administração indireta, especificamente na espécie fundação pública, será tratado a seguir o cerne do presente estudo, tal seja, o arcabouço jurídico e os seus efeitos da natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar com patrocínio público.



### 3. DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR COM PATROCÍNIO PÚBLICO

Fazendo uma breve contextualização, o Regime de Previdência Complementar para os servidores públicos surgiu no ordenamento jurídico após a Emenda Constitucional nº 20/98, a qual introduziu o §14 e §15 no art. 40 da Constituição Federal, autorizando o Poder Público, de forma facultativa, a instituir, na condição de Patrocinador, Planos de Previdência Complementar para este Público. Em outras palavras, a modificação constitucional autorizou a União, os Estados, ao Distrito Federal e os Municípios, a fixar como limite dos benefícios a serem pagos por seus Regimes Próprios de Previdência Social o limite máximo estabelecido para o pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Insta mencionar que, de acordo com a supracitada emenda, a efetiva implementação do Regime de Previdência Complementar para os servidores públicos depende da necessidade de edição de Lei Complementar, dispondo sobre normas gerais para a instituição desta modalidade.

Ocorre que, com a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, dando uma nova redação ao §15 do art. 40, passou-se a admitir a criação do Regime de Previdência Complementar por meio de lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo.

Ainda em relação ao §15 do art. 40 da Carta Magna, dada a pro-

mulgação da aludida EC nº 41/2003, o regime de previdência complementar pública deveria, então, ser administrado por entidades fechadas de previdência complementar de natureza pública.

Vale destacar o posicionamento do Consultor Legislativo do Senado da República Gilberto Guerzoni Filho<sup>13</sup>, que asseverou:

Já a determinação de que essa previdência complementar seja operada por entidades fechadas de natureza pública contraria toda a doutrina e a legislação que regulamenta o tema – a tal ponto, mesmo, de tornar inócua a ideia de dispensar a edição de lei regulamentadora da matéria, uma vez que, parece-nos, se impõe a publicação de norma para, no mínimo, definir o que é uma entidade fechada de previdência complementar de natureza pública. Isso porque a entidade fechada de previdência complementar é um ente cuja natureza é tipicamente privada, tanto no sentido de que a filiação não é aberta ao público – uma vez que ela é restrita aos servidores de sua patrocinadora –, quanto no de que o seu patrimônio é privado, pertencendo aos seus filiados e não ao Tesouro Público; ou ainda no de que ela deve se reger por normas de Direito Privado, visando à necessária flexibilização para não apenas buscar a maior rentabilidade para os seus investimentos ou para não

13 GUERZONI FILHO, Gilberto. Eficiência, política, consistência atuarial e ajuste fiscal: comentários sobre a emenda constitucional nº 41, de 2003. Textos para discussão, Vol. 2, 2004, p. 44-45.

haver dificuldade de, por exemplo, ser multipatrocinada, se isso for necessário para ter economia de escala. Ou seja, quando se define que as entidades fechadas de previdência complementar dos servidores públicos terão natureza pública, está-se, efetivamente, dificultando a sua instituição e tornando-as mais suscetíveis a se tornarem instrumentos de política econômica dos Tesouros Públicos, o que é particularmente grave para os seus associados quando se estabelece que essas entidades somente oferecer-lhes-ão planos na modalidade de contribuição definida.

Ainda sobre a interpretação acerca do conceito de natureza pública, insta salientar os seguintes posicionamentos:

Acerca do tema, discorre Daniel Pulino<sup>14</sup>:

(...), que mesmo nos casos em que o patrocinador seja a própria Administração direta, autárquica ou fundacional, estabelecendo planos de benefícios da chamada previdência complementar do servidor público – leia-se: servidores públicos titulares de cargos efetivos ou os chamados membros de Poder -, prevista particularmente nos §§14 a 16, do art. 40 da constituição, entendemos que, em que pese à referência feita pontualmente no art. 40, §15 (com a redação imposta pela Emenda Constitucional N° 41, de 2003), a entidades fechadas ‘de

natureza pública’, tais entidades deverão de apresentar personalidade jurídica de direito privado, submetendo-se, inclusive, essencialmente ao regime jurídico privado (não se podendo, portanto, apreender em sentido técnico-jurídico a citada expressão ‘natureza pública’) imposto pelo art. 202 da Constituição e disciplinado pelas Leis Complementares n°s 108 e 109, de 2001, como, em geral, ocorre com as demais entidades fechadas já existentes e que se acham sob a disciplina da Lei Complementar n° 108, de 2001, ainda que uma ou outra diferença de regime possa vir a ser estabelecida para a disciplina dessas entidades (p. ex., a exacerbação das regras de transparência e a incidência de alguns princípios do art. 37 da Constituição, como os da publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência).

Em idêntico sentido, assevera Alexandre Brandão Henriques<sup>15</sup>:

O ordenamento jurídico pátrio, a doutrina e a jurisprudência reconhecem em várias pessoas jurídicas regidas pelo Direito Privado a possibilidade de possuírem “função pública”, ou seja, de agirem em nome do “interesse público”, o que permite a conclusão de que não deixam de possuir uma “natureza pública”.

(...), as EFPC que venham a ser criadas pelos entes federados para complementação dos benefícios previdenciários de seus servidores serão regidas pelo Direito

14 PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 226.

15 HENRIQUES, Alexandre Brandão. *A natureza jurídica dos fundos de pensão dos servidores públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n° 479, 29 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5818>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

Privado e deverão funcionar de acordo com as regras já previstas nas Leis Complementar n°s 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

O conceito de “natureza pública”, embora possa ter sido outra a intenção do legislador constituinte derivado, deve ser interpretado de maneira restritiva, sob pena de incoerência sistêmica do texto constitucional, impondo-se a caracterização das EFPC’s dos servidores como sendo detentoras tão somente de um munus público, de uma função pública, dentro do mais alto interesse público, por imperativo lógico e hermenêutico decorrente do cotejo entre o § 15 do art. 40 da Constituição (regra específica) com os dispositivos do art. 202 da mesma Constituição, em especial os seus §§ 3.º e 4.º (regras gerais)

Nesse sentido, sendo a Entidade Fechada de Previdência Complementar, responsável pela gestão dos planos de benefícios de caráter previdenciário, mencionada no supramencionado dispositivo constitucional, de natureza pública, está se apresenta como fundação pública de direito privado, sendo sujeita a regime jurídico híbrido, conforme detalhado anteriormente.

Visando a exemplificar o caráter híbrido destas entidades, a Lei n° 12.618, a qual institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona, fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal e contempla, em seu art. 8º, *in verbis*, a seguinte disposição:

Art. 8º Além da sujeição às normas de direito público que decorram de sua instituição pela União como fundação de direito privado, integrante da sua administração indireta, a natureza pública das entidades fechadas a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição Federal consistirá na:

I - submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos;

II - realização de concurso público para a contratação de pessoal, no caso de empregos permanentes, ou de processo seletivo, em se tratando de contrato temporário, conforme a Lei n° 8.745, de 9 de dezembro de 1993;

III - publicação anual, na imprensa oficial ou em sítio oficial da administração pública certificado digitalmente por autoridade para esse fim credenciada no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP Brasil), de seus demonstrativos contábeis, atuariais, financeiros e de benefícios, sem prejuízo do fornecimento de informações aos participantes e assistidos dos planos de benefícios e ao órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, na forma das Leis Complementares n°s 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

Com o advento da Emenda Constitucional n° 103/2019, no que tange à previdência complementar, merece destaque a alteração do §15 do art. 40 e do art. 202.

Para facilitar o entendimento, segue abaixo um quadro comparativo que retrata as alterações trazidas pela supramencionada emenda:

### Redação anterior

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **desde que instituem** regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§15. O regime de previdência complementar de que trata o §14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, **por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública**, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

### Nova redação (EC nº. 103/2019)

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

§14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observado o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto no § 16.

§15. O regime de previdência complementar de que trata o §14 oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, **observará o disposto no art. 202 e será efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar.**

**Art. 202.**

(...)

§4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º A lei complementar a que se refere o §4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

§4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de planos de benefícios previdenciários, e as entidades de previdência complementar.

§5º A lei complementar de que trata o § 4º aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de planos de benefícios em entidades de previdência complementar.

§6º Lei complementar estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência complementar instituídas pelos patrocinadores de que trata o § 4º e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Em síntese, as alterações trazidas pela emenda, no que tange ao regime de previdência complementar dos servidores, gira em torno de quatro aspectos: a) obrigatoriedade de instituição do regime de previdência complementar nos entes federativos; b) gestão do regime de previdência complementar por intermédio de entidades abertas e fechadas de previdência complementar; c) exclusão da “natureza pública”; d) retirada da expressão “no que couber”.

Com a EC 20/1998, veio a faculdade dos entes federativos na implantação dos seus respectivos regimes de previdência complementar. Com o advento da EC 103/2019, passou a ser uma obrigação a instituição deste regime de previdência complementar.

A obrigatoriedade de implantação do Regime de Previdência Complementar, para todos os entes federativos, tem como motivação a necessidade da convergência dos regimes de previdência social para uma unidade de regramento, bem como contribuir para a solvência do sistema previdenciário.

A exclusão da “natureza pública” trouxe diversos questionamentos na esfera jurídica. Nesse sentido, foi formulada pela Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo uma consulta à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), questionando-a acerca da eficácia da Emenda Constitucional nº 103/2019 e sua repercussão no âmbito da Lei nº 12.618/2012, sendo abordados os seguintes temas: *“a) obrigatoriedade ou não de concurso público para a contratação de pessoal para compor o quadro permanente; b) necessidade ou não de observância da legislação disciplinadora das contrata-*

*ções públicas; c) eficácia imediata ou não da EC nº 103/2019 e, por consequência, d) revogação automática ou não do art. 8º da Lei nº 12.618/2012; bem como e) permanência ou não do Aporte Extraordinário de Aposentadoria Normal – AEAN para a aposentadoria das mulheres, policiais e professores e a respectiva forma de cálculo do benefício de aposentadoria normal, nos moldes do art. 40, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal.*

Em resposta aos questionamentos apontados, a PGFN emitiu o Parecer SEI nº 1573/2020/ME, contendo a seguinte conclusão:

- a)** a nova redação do §14 e §15 do art. 40 da Constituição Federal dada pela EC nº 103/2019 não veicula proibição (vedação) ou anulação de implementação de regimes de previdência complementar por meio de entidades fechadas de caráter público, eis que o parâmetro de constitucionalidade fora, na verdade, ampliado;
- b)** não há incompatibilidade entre a Lei nº 12.618, de 2012, e a Emenda Constitucional nº 103, de 2019, no que tange à execução de Planos de Benefícios de Previdência Complementar Fechada via fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado;
- c)** nos termos da NOTA nº 00019/2020/DECOR/CGU/AGU, a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe) não teve sua natureza jurídica alterada em razão da superveniência da Emenda Constitucional nº 103/2019, sendo-lhes aplicáveis as normas de direito público que regram a atuação das fundações públicas;

d) as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019 nos critérios de elegibilidade dos benefícios previdenciários do Regime Próprio dos Servidores Públicos devem ser considerados quando da elaboração dos respectivos planos de custeio do Regime de Previdência Complementar, inclusive para fins de implementação do Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários de que trata o art. 17 da Lei nº 12.618/2012, estando autorizada a revisão dos Regulamentos dos fundos de previdência para fins de adequação às novas diretrizes constitucionais, em especial as alterações promovidas no §§ 4º e 5º do art. 40 e alínea “a” do inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, aos quais os incisos III e IV do §2º do art. 17 fazem remissão expressa, observada sempre as garantias do direito adquirido e do direito acumulado dos participantes e assistidos.

De acordo com o posicionamento explicitado do parecer em comentário, pode-se inferir que não há transformação automática da natureza pública ou mesmo desconstituição das instituições criadas sob a égide do parâmetro constitucional anterior. Porém, como a limitação deixou de existir, será possível a edição de lei autorizando a operação por entidades fechadas ou abertas, de natureza pública ou privada, cabendo a decisão condicionada a deliberação e conveniência legislativa.

Do ponto de vista jurídico, a inovação trazida pela Constituição traz maior segurança jurídica, já que possui aderência aos ditames da essência privada e contratual da previdência complementar, ainda que o vínculo jurídico entre o patrocinador seja de outra natureza. Na sua essência, trata-se de atividade econômica

típica, devendo ser aplicadas normas específicas e a legislação civil. Para reforçar ainda mais este entendimento, a emenda em comentário retirou a expressão “no que couber” do § 15 do art. 40, a qual limitava a aplicação do art. 202 da Constituição Federal.

O art. 202, *caput*, da Constituição Federal estabelece que “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.”

De acordo com esta definição, destacam-se as seguintes características da previdência privada: a) complementariedade em relação à previdência pública; b) autonomia em relação à previdência pública; c) facultatividade de adesão; d) regime de financiamento de capitalização; e) contratualidade; e f) regulação por lei complementar. Dentre as características apontadas, tendo em vista a matéria abordada neste artigo, destaca-se a contratualidade.

A Constituição Federal deixou evidente que o negócio previdenciário privado deve ser ajustado entre as partes. É inerente à previdência privada a negociação, a consensualidade, ou seja, a contração de planos pelos participantes. Sob esse mesmo olhar, o vínculo jurídico de previdência privada fechada interliga sempre o participante e seu beneficiário, a entidade de previdência fechada de previdência complementar e o patrocinador ou do instituidor. Esta relação jurídica, por tratar-se de relação jurídica complexa, tem-se direitos e deveres para as partes envolvidas.

De acordo com Arnaldo Wald<sup>16</sup>: “É o contrato pelo qual uma pessoa, denominada participante se obriga a pagar contribuições periódicas a uma entidade de previdência privada, aberta ou fechada, que por sua vez, se compromete a conceder benefícios previdenciários, na medida em que forem sendo cumpridas as condições estabelecidas no regulamento do plano de benefícios aprovado pelo órgão público competente”.

Ainda sobre a relação jurídica, entre o Patrocinador e a Entidade Fechada de Previdência complementar é formalizado um instrumento contratual, chamado convênio de adesão, assim definido no art. 13 da Lei Complementar nº 109: “A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo”. Portanto, assim como qualquer relação contratual, dela se derivam os direitos e obrigação das partes interligadas.

Por fim, ainda sobre o § 15 do art. 40 da Constituição Federal, a EC nº 103/2019 trouxe a possibilidade de gestão por entidades fechadas e abertas de previdência complementar. Neste aspecto, segue abaixo uma comparação entre os dois tipos de entidades:

	<b>Entidades Abertas de Previdência Complementar</b>	<b>Entidades Fechadas de Previdência Complementar</b>
<b>Formas de organização</b>	Sociedade anônimas, com fins lucrativos	Fundações de Direito Privado ou de sociedade civil, sem fins lucrativo
<b>Público</b>	Planos de Benefícios individuais, oferecidos a quaisquer pessoas físicas ou coletivos ofertados a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante	Indivíduos que possuam vínculo empregatício ou associativo com empresas, órgãos públicos, sindicatos ou associações representativas
<b>Regulamentação</b>	Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP)	Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPCC)
<b>Fiscalização</b>	Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)	Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC)

Vale destacar que conforme art. 33 da EC nº 103/2019, o §15 do art. 40 da CF não tem eficácia imediata, já que a possibilidade de administração de planos de benefícios patrocinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios pelas entidades abertas depende de regulamentação, sendo, até que tal regulamentação se efetive, apenas as entidades fechadas de previdência complementar aptas a gerir estes planos.

Nesta senda, dada a possibilidade de entidades abertas administrarem planos de benefícios de caráter previdenciário, patrocinados por entes federativos, é criado um cenário competitivo entre as entidades, razão pela qual visando a possibilitar uma concorrência saudável é mister a adoção de tratamento igualitário entre elas.

De logo, neste requisito de competição, as entidades abertas de previdência complementar, por possuírem finalidade lucrativa, utilizando outras formas de arrecadação (inclusive, taxas de administração sobre os investimentos, reduzindo o seu retorno), já saem na frente, já que poderão ofertar planos com taxas de carregamento/administrativa inferiores às praticadas pelas entidades fechadas de previdência complementar. Este é apenas um ponto de atenção que deverá ser observado pelos legisladores.

Portando, valendo-se das inovações trazidas pela Reforma Previdenciária, destaca-se o fortalecimento do Regime de Previdência Complementar com o patrocínio por entes públicos, abrindo uma possibilidade de equilíbrio das contas públicas. Além disso, a exclusão da amarra da natureza pública possibilita a constituição de entidades, essencialmente privada, com poder de competição e conseqüentemente aumento de oferta e menor custo

para os participantes dos respectivos planos.

Veio à baila, nos tópicos precedentes, o debate acerca de qual regime jurídico deve ser aplicado às entidades fechadas de previdência complementar, que possuem entes federativos como suas patrocinadoras.

Com acurada precisão e afastando quaisquer conclusões apresadas, restou evidenciado que as Fundações Públicas, integrantes da Administração Pública indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criadas em virtude de autorização legislativa específica, com autonomia administrativa própria, sem quaisquer fins lucrativos, voltadas especificamente à operacionalização de planos de benefícios previdenciários para os servidores públicos.

A elas se aplica o regime de direito privado, mesmo sob o influxo do regime de direito público, em que se denota sua natureza pública e sua submissão aos princípios do direito público. Por força disso, incumbem-se de respeitar a legislação sobre licitações e contratos administrativos, a realização de concurso público para contratação de pessoal e a adoção de mecanismos de gestão operacional que maximize a utilização de recursos com eficiência e economicidade.

Neste cenário, cabe questionar se deveriam as mencionadas Fundações se curvarem a todos os condicionamentos e deveres afetos ao regime de direito público, mormente os relativos ao controle externo exercido pelas Cortes de Contas. Esse é um ponto nodal na discussão do tema.

## 4. DA INCOMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA FISCALIZAREM DIRETAMENTE AS ATIVIDADES DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PATROCINADAS POR ENTES ESTATAIS

Para o exercício da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, com vistas a realizar o controle externo, a Constituição Federal definiu a competência do Tribunal de Contas da União (TCU), na qualidade de auxiliar do Congresso Nacional, detalhando-a nos arts. 70 e 71, como se nota, *in verbis*:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil,

financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Em adição, a Carta Constitucional determinou, no art. 75, que as normas previstas para o TCU, relativas à organização, composição e fiscalização, incidem, no que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal, bem como dos Municípios, conforme disciplina específica nas Constituições Estaduais.

Há de se ver, pois, que o texto constitucional previu simetria na atuação do Tribunal de Contas da União e os demais Tribunais, de maneira que reflexamente os atos de controle externo adotados pelo TCU servirão de norte às Cortes de Contas Estaduais e Municipais em efeito multiplicador.

Não se discute que o TCU foi concebido para o controle externo da Administração Pública e de seus agentes públicos, cabendo-lhe, com expertise, analisar as finanças públicas, a economicidade das ações estatais, bem como a plena legalidade e a legitimidade dos atos administrativos realizados pelos agentes públicos.

Busca o TCU, em sua nobre missão, contribuir com o aperfeiçoamento de uma Administração Pública voltada para o benefício

da sociedade, primando para que seja efetiva, ética, ágil e responsável<sup>17</sup>. Esse é o fim maior do controle externo, ao trabalhar com meios de intervenção, quer sejam positivos, quer negativos, a fim de induzir os organismos e seus próprios membros a se conformarem às normas positivadas, a impedir e desestimular os comportamentos contrários a elas, restabelecendo condições de conformação, ainda que possam provocar uma mudança nas práticas adotadas, no sistema normativo ou que implique a cominação de sanções.<sup>18</sup>

Nesse universo, vem sustentando o TCU que, desde que haja recursos federais, estará sempre evidenciada sua competência fiscalizatória, com arrimo no parágrafo único do art. 70, bem como no inciso II do art. 71, da Constituição Federal.

E, neste sentido, até o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu, reforçando a competência do TCU para esta fiscalização quando se está diante de recursos federais, senão veja-se:

Em reforço a tese exposta, cumpre ressaltar a decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923-DF, em que se discutia a validade da Lei 9.637/1998. Nessa ação, os votos do Relator, Ministro Carlos Ayres Brito, e do Ministro Luiz Fux convergiram no sentido de reafirmar a competência fiscalizadora do TCU em

relação aos recursos do SUS utilizados por organização social na prestação de ações e serviços de saúde. Nesse contexto, a Corte Suprema julgou parcialmente procedente o pedido, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei 9.637/1998 e ao art. 24, XXIV da Lei 8.666/1993 para, entre outros, afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação desses recursos.<sup>19</sup>

Embora a entidade seja de direito privado, sujeita-se à fiscalização do Estado, pois recebe recursos de origem estatal, e seus dirigentes hão de prestar contas dos valores recebidos; quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve contas ao órgão competente para a fiscalização<sup>20</sup>.

No que importa para o presente exame, para se compreender este alcance, não é de hoje que o TCU vem avocando sua competência para a fiscalização dos recursos empregados pelas entidades fechadas de previdência complementar, quer seja direta ou indiretamente, sustentando que a competência da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) não afastaria a que detém<sup>21</sup>.

17 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/> Acesso em: 23 jul. 2020.

18 BOBBIO, Norberto, Matteucci, Nicola e Pasquino Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

19 TCU, Processo TC nº 017.342/2015-5, Acórdão nº 6.851/2016- 1ª Câmara. Relator Ministro Benjamin Zymler.

20 STF, MS 21.644, Relator: Ministro Néri da Silveira, j. 4-11-1993, DJ de 8-11-1996; STF, MS 26.969, Relator Ministro Luiz Fux, j. 18-11-2014, 1ª Turma, DJe de 12-12-2014.

21 TCU, Processo TC 012.886/2005-2, Acórdão nº 573/2006- Plenário e Acórdão nº 201/2006-TCU-Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler.

No entanto, é preciso perquirir se isto, de fato, deve ser o campo de sua atuação, sob pena de tudo estar nele abarcado, com o fundamento de proteção do interesse público e da acuidade com os recursos federais.

Em solução de consulta, após ser instado pelo Ministro da Previdência Social a responder sobre a ocorrência de possíveis conflitos com os atos praticados pela Previc e por outros órgãos fiscalizadores, em sessão realizada em 21/11/2012, o TCU corroborou esta posição, exarando o Acórdão nº 3.133/2012 – Plenário, com destaque para os seguintes trechos:

#### ACÓRDÃO Nº 3133/2012 – TCU – Plenário

1. Processo: TC 012.517/2012-7.
2. Grupo I - Classe III - Consulta.
3. Interessado: Garibaldi Alves Filho, Ministro de Estado da Previdência Social.
4. Órgão: Ministério da Previdência Social (MPS).
5. Relator: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: 5ª Secex.
8. Advogado constituído nos autos: Procuradores Federais/Consultores Jurídicos: Fabrício Cardoso de Menezes, Felipe de Araújo Lima, Roberta Simões Nascimento e Luis Fernando Bandeira de Mello.

#### 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que versam sobre Consulta formulada pelo Ministro de Estado da Previdência Social, acerca de possíveis conflitos de competência entre o TCU e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) e outros órgãos na fiscalização de entidades fechadas de previdência complementar,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 1º, inciso XVII e § 2º, da Lei nº 8.443/92, em:

(...)

9.1. conhecer da presente Consulta, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 264 e 265 do Regimento Interno desta Corte;

9.2. esclarecer ao Consulente que:

9.2.1. **os recursos que integram as contas individuais dos participantes das EFPC, quer oriundos do patrocínio de órgãos públicos ou de entidade de natureza jurídica de direito privado, quer das contribuições individuais dos participantes, enquanto administrados pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), são considerados de caráter público;**

9.2.2. o Tribunal, quando for o caso de sua atuação fiscalizatória de primeira ou segunda ordem, sobretudo

nas hipóteses de operações que gerem ou possam gerar prejuízos ao erário, verificará o cumprimento dos dispositivos da Constituição Federal, das Leis Complementares n.ºs 108/2001 e 109/2001, bem como as regulações expedidas pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar, pelo Conselho Monetário Nacional entre outras leis e normas infralegais, mediante a utilização dos procedimentos previstos em seu regimento interno, em suas resoluções administrativa, instruções e decisões normativas, a exemplo de tomadas de contas especiais, inspeções, auditorias, acompanhamentos, monitoramentos, relatórios de gestão etc;

**9.2.3. a competência constitucional do TCU para fiscalizar a aplicação de recursos pelas EFPC, direta ou indiretamente, não ilide nem se sobrepõe a outros controles previstos no ordenamento jurídico, como o realizado pelos entes patrocinadores, pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar e por outros órgãos a quem lei ou Constituição Federar atribui competência;**

9.2.4. não cabe ao TCU impor parâmetros/metras de rentabilidade/eficiência aos fundos de pensão, a seus patrocinadores e aos órgãos de fiscalização, não se podendo olvidar que o TCU é competente para verificar

a legalidade, a legitimidade, a eficiência e a eficácia da aplicação dos recursos públicos, nos termos do arts. 37 e 71 da Constituição Federal, da Lei n.º 8.443/92, bem como do seu Regimento Interno;

9.3. dar ciência do presente Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam ao Ministro de Estado da Previdência Social. (...) (sem grifos no original)

Este entendimento não vem oscilando. Foi endossado no Acórdão n.º 2.073/2015- Plenário<sup>22</sup>, quando se aduziu que remanesce a competência da Corte de Contas para realizar fiscalização de primeira e segunda ordem<sup>23</sup> em determinado fundo de pensão, dado o caráter público dos recursos ali vertidos e indícios de operações que podem ter gerado prejuízos ao erário, especialmente decorrentes da necessidade de novos aportes de recursos por parte de empresa pública federal.

O que se infere da leitura dos acórdãos do TCU é que o recebimento e a injeção de recursos pelos entes federativos ou estatais nos fundos de pensão servem de motivo suficiente para subjugar as entidades ao controle do TCU. Mas, dentro dos contornos autorizados pelo texto constitucional, essa amplitude seria legítima? A resposta é negativa.

O TCU, ao afirmar e autoproclamar sua competência para julgar

22 TCU, Processo TC n.º 015.443/2015-9, Acórdão n.º 2.073/2015- Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo.

23 Ocorre a fiscalização de primeira ordem, de modo direto, sobre os próprios fundos de pensão, enquanto a de segunda ordem é operada por meio de uma fiscalização indireta, por meio e a par dos atos praticados pela Previc ou por seus patrocinadores públicos. Em ambos os casos, preocupam-se em verificar a prática de atos que importem em possíveis danos ou riscos aos recursos que administram as entidades ou aos recursos do ente público patrocinador.

as contas, fiscalizar os recursos vertidos às fundações de direito privado, mesmo àquelas de natureza pública, e de submetê-las às suas deliberações, assume função alheia ao seu perfil constitucional, exorbitando as suas funções e interferindo na própria estrutura formatada pela Constituição brasileira para o regime de previdência complementar

Ora, definitivamente, não estão os fundos de pensão expressamente inseridos na jurisdição dos Tribunais de Contas, razão por que não exsurge qualquer dever de prestar contas a eles.

É pertinente recordar que a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, promoveu significativas reformas no campo da previdência. Essa emenda deu nova redação ao art. 202<sup>24</sup>, dedicando-o, inteiramente, à previdência complementar, como se destacou anteriormente.

Sem receio da repetição, repise-se que a redação do referido artigo estabelece que a relação jurídica que envolve a previdência privada tem caráter complementar, autônomo em relação ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), sendo facultativo e natureza contratual.

A partir disso, exigiu-se a edição de duas leis complementares: Uma prevista no caput do art. 202, que traz normas gerais sobre a previdência complementar e que veio a ser a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, e outra, prevista no §4º do

referido dispositivo constitucional, contendo normas específicas para disciplinar a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista, outros entes públicos e suas respectivas entidades de previdência complementar, o que ensejou a publicação da Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001.

Ao final de 2019, nova Emenda Constitucional foi editada, alterando os §4º, §5º e §6º do art. 202, notadamente para permitir que a gestão dos recursos se realize tanto por entidades fechadas de previdência complementar, quanto por entidades abertas de previdência complementar.

Da leitura do previsto no art. 202, deflui-se claramente a natureza privada do regime, no qual prepondera a autonomia da vontade. Há efetivamente uma relação de cunho contratual, tendo o constituinte repetido diversas vezes a palavra “previdência privada”.

Constitui-se uma relação contratual de longa duração, com o fim de administrar uma reserva de poupança para o pagamento futuro de benefícios previdenciários aos participantes que promoverem, se assim quiserem, sua adesão, com vistas à manutenção do padrão de vida, no momento da aposentadoria, o mais próximo possível do que gozavam quando na atividade.

O caráter complementar se configura porque a adesão de participante ao plano de previdência privada não o desobriga da

24 Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

inscrição como segurado do RGPS ou do RPPS. Já a autonomia, também pontuada no art.1º da Lei Complementar nº 109/2001, consiste na independência da concessão do benefício pelo Regime Geral ou Próprio para a concessão e percepção de benefício pago por entidade de previdência privada<sup>25</sup>.

Ademais, não existe ligação obrigatória entre os valores pagos pelos regimes – geral, próprio e complementar – conquanto possa haver alguma regra pactuada no Regulamento, notadamente nos planos de benefício definido que possa criar determinada condição para a concessão do benefício complementar. Outrossim, pelas próprias características dos planos de contribuição definida (mistos ou variáveis) em que o benefício depende tão somente dos valores e importâncias vertidas, ao longo dos anos, para a sua reserva de poupança, nada justifica esse elo entre os regimes, sendo esta a modalidade de plano permitida para oferta aos servidores públicos, nos termos da atual redação do 14º do art. 202.

Por fim, no que tange à facultatividade, cuida-se da opção que tem o indivíduo em aderir ou não ao plano de benefícios oferecido pela empresa, órgão público, estatal ou pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, cujas regras estarão bem delineadas no regulamento do plano.

A esse respeito, afóra o regulamento, para que uma pessoa jurídica possa proporcionar um plano de benefícios a seus empregados, servidores, associados ou membros, como se assinalou

alhures, é necessário celebrar convênio de adesão com a entidade que será a responsável pela administração daquele plano, consoante previsto no art. 13 da Lei Complementar nº 109/2001, no qual estarão pactuadas as obrigações e direitos de todas as partes.

Importante dizer que todos esses instrumentos contratuais (regulamento, convênio de adesão, além do próprio estatuto das entidades) devem ser submetidos à prévia e expressa aprovação governamental, a qual é feita atualmente pela Previc, que tutela e fiscaliza o regime.

Nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei Complementar nº 108/2001 e do art. 5º da Lei Complementar nº 109/2001, a normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar são realizados por órgão regulador e fiscalizador.

Esse papel cabia à Secretaria de Previdência Complementar, mas com a edição da Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, isso passou à atribuição da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc). A toda evidência, a par desse regime, pode-se seguramente afirmar que as relações jurídicas entre participantes, patrocinador e fundos de pensão não dependem unicamente da vontade das partes.

Compete à Previc, juntamente com o Conselho Nacional da Previdência Complementar (CNPC) e o Conselho Monetário

25 Pode haver exceção. A vinculação entre os regimes para percepção de benefícios deverá estar contratualmente estabelecida no Regulamento do Plano, podendo-se exigir para a concessão do benefício complementar na modalidade de benefício definido, à luz do que contempla o inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 108/2001.

Nacional (CMN), determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial para os planos de benefícios, editando normas, disciplinando, fiscalizando, coordenando e supervisionando as atividades das entidades fechadas, com o propósito de compatibilizar seus fins às políticas previdenciárias e de desenvolvimento social do país (art. 3º, incisos II, III e V da Lei Complementar nº 109/2001).

Com esse propósito, a ação do Estado tem como objetivo proteger os interesses dos participantes, bem como lhes assegurar o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios (art. 3º, incisos IV e VI da Lei Complementar nº 109/2001), e mais que isso, à melhor aplicação dos recursos, que possibilitarão o pagamento dos seus benefícios futuros.

Essa rede de controles e a especificidade no tratamento da matéria podem explicar porque o texto constitucional não autorizou os Tribunais de Contas a participarem da fiscalização das entidades de previdência privada, porque, de modo específico, direcionou a um órgão curial que o fizesse.

Por isso, sem qualquer sombra de dúvidas, seguramente pode-se enaltecer que uma nova modelagem ao regime de previdência complementar foi conferida a partir da Emenda Constitucional nº 20/98 e das edições das Leis Complementares nº 108 e 109/2001, as quais fincaram os alicerces do sistema que se apresenta hoje consolidado.

Instituiu-se todo um arcabouço regulatório para o seu pleno funcionamento, determinando-se regras claras de estruturação,

operação, governança, instâncias de decisão, financiamento, aplicação de recursos, fiscalização e punição.

As Leis Complementares estabeleceram os pilares e as diretrizes que devem ser seguidas pelos Regulamentos desses planos de benefícios, indicando quais as características a serem observadas em suas edições e os direitos e deveres mínimos de todas as partes que compõem a relação jurídica, formada substancialmente pelo patrocinador, a entidade de previdência privada e os participantes, tudo passando pelo crivo da Previc.

Sob outro prisma, destes elementos, questão relevante diz respeito aos recursos vertidos aos planos, por meio das contribuições pagas pelos participantes e pelo patrocinador.

No caso dos patrocinadores estatais, muito embora os recursos venham dos cofres públicos, não significa dizer que assim permaneçam e conservem essa característica. Ao serem destinados e vinculados exclusivamente ao custeio de planos de benefícios dos servidores públicos passam a pertencer tão somente aos próprios participantes, para serem vertidos em benefícios futuros, razão pela qual assumem a partir disso o caráter privado.

Devem os importes financeiros serem tutelados e administrados tão somente pelas entidades, em nome e no interesse daqueles participantes, o que permite rechaçar, com isso, a competência fiscalizatória do TCU.

*Mutatis mutandis*, atentando ao fato de se tratar de recursos privados, vale conferir a posição perfilhada recentemente pelo

Supremo Tribunal Federal:

Não compete ao TCU adotar procedimento de fiscalização que alcance a Fundação Banco do Brasil [FBB] quanto aos recursos próprios, de natureza eminentemente privada, repassados por aquela entidade a terceiros, visto que a FBB não integra o rol de entidades obrigadas a prestar contas àquela Corte de Contas, nos termos do art. 71, II, da CF, não lhe cabendo, por via reflexa, subserviência aos preceitos que regem a Administração Pública.<sup>26</sup>

O foco da Corte de Contas, sem desnaturar e desbordar de suas funções constitucionais, deve cingir-se à fiscalização do agente público que utiliza, arrecada, guarda, gerencia e administra bens e valores públicos, e, notadamente, do próprio ente estatal que se torna patrocinador do regime privado de previdência, mas não voltar-se diretamente aos fundos de pensão.

A todas as luzes, as entidades fechadas de previdência complementar, estatuídas por ente federativo, não obstante receberem recursos públicos, com eles não se confundem, motivo por que não se tornam jurisdicionados para fins do controle externo.

Todo o esforço do regime estatuído no texto constitucional, a partir da previsão do art. 202, de seus respectivos parágrafos e legislação, é voltado a conferir um sistema próprio, fiscalizado pela Previc, evitando que as entidades patrocinadas por entes públicos se transformassem automaticamente em uma extensão

e *longa manus* do Estado ou de seu órgão patrocinador.

No último dia 08 de abril de 2020, o TCU emanou o Acórdão nº 843/2020, nos autos do Processo de Tomada de Contas nº 040.377/2019-9, em que se debruçou sobre representação feita pela Fundação dos Economiários Federais (FUNCEF), com o intuito de ingressar como interessada em processo administrativo instaurado pela Corte, a respeito de questões relacionadas a acordo de leniência celebrado pela Controladoria-Geral da União (CGU), Advocacia Geral da União (AGU) e as empresas do Grupo OAS.

Em síntese, a Funcef requestou ao TCU que a admitisse como interessada no acordo de leniência em questão, alegando todos os prejuízos que lhes foram causados pelo grupo OAS, conforme fora revelado em investigações e ações do MPF, particularmente pela Operação Greenfield.

Nos fundamentos do voto, há de se perceber que ficou claro que, embora a entidade receba aportes de seu ente patrocinador – a Caixa Econômica Federal – empresa pública federal, não se constitui como entidade apta à instauração de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), conduzindo à conclusão também que não pode figurar como competente para celebração de acordos de leniência, nem tampouco se caracterizando como entidade do Poder Executivo Federal, que integra a Administração Pública Federal direta ou indireta.

Nesta esteira, o Ministro Relator do processo, Walton Alencar

26 STF, MS 32.703 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 10-4-2018, 2ª T, DJe de 11-5-2018.

Rodrigues, anotou não vislumbrar medida passível de ser adotada pela Corte, rejeitando o pedido formulado pela entidade e destacando que:

A entidade, como previsto no art. 202 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 20/1998, observa o regime de previdência privada e organiza-se de forma autônoma, ou seja, não se confunde com o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) .

Nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei Complementar 108/2001, a fiscalização e o controle das entidades fechadas de previdência complementar são competência da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) , autarquia de natureza especial vinculada ao Ministério da Economia com estrutura regimental aprovada por meio do Decreto 8.992/2017.

A atuação do TCU sobre as entidades de previdência complementar patrocinadas por entidades públicas dar-se-á, ordinariamente, por meio da prestação de contas da Previc. Isso não afasta, por certo, a competência para realizar, por iniciativa própria e caso haja indícios de irregularidades, fiscalização sobre essas mesmas entidades, como ditado no art. 71, inciso IV, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso II, da Lei 8.443/1992, e assentado por meio do Acórdão 573/2006-TCU-Plenário.

Feitas tais considerações, concluo no sentido de que a matéria não preenche os requisitos de admissibilidade

do art. 237 do Regimento Interno do TCU, mormente porque, pelas informações trazidas pela Funcef, providências de cunho cível e criminal já estão em curso para tentar reaver os investimentos feitos no Grupo OAS.

Ante o exposto e ao tempo em que indefiro o pedido de ingresso da Funcef como interessada nos autos, formulado à peça 6, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

A decisão pode trazer novos ares à posição que vem adotando o TCU nos últimos anos, na medida em que reafirmar a precípua competência fiscalizatória da Previc, a quem realmente cabe exercer o controle e a fiscalização dos atos praticados por essas entidades, inclusive sob os aspectos contábil e financeiro.

## CONCLUSÕES

Tendo em vista o exposto, resta clara a necessidade de uniformização dos entendimentos acerca da natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar de patrocínio público, garantindo a natureza privada, visando a possibilitar a viabilidade dos regimes de previdência complementar até então implantados nos entes, bem como o surgimento de novos. A exigência advinda da EC nº 103/109 deverá ser entendida como uma possibilidade de solvência do sistema previdência nacional, até então insustentável.

Nesse sentido, perpetuar o posicionamento de duas espécies distintas – fundação pública e privada, possibilitará um tratamento disforme e conseqüentemente insegurança jurídica. Em um novo cenário de competição, dada a ampliação de gestão dos planos de benefícios pelas entidades abertas de previdência complementar, deve ser construído um ambiente saudável de concorrência gerando bons frutos para as partes envolvidas, em especial aos participantes, os quais esperam uma gestão das suas reservas norteada pela fidedignidade, eficiência e economicidade.





# **O AUMENTO DA RESPONSABILIDADE DOS INDIVÍDUOS NA FORMAÇÃO DA POUPANÇA PREVIDENCIÁRIA OFICIAL E COMPLEMENTAR**

COMISSÃO TÉCNICA SUDOESTE DE  
ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP



## COMISSÃO TÉCNICA SUDOESTE DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP

**AUTORES**

### **MEMBROS**

Anália Cristina Ferreira Brum (CONVIDADA)

Cássio Gama Amaral (FUNDAÇÃO IBM)



## INTRODUÇÃO

Em março de 2019, a Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas - CNDL e o Serviço de Proteção ao Crédito - SPC Brasil, em parceria com o Banco Central do Brasil, realizaram a pesquisa intitulada “Preparo do Brasileiro para o Futuro e Imprevistos”<sup>1</sup>, revelando que seis, em cada dez brasileiros, não se preparam para aposentadoria.

A abordagem do tema faz-se relevante, especialmente após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 103/2019, em novembro de 2019, que promoveu, não apenas, alterações no Regime Geral Previdência Social (“RGPS”), mas também impactou o Regime Próprio de Previdência Social (“RPPS”) e o regime de previdência complementar.

Relembre-se que o sistema previdenciário brasileiro se estruturou no modelo a que se convencionou chamar de “sistema de múltiplos pilares”, composto pelos três regimes identificados acima.

Os dois primeiros pilares apontados (o RPPS e o RGPS) são regimes oficiais, públicos e de filiação obrigatória, sendo que, enquanto o RGPS destina-se aos trabalhadores que exercem atividade remunerada, o RPPS destina-se aos servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo.

Em contrapartida, o regime de previdência complementar possui a facultatividade como característica básica, tendo como objetivo principal a garantia de uma renda complementar àquela assegurada pelos regimes oficiais.

Apesar de serem regimes independentes e autônomos, a finalidade precípua comum entre todos eles é a de garantir renda, ainda que mínima, em situações de perda da capacidade laborativa, seja em razão de acidente de trabalho, de doença ou mesmo da idade avançada.

Diante disso, o presente estudo tem por objetivo traçar breves considerações sobre o aumento da res-

1 SEIS EM CADA DEZ BRASILEIROS NÃO SE PREPARAM PARA APOSENTADORIA, REVELA PESQUISA CNDL/SPC BRASIL E BANCO CENTRAL. SPC Brasil, 2019. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/6088>>, acessado em 11/8/2020.

responsabilidade dos indivíduos na formação de poupança previdenciária, tanto oficial como complementar, em um contexto pós Reforma da Previdência, bem como sobre o papel do Estado como agente incentivador desse indivíduo poupador.

Considerando a abrangência do tema relacionado às ações que poderiam ser lideradas e desenvolvidas pelo Estado, na promoção da poupança de longo prazo brasileira, o enfoque do presente estudo se resume a programas de educação financeira-previdenciária, incentivos tributários e instituição da adesão automática na previdência complementar.



## 1. A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E O INDIVÍDUO COMO AGENTE POUPADOR

No passado, no âmbito do RGPS, a participação dos indivíduos na acumulação de recursos previdenciários costumava ser mais significativa, com a adoção, inclusive, de mesmas bases e alíquotas de contribuições em comparação às contribuições realizadas por entes privados. Veja-se, a exemplo, o Decreto nº 77.077/1976 que indicava alíquotas e bases de contribuição iguais para os indivíduos empregados e respectivas empresas.

Somente em 1984, com a publicação do Decreto nº 89.312/1984, o sistema de custeio previdenciário passou determinar uma maior participação das empresas em comparação às contribuições dos indivíduos empregados.

Nesse contexto, justamente com o objetivo de retomar um maior protagonismo por parte do indivíduo na formação de sua poupança previdenciária, durante os debates a respeito da Reforma da Previdência, o Governo Federal avaliou proposta que previa uma contribuição base de acordo com o princípio de solidariedade e uma segunda parcela de contribuição destinada a um regime de capitalização.

Apesar de a sugestão endereçar importantes debates a respeito

da cultura de poupança e visão de longo prazo, especialmente considerando o contexto de desigualdade social brasileira, a referida proposta, contudo, não foi aprovada pelo Congresso Nacional.

Verifica-se, então, que o contexto de aprovação da Reforma da Previdência envolvia uma antiga discussão que dizia respeito à sociedade, ao Congresso e ao Governo Federal, em razão da crescente preocupação no que tange à sustentabilidade do RGPS. O fundamento desta preocupação encontrava-se especialmente nos déficits acumulados pelo Tesouro Nacional, que apontavam montantes na ordem de R\$ 290 bilhões<sup>2</sup> e R\$ 318 bilhões<sup>3</sup>, em 2018 e 2019 (respectivamente), bem como nos dados demográficos brasileiros que indicavam uma curva crescente no envelhecimento da população brasileira e na diminuição da taxa de natalidade em algumas regiões do país<sup>4</sup>.

Assim, aprovada em novembro de 2019, por meio da Emenda Constitucional 103/2019, a Reforma da Previdência focou, principalmente, na alteração dos critérios de acesso e cálculo dos benefícios previdenciários, notadamente as regras de aposentadoria.

2 MÁXIMO, Wellton. Rombo da Previdência aumenta para R\$ 290 bilhões em 2018. Agência Brasil, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-01/rombo-da-previdencia-aumenta-para-r-290-bilhoes-em-2018>, acessado em 11/8/2020.

3 ROMBO PREVIDENCIÁRIO BATE RECORDE E AVANÇA PARA R\$ 318 BILHÕES EM 2019. Portal Gazetaweb.com, 2020. Disponível em: [https://gazetaweb.globo.com/porta/noticia/2020/01/rombo-previdenciario-bate-recorde-e-avanca-para-r-318-bilhoes-em-2019\\_95996.php](https://gazetaweb.globo.com/porta/noticia/2020/01/rombo-previdenciario-bate-recorde-e-avanca-para-r-318-bilhoes-em-2019_95996.php), acessado em 11/8/2020.

4 BRASIL, Ministério da Economia, Secretaria de Previdência, Subsecretaria do Regime Geral de Previdência Social. Estudos sobre Envelhecimento da População e Seguridade Social. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/06/colprev37.pdf>, acessado em 11/8/2020.

No que tange às regras de custeio, contudo, a maior parte da discussão foi diferida para quando da reforma tributária, visto que, atualmente, as maiores contribuições previdenciárias continuam sendo aquelas realizadas pelas entidades tomadoras dos serviços dos indivíduos, com base na folha de pagamentos ou em seu faturamento.

De qualquer forma, a Reforma da Previdência reacendeu o debate sobre o aumento da responsabilidade dos indivíduos na formação da poupança previdenciária, evidenciando a realidade brasileira em que 21% dos idosos aposentados continuam trabalhando<sup>5</sup>, uma vez que a renda que recebem não é suficiente para o custeio de suas necessidades imediatas ou a de seus familiares.

No que tange ao RPPS, também houve impacto da Reforma da Previdência que modificou a forma de custeio, por meio da criação de uma alíquota progressiva sobre o salário-de-contribuição, de 7,5% a 14%, com o intuito de aumentar a contribuição desses indivíduos.

Além disso, a instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos titulares de cargo efetivo deixou de ser uma facultatividade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e se tornou obrigatória. Em até dois anos, todos os entes federativos deverão se adequar à norma, sendo que, a partir da criação do regime complementar para tais servidores,

o RPPS passará a observar o limite máximo dos benefícios do RGPS para o valor das aposentadorias desses indivíduos que, caso queiram, poderão complementá-la mediante contribuição adicional para um plano de previdência complementar.

O impacto da Reforma da Previdência na previdência complementar é, então, evidente, seja em razão dos reflexos das propostas ao RPPS, seja porque as regras mais rígidas na concessão dos benefícios de aposentadoria do RGPS farão com que o indivíduo busque alternativas para complementar sua renda. Além disso, é possível que as próprias empresas se interessem mais na instituição de programas de previdência complementar em benefício de seus empregados e dirigentes como instrumento de política de recursos humanos, visando a retenção de talentos.

Tais reflexos da Reforma da Previdência podem ser verificados nas estatísticas do segmento de previdência complementar. De acordo com o Relatório Gerencial de Previdência Complementar, referente ao primeiro bimestre de 2020<sup>6</sup>, com relação à captação líquida anual das entidades abertas de previdência complementar, houve uma queda significativa entre 2017 e 2018, mas, a partir de 2019, tal número voltou a subir, alcançando o montante de R\$ 61,2 bilhões em fevereiro de 2020. Já com relação às entidades fechadas de previdência complementar, o referido relatório aponta um aumento no número de patrocinadores de 2.699, em 2017, para 2.807 no primeiro bimestre de 2020.

5 MESMO APOSENTADOS, 21% DOS IDOSOS CONTINUAM TRABALHANDO, REVELA PESQUISA CNDL/SPC BRASIL. SPC Brasil, 2018. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/imprensa/noticia/5649>, acessado em 11/8/2020.

6 BRASIL, Ministério da Economia, Secretaria de Previdência, Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar. Relatório Gerencial de Previdência Complementar, 2020. Disponível em: [https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/previdencia-complementar/arquivos/relgersurpc\\_022020.pdf](https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/previdencia-complementar/arquivos/relgersurpc_022020.pdf), acessado em 11/8/2020.

Considerando um período maior, o relatório informa que a população total do regime privado apresentou, entre 2011 e 2019, um crescimento de aproximadamente 38%, proporcionando cobertura previdenciária a 16,5 milhões de pessoas (conforme quantidade de contratos). Já o patrimônio do regime complementar cresceu cerca de R\$ 1,11 trilhão nos últimos dez anos, variando de R\$ 900 bilhões, em 2011, para R\$ 2 trilhões, em fevereiro de 2020.

Apesar de bastante necessária e importante, especialistas acreditam que a Reforma da Previdência implementada pode não ter sido suficiente, sendo que, em dez anos, será necessária uma nova reforma, na medida em que era necessário haver mudanças mais estruturais para que ela fosse duradoura.

Para a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - ABRAPP, a Federação Nacional de Previdência Privada e Vida - FenaPrevi, a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSeg e o Instituto de Certificação Institucional e dos Profissionais de Seguridade Social - ICSS, uma reforma estrutural passa por resgatar o debate sobre a implementação de uma estrutura da capitalização no regime oficial, de modo que essas entidades apoiam a proposta de reforma elaborada pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo (Fipe/USP).

Tal proposta apresenta uma solução baseada em quatro pilares: o Pilar 1, composto por um benefício mínimo para todos os brasileiros financiado pelo Tesouro Nacional; o Pilar 2, verificado

em um sistema de repartição para quem contribui para a previdência social, financiado por empresa e trabalhador; o Pilar 3, consubstanciado no sistema de capitalização compulsória financiada por, pelo menos, 30% dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS; e, o Pilar 4 representado por um sistema de capitalização voluntária. De acordo com os estudos feitos pela Fipe/USP, juntos, o Pilar 1 e o Pilar 2 repõem a renda de 75% dos brasileiros.

Diante do cenário posto, é bem-vindo o convite aos indivíduos, sejam eles empregados, servidores públicos, autônomos ou empreendedores a refletir sobre o papel de protagonismo que devem desempenhar na formação de suas próprias poupanças previdenciárias, sejam elas oficiais ou privadas.

É, ainda, uma convocação ao Estado, para o desenvolvimento uma cultura previdenciária mais sólida, por meio da educação financeira e de iniciativas para estímulo à poupança.

## 2. O PAPEL DO ESTADO COMO AGENTE INCENTIVADOR

O aumento da responsabilidade individual na formação da poupança, social e privada, levanta questionamentos de como o Estado pode contribuir para o desenvolvimento dessa cultura previdenciária, considerando o cenário econômico-social do Brasil.

De acordo com pesquisa realizada pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNADC, publicada pelo Jornal o Globo<sup>7</sup>, em 2018, a renda média mensal de 60% dos trabalhadores brasileiros foi menor que um salário mínimo.

Dessa forma, tratar de temas como cultura previdenciária, educação financeiro-previdenciária e incentivos tributários, em um país, como o Brasil, em que parte de sua população não tem sequer suas necessidades básicas atendidas, pode ser desafiador, mas não é, definitivamente, menos importante.

Resgatando a pesquisa intitulada “Preparo do Brasileiro para o Futuro e Imprevistos”<sup>8</sup>, seis, em cada dez brasileiros, não se preparam para aposentadoria.

Dentre os que não fazem qualquer tipo de plano financeiro para a aposentadoria: 17% consideram que não vale a pena guardar o pouco dinheiro que sobra no fim do mês; 16% estão esperando o momento certo para começar ou reportaram que não sabem

como fazer; e 12% entendem que não possuem disciplina, sendo que acabam gastando com bens de consumo.

Com a perspectiva de que a aposentadoria oficial seja cada vez menos suficiente para sustentar os indivíduos, recaindo sobre a população uma maior responsabilidade na formação da poupança privada, não pode o Estado se eximir de liderar soluções que convirjam para a formação dessa consciência de poupança a longo prazo.

Se, por um lado, há um dever jurídico de o Estado amparar os membros da sociedade em decorrência das contingências sociais, por outro lado, há também o dever de instruir e incentivar a cultura previdenciária.

Esse dever de atuar como agente incentivador está previsto na própria Constituição Federal, quando endereça que: “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (artigo 174).

Desta forma, o Estado tem o dever normativo de promover o fomento de uma previdência privada sólida, vez que desem-

7 RENDA MÉDIA DE MAIS DA METADE DOS BRASILEIROS É INFERIOR A UM SALÁRIO MÍNIMO. Agência O Globo, 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/10/renda-media-de-mais-da-metade-dos-brasileiros-e-inferior-um-salario-minimo.html>, acessado em 11/8/2020.

8 SEIS EM CADA DEZ BRASILEIROS NÃO SE PREPARAM PARA APOSENTADORIA, REVELA PESQUISA CNDL/SPC BRASIL E BANCO CENTRAL. SPC Brasil, 2019. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/6088>, acessado em 11/8/2020.

penha uma relevante função social em nosso país, de modo a concretizar o direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável, isto é, alinhado à construção de uma sociedade mais justa e solidária e menos desigual socialmente.

Para tanto, o Estado poderá se valer de medidas de incentivo positivas, por exemplo, utilizando-se da promoção da educação financeiro-previdenciária, de incentivos tributários e da ampliação do instituto de adesão automática no Brasil.

## 2.1 EDUCAÇÃO FINANCEIRA-PREVIDENCIÁRIA

Conforme mencionado acima, parte das pessoas que não possuem planejamento financeiro para a aposentadoria tem dificuldade de compreender quanto, quando e como poderiam se organizar para se preparar para a velhice.

Assim, para aqueles que não se encontram na camada economicamente mais vulnerável, não há dúvidas de que Estado (e a sociedade) deve promover ações de educação financeira com vistas a orientar e incentivar uma cultura de poupança de longo prazo no Brasil.

Sobre o tema, de acordo com as informações do site oficial do Banco Central do Brasil<sup>9</sup>, em 2007, o governo brasileiro constituiu um grupo de trabalho com representantes do Banco Central

do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC (na época, denominada Secretaria de Previdência Complementar) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), que ficou conhecido como COREMEC.

Esse grupo de trabalho ficou responsável por desenvolver um rascunho da Estratégia Nacional de Educação Financeira (“ENEF”), um plano diretor que continha uma pesquisa nacional sobre educação financeira, um inventário de iniciativas de educação financeira, uma revisão de iniciativas internacionais, diretrizes para a educação financeira nas escolas e um inventário de ações de educação financeira mantidas pelos reguladores do Sistema Financeiro Nacional.

Tal rascunho foi validado pelos quatro reguladores que compunham o COREMEC e, em dezembro de 2010, o Decreto Presidencial nº 7.397/2010 estabeleceu formalmente a ENEF e criou o Comitê Nacional de Educação Financeira (“CONEF”).

Um dos projetos do ENEF foi o 1º Mapeamento Nacional das Iniciativas de Educação Financeira<sup>10</sup>, realizado em 2014, em que foram identificadas 803 ações em diferentes regiões brasileiras. Já em 2018, esse número saltou para 1.300 iniciativas em todo o Brasil, entre escolas do ensino médio e universidades, públicas e privadas, associações, cooperativas e órgãos da iniciativa priva-

9 BRASIL, Ministério da Economia, Departamento de Educação Financeira do Banco Central do Brasil. Brasil: Implementando a estratégia nacional de educação financeira. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/Estrategia\\_Nacional\\_Educacao\\_Financeira\\_ENEF.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/Estrategia_Nacional_Educacao_Financeira_ENEF.pdf), acessado em 11/8/2020.

10 1º MAPEAMENTO NACIONAL DAS INICIATIVAS DE EDUCAÇÃO FINANCEIRA. ENEF, 2014. Disponível em: [http://www.gigamedia.net.br/download/Relatorio\\_Estat%C3%ADstico\\_ENEF\\_I\\_Mapeamento\\_Educacao\\_Financeira\\_no\\_Brasil.pdf](http://www.gigamedia.net.br/download/Relatorio_Estat%C3%ADstico_ENEF_I_Mapeamento_Educacao_Financeira_no_Brasil.pdf), acessado em 11/8/2020.

da, conforme informa o 2º Mapeamento Nacional das Iniciativas de Educação Financeira<sup>11</sup>.

De acordo com o 2º Mapeamento Nacional das Iniciativas de Educação Financeira, as iniciativas mapeadas se concentram nos eixos de informação e orientação e, em geral, em temas como finanças do dia-a-dia e consumo consciente, sendo que previdência privada e pública figuram quase no fim desse ranking de assuntos:



Fonte: 2º Mapeamento Nacional das Iniciativas de Educação Financeira

do pelo Decreto Presidencial nº 10.393/2020 que institui a nova ENEF, com a finalidade de promover a educação financeira, securitária, previdenciária e fiscal no País e o Fórum Brasileiro de Educação Financeira (“FBEF”)<sup>12</sup>. Além dos membros do COREMEC, a Secretaria do Tesouro Nacional da Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia, a Secretaria de Previdência da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Ministério da Educação passam a compor o FBEF.

Ao FBEF compete, dentre outros, divulgar as ações de educação financeira, securitária, previdenciária e fiscal, compartilhar as informações de tais ações para identificar as oportunidades de articulação, bem como promover a interlocução entre os órgãos ou as entidades públicas e as instituições privadas para estimular e, sempre que possível, integrar essas ações.

Diante do exposto, percebe-se que o Estado parece estar, teoricamente, no caminho certo no que tange aos estudos, mapeamentos e desenvolvimento de ações educativas. No entanto, pelos dados apresentados em 2018, há espaço para expandir, ainda mais, as iniciativas que dizem respeito à cultura previdenciária no Brasil.

Recentemente, o Decreto Presidencial nº 7.397/2010 foi revoga-

- 11 2º MAPEAMENTO NACIONAL DAS INICIATIVAS DE EDUCAÇÃO FINANCEIRA. ENEF, 2018. Disponível em: [https://www.vidaedinheiro.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/Mapeamento\\_2018.pdf](https://www.vidaedinheiro.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/Mapeamento_2018.pdf), acessado em 11/8/2020.
- 12 Já o COREMEC foi reinstituído pelo Decreto 10.465/2020 ao qual compete, dentre outros, discutir medidas que visem o melhor funcionamento dos mercados financeiro, de capitais, de seguros, de previdência e capitalização.

## 2.2 INCENTIVOS TRIBUTÁRIOS

Além da promoção de ações e programas educacionais previdenciários, outras soluções também devem ser pensadas e estimuladas para que se concretize essa cultura de poupança de longo prazo.

Nesse passo, os aspectos tributários envolvidos, tanto na realização de aportes em previdência privada complementar, quanto na fruição de benefícios pelos participantes, possuem profunda capacidade de estimular a formação de poupança previdenciária.

Iniciativas de tratamento tributário diferenciado, como benefícios e incentivos fiscais que estimulem a instituição de planos de benefícios por parte das pessoas jurídicas e a adesão por parte dos indivíduos, devem ser debatidas e implementadas.

Nesse sentido, a legislação tributária, atualmente, prevê que aportes em previdência privada complementar custeados pelas empresas em favor de seus empregados e dirigentes sejam isentos de contribuições previdenciárias, sendo despesas dedutíveis da apuração do lucro real.

Assim, soluções que visem diminuir o impacto fiscal sobre os benefícios de previdência privada complementar já se mostraram ferramentas eficazes de estímulo à formação de poupança previdenciária, mas precisam, ainda, ser intensificadas.

É possível e necessário ir além, atentando-se para o fato de que, por exemplo, essa dedução da despesa na apuração do lucro real

não se aproveita àquelas empresas que apuram e recolhem Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”) com base no lucro presumido, que representam a maioria das empresas no país em termos quantitativos.

Esse tema, inclusive, foi objeto do Projeto de Lei nº 5.397/2016, de iniciativa do Deputado Goulart e do Deputado Rogério Rosso, que dispunha sobre a apuração do IRPJ e CSLL sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido.

De acordo com a proposta, as pessoas jurídicas sujeitas à tributação do IRPJ com base no lucro presumido poderiam deduzir do IRPJ e da CSLL sobre o lucro líquido devidos, o valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do imposto de renda sobre o valor das despesas comprovadamente realizadas, no período base, relativas a contribuições destinadas a custear benefícios de caráter previdenciário instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica.

Assim como o projeto acima, outros buscaram tratar de incentivos tributários às empresas, na tentativa de estimular ainda mais a concessão de programas de previdência privada em benefício de empregados e dirigentes. Esse é o caso do Projeto de Lei nº 5.394/2016, que visava desatrelar o limite de dedução do IRPJ e da CSLL à remuneração apenas dos participantes vinculados a determinado plano, passando a vincular a todos os planos patrocinados pela empresa e, também, do Projeto de Lei nº 5.398/2016, cujo objetivo era isentar do imposto as contribuições pagas pelos empregadores que também se referissem à participação dos

empregados nos lucros ou resultados da empresa.

No âmbito de incentivo aos indivíduos, o Projeto de Lei nº 5395/2016 preceituava que, na determinação da base de cálculo do imposto de renda da pessoa física incidente sobre os benefícios recebidos de entidade fechada de previdência complementar poderiam ser descontados, proporcionalmente ao valor do benefício recebido, os valores das contribuições efetuadas pela pessoa física aos referidos planos. De acordo com a justificativa, a intenção era instituir tratamento tributário equivalente ao atualmente assegurado a planos de seguro de vida com cobertura por sobrevivência – comumente conhecidos sob a sigla VGBL – vez que parte da população economicamente ativa não se beneficia da faculdade de dedução das contribuições para os planos de previdência complementar, seja por auferir rendimentos abaixo da faixa de isenção da tabela progressiva do imposto, seja por auferir apenas rendimentos isentos.

Os projetos mencionados acima, por terem sido apresentados na legislatura passada, foram arquivados, com fundamento no artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que dispõe que, finda a legislatura, as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação deverão ser arquivadas.

No entanto, o regimento interno prevê que a proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do autor, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

Este é o caso, por exemplo, do Projeto de Lei nº 5.396/2016, que foi desarquivado em fevereiro de 2019 e busca alterar a Lei nº 11.053/2004 que dispõe sobre a tributação dos planos de benefícios de caráter previdenciário.

A proposta visa reduzir as alíquotas regressivas incidentes sobre os planos de previdência privada complementar que, hoje, variam de 35% a 10%, a depender do tempo de aplicação, podendo chegar a 0% para recursos com prazo de acumulação superior a quatorze anos.

De toda forma, independentemente de respectivos arquivamentos, as matérias ora tratadas nesses (e em outros projetos de leis) devem ser debatidas com a sociedade, uma vez que o Estado é o principal agente capaz de fomentar as poupanças previdenciárias, inclusive por meio de incentivos fiscais.

Verifica-se que eventual renúncia fiscal que o Estado pode vir a sofrer com iniciativas como estas será diminuta quando comparada aos efeitos econômicos e sociais que a constituição de poupança previdenciária observará a longo prazo.

### **2.3 ADESÃO AUTOMÁTICA NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Um outro aspecto essencial que deve ser considerado pelo Estado é ampliar, no âmbito dos planos de benefícios patrocinados, o mecanismo da adesão automática.

Esse instituto, também conhecido como inscrição presumida ou

modelo de opt out, foi muito bem definido em estudo publicado pela Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar:

“A inscrição automática é uma forma do trabalhador vinculado a uma pessoa jurídica, por vínculo de emprego ou vínculo associativo, seja inscrito no plano de benefícios patrocinado/instituído tão logo ele tenha formalizado a sua condição de empregado ou de associado a essa pessoa jurídica, sem que, no primeiro momento ele tenha que exercer o seu direito de optar por aquela proposta. Durante um período ele poderá decidir em ficar aderido ou não ao plano, manifestando-se pela negativa ou, o seu silêncio, representando a sua concordância em continuar no plano de benefícios, independentemente de no futuro, caso seja de sua vontade, exercer o direito de solicitar o cancelamento de sua inscrição no plano de benefícios. (...)”

Assim, dada a pouca cultura previdenciária dos cidadãos, aliada ao fato de que é próprio da natureza humana procrastinar suas decisões, a inscrição automática seria entendida como uma espécie de “empurrão” positivo ao trabalhador, conhecido como “nudge” no jargão da economia comportamental, para que ele tome a decisão acertada, no tempo certo”<sup>13</sup>.

A natureza humana procrastinatória, identificada no excerto acima, foi tema do trabalho denominado “*Errar é Humano: economia comportamental aplicada à aposentadoria*”, elaborado por Pedro Fernando Nery e utilizado para discussão pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal<sup>14</sup>.

De acordo com o autor, o êxito na utilização de instrumentos como adesão automática em planos de previdência seria explicado pela presença de três problemas diagnosticados pela economia comportamental: procrastinação, inércia e viés do *status quo*.

- **Procrastinação (miopia):** trata-se da postergação frequente de decisões (Samson, 2015), com prejuízo para o indivíduo e causada por diversos motivos – mas em geral se relacionando à “tendência humana a preferir ganhos imediatos (menores) aos futuros (maiores)” (Muramatsu, 2015). Ariely (2009) argumenta que “nem todos entendem sua tendência a procrastinar, e mesmo os que reconhecem sua tendência a procrastinar podem não entender seu problema completamente”. Já Thaler e Benartzi (2004) explicam que “agentes hiperbólicos procrastinam porque eles (erroneamente) pensam que o que quer que façam depois não será tão importante quanto o que estão fazendo agora”.

- **Inércia:** relacionada ao item anterior, é considerada na

13 BRASIL, Ministério da Economia, Secretaria de Previdência, Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar. O Instituto da Inscrição Automática no âmbito do Regime de Previdência Complementar: O caso do segmento das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Disponível em: [http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/12/ESTUDO-INSCRI-CAO-AUTOMATICA-20-12\\_1\\_Publicacao.pdf](http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/12/ESTUDO-INSCRI-CAO-AUTOMATICA-20-12_1_Publicacao.pdf), acessado em 11/8/2020.

14 NERY, P. F. Errar é Humano: economia comportamental aplicada à aposentadoria. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, fevereiro/2016 (Texto para Discussão nº 188). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos), acessado em 11/8/2020.

economia comportamental como “a persistência de um estado estável associado à inação”, e na psicologia social como “a persistência em atitudes” (Madrian e Shea, 2001; Samson, 2015). Para Sunstein (2013), a importância de defaults é a de “tributar o poder da inércia”.

● **Viés do status quo:** viés por decisão a favor da “permanência das coisas”, refletindo “aversão humana à mudança” e “tendência a não mudar o comportamento a menos que o incentivo para fazê-lo seja forte” (Samuelson e Zeckhausen, 1988; Samson, 2015). Samson destaca a presença do viés mesmo quando os “custos de transição” são pequenos e a importância da decisão é grande.<sup>15</sup>

Desse modo, a adesão automática pode ser utilizada como forma de reenquadramento de escolhas, de maneira a promover decisões previdenciárias menos irracionais e menos vinculadas a vieses inconscientes.

O instituto não é novo e, inclusive, já é adotado no exterior, em países como Reino Unido. A experiência britânica revelou que, após a edição da lei que determinou que todo empregador deve

inscrever automaticamente seus empregados em um fundo de pensão (observados certos requisitos), 25% dos entrevistados em uma pesquisa divulgada pela empresa Legal & General Group-3, em março de 2014, afirmaram que se sentiram incentivados a poupar mais e 44% das pessoas, entre 18 e 34 anos, indicaram o interesse em aumentar sua poupança em decorrência das medidas legislativas<sup>16</sup>.

No Brasil, a discussão sobre a adesão automática no Brasil foi reacendida, recentemente, com a entrada em vigor da Lei nº 13.183/2015 que introduziu a adesão automática no regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo.

As taxas de adesão de participantes aos planos de previdência privada do Funpresp-Exe do Funpresp-Jud, duas entidades de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, eram de 14%, 24% e 34%, respectivamente, em 2013, 2014 e 2015, e passaram a cerca de 85% após a entrada em vigor da lei<sup>17</sup>.

Diante do sucesso da experiência dessas duas entidades, houve a tentativa de ampliar a aplicabilidade do instituto para todo

15 NERY, P. F. Errar é Humano: economia comportamental aplicada à aposentadoria. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, fevereiro/2016 (Texto para Discussão nº 188). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos), acessado em 11/8/2020.

16 BRASIL, Ministério da Economia, Secretaria de Previdência, Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar. O Instituto da Inscrição Automática no âmbito do Regime de Previdência Complementar: O caso do segmento das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Disponível em: [http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/12/ESTUDO-INSCRI-CAO-AUTOMATICA-20-12\\_1\\_Publicacao.pdf](http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/12/ESTUDO-INSCRI-CAO-AUTOMATICA-20-12_1_Publicacao.pdf), acessado em 11/8/2020.

17 BRASIL, Ministério da Economia, Secretaria de Previdência, Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar. O Instituto da Inscrição Automática no âmbito do Regime de Previdência Complementar: O caso do segmento das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Disponível em: [http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/12/ESTUDO-INSCRI-CAO-AUTOMATICA-20-12\\_1\\_Publicacao.pdf](http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/12/ESTUDO-INSCRI-CAO-AUTOMATICA-20-12_1_Publicacao.pdf), acessado em 11/8/2020.

o regime de previdência complementar (tanto fechado, como aberto). Não obstante, a questão se mostrou controversa, especialmente com relação à observância dos princípios do regime de previdência complementar.

Há uma discussão no sentido de que a adesão automática poderia violar o princípio constitucional da facultatividade do sistema de previdência complementar. Para os defensores dessa corrente, não é possível ocorrer a inscrição presumida, pois a facultatividade deve ser manifestada na vontade inicial do participante em aderir ao plano de benefícios. Ocorre que, a própria Lei nº 13.183/2015, prevê a opção pela saída do participante, não sendo obrigatória sua permanência no plano de previdência e, portanto, reforçando a facultatividade do segmento.

Um outro aspecto discutido no âmbito da implementação da adesão automática é a crítica de que ninguém é obrigado a fazer ou se abster de fazer algo senão em virtude de lei. Nesse mesmo contexto, encontra-se o desafio para o desconto das contribuições iniciais na remuneração do empregado, sem autorização prévia, vez que a legislação do trabalho proíbe o empregador de efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

Sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho (“TST”) editou a Súmula nº 342 reproduzida: *“Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.”*

Em razão dessas questões, é necessário repensar a fixação da inscrição automática em lei para gerar efeitos e segurança jurídica aos sujeitos dessa obrigação.

Diante disso, resta aqui uma importante iniciativa para ser colocada em pauta o quanto antes, de modo a viabilizar a inclusão desse importante mecanismo que busca minimizar os efeitos de um comportamento procrastinador humano.

## CONCLUSÕES

A Reforma da Previdência reacendeu o debate sobre o aumento da responsabilidade dos indivíduos na formação da poupança previdenciária, funcionando como verdadeiro convite aos indivíduos para que reflitam sobre o papel de protagonismo que devem desempenhar na formação de suas próprias poupanças previdenciárias, sejam elas oficiais ou privadas.

Nesse cenário, o Estado desempenhará papel fundamental para o fomento dessa cultura previdenciária mais sólida, seja por meio de iniciativas de educação financeira ou de incentivos tributários e implementação da adesão automática na previdência complementar.

A Reforma Tributária atualmente em debate no Congresso Nacional pode vir a ser um ambiente favorável para que novas soluções sejam debatidas e implementadas nesse contexto.



## BIBLIOGRAFIA

- 1º MAPEAMENTO NACIONAL DAS INICIATIVAS DE EDUCAÇÃO FINANCEIRA. ENEF, 2014. Disponível em: [http://www.gigamedia.net.br/download/Relatorio\\_Estat%C3%ADstico\\_ENEF\\_I\\_Mapeamento\\_Educacao\\_Financeira\\_no\\_Brasil.pdf](http://www.gigamedia.net.br/download/Relatorio_Estat%C3%ADstico_ENEF_I_Mapeamento_Educacao_Financeira_no_Brasil.pdf), acessado em 11/8/2020.
- 2º MAPEAMENTO NACIONAL DAS INICIATIVAS DE EDUCAÇÃO FINANCEIRA. ENEF, 2018. Disponível em: [https://www.vidaedinheiro.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/Mapeamento\\_2018.pdf](https://www.vidaedinheiro.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/Mapeamento_2018.pdf), acessado em 11/8/2020.
- BRASIL, Ministério da Economia, Departamento de Educação Financeira do Banco Central do Brasil. Brasil: Implementando a estratégia nacional de educação financeira. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/Estrategia\\_Nacional\\_Educacao\\_Financeira\\_ENEF.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/Estrategia_Nacional_Educacao_Financeira_ENEF.pdf) acessado em 11/8/2020.
- BRASIL, Ministério da Economia, Secretaria de Previdência, Subsecretaria do Regime Geral de Previdência Social. Estudos sobre Envelhecimento da População e Seguridade Social. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/06/col-prev37.pdf>, acessado em 11/08/2020, acessado em 11/8/2020.
- BRASIL, Ministério da Economia, Secretaria de Previdência, Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar. O Instituto da Inscrição Automática no âmbito do Regime de Previdência Complementar: O caso do segmento das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Disponível em: [http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/12/ESTUDO-INSCRICAO-AUTOMATICA-20-12\\_1\\_Publicacao.pdf](http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/12/ESTUDO-INSCRICAO-AUTOMATICA-20-12_1_Publicacao.pdf) , acessado em 11/8/2020.
- BRASIL, Ministério da Economia, Secretaria de Previdência, Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar. Relatório Gerencial de Previdência Complementar, 2020. Disponível em: [https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/previdencia-complementar/arquivos/relgersurpc\\_022020.pdf](https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/previdencia-complementar/arquivos/relgersurpc_022020.pdf), acessado em 11/8/2020.
- MÁXIMO, Wellton. Rombo da Previdência aumenta para R\$ 290 bilhões em 2018. Agência Brasil, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-01/rombo-da-previdencia-aumenta-para-r-290-bilhoes-em-2018>, acessado em 11/8/2020.
- MESMO APOSENTADOS, 21% DOS IDOSOS CONTINUAM TRABALHANDO, REVELA PESQUISA CNDL/SPC BRASIL.

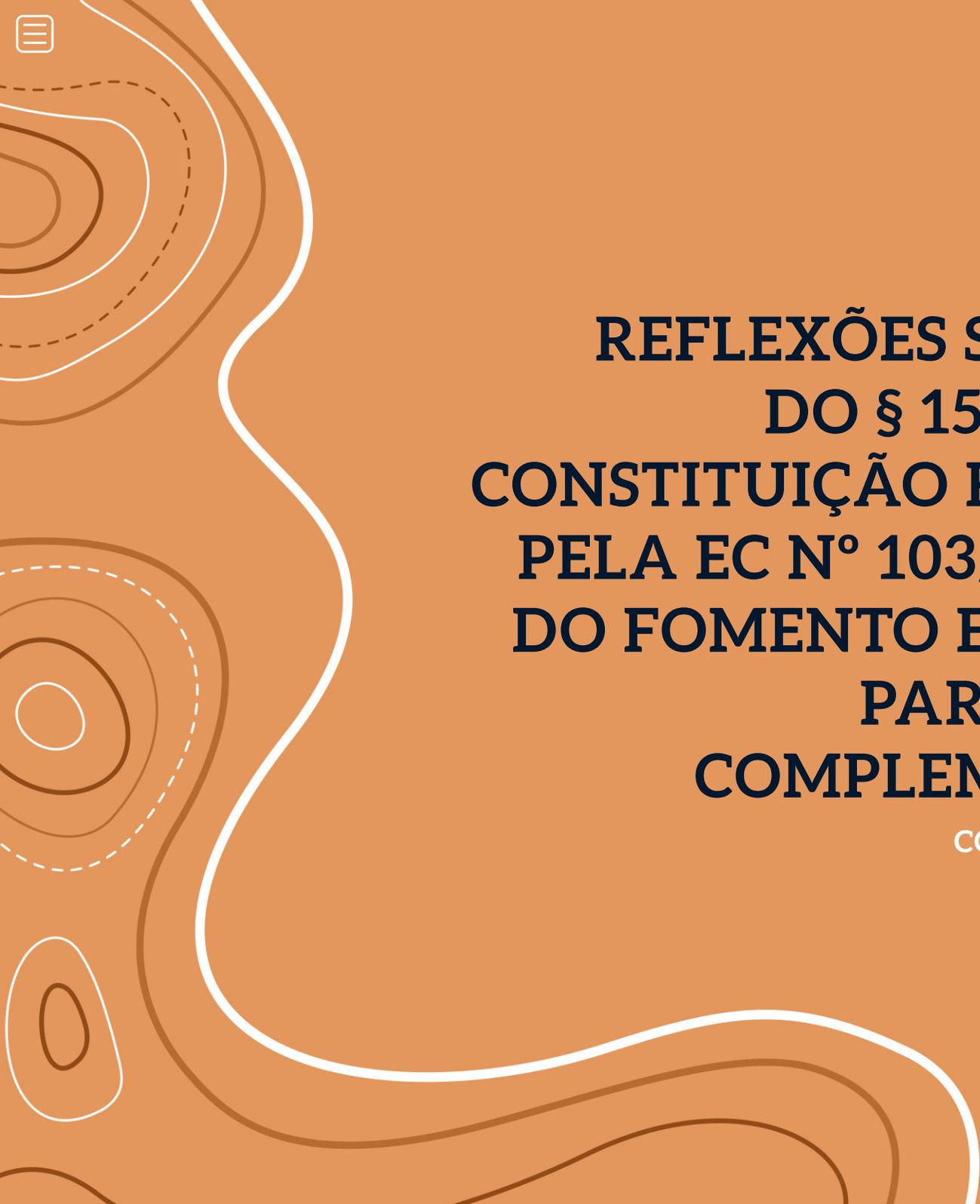
SPC Brasil, 2018. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/imprensa/noticia/5649>, acessado em 11/8/2020.

NERY, P. F. Errar é Humano: economia comportamental aplicada à aposentadoria. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado, fevereiro/2016 (Texto para Discussão nº 188). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos), acessado em 11/8/2020.

RENDA MÉDIA DE MAIS DA METADE DOS BRASILEIROS É INFERIOR A UM SALÁRIO MÍNIMO. Agência O Globo, 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/10/renda-media-de-mais-da-metade-dos-brasileiros-e-inferior-um-salario-minimo.html>, acessado em 11/8/2020.

ROMBO PREVIDENCIÁRIO BATE RECORDE E AVANÇA PARA R\$ 318 BILHÕES EM 2019. Portal Gazetaweb.com, 2020. Disponível em: [https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/01/rombo-previdenciario-bate-recorde-e-avanca-para-r-318-bilhoes-em-2019\\_95996.php](https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/01/rombo-previdenciario-bate-recorde-e-avanca-para-r-318-bilhoes-em-2019_95996.php), acessado em 11/8/2020.

SEIS EM CADA DEZ BRASILEIROS NÃO SE PREPARAM PARA APOSENTADORIA, REVELA PESQUISA CNDL/SPC BRASIL E BANCO CENTRAL. SPC Brasil, 2019. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/6088>, acessado em 11/8/2020.



**REFLEXÕES SOBRE A REDAÇÃO  
DO § 15 DO ARTIGO 40 DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL TRAZIDA  
PELA EC N° 103/2019 SOB A ÓTICA  
DO FOMENTO E VIÉS TRIBUTÁRIO  
PARA A PREVIDÊNCIA  
COMPLEMENTAR FECHADA**

COMISSÃO TÉCNICA SUL DE ASSUNTOS  
JURÍDICOS DA ABRAPP



## COMISSÃO TÉCNICA SUL DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP

**AUTORES**

### **COORDENADOR TITULAR**

Igor Dainton Travassos da Rosa (ELOS)

### **MEMBROS**

Fabício Zir Bothomé (FUNCORSAN / CASANPREV / ISBRE)

Marcus Vinicius Techemayer (FUNDAÇÃO BANRISUL)

Moacir Reis de Oliveira Júnior (FUNDAÇÃO FAMÍLIA PREVIDÊNCIA)



## INTRODUÇÃO

O presente ensaio sobre os reflexos que a atual redação do § 15 do artigo 40 da Constituição Federal, pode trazer ao Regime de Previdência Complementar Fechado, pós EC nº 103/2019 é fruto do interesse dos Autores, membros da Comissão Sul de Assuntos Jurídicos da ABRAPP, em mensurar os desdobramentos legislativos e adaptações a serem realizadas pelas próprias EFPCs para tornar efetivo o fomento e a concorrência isonômica entre todas as entidades autorizadas e aptas em ofertar planos de benefícios para os servidores públicos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, antes limitado tão somente a entidades fechadas de natureza pública.

Tanto sob o foco do fomento ou tributário, carece na atual legislação harmonização das regras que disciplinam as entidades fechadas e abertas de previdência complementar, tornando desigual e não isonômica a concorrência entre elas, em eventual oferta para administração dos planos de benefícios voltados aos Entes da Federação.

Nesse sentido, traremos algumas reflexões sobre as expectativas existentes pelas EFPCs ainda na fase de discussão da EC nº 103/2019 e depois de sua promulgação, apontamentos sobre a imperiosa e necessária regulamentação legislativa, a fim de tornar igualitária a oferta/administração de planos de benefícios para os servidores públicos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal de que trata o § 15 do artigo 40 da CF em busca do fomento e maior competição no regime de previdência complementar no Brasil.

## 1. EXPECTATIVAS DAS EFPC ANTES E DEPOIS DA EC Nº 103/2019

Pelo texto original – as expectativas das EFPC's em realizar a gestão dos planos de benefícios patrocinados pelos entes públicos de todos os níveis (Federal, Estadual e Municipal) não era muito animadora, pois na proposta original (PEC nº 06/2019) enviada pelo Ministro da Economia, havia a possibilidade que a administração fosse executada por entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, a ser instituída pelo Ente Federativo, ou, ser administrada por EFPC ou EAPC já existente, cuja escolha deveria ocorrer por meio de licitação.

Para melhor compreensão da afirmação supra, tomamos a liberdade de reprisar o texto originalmente apresentado:

“Art. 40 (...)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, que oferecerá aos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida, observado o disposto no art. 202 e que poderá autorizar o patrocínio de plano administrado por entidade fechada de previdência complementar instituída pelo ente federativo, bem como, por meio de licitação, o patrocínio de plano administrado por entidade fechada de previdência complementar não instituída pelo ente federativo ou por entidade aberta de previdência complementar.”

Tendo em vista o grande potencial de revisão do texto supra-

mencionado – frente a grande movimentação junto aos legisladores pátrios – a expectativa consistia em que a gestão dos planos de benefícios dos entes públicos fosse realizada exclusivamente por entidades fechadas de previdência complementar, quer sejam elas públicas ou privadas, sem que a escolha fosse por meio de licitação.

Contudo, a redação aprovada da Emenda Constitucional nº 103/2019 atendeu parcialmente tal expectativa, pois disciplinou que o regime de previdência complementar para servidores públicos, ocupantes de cargo efetivo, vinculados a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios poderá ser administrado por entidade fechada de previdência complementar, assim como poderá ser gerido por entidade aberta de previdência complementar.

Veamos a redação final dos dispositivos da Emenda Constitucional que tratam do tema:

“Art. 40 (...)

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observado o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto no § 16.

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, observará o disposto no art. 202 e será efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar.”

Frente ao exposto, podemos concluir que de forma indireta houve um desestímulo que o Ente Federativo institua sua própria entidade fechada de previdência complementar, de natureza pública para administração do plano de benefícios dos servidores públicos, inaugurando, sem a necessidade de licitação, concorrência entre as entidades fechadas (independente da natureza pública ou privada) e as abertas de previdência complementar.

*Prima facie*, tal cenário pode causar insegurança ou temeridade aos membros dos órgãos de governança das EFPCs, frente à ausência de limites de investimentos em divulgação e marketing de produtos a serem ofertados pelas EAPCs, utilização ampla de recursos ligados à tecnologia da informação e inovações digitais no atendimento e comunicação realizadas pelas EAPCs, assim como, a grande capilaridade que elas possuem, quando vinculadas aos Bancos que dispõem de agências espalhadas em todas as Capitais do País.

Outro ponto de preocupação envolvendo essa concorrência com as EAPC se deve ao fato de não existir regras definidas sobre a forma com que ela se efetivará. Queremos dizer sobre a definição dos critérios a serem adotados pelos Entes Federativos para decidir

pela escolha de uma administradora de planos ser EAPC ou EFPC.

Embora não tenha prevalecido na redação final da EC nº 103/2019 que a escolha seja realizada por meio de licitação, a liberalidade de adoção de critérios exclusivamente com base no menor preço das taxas de administração (carregamento e/ou administrativa) podem trazer um desvirtuamento prejudicial deste processo de escolha.

Com efeito, adoção de um único critério de definição pelo Ente Federativo na escolha da administradora do plano de benefícios dos seus servidores, sendo ele pautado sobre o menor preço das taxas oferecidas, poderá favorecer às EAPC que podem cobrar taxas reduzidas ou até não cobrar para vencerem a concorrência, cuja compensação financeira seria realizada com cobrança de taxas maiores na administração sobre os investimentos, normalmente, realizados, exclusivamente, junto às instituições financeiras pertencentes ao mesmo grupo da EAPC.

Em que pese tais temores, já há no segmento fechado de previdência (independente da natureza pública ou privada), muitas EFPCs investindo recursos financeiros e humanos em temas ligados a Tecnologia da Informação e inovações tecnológicas para comunicação e atendimento dos participantes. Depreende-se que tais investidas almejam a melhora e a agilidade (real time) na disponibilização das informações sobre os Planos de Benefícios administrados pelas EFPC.

Ademais, muitas EFPCs já contam com os Planos Instituídos, voltados para a família dos seus participantes (planos família), tendo adquirindo know-how na criação e forma de “comercialização”<sup>1</sup> de planos de benefícios com maior flexibilidade e atratividade a esse nicho de público, tornando-as mais preparadas para mitigar os efeitos da abrangência desempenhada pelas EAPCs, em caso de concorrência na divulgação e marketing de seus planos.

Aliás, as EFPCs se destacam e tem a seu favor, como grande diferencial, o caráter não lucrativo, fazendo com que a rentabilidade dos recursos aplicados no mercado financeiro, seja canalizada direta e integralmente em prol dos participantes e assistidos, bem como a efetiva atuação dos participantes e assistidos na gestão da EFPC, por meio de seus representantes nos Conselhos Deliberativos e Fiscal.

Conforme podemos observar na consolidação de dados abaixo, o retorno financeiro auferido pelos participantes e assistidos das entidades fechadas de previdência complementar (EFPC) é superior aos retornos de investimentos obtidos em entidades abertas de previdência complementar (EAPC), vejamos:

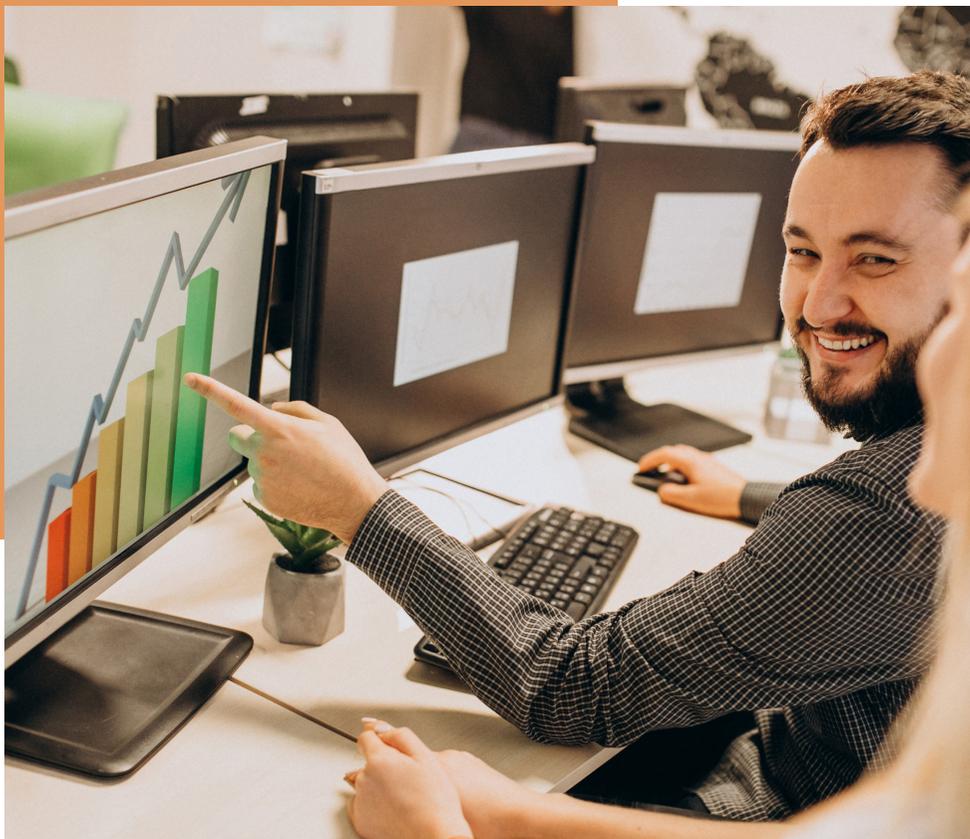
Rentabilidade Acumulada de 2006 a julho de 2020	EFPC <sup>2</sup>	EAPC “A” <sup>3</sup>	EAPC “B” <sup>4</sup>	EAPC “C” <sup>5</sup>	EAPC “D” <sup>6</sup>	CDI <sup>7</sup>
	446,48%	178,88%	235,59%	184,26%	180,07%	312%

Destaca-se como causa primária para efetivação de tal distanciamento entre os retornos financeiros obtidos pelas EFPCs e as EAPCs, pela última, a realização de cobranças de elevadas taxas de administração sobre os investimentos, normalmente, realizados, exclusivamente, junto às instituições financeiras pertencentes ao mesmo grupo da EAPC, bem como a adoção do CDI-I como benchmark em seus investimentos.

Logo, apontamos que as expectativas dos representantes das entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), exceto aquelas de natureza pública, frente ao texto originário proposto (PEC nº 06/2019) daquele efetivamente aprovado na EC nº 103/2019 são deveras positivas, mesmo tendo a possibilidade real de concorrência com as entidades abertas de previdência complementar (EAPC).

- 1 A palavra comercialização está entre aspas, pois inadequado ao segmento fechado, mas entendemos que seja a forma mais simples para o entendimento do leitor.
- 2 Material de Uso Interno: Fundação Família Previdência.
- 3 Fonte BrasilPrev RT FIX FIC FI: <https://maisretorno.com/fundo/brasilprev-rt-fix-fic-fi-rf>
- 4 Fonte Itaú Flex Prev Investors RF FIC FI: <https://maisretorno.com/fundo/itau-flexprev-investors-rf-fic-fi>
- 5 Fonte Caixa FIC Prev 300 RF: <https://maisretorno.com/fundo/fic-fi-previdenciario-caixa-rf-300>
- 6 Fonte Bradesco FIC FI RF Prev Fácil PGBL FIX: <https://maisretorno.com/fundo/bradesco-fic-fi-rf-prev-facil-pgbl-fix>
- 7 Fonte CDI: [https://www.portalbrasil.net/indices\\_cdi/](https://www.portalbrasil.net/indices_cdi/)

Isso porque, o segmento fechado de previdência complementar, embora apresente algumas desvantagens tributárias e operacionais frente ao segmento aberto, possui pontos positivos de grande valia que devem ser potencializados e aperfeiçoados ao longo da regulamentação da Emenda Constitucional nº 103/2019.



## 2. PONTOS POSITIVOS PARA AS EFPC NA ATUAL REDAÇÃO DO PARÁGRAFO 15 DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

### 2.1 EFICÁCIA LIMITADA PENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO

Depois de realizados inúmeros debates, efetuadas acaloradas discussões e amainadas controvérsias ainda existentes, foi publicada no Diário Oficial da União de 13 de novembro de 2019 a Emenda Constitucional nº 103/2019, que modifica o sistema de previdência social, prevê regras de transição e disposições transitórias.

Através de referida Emenda Constitucional (EC), relevantes e severas modificações foram realizadas no artigo 40 da Constituição Federal, destacando-se o quanto previsto na nova redação de seu parágrafo 15 que, no intuito de colaborar para seu melhor entendimento, destaca-se em análise comparativa à redação anterior:

#### Antes da EC 103/2019

Art. 40 (...)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

#### Depois da EC nº 103/2019

Art. 40 (...)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 oferecerá plano de benefícios somente na modalidade de contribuição definida, observará o disposto no art. 202 e será **efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar.** (grifo nosso)

À luz do regramento anterior, extrai-se que apenas as entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), de natureza pública, poderiam administrar a previdência complementar dos servidores públicos.

Em uma análise simplista é possível dizer que a essência da alteração do § 15 do artigo 40 se concentra na alteração de quem pode ser o operador/administrador dos planos de benefícios de previdência complementar dos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em que pese eventual impropriedade ou, mesmo, atecnia na “natureza pública” das entidades fechadas de previdência complementar, fato é que a novel redação do dispositivo em análise estabelece que o regime de previdência complementar possa se dar: (a) por Entidade Fechada de Previdência Complementar instituída pelo Ente da Federação<sup>8</sup>, (b) por meio de qualquer outra Entidade Fechada de Previdência Complementar ou, ainda (c) por intermédio de adesão a uma Entidade Aberta de Previdência Complementar (EAPC).

Cumprе salientar que referida norma não é auto-aplicável, por expressa previsão do artigo 33, da EC nº 103/2019, estabelecendo que *“(a)té que seja disciplinada a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e entidades abertas de previdência complementar na forma do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 202 da Constituição Federal, somente entidades fechadas de previdência complementar estão autorizadas a administrar planos de benefícios*

*patrocinados pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente.”*

Trata-se, portanto, a norma do parágrafo 15º, do artigo 40, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 103/2019, de norma que carece de desdobramento que lhe complemente, ou, como lecionado por Maria Helena Diniz:

“há preceitos constitucionais que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem. Não recebem, portanto, do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria, logo, por esta razão, não poderão produzir todos os seus efeitos de imediato, porém tem aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional. Por esse motivo, preferimos denominá-las normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa.”<sup>9</sup>

8 Embora o texto final do § 15 do artigo 40 da CF tenha suprimido o trecho “... que poderá autorizar o patrocínio de plano administrado por entidade fechada de previdência complementar instituída pelo ente federativo, bem como, por meio de licitação...” da versão original, não vedou que o Ente Federativo institua sua própria EFPC de natureza pública ou privada.

9 DINIZ, Maria Helena. apud MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 12-13.

Segundo a conhecida classificação de José Afonso da Silva que faz referência às expressões da jurisprudência norte-americana *not self-executing provisions*, *not self-acting provisions* e *not self-enforcing provisions*, cuja tradução ao direito constitucional brasileiro é conhecida como norma constitucional de eficácia limitada, ou disposições ou normas não autoaplicáveis.<sup>10</sup>

Ainda de acordo com o jurista mineiro da cidade de Pompeu, são normas “*de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante lei complementares ou ordinárias integrativas.*”<sup>11</sup>

Assim, a administração, por entidade aberta de previdência complementar, de planos de benefícios patrocinados pelos Entes Federados depende de regulamentação mediante lei complementar da União, assim como já ocorrera por ocasião da Emenda Constitucional nº 20/1998 e as supervenientes Leis Complementares nºs 108 e 109/2001.

## 2.2 POTENCIALIZAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO PARA A CONCORRÊNCIA E FOMENTO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Inegável que a reforma empreendida representa relevante movimentação e aquecimento no setor da previdência complementar, que continuará de maneira mais relevante e mais fortale-

cida, a exercer importante função social, principalmente com a criação de novos produtos e a negociação de pacotes de benefícios com maior frequência entre todos os *players* (Patrocinadores ou Instituidores, Entidade e Participantes/Assistidos) deste verdadeiro contrato plurilateral, lecionando Massimo Bianca que “*o contrato plurilateral é o contrato constituído por mais de duas partes em sentido substancial*”<sup>12</sup>, e podendo-se agregar, com o festejado Tulio Ascarelli, que “*os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum*”.<sup>13</sup>

Podemos afirmar que houve um avanço (ponto positivo) ao ser ampliado o número de entidades de previdência complementar aptas a ofertar planos de benefícios para Estados e Municípios, antes limitados tão somente a entidades fechadas de natureza pública.

Nesse sentido, as atuais 292 (duzentas e noventa e duas) entidades fechadas e 44 (quarenta e quatro) entidades abertas - estas somente após a edição de Lei Complementar - poderão se estruturar para ofertar planos de previdência complementar aos servidores públicos, cujo potencial, de acordo com a Confederação Nacional de Municípios, é enorme, pois, o Brasil detém 5.568 (cinco mil quinhentos e sessenta e oito) municípios e, destes, cerca de 2.100 (dois mil e cem) já possuem Regimes Próprios de Previdência Social.

10 SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 119-120.

11 SILVA, Jose Afonso. Op. Cit. P. 120.

12 BIANCA, Massimo. Diritto Civile 3, Il contratto, p. 55. Tradução livre. Do original: “Il contratto plurilaterale à il contratto costituito da più di due parti in senso sostanziale”.

13 ASCARELLI, Tulio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. P. 271.

Sem perder tempo, almejando angariar esse novo “mercado” de possíveis clientes, algumas entidades fechadas de previdência complementar já se mostraram aptas, inclusive promovendo ações de marketing e de reforço de suas marcas, sinalizando grande expectativa na captação do público, atualmente, vinculado aos Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS dos Estados e Municípios, cuja relação inicial de EFPC associadas da ABRAPP foi publicada como parte do “Guia da Previdência Complementar para Entes Federativos” aprovado pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar ao final do ano de 2019.

Como consequência da supressão obrigatória de que o regime de previdência complementar dos servidores públicos seja efetivado por intermédio de EFPC de natureza pública, teremos: (i) maior fomento e concorrência no segmento; (ii) uma possível redução dos custos administrativos aos participantes destes planos; (iii) uma provável harmonização de regras entre as EFPC e as EAPC e seguradoras; e (iv) provável harmonização de incentivos e isonomia tributária no tocante ao limite de dedução das contribuições para previdência complementar no Imposto de Renda de Pessoas Físicas – IRPF.

Passamos a detalhar os aspectos positivos enumerados acima,

para melhor compreensão.

Embora a instituição do Regime de Previdência Complementar de que trata o § 15 do artigo 40 e sua adequação tenha um prazo de 2 (dois) anos para serem cumpridos (vide § 6º do art. 9º da EC nº 103/2019), sem dúvida nenhuma, desde a sua promulgação, a Emenda já movimentou o setor de previdência complementar.

Como dito, já existe uma relação de EFPCs inscritas como “selecionáveis” para administrar os novos planos de benefícios dos servidores de Estados e Municípios, logo, não seria leviano afirmar que as EFPC já largam na frente das EAPC, uma vez que a participação delas (EAPC) em eventual processo de seleção proposto por Entes Federativos ainda depende de regulamentação, para atendimento dos parágrafos 4º e 5º do artigo 202 da Constituição Federal<sup>14</sup>.

Caso se confirme o interesse de muitas EFPCs em participar de processos seletivos voltados para administrar planos de benefícios de servidores públicos de Estados e Municípios, essa concorrência, fatalmente resultará em redução de custos administrativos, tornando, os planos de benefícios menos onerosos e mais atrativos, tanto aos Patrocinadores (Entes Federativos) como

14 Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

[...]

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de planos de benefícios previdenciários, e as entidades de previdência complementar.

§ 5º A lei complementar de que trata o § 4º aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de planos de benefícios em entidades de previdência complementar.

para os servidores públicos.

Significa dizer que existe forte tendência que o custeio administrativo (taxa de carregamento e administração) desses planos, cujos encargos recaem, via de regra, tanto para o Patrocinador (Estado ou Município), como para os participantes e assistidos (servidores públicos), fiquem abaixo daqueles praticados atualmente no mercado.

Em que pese as EFPCs largarem na frente das EAPCs por conta da necessária regulamentação, anteriormente citada, possuem as EAPCs, em contrapartida, produtos diferenciados e regras tributárias muito mais flexíveis e vantajosas, se comparadas àqueles oferecidos pelas EFPCs.

Apenas para citar um exemplo dessas vantagens das EAPCs, temos que os planos de contribuição definida, por elas administrados, permitem aos seus participantes o resgate parcial dos recursos (nas EFPC exige-se o resgate integral, consoante artigo 14, inciso III, da LC 109/2001, salvo os planos instituídos), sem que haja quebra de vínculo associativo ou trabalhista, bem como os chamados VGBLs (Vida Gerador de Benefícios Livres).

Todavia, conforme dito anteriormente, as EFPCs podem potencializar os seus aspectos positivos de rentabilidade, frente sua natureza não lucrativa, aperfeiçoar a profissionalização de sua governança corporativa e normas regulatórias (ambiente altamente regulado e fiscalizado pelo Poder Público e Patrocinador), para se sobressair frente às EAPCs, destacando-se ainda, a efetiva atuação dos participantes e assistidos na gestão da EFPC, por meio de seus representantes nos Conselhos Deliberativos e Fiscal.

Por fim, não menos importante, devem as EFPCs buscar junto ao Poder Legislativo e Executivo, necessária adequação legal para tornar isonômica a questão sobre resgate e diferimento tributário àqueles que optem pela declaração de renda simplificada e possuem plano de benefícios administrados por EFPC, bem como a equiparação dos servidores públicos (Estados e Municípios) e demais participante de planos de benefícios administrados por EFPC e EAPC, aos servidores públicos pertencentes a EFPC de natureza pública, no tocante aos limites/percentuais dos valores dedutíveis da base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoas Físicas.

### 3. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DE NATUREZA PÚBLICA DEPOIS DA EC Nº 103/2019

Não restou imune a controvérsias a inclusão da locução “natureza pública” na norma do parágrafo 15, do artigo 40, da Constituição Federal, empreendida pela já distante Emenda Constitucional nº 41, de 19 de fevereiro de 2003.

À época, em 09 de agosto de 2003, o jornalista Fernando Rodrigues, na Folha de São Paulo, advertiu para a necessidade de se preparar “*para a guerra sangrenta sobre o significado da expressão natureza pública*”, agregando que uma interpretação livre pode conduzir ao entendimento de que “*a palavra “pública” se refira ao fato de o patrocinador ser o Estado. Como os beneficiários são privados (os servidores do governo), talvez seja possível escapar de licitações e de outras regras rígidas exigidas de organizações estatais.*”<sup>15</sup>.

Vislumbrava-se uma incoerência entre a novel redação dada ao parágrafo 15, do artigo 40, da Constituição Federal e o disposto no caput, do artigo 202, do mesmo diploma, prevendo os princípios que norteiam o sistema complementar, nomeadamente: a complementariedade, autonomia em relação ao regime geral de previdência social, facultatividade, caráter contratual privado e formação das reservas garantidoras do benefício contratado.

Assim, a fim de compatibilizar as normas em referência e a harmonia do texto constitucional, foi secundada orientação no sentido de que as entidades fechadas de previdência complementar

referida no parágrafo 15, do artigo 40, da Constituição, possuem natureza pública com personalidade jurídica de direito privado, com autonomia financeira, gerencial e administrativa consoante previsão do parágrafo 1º, do artigo 4º, da Lei nº 12.618/2012, que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 103/2019 alterou a redação do citado parágrafo 15, do artigo 40 da Constituição, afastando o cariz de obrigatório de que o regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo fosse executado, de maneira exclusiva, por entidades fechadas de previdência complementar de natureza pública.

Consoante acima sublinhado, no tópico III, a alteração empreendida pela Emenda Constitucional nº 103 afastou restrição que decorria de expressa previsão do texto constitucional, excluindo-se a obrigatoriedade de ser o plano de previdência complementar administrado por entidade fechada de previdência complementar de caráter público, viabilizando-se o patrocínio ocorrer por entidade fechada não instituída pelo Ente Federativo ou por entidade aberta de previdência complementar.

A dizer, ocorreu uma ampliação da moldura constitucional à qual estava restrito o legislador ordinário, não se vislumbrando, à primeira vista, qualquer incompatibilidade da nova redação

15 RODRIGUES FERNANDO. O futuro dos fundos. In: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0908200305.htm> Acesso em 10/08/2020.

do texto constitucional com as previsões constantes da Lei nº 12.618/2012.

A providência, assim, tem o condão de estimular a concorrência entre as EFPC e entre elas e as entidades abertas, despertando a necessidade de serem observados desdobramentos vindouros, especialmente no que pertine à *“necessária compensação para que as entidades fechadas – altamente reguladas – possam concorrer em pé de igualdade.”*<sup>16</sup>

Quando tratamos de estimular a concorrência, também nos referimos a salutar participação das EFPCs de natureza pública neste processo voltado para oferta/administração de planos de benefícios aos servidores públicos de Estados e Municípios.

Pois, como dito, a atual redação do § 15 do artigo 40 da Constituição Federal, embora tenha excluído do texto que o regime de previdência complementar dos servidores públicos seja necessariamente realizado por intermédio de EFPC de natureza pública, não significou a inexistência/extinção automática desta modalidade de entidade de previdência complementar.

Assim não fosse suficiente, necessário ser melhor compreendida a exigência de licitação a essas entidades (EFPC natureza pública) conforme expressamente referida pelo inciso I, do artigo 8º, da Lei nº 12.618/2012, a fim de não tornar desigual a concorrência entre as EFPC de natureza pública e as demais EFPC e entre elas e as entidades abertas.

O fato das entidades fechadas de previdência complementar de natureza pública se submeterem ao direito público, as regras de contratos administrativos e licitação, não pode ser fator que as deixem em situação de vantagens ou desvantagens em relação às demais.

Maiores aprofundamentos acerca da sujeição das EFPC de natureza pública a Lei nº 8666/1993, principalmente no que tange à expressa possibilidade de que os planos de benefícios patrocinados pelos entes federativos deixem de ser administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar de natureza pública, e passem a ser administrados também pelas demais entidades fechadas e abertas de previdência dependem de desenvolvimentos vindouros, nomeadamente, as específicas regras que explicitarão as condições e formas de atuação neste ramo, sistematizando as diversas áreas afeitas à matéria, sob pena de criar desigualdade na concorrência entre elas.

De igual sorte, para que essa saudável concorrência ocorra de forma plena, importante a breve aprovação do Projeto de Lei nº 6088/2016 que altera a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, para permitir que planos de benefícios dos servidores estaduais, distritais e municipais possam ser administrados pelas entidades de previdência complementar fechada de natureza pública reguladas pela citada Lei nº 12.618/12.

16 DINIZ, Debora. Os potenciais impactos da reforma sobre o sistema fechado. Revista da Previdência Complementar Fechada, nº 421, março/abril/2019. P. 21.

## 4. IMPACTOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES DA ATUAL REDAÇÃO DO § 15 DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A natureza pública de algumas EFPC, introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela EC nº 41/2003 e desconstitucionalizado com a EC nº 103/2019 não modifica a personalidade jurídica de direito privado da entidade que é voltada para instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, de qual forma não desautoriza que ofereçam e administrem planos do regime de previdência complementar dos servidores de qualquer Ente Federativo.

Por outro lado, a natureza pública da EFPC não pode tornar desigual a concorrência no segmento da previdência privada, no sentido de permitir que as contribuições vertidas por seus participantes e assistidos para o custeio normal dos planos de benefícios, tenham tratamento tributário distinto em relação aos limites dedutível da base de cálculo do imposto de renda pessoa física.

Com efeito, não há na relação jurídica envolvendo os Patrocinadores (União, Estados, Municípios, autarquias e fundações), os participantes e assistidos (servidores públicos) e as entidades de previdência complementar (fechada de natureza pública), distinção substancial, capaz de diferenciá-la da relação jurídica existente entre os participantes regidos pela CLT que contribuem para plano de benefícios administrado por uma EFPC, cujo patrocinador seja uma sociedade de economia mista, por exemplo.

Importante frisar que atualmente no Brasil existem entidades fechadas de previdência complementar de natureza pública criadas por Entes Federativos da União e dos Estados, vide exemplo da primeira EFPC de natureza pública ter sido criada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, por meio da Lei Estadual nº 14.653/2011. O fato é que todas elas (EFPC de natureza pública) são estruturadas na forma de Fundação, com personalidade jurídica de direito privado.

Ademais, tanto servidores públicos, como os empregados da iniciativa privada ou empresas públicas, vinculados ao Regime Geral de Previdência Social e pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que também pertencem ao regime de previdência complementar, são obrigados a recolher a mesma alíquota (%) sobre sua renda, tendo a mesma base de cálculo, independente do regime obrigatório (RGPS ou RPPS) a que pertençam cujo valor de aposentadoria e pensão, encontra-se sujeito ao mesmo limite máximo estabelecido (teto do RGPS).

Em que pese os valores ou percentuais a serem vertidos pelos servidores públicos aos seus planos de benefícios, administrados por EFPC de natureza pública, estejam definidos por Lei, enquanto a contribuição dos participantes regidos pela CLT esteja prevista por norma regulamentar (Contrato Previdenciário) tal distinção, em nada, modifica a condição de todos participantes do regime de previdência complementar são contribuintes em situação tributária, no mínimo, equivalente.

Todavia, ainda que se apresentem mais semelhanças e equivalências do que diferenças e desigualdades na relação jurídica envolvendo os participantes e as EFPC de natureza pública, entre eles e as EFPC ou as entidades abertas, existe uma grande diferenciação no tratamento tributário.

As contribuições vertidas pelos servidores públicos (participantes) aos planos de benefícios administrados por EFPC de natureza pública, para efeito de dedução da base de cálculo do imposto de renda é diferente dos demais participantes pertencentes ao regime de previdência complementar fechado.

Vejamos. A Lei nº 13.043/14 que alterou as Leis nº 9.250/95 e 9.532/97 que tratam sobre os limites de deduções para as contribuições da previdência privada, deixou claro o tratamento diferenciado na dedução da base de cálculo dos rendimentos tributários, tanto na incidência mensal quanto no ajuste anual, para tais participantes (servidores públicos), uma vez que promoveu as seguintes alterações:

“Art. 84. A Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.4º .....

VII - as contribuições para as entidades fechadas de previdência complementar de natureza pública de que trata o § 15 do art. 40 da Constituição Federal, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social.

(...)

“Art.8º .....

II - .....

i) às contribuições para as entidades fechadas de previdência complementar de natureza pública de que trata o § 15 do art. 40 da Constituição Federal, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social.

.....” (NR)

Art. 85. O art. 11 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 6º e 7º.

“Art.11.

.....

§ 6º As deduções relativas às contribuições para entidades de previdência complementar a que se referem o inciso VII do art. 4º e a alínea i do inciso II do art. 8º da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, desde que limitadas à alíquota de contribuição do ente público patrocinador, não se sujeitam ao limite previsto no caput.

§ 7º Os valores de contribuição excedentes ao disposto no § 6º poderão ser deduzidos desde que seja observado o limite conjunto de dedução previsto no caput.” (NR)

Como se observa o limite anual dos valores das contribuições voltados para o custeio de planos de benefícios da previdência complementar, para fins de dedução da base de cálculo do im-

posto de renda, referidas no inciso VII do artigo 4º e na alínea “i” do inciso II do artigo 8º da Lei nº 9.250/95 é de até 12% (doze por cento) da renda anual, aplicável a todos os participantes do regime de previdência complementar.

Porém, tal limitação não é aplicável aos servidores públicos, cujo plano de benefícios seja administrado por EFPC de natureza pública, uma vez que o acréscimo do parágrafo 6º no artigo 11 da Lei nº 9.532/97, criou um tratamento exclusivo e aplicável apenas e tão somente em relação às contribuições para entidades de previdência complementar a que se referem o inciso VII do art. 4º e a alínea “i” do inciso II do art. 8º da Lei nº 9.250/95, qual seja, as deduções são limitadas à alíquota de contribuição do patrocinador e não ao percentual de 12% (doze por cento) da renda anual do servidor público.

Significa dizer que o limite de dedução da base de cálculo do imposto de renda, nestes casos, pode superar em muito, o percentual de 12% (doze por cento) da renda, basta que a alíquota de contribuição normal do Patrocinador seja maior, independentemente se pouco ou muito superior.

Embora essa interpretação possa ter um entendimento diverso, sob o pálio de que o parágrafo 7º do artigo 11 da Lei nº 9.532/97 traria a observância de uma dedução global do percentual de 12% (doze por cento), a interpretação atual prevalente na Receita Federal do Brasil é de que os 12% (doze por cento) se aplicam aos excedentes que superem as contribuições paritárias do patrocinador e participantes.

Mas afinal, o que justifica esse tratamento tributário diferenciado? Será que o fato de ser servidor público, por si só, permite tal diferenciação? Ou, será que o fato de ser uma EFPC de natureza pública, tal diferenciação seria constitucionalmente possível?

Na opinião majoritária da doutrina e jurisprudência, o simples fato do contribuinte ser servidor público, não seria capaz de fundamentar o tratamento tributário diferenciado, uma vez que fere o princípio da isonomia tributária, previsto no artigo 150, inciso II da Constituição Federal.

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – (...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; (...)”

Isso por que o objetivo deste dispositivo constitucional foi o de complementar o princípio tributário da capacidade contributiva (art. 145 § 1º da CF), reforçando ser isonômica a criação de encargos proporcionais às possibilidades econômicas dos contribuintes ou definir critérios diferenciados relacionados com a natureza do tributo e sua finalidade.

A isonomia tributária é corolário do princípio da igualdade perante os encargos do Estado, enquanto fonte de receita, os tributos devem ser universal e gradualmente distribuídos conforme a capacidade econômica dos contribuintes, logo, o legislador não é livre para desigualar contribuintes com capacidades econômicas equivalentes ou igualar contribuintes com capacidades distintas, exceto quando a própria natureza do tributo não o permita.

Nesse contexto, em que o tributo é uma receita arrecadada de forma universal pelo Estado, qualquer tipo de subtração de despesas, benefício fiscal ou isenção tributária concedida pelo Estado em favor de uma pessoa ou a um grupo de pessoas, haverá uma exceção à regra da universalidade tributária.

Nesse sentido, as deduções correspondem à subtração de despesas, na base de cálculo do tributo, para não sujeitá-las à tributação, logo, não se trata de isenção, mas sim de não incidência.

Ao caracterizar as contribuições vertidas pelos participantes ao plano de benefícios como dedutíveis, o legislador reconhece que aquele gasto sequer poderia ter sido tributado antecipadamente, por não ser considerado fato gerador de renda, não se trata de um benefício fiscal (isenção), mais sim, ausência de fato gerador (não incidência).

Logo, sob o princípio da isonomia tributária seria inadmissível adoção de percentuais/limites de deduções das contribuições aos planos de benefícios de forma diferenciada em função da qualidade do contribuinte sob o pálio de ocupação profissional

ou função por eles exercidas.

Em situação parecida com o tema em debate, se manifestou o Supremo Tribunal Federal - STF:

“Emenda constitucional (EC 41/2003, art. 4º, parágrafo único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade.”<sup>17</sup>

Melhor sorte não encontra guarida os argumentos de que a legalidade e constitucionalidade na diferenciação tributária dos limites de dedução das contribuições da base de cálculo do imposto de renda, decorre da natureza pública da entidade que administra o plano de benefícios e não pela condição do contribuinte (servidor público).

A legalidade desta distinção de limite de dedução tributária em função da natureza pública da EFPC, não se sustenta sequer pelo retrospecto legislativo. Antes do advento da Lei nº 13.043/14, vigia a Lei nº 12.832/13 que trazia a seguinte modificação no inciso VII do art. 4º e a alínea “i” do inciso II do art. 8º da Lei nº 9.250/95:

17 ADI nº 3.105, rel. min. Cezar Peluso, j. 18-8-2004, P, DJ de 18-2-2005.

“Art. 2º Os arts. 4º e 8º da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º (...)

VII - as contribuições para as entidades de previdência complementar de que trata a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012.” (NR)

“Art.8º (...)

II - (...)

i) às contribuições para as entidades de previdência complementar de que trata a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012.” (NR)

Como se percebe, sob a vigência da Lei nº 12.832/13 apenas os participantes de que tratava a Lei nº 12.618/2012 (servidores públicos federais) faziam jus ao tratamento diferenciado nas deduções fiscais, tendo em vista haver expressa referência na lei, logo, mesmo que o participante fosse servidor público e suas contribuições fossem vertidas a uma EFPC de natureza pública, diversa daquela da Lei nº 12.618/2012, não teria o tratamento diferenciado nas deduções fiscais.

Flagrante, portanto, o tratamento tributário não isonômico em relação a contribuintes em situação tributária idêntica e não só equivalentes.

Com efeito, a natureza pública da EFPC, não modifica a personalidade jurídica de direito privado, nem seu objetivo de instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciários, tendo

como destinatários (sujeitos passivos das obrigações tributárias) participantes que possuem capacidade econômica equivalente, cujos recursos possuem a mesma natureza e finalidade.

Diante da atual redação das Leis Ordinárias nºs 9.250/95 e 9.532/97 (artigos 4º e 8º e artigo 11 respectivamente) frente a nova redação constitucional do § 15 do artigo 40 introduzida pela EC nº 103/19, a questão a ser solucionada para efeitos de uma concorrência isonômica entre as EFPC e EAPC em relação as EFPCs de natureza pública é permitir a todos os participantes de planos de benefícios os mesmos limites de dedução da base de cálculo do imposto de renda, independentemente se suas contribuições sejam vertidas para planos administrados por EAPC, EFPC ou EFPC de natureza pública.

Em atenção ao princípio da isonomia tributária, as deduções deveriam ser uniformes sem limitação de valores, conforme ocorre com as deduções de saúde, ou, alternativamente, limitadas à alíquota de 12% (doze por cento) da renda anual, exceto nos casos em que o patrocinador vertesse, em caráter paritário, valores de contribuições aos planos de benefícios em percentual superior aos citados 12% (doze por cento).

A dúvida que paira no ar é como será a interpretação futura no tocante aos limites dedutíveis da base de cálculo de imposto de renda referente aos valores paritários dispendidos pelos participantes e Patrocinadores a título de contribuição para as entidades de previdência complementar, depois da supressão obrigatória de que o regime de previdência complementar dos servidores públicos seja efetivado por intermédio de EFPC de natureza pública.

Como sugestão propositiva para solucionar essa questão, sem que haja espaço para o desvirtuamento ou desvio da finalidade legal, seria permitir aos participantes a dedução total dos valores de suas contribuições vertidas aos planos de benefícios de previdência complementar, desde que paritária aos valores despendidos pelos Patrocinadores, sendo eles públicos ou privados, caso contrário haveria um percentual máximo passível de dedução, superior aos 12% (doze por cento) atual, mas inferior a 20% (vinte por cento) da renda total tributável do contribuinte.



## CONCLUSÃO

Ainda que os principais *players* do sistema de previdência complementar fechado, associações, dirigentes e parte dos deputados tenham se empenhado para que a redação final da EC nº 103/2019, relativa ao § 15 do artigo 40 da Constituição Federal, permitisse que o regime complementar de previdência dos Entes Federativos fosse efetivado apenas por intermédio de entidade fechada de previdência complementar, não há como negar que a redação aprovada foi muito positiva.

O fato é que a novel redação permite ao regime de previdência complementar seja efetivado: (a) por Entidade Fechada de Previdência Complementar instituída pelo Ente da Federação (natureza pública), (b) por meio de qualquer outra Entidade Fechada de Previdência Complementar ou, ainda (c) por intermédio de adesão a uma Entidade Aberta de Previdência Complementar (EAPC).

Em que pese a concorrência entre EFPC e entre elas e as EAPC, possa causar certa insegurança ao segmento, é, sem sombra de dúvidas a maior janela de oportunidade para o fomento e aperfeiçoamento do regime de previdência complementar brasileiro, dos últimos 20 (vinte) anos.

Defendemos que o momento é propício para que as EFPC revejam os seus planejamentos estratégicos, planos de negócio, procedimentos internos, reserve fatia maior de seus orçamentos para renovação e inovações tecnológicas, bem como invista recursos financeiros para tornar seus profissionais mais dinâmicos e criem áreas voltadas para prospecção de novo negócios e produtos.

De igual sorte, devem as EFPCs com o apoio institucional da

ABRAPP, buscar a revisão de normativos infralegais que imponham restrições relacionadas as receitas administrativas ou limites de investimentos para a operação e execução dos planos de benefícios que administram (marketing, campanhas de prospecção, investimento em tecnologia, dentre outros), para tornar paritária a concorrência com as EAPC.

Uma vez inaugurado um novo modelo de captação de Patrocinadores e participantes no regime de previdência complementar, criou-se uma competição que antes era inexistente entre as próprias EFPC, impulsionando uma disputa pelo mesmo público/cliente entre elas e com as próprias EAPC, cujo *know-how* e capilaridade aos mais diversos rincões do Brasil para novos negócios, marketing agressivo e produtos diferenciados é o grande desafio a ser enfrentado, sem antes, corrigidas as distorções legislativas entre elas.

Todavia, as EFPC dispõem de tempo para sua reestruturação, uma vez que a administração, por entidade aberta de previdência complementar, de planos de benefícios patrocinados pelos Entes Federados, ainda depende de regulamentação, por Lei complementar a ser editada pela União.

Justamente neste período de adaptação legislativa, devem as EFPCs buscar apoio institucional e governamental, para propor a harmonização das regras que disciplinam as entidades fechadas e abertas de previdência complementar, a fim de tornar igualitária a oferta/administração de planos de benefícios e o seu tratamento tributário.



# COVID-19



# IMPACTOS DA COVID-19 NOS CONTRATOS DE NATUREZA CIVIL

COMISSÃO TÉCNICA SUDESTE DE  
ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP



## COMISSÃO TÉCNICA SUDESTE DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP

### **AUTORES**

### **MEMBROS**

Anna Letícia Tibau (REFER)

Eduardo Tavares Pereira (FAPES)



## INTRODUÇÃO

No presente artigo, tem-se por premissa expor, de forma clara e objetiva, os efeitos jurídicos nos contratos de natureza civil, decorrentes da pandemia de Covid-19, anunciada pela Organização Mundial da Saúde (“OMS”), em março deste ano, que, por sua vez, trouxe reflexos diretos no ambiente econômico e nas relações contratuais civis previamente estabelecidas.

É fato que a pandemia atingiu, com maior ou menor gravidade, diversos setores da economia e, a reboque, em razão da abrupta desaceleração da atividade empresarial, trouxe imensa dificuldade, por parte de pessoas físicas e jurídicas, no cumprimento de suas obrigações contratuais.

Com o escopo de amenizar os impactos decorrentes desta desaceleração, que impõe mudanças em relações contratuais já consolidadas e, no caso da pandemia, pode ser motivada pela absoluta degradação da economia ou pela imposição de restrições à realização da atividade empresária pelo próprio poder público, o direito brasileiro, ao longo dos anos, se fortaleceu com a criação de institutos capazes de dirimir controvérsias deflagradas neste cenário de crise e atenuar a aplicação do tradicional *pacta sunt servanda*.

Entre estes institutos, os que encontram maior aplicação no direito civil brasileiro são os seguintes: caso fortuito, força maior, teoria da imprevisão e onerosidade excessiva.

Nos capítulos a seguir, tais institutos serão enfrentados, sendo explicada a fundamentação legal de cada um deles e a consequência prática de sua aplicação, assim como, tangenciando princípios norteadores do direito civil brasileiro, será explorada a possibilidade de adoção de métodos alternativos para a solução de conflitos e repactuação de contratos.

## 1. A FUNDAMENTAÇÃO E A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS

Antes de adentrarmos no tema central do presente artigo, faz-se necessário afirmar que há contratos que não sofrerão qualquer alteração em virtude da pandemia.

Os contratos, quando firmados, são elaborados para serem cumpridos. Parece-nos equivocada a ideia da utilização indiscriminada da pandemia como elemento autorizador para a aplicação dos institutos citados no capítulo anterior. É imprescindível ir aos fundamentos. A relação jurídica contratual deve ser analisada de forma individual, verificando-se efetivamente se os efeitos devastadores da pandemia são suficientes para a sua revisão ou, até mesmo, a sua resolução. Não se deve classificar acontecimentos – nem aqueles gravíssimos, como uma pandemia – de forma teórica e genérica para, de uma tacada só, declarar que, de agora em diante, todos os contratos podem ser extintos ou devem ser revistos<sup>1</sup>.

Para a grande maioria dos contratos, independentemente de sua natureza, haverá um desdobramento jurídico decorrente dos efeitos do surto causado pela Covid-19.

Numa primeira análise do cenário imposto pela pandemia, pode-se, de imediato, trazer para as relações jurídicas afetadas a

aplicação da norma prevista no Código Civil, em seu artigo 393<sup>2</sup>, que trata sobre as exceções de responsabilidade, desde que inseridas nas hipóteses de caso fortuito ou força maior.

A título ilustrativo, considera-se caso fortuito aquele evento que não se poderia prever tampouco evitar. Por sua vez, entende-se por força maior os fatos humanos ou naturais que até poderiam ser previstos, sendo, porém, inevitáveis, tais como as catástrofes naturais (tempestades, furacões e afins) ou os eventos de guerra.

Além da demonstração de que a pandemia produziu efeitos diretos e inevitáveis sobre as avenças contratuais, o contratante afetado deverá demonstrar que os riscos da atividade que desenvolve não estão relacionados ao evento enfrentado (fortuito externo), hipótese em que a doutrina e a jurisprudência convergem no sentido de que há a exoneração de responsabilidade pelo inadimplemento contratual.

Para os casos em que os riscos da atividade da parte estão relacionados ao cenário enfrentado (fortuito interno), como, por exemplo, no caso de uma pandemia, as atividades desenvolvidas pelos hospitais, não há a exoneração de qualquer responsabilidade.

1 SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andar: coronavírus e contratos – Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. 23 de março de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em: 06/08/2020.

2 Código Civil Brasileiro, Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Além disso, a jurisprudência é uníssona ao ressaltar que o caso fortuito ou a força maior não conferem, automaticamente, o direito à revisão ou resolução do contrato. Para tanto, como já destacado anteriormente, é preciso avaliar a duração do cenário de crise e, pontualmente para o contrato em discussão, os impactos financeiros decorrentes do evento danoso.

Portanto, para a hipótese da pandemia de Covid-19, a aplicação da exceção prevista pelo artigo 393 do Código Civil apenas poderá ser realizada, desde que haja real impossibilidade da prestação de serviço anteriormente contratada, seja por determinação do poder público (por exemplo, *lockdown*), seja pela prestação ter se tornado excessivamente onerosa para uma das partes (por exemplo, impossibilidade econômica de continuar arcando com contratos de locação de lojas, em virtude da obrigatoriedade do fechamento ou horário reduzido do comércio em algumas regiões).

A impossibilidade de cumprimento do contrato pode ser momentânea ou simplesmente permanente. Como exemplo, pode-se utilizar a hipótese de um cantor que foi contratado para se apresentar em uma festa de formatura. Com a pandemia, a festa foi cancelada. Não haverá mais comemoração, sendo, portanto, permanente a impossibilidade de cumprimento do contrato.

A impossibilidade momentânea seria, por exemplo, um contrato

de prestação de serviços de academia de ginástica, que, por determinação dos órgãos públicos, viu suas portas serem fechadas durante o período imposto pelo poder público. Posteriormente, a prestação de serviços retornará ao seu curso natural.

A impossibilidade de prestação contratual por excessiva onerosidade só poderá ser caracterizada quando **(i)** houver a desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução<sup>3</sup>; ou, **(ii)** no caso de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar impossível em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato<sup>4</sup>.

A primeira hipótese apenas retrata os conceitos da teoria da imprevisibilidade, amplamente difundida no direito civil brasileiro.

A doutrina defende que tal teoria deva ser aplicada apenas aos contratos de longa duração e que o evento superveniente não esteja inserido nos riscos ordinários do contrato, como é o caso de uma pandemia. A consequência prática é a ausência de mora da parte que requereu a aplicação da teoria, sob o fundamento de que o evento danoso trouxe flagrante desequilíbrio contratual, “de maneira a causar desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução”<sup>5</sup>, impondo ao credor a revisão das prestações contratuais.

3 Código Civil Brasileiro, Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

4 Código Civil Brasileiro, Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

5 SANT'ANNA, Lucas. MINASSE, Elton. RIBEIRO, Yuri Camelo. Os efeitos da pandemia de Covid-19 sobre os contratos comerciais e administrativos. 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/contratos-e-negociacoes-complexas/os-efeitos-da-pandemia-de-covid-19-sobre-os-contratos-comerciais-e-administrativos>. Acesso em: 06/08/2020.

A segunda hipótese retrata o quarto instituto citado no capítulo introdutório, que é a onerosidade excessiva.

A propósito, convém esclarecer que a doutrina e a jurisprudência entendem que os institutos da teoria da imprevisão e o da onerosidade excessiva se confundem, recomendando, inclusive, a aplicação simultânea. Isso porque os dois institutos se fundamentam na imprevisibilidade do evento danoso e na quebra do equilíbrio contratual, por onerosidade excessiva, impedindo que uma das partes cumpra as suas obrigações a tempo e modo.

Contudo, ainda que os institutos sejam semelhantes, a onerosidade excessiva vai além, pois se fundamenta em vantagem extrema exercida por uma das partes, em decorrência do evento imprevisível e extraordinário, que, ao final, traz repercussões diretas na onerosidade do contrato, tornando-a extremamente excessiva.

De acordo com o entendimento manifestado pela doutrina e pela jurisprudência, a consequência prática de sua adoção é um pouco mais dura e rigorosa, se comparada às consequências da teoria da imprevisão, na medida em que, além de proporcionar a revisão das obrigações contratuais, pode, ao final, significar a resolução do contrato.

Um exemplo notório de aplicação do instituto da onerosidade excessiva pelos nossos Tribunais foi quando, no ano de 1999, em razão da abrupta desvalorização do real e vertiginosa valorização do dólar norte-americano, os contratos de leasing, lastreados na cotação do dólar norte-americano, não puderam mais ser honrados pelos consumidores.

Todavia, nada obstante os argumentos acima expendidos, cabe destacar que, lamentavelmente, situações decorrentes da pandemia, como desemprego e diminuição de renda, não são suficientes para autorizar o poder judiciário a intervir naquela relação. Trata-se de uma questão subjetiva e não de direito.

Numa primeira leitura, o aumento do índice de desemprego como decorrência da pandemia não terá elementos requisitórios bastantes para rever eventuais relações jurídicas. No entanto, havendo o desequilíbrio contratual, a adoção de medidas alternativas de solução de conflitos poderá ser utilizada para minimizar ou resolver questões que pareciam irresolutas.

A possibilidade de revisão dos contratos tem sido bastante adotada para evitar a resolução.

Diante de um desequilíbrio contratual que preencha os elementos autorizadores para sua revisão, ao primeiro indício de impossibilidade de cumprimento das obrigações, existe um dever moral dos contratantes de tentar renegociar os contratos.

Nesse contexto, não é demais lembrar que o contrato civil possui princípios que o norteiam, cujo objetivo principal é a preservação daquela relação contratual, desde a sua concepção, até o momento inicialmente previsto para a sua conclusão.

**Dentre os princípios das relações contratuais, destacam-se:**

- **Princípio da autonomia da vontade:** baseado no individualismo jurídico que pode ser traduzido como liberdade de contratar (há exceções, como seguro obrigatório), o momento adequado

para se contratar e o conteúdo do contrato (exceção – contratos de adesão).

- **Princípio da função social do contrato:** determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta<sup>6</sup>.

- **Princípio da obrigatoriedade das convenções:** também conhecido como *pact sunt servanda*, era interpretado como o engessamento das obrigações previstas nas cláusulas geradas por manifestações de vontades livres. Uma vez encontrados os requisitos essenciais para a validade do contrato, este seria imutável e imperativo, inclusive judicialmente. Tal princípio sofreu significativa modificação trazida pelos artigos 423 e 424 do Código Civil, prevendo, inclusive, a nulidade absoluta de cláusulas abusivas.

No campo do direito do consumidor, sua legislação especial (Lei nº 8.078/90), em seu artigo 6º, inciso V, previu como direito básico do consumidor, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

- **Princípio da relatividade das convenções:** pressupõe que somente os contratantes é que estão vinculados e obrigados a cumprirem o que restou convencionado no contrato. Eventuais terceiros podem ser atingidos pelos contratos, como se dá, por exemplo, em caso de sucessão, transformando-os em partes supervenientes.

- **Princípio da boa fé objetiva:** estabelece o artigo 422 do Código Civil o seguinte: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O princípio da boa fé tem como principal função estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. A lealdade, cooperação, probidade e transparência devem ser utilizadas para permear as relações contratuais.

O dever moral de avisar ao contratado sobre eventual desequilíbrio é uma postura que se mostra íntegra e ética, pois demonstra a boa fé, lealdade e transparência daquele que passou a se perceber desigual na relação. Nota-se que não há tratamento normativo a respeito do tema na legislação brasileira. O objetivo é evitar ou eliminar o ingresso em juízo, restabelecendo aquela relação dentro da nova realidade das partes.

A renegociação deve ser adotada no sentido de se restabelecer a proporcionalidade, revisitando o contrato e repactuando a cláusula que se tornou excessivamente onerosa. O contratante que

6 CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. DOTTO, Adriano Cielo. Princípios relacionados aos contratos civis. Novembro de 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25825/principios-relacionados-aos-contratos-civis>. Acesso em 06/08/2020.

prefere adotar uma postura inerte, aguardando ser acionado por descumprimento de cláusula contratual para, só então, arguir, em sede de defesa, eventual força maior, acaba se expondo a uma eventual má fé. O silêncio pode caracterizar o descumprimento do dever ético e da boa fé.

Neste sentido, a renegociação pré-processual parece uma excelente saída para se evitar a busca pela tutela jurisdicional, que, em decorrência da pandemia, se tornará cada dia mais asoberbada, inviabilizando a duração razoável do processo e, conseqüentemente, a resposta imediata ao jurisdicionado. Justiça que tarda, é falha.

No direito empresarial, as relações são bem diferentes com suas peculiaridades que lhes são próprias. Geralmente, os contratos celebrados por sociedades empresárias são relacionados às espécies de relações jurídicas, tais como trabalhistas, as de prestações de serviços, fornecedores, etc. As partes têm conhecimento muito maior sobre o conteúdo das cláusulas elaboradas. A negociação é bem mais demorada e sua redação é muito mais complexa, apurada e intensa. Quando se depara com uma realidade de pós-pandemia, como a atual, é possível enfrentar um cenário comercial absolutamente inimaginável, como, por exemplo, o faturamento zero. Não há comparação histórica que possa ser utilizada como parâmetro. O momento requer ajuste urgente. As partes precisam, de forma clara e transparente, demonstrar a sua incapacidade em continuar honrando com aquela obrigação assumida pré-pandemia. Transferir para a justiça a solução do problema, mais uma vez, não parece ser a melhor medida. Não há previsibilidade de como será o amanhã, apesar dos esforços do poder público.

Para se ter uma ideia bastante superficial dos efeitos devastadores causados pela crise decorrente da pandemia de Covid-19, pode-se trazer como exemplo as companhias aéreas: a aviação civil é um dos setores mais atingidos pela pandemia. Cancelamento de inúmeros voos e fechamento das fronteiras são alguns dos eventos que contribuem para a crise. A situação é bastante grave, tanto para as empresas de transporte aéreo quanto para os passageiros. Com o objetivo de tentar minimizar os efeitos dramáticos da pandemia, em 19 de março de 2020, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 925/2020. O esforço do poder público não foi suficiente para evitar a demissão em massa de mais de três mil aeroviários.

Na mesma forma, pode-se trazer para a discussão a realidade dos contratos de locação não residencial (comercial) em shoppings centers. Não há, na história, registro de outros eventos que tenham determinado o fechamento obrigatório de shoppings centers, em virtude de epidemia. Foram alguns meses em que os lojistas amargaram incontáveis prejuízos pela impossibilidade de abertura de suas lojas. Realidade que, até um passado muito recente, era impossível de se imaginar.

Novamente, traz-se para a discussão, como possibilidade de minimizar os danos decorrentes da pandemia, a adoção de medidas alternativas para que as partes possam, de forma colaborativa, alcançarem um consenso sem a necessidade de ajuizamento de demanda judicial.

As decisões judiciais, na maioria das vezes, não atendem às partes e, não raro, podem trazer conseqüências nefastas aos envolvidos.

A título exemplificativo, convém explorar o decidido em processo que tramita perante a 3ª Vara Cível de Comarca de Taubaté – SP, no qual foi deferida a tutela de urgência para suspender a exibibilidade dos locativos mensais (ainda que pelo valor mínimo aferível) e de todos os acessórios, especialmente o fundo de propaganda e promoção, do contrato de locação firmado. Tal tutela teve sua validade vinculada à permanência de determinação de fechamento do shopping center, enquanto perdurasse a pandemia.

O exemplo acima demonstra a total falta de conhecimento do ramo do negócio e a falta de preocupação social do julgador ao proferir a decisão. Ora, sabe-se que a receita do shopping é, basicamente, formada pelos valores auferidos através de locações, já descontadas as altíssimas despesas inerentes à administração e manutenção da estrutura do shopping. O julgador, ao deferir a tutela de urgência, desprezou o conceito de equilíbrio contratual entre as partes e fugiu do sinalagma originário.

O que aconteceria, então, se todos os lojistas conseguissem uma tutela jurisdicional, que os desobrigassem a pagar o aluguel durante os meses em que o shopping foi proibido de abrir suas portas? De fato, não é razoável exigir do lojista o pagamento de um aluguel como se estivesse com suas atividades em pleno vapor, mas é impossível que um shopping consiga sobreviver se nada receber de seus lojistas.

Novamente, o que parece ser mais razoável é buscar uma saída através da qual todos os obrigados tentem minimizar seus prejuízos. A ideia da negociação pré-processual é muito bem-vinda, pois atenderá aos anseios dos envolvidos, como lojistas

e proprietários de shopping center, e gerará, conseqüentemente, cumplicidade e empatia decorrentes da colaboração mútua entre as partes.

Com o propósito de incentivar este tipo de solução, convém ressaltar que, durante a pandemia e preocupados com as suas conseqüências no campo contratual, legislativo e executivo editaram acervo generoso de normas, que podem ser utilizadas com a finalidade de minimizar as perdas financeiras e amparar possíveis revisões/negociações contratuais.

Neste contexto, ou seja, de amparo a possíveis revisões de contrato, não é demais lembrar da Lei nº 13.140/2015, em vigor desde o início do ano de 2016, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Assim, embora o poder público, neste momento de pandemia, venha trabalhando incansavelmente para minimizar os prejuízos, mediante a edição de inúmeros normativos, fato é que já há lei em vigor capaz de contribuir e amparar a negociação pré-processual. Não há, portanto, a necessidade de se esperar uma lei nova. A aplicação de métodos alternativos pode ser feita de forma imediata, segura e eficaz.

## 2. A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS E REPACTUAÇÃO DE CONTRATOS

O inciso XXXV, artigo 5º, da Constituição Federal assegura ao cidadão o acesso à justiça, princípio este enquadrado entre os Direitos e Garantias Fundamentais.

Mas, afinal, o que seria “acesso à justiça”? Para alguns, acesso à justiça é a possibilidade de a pessoa entregar ao Estado a apreciação do seu litígio. Ou seja, a avaliação daquela discussão deverá estar unicamente nas mãos do juiz, responsável pela entrega da prestação jurisdicional.

Todavia, para a doutrina moderna, o acesso à justiça é, também, o acesso ao que é justo, o acesso ao direito, em que se procura deslocar o eixo da proteção estatal para a participação do próprio jurisdicionado (parte) na solução de seus conflitos. Assim, quando a parte opta pelos métodos alternativos para a solução de litígios, além de bem menos oneroso, a conclusão é mais rápida, eficiente e satisfatória. As partes é que sabem o que é melhor e menos desgastante para elas.

Atualmente, há uma fortíssima tendência em conscientizar a população, que clama por justiça, para a importância da adoção de métodos alternativos autocompositivos de resolução de controvérsias e a mediação é uma das ferramentas utilizadas, que encontra previsão no artigo 334 do Código de Processo Civil. Na mediação, as partes, devidamente assistidas por seus advogados, irão, através de um mediador, tentar chegar a um consenso que, após formalizado, será chancelado pelo juiz.

A mediação está prevista na Lei 13.140/2015 e é orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia de vontade das partes, busca pelo consenso, confidencialidade e boa fé.

Na mediação, os protagonistas são o autor e o réu e eles é que irão expor suas necessidades de forma individual, através de reuniões restritas. Os advogados são muito bem vindos à sessão de mediação, embora não haja obrigação legal, conforme preceitua o art. 10 da Lei 13.140/2015. O mediador, por sua vez, utiliza as técnicas para aclarar a comunicação entre as partes. A mediação pode ser utilizada em qualquer relação jurídica, sendo mais afeita, porém, às controvérsias relacionadas a questões societárias, de família, vizinhança e demais relações de trato sucessivo.

No mundo previdenciário, por suas próprias peculiaridades, há um campo muito fértil para a adoção de medidas alternativas de solução de conflitos. As questões que envolvem empréstimos aos seus participantes, por exemplo, podem e devem ser discutidas e repactuadas sem a necessidade de se buscar a tutela jurisdicional.

No campo da recuperação de crédito, por exemplo, caso sejam as partes do contrato previdenciário responsáveis por encontrar a melhor solução para o problema, por se tratar de tema bem específico e sabedoras das necessidades de cada uma, fatalmente será mais fácil construir uma solução que seja benéfica para am-

bas, o que reforça a necessidade de se adotar meios alternativos para a solução de conflitos.

A propósito, ao se analisar a relação constituída entre o participante e a entidade, há que se ter em mente que o participante é a figura central para a existência e manutenção da entidade. Outro ponto que não pode ser desprezado é a natureza desta relação, fundamentada em contrato previdenciário, cujo serviço prestado não tem finalidade lucrativa, o que, por si só, afasta a aplicação da legislação especial de proteção ao consumidor e abre espaço para a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos.

Portanto, a adoção de medidas alternativas, além de ser mais simpática e amigável, valoriza o próprio participante, parte fundamental para a constituição e existência da entidade.

A construção da solução do problema tem que ser coletiva, envolvendo todos que estão, de alguma forma, ligados: participantes, através de seus representantes (sindicatos e associações), e as entidades, através das suas áreas de benefício, jurídico e atuário. Não se pode esquecer que, para que todos saiam satisfeitos, é imprescindível a conscientização e, ainda, o comprometimento de todas as partes.

Além disso, diante de uma negociação pré-processual, a entidade deve prezar pela prestação de informações legítimas aos participantes, não havendo espaço para a defesa de inverdades ou blefe. A rigor, serão fornecidas as possibilidades de negociação e a entidade, ao demonstrá-las aos participantes, deverá, de forma clara, discutir e compreender as circunstâncias que os

conduziram ao inadimplemento contratual.

É fundamental que as partes envolvidas na mediação se sintam acolhidas e “ouvidas”. Na seara das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (“EFPC”), os participantes possuem relação continuada e de vínculo afetivo com a própria entidade e com o plano previdenciário, não sendo incomum encontrar aposentados que, com orgulho, dizem que são precursores no segmento de previdência complementar e “fundadores” da própria entidade de que fazem parte.

Por óbvio, tais particularidades do segmento não podem ser desperdiçadas. Pelo contrário, devem ser aproveitadas. O vínculo de confiança estabelecido entre a entidade e o participante deve servir de incentivo para a construção de soluções que sejam amigáveis e justas, o que pode ser plenamente possível de ser alcançado em ambiente de diálogo, em que as partes negociantes buscam, de fato, o consenso. Com certeza, este não é o ambiente que uma disputa judicial proporciona, ao contrário do resultado que se pretende alcançar através de uma mediação ou adoção de outro método alternativo de solução de conflito.

### 3. O IMPACTO DA PANDEMIA NOS CONTRATOS CIVIS FIRMADOS PELAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Não restam dúvidas de que a pandemia causada pela Covid-19 mudou o comportamento do mundo e, conseqüentemente, as próprias relações. Rotinas que, até pouquíssimo tempo, eram inimagináveis, tornaram-se essenciais, como, por exemplo, o teletrabalho. A sociedade e, por sua vez, as relações comerciais tiveram que se adaptar de forma forçada à essa nova realidade.

Com efeito, a pandemia trouxe novos contornos às relações comerciais ou familiares, sendo a internet a protagonista desta atual forma de se comunicar.

Conforme já ressaltado anteriormente, durante a pandemia, a maioria dos contratos das mais diversas naturezas também tiveram que ser revistos para se acomodar aos novos tempos e ambientes virtuais. Fato é que não havia legislação preparada para esse caos.

Lamentavelmente, com a epidemia, veio também uma enxurrada de demissões, aumento exponencial de pedidos de recuperação judicial, falências, etc. A crise se instalou e, ao que tudo indica, a recuperação econômica não será tão simples e demorará prazo razoável para acontecer. Um cenário desolador.

Além do aspecto econômico e com previsões nada alvissareiras, há outro ponto que não se pode olvidar: o público assistido é formado (em sua maioria) por pessoas idosas e, portanto, do grupo de risco mais vulnerável às mortes causadas pela Covid-19.

O arrefecimento da atividade econômica causou recessão e, con-

sequentemente, diminuiu o consumo.

A previdência privada, embora de suma importância para o futuro dos trabalhadores, também acabou se tornando um alvo fácil para a crise: a falta de educação previdenciária atrelada ao momento traumático que o mundo passa, faz com que a preocupação de manter uma vida digna seja premente. Neste momento, lamentavelmente, o futuro deu lugar ao amanhã.

Assim como aconteceu com contratos mais comuns como mensalidades escolares ou alugueres, a previdência privada também terá que se adequar ao inusitado momento que nos foi imposto, sob pena de sofrer uma evasão de seus participantes, inadimplência, suspensão ou retirada de patrocínio.

Inúmeros são os contratos que envolvem a previdência privada, desde a adesão do participante, empréstimos consignados, contratos de prestadores de serviços, fornecedores, empregados, etc.

A melhor opção para minimizar os efeitos devastadores da crise econômica que se impõe é tentar a recomposição dos contratos que foram afetados por conta da pandemia. Revisitar os instrumentos com um olhar mais empático facilitará a comunicação e o alcance de um resultado menos traumático. Estima-se que, com a pandemia, haverá um ingresso perante o Poder Judiciário de, nada mais nada menos, trinta milhões de novos processos. Portanto, a reorganização de novas cláusulas e a utilização de métodos alternativos para a solução dos conflitos aparentam ser, no momento, a melhor ferramenta para minimizar os efeitos da crise.

## 4. A LEI Nº 14.010/2020

Em 10 de junho de 2020 foi promulgada a Lei nº 14.010, que dispõe sobre o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia da covid-19.

Até o evento da pandemia causada pela Covid-19, não havia, em nossa história, qualquer evento que pudesse ser utilizado como paradigma para tentar adequar a legislação à realidade imposta pela pandemia.

Conforme já amplamente divulgado, praticamente todos os contratos foram afetados. Com o objetivo de socorrer o direito civil, abaladíssimo pelos efeitos da pandemia, juristas se empenharam em criar uma lei que pudesse, minimamente, auxiliar e guiar as normas civilistas, ainda que de forma pontual e momentânea.

Já no primeiro artigo da Lei nº 14.010, verifica-se que se trata de norma de caráter transitório e emergencial para a regulação das relações jurídicas de direito privado, estando a sua vigência atrelada à pandemia. Veja-se:

“Art. 1º Esta Lei institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado em virtude da pandemia do coronavírus (Covid-19).

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid19)”.

O artigo segundo demonstra que a lei não pretende, em hipótese alguma, revogar alguma norma anterior (em especial dispositivos do código civil):

“Art. 2º A suspensão da aplicação de normas referidas nesta Lei não implica sua revogação ou alteração”.

A prescrição e a decadência mereceram especial destaque, em razão da suspensão/paralisação dos prazos prescricionais até 30 de outubro de 2020, conforme dispõe o artigo terceiro.

Nada mais razoável do que normatizar a questão da prescrição durante a pandemia, para que não haja qualquer prejuízo à parte interessada em ingressar em juízo e que não pode fazê-lo em virtude de algum impedimento causado pelo momento ora vivenciado. Além do mais, a rotina dos Tribunais também foi severamente comprometida, inviabilizando, muitas vezes, as diligências necessárias para o próprio ajuizamento de uma demanda.

Outro ponto que também justifica a suspensão dos prazos é a preocupação do legislador, por conta da grave crise econômica financeira, resguardar os interesses dos credores em geral.

As assembleias gerais, previstas no artigo 59 do Código Civil, tiveram autorização para que fossem feitas por meio eletrônico, “independentemente de previsão nos atos constitutivos da pessoa jurídica”. A mudança viabilizou a manutenção das reuniões sem a necessidade da aglomeração de pessoas. O administrador deverá decidir o meio eletrônico que entender seguro e que seja

viável a identificação do voto (art. 5º da Lei da Pandemia).

As assembleias condominiais (inclusive para fins dos arts. 1.349 e 1.350 do Código Civil) também tiveram permissão para que fossem realizadas de forma virtual, caso em que a manifestação de vontade dos condôminos seria equiparada à sua assinatura. Se porventura o condomínio não puder utilizar meio eletrônico para promover a reunião, os mandatos de síndico vencidos a partir de 20 de março de 2020 ficam prorrogados até 30 de outubro de 2020, consoante artigo 12 da Lei da Pandemia.

Já nas relações de consumo, suspendeu-se até 30 de outubro de 2020 a eficácia do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. Tal regra prevê o direito do arrependimento para as compras feitas por delivery de produtos perecíveis ou de consumo imediato e medicamentos.

No direito de família, a prisão civil pelo devedor de alimentos só poderá ocorrer de forma domiciliar, consoante artigo 15, in verbis:

“Art. 15. Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações”.

Mais uma vez, pretende o legislador que o isolamento seja respeitado ao máximo e, ao mesmo tempo, não deixa de aplicar as sanções jurídicas para aqueles que violam a lei.

O prazo para instauração de inventário e de partilha teve o seu termo inicial dilatado para 30 de outubro de 2020, conforme redação do artigo 16 ora em destaque:

“Art. 16. O prazo do art. 611 do Código de Processo Civil para sucessões abertas a partir de 1º de fevereiro de 2020 terá seu termo inicial dilatado para 30 de outubro de 2020.

Parágrafo único. O prazo de 12 meses do art. 611 do Código de Processo Civil, para que seja ultimado o processo de inventário e de partilha, caso iniciado antes de 1º de fevereiro de 2020, ficará suspenso a partir da vigência desta Lei até 30 de outubro de 2020”.

Conforme pode se inferir, a Lei nº 14.010/2020 foi promulgada com o objetivo de trazer maior uniformidade e previsibilidade às relações comerciais, a fim de, resguardando direitos, prestigiar a segurança jurídica, minimizar prejuízos e evitar uma corrida desenfreada aos Tribunais pátrios.

## CONCLUSÃO

Portanto, uma vez enfrentados os principais institutos utilizados pelo direito civil brasileiro para dirimir controvérsias deflagradas no ambiente de crise econômica, é possível concluir que a aplicação destes institutos, consideradas as circunstâncias de fato que os determinam, produz efeitos e soluções completamente distintas.

Na hipótese de aplicação do caso fortuito ou força maior, as consequências práticas são (i) a exoneração da responsabilidade por descumprimento contratual e, em um segundo momento, (ii) a suspensão do cumprimento da obrigação ou a resolução do contrato, por completa impossibilidade de cumprimento das obrigações pactuadas. O que vai determinar se a hipótese será de suspensão da obrigação ou resolução do contrato é o prazo do impedimento, que decorre dos efeitos da crise econômica provocada pela pandemia de Covid-19.

Se o impedimento for temporário, ou seja, que pode ser superado com o tempo e, mesmo assim, ainda há interesse dos contratantes no cumprimento das obrigações, aplica-se a suspensão. Por sua vez, se o impedimento for definitivo, isto é, os efeitos da crise econômica provocada pela Covid-19 perdurarem por prazo capaz de inviabilizar, por completo, o cumprimento das obrigações, adota-se a resolução do contrato.

No caso da teoria da imprevisão, a consequência prática que pode ser alcançada é, a princípio, a revisão do contrato, para que seja restabelecido o equilíbrio econômico que restou prejudicado

pelo evento danoso. Além disso, como observado nos capítulos anteriores, a doutrina defende que a teoria da imprevisão deva ser aplicada apenas aos contratos de longa duração e que o evento superveniente não esteja inserido nos riscos ordinários do contrato.

Para a onerosidade excessiva, a aplicação de seus fundamentos pelo contratante onerado conduz, comumente, à resolução do contrato. Isso porque a onerosidade excessiva se traduz em vantagem extrema por um dos contratantes, a ponto de inviabilizar o cumprimento das obrigações, não havendo alternativa senão a rescisão contratual. Contudo, a fim de que este resultado não seja alcançado, a contraparte credora pode sugerir a realização de ajustes no contrato, com vistas a manter o vínculo obrigacional, alicerçados, porém, em novas premissas.

Esgotada a análise dos institutos, passou-se para o estudo de como solucionar os problemas decorrentes de um evento imprevisível e extraordinário, como é o caso da pandemia, chegando-se à conclusão que a adoção de meios alternativos para a solução de conflitos é a melhor medida.

Isso se justifica, pois na mediação, por exemplo, os responsáveis por construir a melhor solução são os próprios contratantes, cabendo ao mediador apenas intermediar e garantir a boa interlocução entre eles. Se a busca pela melhor solução está sob a responsabilidade das pessoas tecnicamente mais preparadas, pois possuem pleno conhecimento das avenças contratuais, na-

tural que o resultado alcançado seja o mais correto e justo.

De toda sorte, para se evitar a controvérsia e, a depender do caso, a conseqüente necessidade de se trazer solução para eventual conflito de interesses, especialmente mediante a propositura de medida judicial perante o Poder Judiciário, os contratantes podem estabelecer premissas durante a negociação, que irão compor as bases contratuais e poderão resguardá-los, na medida do possível, dos efeitos decorrentes de eventos imprevisíveis e extraordinários.

Como exemplo dessas medidas, sugere-se a adoção de regra contratual que, sendo identificado qualquer indício de desequilíbrio contratual que possa inviabilizar o cumprimento das obrigações e causar instabilidade àquela relação, os contratantes tenham o dever de notificar, de imediato, a contraparte, antecipando-se, assim, a possíveis problemas.

Outra sugestão, amplamente abordada no presente artigo, é a adoção de medidas alternativas de solução de conflitos, com o objetivo de se evitar a judicialização. Uma vez definido o método alternativo, os contratantes ficariam obrigados a respeitar

o procedimento adotado. Acionar a contraparte judicialmente apenas seria possível, caso não seja atingido o consenso.

Por fim, sugere-se, também, a adoção de cláusula contratual, que disponha que, no caso de peste, pandemia ou qualquer outro evento imprevisível e extraordinário, seja aplicada a suspensão do contrato e de suas respectivas obrigações, impedindo que as suas disposições se tornem excessivamente onerosas para uma das partes. Outra possibilidade seria, por exemplo, a aplicação de descontos enquanto perdurarem os efeitos decorrentes do evento danoso.

Portanto, independentemente da solução adotada, fato é que o direito civil brasileiro, ao longo dos anos, construiu inúmeras possibilidades jurídicas para o enfrentamento de cenários de crise como o causado pela pandemia de Covid-19, devendo os contratantes, alicerçados nesses princípios e institutos, encontrar a melhor solução para o problema enfrentado, que, diga-se de passagem, nunca será a busca pela tutela jurisdicional do Estado.

## BIBLIOGRAFIA

- SANT'ANNA, Lucas. MINASSE, Elton. RIBEIRO, Yuri Camelo. Os efeitos da pandemia de Covid-19 sobre os contratos comerciais e administrativos. 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/contratos-e-negociacoes-complexas/os-efeitos-da-pandemia-de-covid-19-sobre-os-contratos-comerciais-e-administrativos>. Acesso em: 06/08/2020.
- PINTO, Amanda de Oliveira Silva. MIRANDA, Heloína. Coronavírus (Covid-19): O cumprimento dos contratos em tempos de pandemia. 01 de abril de 2020. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/depeso/323300/coronavirus-covid-19-o-cumprimento-dos-contratos-em-tempos-de-pandemia#:~:text=migalhas%20de%20peso,Coronav%C3%ADrus%20\(Covid%2D19\)%3A%20O%20cumprimento%20dos,contratos%20em%20tempos%20de%20pandemia&text=No%20dia%2011%20de%20mar%C3%A7o,%C3%A9%20caracterizada%20como%20uma%20pandemia](https://www.migalhas.com.br/depeso/323300/coronavirus-covid-19-o-cumprimento-dos-contratos-em-tempos-de-pandemia#:~:text=migalhas%20de%20peso,Coronav%C3%ADrus%20(Covid%2D19)%3A%20O%20cumprimento%20dos,contratos%20em%20tempos%20de%20pandemia&text=No%20dia%2011%20de%20mar%C3%A7o,%C3%A9%20caracterizada%20como%20uma%20pandemia). Acesso em: 06/08/2020.
- FRAZÃO, Ana. Impactos da Covid-19 sobre os contratos empresariais. 24 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/em-pauta/impactos-da-covid-sobre-os-contratos-empresariais/>. Acesso em: 06/08/2020.
- SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andar: coronavírus e contratos – Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. 23 de março de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em: 06/08/2020.
- CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. DOTTO, Adriano Cielo. Princípios relacionados aos contratos civis. Novembro de 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25825/principios-relacionados-aos-contratos-civis>. Acesso em 06/08/2020.
- DE RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. A Covid-19 e a Previdência Complementar. 3 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323607/a-covid-19-e-a-previdencia-complementar>. Acesso em 28/09/2020.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. DE OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. Comentários à Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020). Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/859582362/comentarios-a-lei-da-pandemia-lei-14010-2020>. Acesso em 28/09/2020.



# **ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NA ERA DIGITAL X COVID-19**

**COMISSÃO TÉCNICA SUL DE  
ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP**





## COMISSÃO TÉCNICA SUL DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP

### **AUTORES**

#### **COORDENADOR SUPLENTE**

Eduardo Henrique Lamers (FUNDO PARANÁ)

#### **MEMBROS**

Alexandre João Barbur Neto (OABPREV-PR)

Augusto Wolf Neto (PREVISC)

Cintia Fabiane Kirst Damazio (CELOS)

Fernanda Christina Knopf Lamers (FUSAN)

Filipe Gressler Chaves (QUANTA PREVIDÊNCIA)

José Ricardo Calvalcanti de Albuquerque (OABPREV-PR)

Marion Elisabete da Silva (OABPREV-SC)

Maurício Maciel Santos (FUSESC)



## INTRODUÇÃO

Se há um tópico com grande probabilidade de ser comum no planejamento estratégico das Entidades Fechadas de Previdência Complementar para o ano de 2020, certamente é a ausência ou baixíssima probabilidade de que suas atividades fossem impactadas sobremaneira por um fator externo, imprevisível e com baixíssimo potencial de controle humano para sua resolução, a pandemia do COVID-19.

Como resultado do novo contexto em que as entidades foram inseridas, independente do seu porte ou complexidade, está a acelerada e forçosa entrada de todas na Era Digital, em alguns de forma pouco ou não planejada, sem a devida mensuração de riscos e de impactos em sua atividade, o que por si só já vai contra todos os princípios que incansavelmente são pregados no âmbito da previdência complementar fechada: prudência, conservadorismo, identificação, mensuração e mitigação de riscos, planejamento, entre outros.

Neste breve estudo, sem qualquer pretensão de esgotamento dos temas debatidos, busca-se trazer à tona parte dos desafios enfrentados pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar na nova fase de relações sociais e negociais inaugurada pelo período de pandemia vivenciado que, de forma inequívoca, impulsionou a revolução digital no âmbito das entidades. Feito este breve introito, a análise dos aspectos legais relacionados ao teletrabalho, Lei Geral de Proteção de Dados e contratações digitais no âmbito das entidades se mostra de extrema atualidade e relevância.

## 1. IMPACTOS DA ADOÇÃO DO TELETRABALHO PARA AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Os impactos e mudanças causados pela pandemia do COVID-19 nas relações de trabalho afetaram tanto a pequena empresa localizada no bairro até empresas multinacionais com milhares de empregados. Com as Entidades Fechadas de Previdência Complementar e seus colaboradores não poderia ser diferente. O trabalho, na sua esmagadora maioria realizado de forma presencial, tornou-se quase do “dia para noite” remoto, ocasionando todos os ônus e bônus desta modalidade.

Sem adentrar em debates técnicos e terminológicos pode-se dizer que a legislação editada ofereceu amparo para estas mudanças nas rotinas trabalhistas das Entidades Fechadas de Previdência Complementar.

A primeira norma concebida pelo Governo Federal foi a Medida Provisória nº 927/2020 publicada em 22/03/2020, a qual previa formas de flexibilização de regras trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade, visando a preservação dos empregos e renda diante de um cenário econômico e social um tanto caótico.

Dentre as previsões nela contidas estavam o teletrabalho; a antecipação de férias individuais; a concessão de férias coletivas; o aproveitamento e a antecipação de feriados; a constituição de regime especial de compensação de jornada por meio de banco de horas; a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho e o diferimento do recolhimento do

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Priorizando o acordo individual feito diretamente com o empregado, foi possível que o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância fosse acordado sem a necessidade de alteração do contrato de trabalho.

A MP tratou ainda de conceituar teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância como sendo a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo (art. 4º, §1º).

Foi determinada ainda a observância do art. 62, *caput*, inciso III da CLT, relativamente à inaplicabilidade da jornada normal de trabalho de 8 (oito) horas diárias aos empregados em regime de teletrabalho, de modo que aqueles trabalhadores que passaram a tal modalidade não contavam com o acréscimo de horas decorrentes de jornada extraordinária.

Como já previsto na CLT (art. 75-D), na hipótese de teletrabalho o empregador permaneceu responsável por oferecer ao empregado as tecnologias de informação e de comunicação necessárias para o exercício de suas atividades durante o trabalho remoto. Caso o empregado não possuísse os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do tele-

trabalho, o empregador poderia fornecer-lhe os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, o que não caracterizaria verba de natureza salarial (art. 4º, §4, inciso I da MP nº 927/2020).

Em que pese o conceito de teletrabalho previsto no art. 75-B da CLT e replicado na MP nº 927/2020 fosse a prestação de serviços preponderante - ou totalmente como mencionado pela MP - fora das dependências do empregado, o que poderia incluir um café, *coworkings* ou outro lugar, em razão da necessidade de isolamento social, teletrabalho tornou-se sinônimo de *home office*.

Outra forma de enfrentamento da pandemia no mercado de trabalho foi a publicação, em 1º de abril de 2020, da Medida Provisória nº 936/2020. Esta MP instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Nos termos de sua Exposição de Motivos, seu objetivo foi preservar o emprego e a renda, garantir a continuidade das atividades empresariais, bem como reduzir o impacto social diante da paralisação de atividades e restrição de mobilidade.

As providências que integraram o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda foram o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, a redução proporcional temporária de jornada com redução de salários e a suspensão temporária do contrato de trabalho.

No que se refere a vigência destas Medidas Provisórias tem-se que a MP nº 927/2020 perdeu sua validade no dia 19 de julho de 2020, conforme Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 92, de 2020, uma vez que não foi votada sua conversão em lei pelo Congresso Nacional. Resta agora (considerando o momento em que estas breves reflexões são escritas) a possibilidade de o Congresso Nacional editar um decreto legislativo para regulamentar os efeitos da MP que caducou. Em não o fazendo, os atos praticados durante a vigência da MP nº 927/2020 conservar-se-ão por ela regidas, consoante determinado pela Constituição Federal (art. 62, §§ 3º e 11).

Abre-se um aqui parêntese para elucubração quanto aos efeitos dos atos de trato sucessivo praticados durante a vigência desta MP, inclusive caso não seja editado o decreto legislativo. Como regular as controvérsias que surgirão nas relações de trabalho? Há de considerar-se o ato jurídico perfeito e que os atos praticados sob a vigência da MP gerarão efeitos até fim o período de calamidade pública? Ou se está diante de grave insegurança jurídica a ensejar inúmeras reclamações trabalhistas que intensificarão os prejuízos econômico-financeiro das empresas?

Já a Medida Provisória nº 936/2020 foi convertida na Lei nº 14.020/2020 em 07 de julho de 2020. Na conversão foram acrescentadas algumas novidades, tais como a possibilidade de prorrogação dos acordos de redução de jornada e salários, assim como de suspensão do contrato de trabalho, tudo a depender de ato do Poder Executivo. Ademais, ficou estabelecido que as regras da Lei somente se aplicariam aos novos acordos, pois os acordos de redução de jornada e de salário e de suspensão do contrato rea-

lizados quando da vigência da MP nº 936/2020 regem-se pelas disposições desta.

Diante destas possibilidades legislativas e da imperiosa necessidade de isolamento social, restou às Entidades Fechadas de Previdência Complementar, em um curto espaço de tempo, criar estruturas de trabalho remoto aos seus empregados, a fim de que suas atividades pudessem ter continuidade.

O objetivo foi continuar desenvolvendo suas atividades com segurança, eficiência e transparência, bem atendendo seus participantes e assistidos, mantendo boas práticas de governança e primando pela observância da Legislação e normativos afetos à previdência complementar, sem descuidar da preservação da saúde dos colaboradores, calcada no isolamento social recomendado.

Por certo que entidades com características mais regionalistas e com maior cultura do trabalho presencial, seja na relação entre suas divisões, seja no contato com o participante e assistido, tiveram maiores dificuldades nesta transição tão repentina.

Não obstante, partindo-se de pesquisa feita pela Superintendência Nacional da Previdência Complementar - PREVIC em abril de 2020, foi possível apurar que das 260 entidades que responderam ao questionamento, 250 delas implementaram o trabalho remoto.

Destas 250 entidades, 238 informaram que o trabalho remoto não prejudicou o serviço prestado aos Participantes e Assistidos, o que denota um bom percentual de sucesso.

De qualquer forma, o teletrabalho traz algumas exigências bem

específicas, como um ambiente familiar adequado e o comprometimento do empregado. O *home office* exige grande disciplina e engajamento de todos, cabendo ao gestor gerenciar o andamento das tarefas de sua equipe mesmo à distância. A redução do contato com os pares e a manutenção de boa saúde mental também são pontos de atenção.

Em contrapartida, a desnecessidade de comparecimento ao espaço físico da empresa reduz gastos com transporte, vestuário e alimentação, diminui o tempo gasto com deslocamento trazendo mais mobilidade urbana, oferece mais segurança e flexibilidade ao empregado durante o exercício de suas atividades. Há um grande estímulo à autogestão.

Neste novo cenário coube às Entidades Fechadas de Previdência Complementar avaliar perante os seus colaboradores a realidade individualmente vivenciada, as necessidades, expectativas e viabilidade do exercício do trabalho no modelo *home office*. Foram feitas pesquisas acerca da existência de uma estrutura mínima para realizar o teletrabalho e foi oferecida estrutura composta de computadores, monitores e suporte em Tecnologia da Informação, além da contratação de plataformas para videoconferências.

Ações relacionadas a ergonomia no posto de trabalho e saúde física, controle (ou não) da jornada diária, atenção às regras de confidencialidade, sigilo e Código de Ética das entidades durante o teletrabalho foram adotadas durante o período de *home office*.

Algumas entidades chegaram a oferecer aos empregados acompanhamento psicológico e ginástica laboral virtual como forma

de apoiar-lhes durante esse momento pandemia e isolamento social.

Às Entidades Fechadas de Previdência Complementar coube ainda a manutenção de um padrão de segurança e de preservação das informações relevantes e indispensáveis ao desenvolvimento dos trabalhos, inclusive considerando o afastamento físico e, muitas vezes, a utilização de dispositivos de propriedade do próprio empregado.

Não só a existência como também a eficiência dos controles de acesso foi posta à prova diante do dever de resguardar as informações relacionadas à entidade, seus participantes, assistidos e aos próprios empregados. Aliás, não obstante a vigência postergada da Lei Geral Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), os Tribunais Superiores, a exemplo do julgamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da liminar que suspendeu a eficácia da MP 954/2020, que previa o compartilhamento dos dados durante a pandemia do COVID-19, tem amparado a proteção dos dados pessoais na própria Constituição Federal.

Um interessante resultado sobre as ações das Entidades Fechadas de Previdência Complementar na adequação ao teletrabalho foi trazido pela Superintendência Nacional da Previdência Complementar – PREVIC, na quinta edição do Relatório de Estabilidade da Previdência Complementar, publicado em julho de 2020. Nele a PREVIC expôs um panorama do segmento das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, contemplando aspectos gerais do sistema.

Em item específico sobre os impactos da COVID-19 no Sistema

de Previdência Complementar Fechada foi destacado que todas as Entidades Fechadas de Previdência Complementar adotaram o sistema *home office* para praticamente todos os seus funcionários, sem relato de qualquer dificuldade operacional. A implementação do *home office* foi viabilizada pela disponibilização de material de trabalho necessário, tais como *notebooks*, *desktops*, *softwares*, entre outros.

Outrossim, apurou-se que os pagamentos de benefícios permaneceram sendo realizados normalmente, que os atendimentos aos participantes e assistidos ocorreram por telefone, chat, e-mail, ou outros canais de comunicação estabelecidos pelas entidades e que o calendário das reuniões dos órgãos estatutários pode ser mantido mediante videoconferência.

Logo, o esforço das entidades foi válido.

Para o futuro, segundo estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea publicado em junho de 2020, a migração do trabalho presencial para o *home office* ou teletrabalho poderá ser adotada em 22,7% das ocupações nacionais, alcançando mais de 20 milhões de pessoas.

Atualmente já se percebe um movimento de algumas entidades no que diz respeito a retomada das atividades laborativas presenciais de forma segura. Outras se valerão dos benefícios do *home office* como produtividade aliada à economia (vale transporte, alimentação e outras despesas contratuais) por mais um período. Um terceiro grupo cogita a possibilidade de implantação de *home office* de forma permanente.

Esta foi a conclusão do Comitê de Recursos Humanos da ABRAPP ao instrumentar em um *e-book* algumas ideias de ações práticas que podem ser adotadas pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar no retorno ao trabalho presencial. Tais ideias partiram de experiências oferecidas pelas próprias entidades durante uma pesquisa realizada pelo Comitê, o que nos permite dizer que o teletrabalho implementado no âmbito das Entidades Fechadas de Previdência Complementar foi exitoso.

Dentre as alternativas possíveis para a retomada das atividades presenciais estão os horários flexíveis, a mudança de *layout* das salas, a orientação aos empregados acerca do não compartilhamento de objetos pessoais, a limpeza obrigatória dos calçados, a suspensão das áreas de convivência e café, a distribuição de máscaras reutilizáveis, a disponibilização de álcool em gel, a manutenção do ambiente de trabalho ventilado e o monitoramento do estado de saúde dos empregados por meio de protocolos para suspeitas e casos confirmados de Covid-19.

Por evidente que cada entidade fará a retomada do trabalho presencial observando suas particularidades, sua cultura, as necessidades de seu público interno e externo e o alinhamento com as Patrocinadoras.

O mais importante é que a forma de trabalho escolhida, seja qual for, resguarde os interesses das entidades e de seus empregados, minorando os riscos e contribuindo para a sustentabilidade do sistema com respeito à saúde pública.

## 2. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – DESAFIOS E IMPORTÂNCIA EM TEMPOS DE CRISE

É do conhecimento de todos que a crise pela qual passa toda a sociedade, crise essa em razão da pandemia de COVID-19, atingiu em cheio e de forma global tanto as relações interpessoais como também as relações socioeconômicas e não fez distinção dos setores para tal, tanto que o ramo da Previdência Complementar não ficou imune, pelo contrário, precisou se reinventar das mais diversas formas, tanto no sentido de continuar atrativo no mercado como, principalmente, para garantir o pleno funcionamento das suas atividades.

O fato é que o impacto no sistema de Previdência Complementar foi tão grande, que inúmeras medidas precisaram ser tomadas, seja de ordem pessoal no tocante aos trabalhadores do setor ou de ordem econômica e legal por meio de normativos e atos de governança que buscaram dar alternativas ao setor para mitigar a crise instantânea e sem precedentes na era moderna.

Quando o assunto é o “novo coronavírus” e a abrangência do seu impacto, em especial na Lei Geral de Proteção de Dados, não seria nada difícil traçar um paralelo entre as garantias asseguradas pela Lei e o ostensivo monitoramento de dados pessoais que os governos estão fazendo sob a justificativa da proteção à saúde, onde se verificam, desde histórico de viagens, até rastreamento de celulares e etc, ou seja, assunto não faltaria.

Contudo, o foco que ora se busca reside na relação da Lei Geral de Proteção de Dados, com esse momento no mínimo atípico

pelo qual passam as Entidades Fechadas de Previdência Complementar, a fim de mostrar alguns dos desafios que estão sendo impostos pela pandemia em contrapartida a necessidade da atividade econômica.

Ademais, no âmbito das Entidades Fechadas de Previdência Complementar a proteção de dados pessoais nunca esteve tão em evidência quanto agora, até mesmo em razão do aumento do tráfego de dados em ambientes externos aos limites físicos das sedes das Entidades, já que a pandemia forçou o sistema a buscar alternativas para que as atividades não fossem prejudicadas e uma das principais medidas foi o trabalho em *home office*.

Vejam que muitos desses dados passaram a trafegar em redes de *internet* e computadores domésticos, portanto, muito provavelmente com menos recursos de defesa contra vazamentos de dados do que a rede corporativa e os computadores da Entidade Fechada de Previdência Complementar, que se presume de forma prematura serem mais seguros.

Impende citar que o processamento de dados pessoais, por óbvio têm impacto na privacidade e na proteção de dados, além de outros direitos fundamentais e da liberdade individual. Portanto, é crucial garantir que as medidas e o processamento de dados relacionados sejam proporcionados as Entidades Fechadas de Previdência Complementar com um objetivo legítimo, gerando assim um equilíbrio justo entre todos os interesses envolvidos,

sem colocar em risco os direitos e liberdades dos Participantes, Assistidos e beneficiários, além dos próprios colaboradores, dirigentes e prestadores de serviços das entidades.

Aliás, é sempre oportuno lembrar que a Lei Geral de Proteção de Dados configura uma janela de oportunidade que vai muito além da privacidade de dados. Além de proteger os direitos e liberdades fundamentais dos participantes, acaba por incentivar a promoção do desenvolvimento tecnológico e econômico, fornecendo um sistema lógico para criar uma trilha auditável de dados. Por meio dessa trilha, as partes podem ver todo o seu ciclo de vida e sua repercussão no âmbito da Entidade. Assim, a Lei Geral de Proteção de Dados traz inovação para repensar os modelos de negócios, agregando valor ao setor.

É de suma importância que se entenda que a Lei Geral de Proteção de Dados não visa a impedir o tráfego de dados, muito pelo contrário, vez que seu objetivo é dar proteção aos titulares desses dados, bem como fomenta a criação de ferramentas que auxiliam no controle por parte da Entidade receptora de tais informações.

Além disso, uma vez que as Entidades Fechadas de Previdência Complementar podem figurar como “controlador” e/ou “operador” a depender da situação, e tendo a Lei Geral de Proteção de Dados previsto a responsabilidade solidária entre tais agentes, inclusive com aplicação de multas severas analisadas as nuances do caso concreto, o fiel cumprimento da Lei por todas as partes é medida que se impõe.

Nunca é tarde para lembrar que aos agentes de tratamento de

dados (controladores e operadores) é imputado o dever de ressarcimento de danos causados quando da violação às normas de proteção de dados. Assim, o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

O breve alerta supracitado tem o condão de demonstrar às Entidades Fechadas de Previdência Complementar que estão, de forma provisória ou definitiva, com o seu funcionamento alterado em razão da pandemia de COVID-19, que os critérios impostos pela Lei Geral de Proteção de Dados no tocante ao controle no tratamento de dados nunca foram tão desafiadores, visto que além da engrenagem “humana” que já se fazia presente antes, permanecerá sempre sendo desafiadora do ponto de vista da segurança dos dados pessoais, somando-se a ela a questão do ambiente doméstico onde as atividades estão sendo realizadas em razão do *home office*.

Nesse sentido, é de suma importância não só a elaboração de boas práticas e do fortalecimento da governança, a fim de estabelecer as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais – enfim, procedimentos que possivelmente já haviam sido tomados em razão da vigência iminente da Lei Geral de Proteção de Dados, como agora é pre-

ciso haver a adequação de tais políticas em consonância com o atual momento pelo qual passa o sistema.

As Entidades Fechadas de Previdência Complementar devem buscar adequar os seus controles que porventura estavam albergados pelos mais sofisticados sistemas de segurança, pois muito provavelmente está havendo o tráfego de dados e por ato reflexo o tratamento desses dados, porém em ambientes menos seguros, aliás como já dito, muitos deles de ordem doméstica, o que de certa forma coloca em “xeque” a própria política de segurança até então aplicada.

Além da preocupação das Entidades Fechadas de Previdência Complementar decorrente do fato de que a sua própria atividade está de certa forma deslocada para fora dos limites físicos das suas respectivas sedes, é muito provável que muitos dos seus prestadores de serviços também se encontram nessa mesma situação, o que acarreta em significativo aumento ao grau de risco quando o assunto é proteção de dados, ou seja, a questão dos parceiros também deve estar na pauta nesse momento de exceção que estamos vivendo.

Outro ponto que merece atenção por parte do setor, é o fato notório e histórico que em tempos de “crise” aumenta-se o litígio na população, seja pela busca financeira por meio de indenizações provenientes de demandas judiciais ou até mesmo em razão do estresse causado pela crise em si.

O certo é que as entidades devem estar preparadas para esse possível aumento de “lide” em seu universo, já que é da natureza do ser humano buscar as mais diversas alternativas ao se

deparar com obstáculos, principalmente os de ordem financeira.

A imprensa pelo País se encarrega a todo momento de noticiar o alto volume de demissões, fechamentos de empresas e diminuição da renda de uma forma geral, sendo a sua grande maioria decorrente da crise deflagrada pela pandemia de COVID-19.

Ou seja, as Entidades Fechadas de Previdência Complementar que não estiverem com suas políticas de segurança em consonância com o atual cenário, podem em algum momento fraquejar nos cuidados com o tratamento de dados pessoais dos seus participantes, assistidos, beneficiários e dependentes, abrindo-se assim uma oportunidade de busca por uma indenização financeira.

Apenas a título de informação, alguns Tribunais no País já possuem nos seus sistemas de peticionamento o assunto “LGPD”, ou seja, não vai demorar para as primeiras demandas específicas sobre esse assunto surgirem e como já dito anteriormente, o momento de crise é propício para isso.

### 3. NEGÓCIOS JURÍDICOS EM AMBIENTE ELETRÔNICO

Os negócios jurídicos constituem-se em declarações de vontade direcionadas à obtenção de determinado resultado previsto em lei. São eles espécie do ato jurídico, decorrentes da sua classificação *strictu sensu*, abarcando as declarações de vontade tendentes à obtenção de certo resultado e aptas à produção do efeito jurídico almejado.<sup>1</sup>

Diuturnamente, as pessoas praticam negócios jurídicos<sup>2</sup> e, muitas vezes, dada a complexidade imanente ao ato, formalizam a declaração de vontade e o fim perseguido, em instrumentos, a fim de se preservar a segurança jurídica do próprio negócio.

Foi então, a partir da noção de negócio jurídico, que a doutrina civilista clássica formulou o conceito de contrato.<sup>3</sup>

Para a ciência jurídica, o instituto do contrato é de extrema importância, caracterizado como o “*negócio jurídico por excelência*”<sup>4</sup>, consolidando-se, já a partir do século XIX, no auge do liberalismo, do então chamado Estado Moderno, a sua concepção tradicional com base no individualismo econômico da época,

em consonância com os imperativos da liberdade e igualdade individual e, especialmente, o dogma máximo da autonomia da vontade.

E é assim que ocorre desde os romanos, onde a ideia de contrato vem sendo moldada com base nas práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época<sup>5</sup>, desempenhando um inegável significado no desenvolvimento das civilizações.

Deste modo, com o avanço das tecnologias, é natural que a legislação também avance, conferindo todas as facilidades que decorram de seu advento, buscando o bem comum na eficiência, segurança e estabilidade nas relações.

Desde a era da industrialização clássica (1900/1950), conhecida como Revolução Industrial, ocorrida no século XX, não se ignora a importância da tecnologia, considerada como fator de produção e desenvolvimento das economias mundiais. O mundo passou ainda pela era da industrialização neoclássica (1950/1990) e pela era da informação (a partir de 1990), onde a economia pas-

1 Nesse sentido: Fabrício Zamprogna Matiello, Renan Lotufo, Francisco Amaral (apud Carlos Roberto Gonçalves), Washington de Barros Monteiro, dentre outros tantos doutrinadores de escol. O negócio jurídico pode ser unilateral (uma parte), bilateral (duas partes) ou plurilateral (três ou mais partes).

2 O negócio jurídico pode ser unilateral (uma parte), bilateral (duas partes) ou plurilateral (três ou mais partes).

3 Contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na *formação*, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, *negócio jurídico bilateral*, ou plurilateral. (Orlando Gomes, apud LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos**: Validade Jurídica dos Contratos via Internet. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 43).

4 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2002, p. 38 (b).

5 *Ibidem*, p. 287 (b).

sou a ser globalizada e os negócios praticados em maior escala.

O que se dizer então, da Revolução Digital 4.0, Indústria 4.0 ou 4ª Revolução Industrial que, a partir de 2013, contou com sistemas ciberfísicos, internet das coisas, inteligência artificial, cuja produtividade alcançou níveis absurdamente elevados e transações exponencializadas.

Daí a necessidade de contratos eletrônicos<sup>6</sup>, de forma a atender a dinâmica dos negócios, atualmente considerada como prática recorrente, econômica<sup>7</sup>, ágil e eficaz, que agrega valor e contribui sobremaneira às políticas mundiais de desenvolvimento sustentável, de governança e de proteção ao meio ambiente, notadamente àqueles países que integram a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), a exemplo do Brasil, que pretende integrar.<sup>8</sup>

Porém se, por um lado, atividades e produtos inovadores são indispensáveis para o desenvolvimento e muitas das vezes, perpetuação do próprio negócio da Entidade, por outro, eles tam-

bém trazem desafios e riscos inerentes e, os identificar, avaliar, controlar e monitorar, continua sendo papel fundamental das atividades desenvolvidas pelos fundos de pensão.<sup>9</sup>

Assim, para a formação dos contratos, seja em meio eletrônico ou não, devem ser observados os princípios (probidade, boa-fé, usos e costumes, função social, liberdade contratual, autonomia privada, liberdade de inovação, etc.) e elementos (essenciais, naturais e acidentais) que o formam.

Com efeito, a própria Lei 10.406/2002, é expressa que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a *boa-fé* e os *usos do lugar* de sua celebração (art. 113) e que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de **probidade** e **boa-fé** (art. 422).<sup>10</sup> Igualmente, não se deve olvidar as alterações trazidas com a novel Lei 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, com significativas alterações na própria hermenêutica e trato dos institutos, inclusive com alocação de riscos (art. 7º).<sup>11</sup>

6 Acordo ordenado entre duas ou mais vontades, realizado por meio de programas e aparelhos eletrônicos.

7 Pois reduz custos da transação, por exemplo, que, segundo a concepção original de Ronald Coase, são aqueles decorrentes da transação em si, ou seja, custos que não são oriundos diretamente do objeto/conduita em análise, mas, sim, de aspectos acessórios e instrumentais a sua ocorrência. (V. COASE, Ronald. The problem of Social Cost. Journal of Law and Economics, v. 3, p. 15, 1960).

8 Especificamente, quanto às EFPC, a Res. 4.661/2018, lhes atribui o dever de, sempre que possível, observar as questões ASG (Ambiental, Social e Governança) em seus processos de decisão de investimentos.

9 Tal obrigação já era regulada pela Resolução MPS/CGPC nº 13, de 01/10/2004 e continua em vigor.

10 No plexo do Código Civil, em relação à liberdade contratual e à função social do contrato, a atenção deve ser voltada aos artigos 113, 187, 413, 421, 422, 424, 473, parágrafo único, dentre outros.

11 **Comentários à Lei de Liberdade Econômica:** Lei 13.874/2019 / coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 309-325.

Para além disso, o contrato somente poderá ser alcançado quando abranger os seus três aspectos: **a)** acordo sobre a existência e natureza do contrato; **b)** acordo sobre o objeto do contrato; **c)** acordo sobre as cláusulas que o compõem.<sup>12</sup>

Não obstante parte da doutrina efetue a distinção entre contrato eletrônico e contrato telemático, porquanto este reunir telecomunicações e informática, nos filiamos à corrente de que não se trata de uma nova classe ou categoria de contrato, embora fiel à boa técnica, porquanto apenas resumir o meio pelo qual as declarações de vontade se manifestam. Por isso nos limitamos apenas à conceituação de contratos eletrônicos.

Respeitados pois, os ditames legais<sup>13</sup>, a autonomia, liberdade e vontade das partes, à exceção dos contratos solenes<sup>14</sup>, parece não haver óbice à realização de negócio jurídico praticado em ambiente eletrônico, devendo, nas palavras de Patrícia Peck Pinheiro, tratar o tema da documentação eletrônica em três níveis:

“a) Cultural (quebra de usos e costumes visto que papel e originalidade não tem equivalência); b) Técnico (já que há necessidade de definição do melhor procedimento para tratar a documentação digital ou digitalizada, como já foi feito em 1968 e 1996 na questão do microfilme; e c) Jurídico (pois é preciso que a técnica permita

preservar capacidade de prova de autoria e integridade, que seja aditável e periciável, que tenha segurança da informação, que tenha, quando preciso, fé pública (visto que o documento físico quando já nascido com falsidade, não é nem o fato de estar no papel, nem sua autenticação no cartório que vão lhe conferir validade jurídica).<sup>15</sup>”

Neste contexto, merece atenção a forma da assinatura, característica essencial que o classifica como contrato eletrônico.

### 3.1 Assinaturas Eletrônica e Digital – Diferenças e Validade Jurídica

A diferença entre as assinaturas eletrônica e digital resume-se ao fato de que “a assinatura digital é uma modalidade de assinatura eletrônica, que utiliza criptografia e permite aferir, com segurança, a origem e a integridade do documento.”<sup>16</sup>

O entendimento do conceito de assinatura digital está intimamente ligado à criptografia, a qual pode ser definida da seguinte forma:

“Em termos técnicos, a criptografia é uma ferramenta

12 PINHEIRO, Patrícia Peck Garrido. Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual: Revista dos Tribunais. vol. 966. São Paulo: Ed. RT, abril 2016.

13 Sobretudo agente capaz; objeto lícito e possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104).

14 FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Aspectos jurídicos do comércio eletrônico. Porto Alegre: Síntese, 2004.

15 PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital. 6.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 261

16 STJ, AgRg n 9.438/EX, rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe 10/02/2014.

de codificação usada para envio de mensagens seguras em redes eletrônicas. É muito utilizada no sistema bancário e financeiro. Na Internet, a tecnologia de criptografia utiliza o formato assimétrico, ou seja, codifica as informações utilizando dois códigos, chamados de chaves, sendo uma pública e outra privada para decodificação, que representam a assinatura eletrônica do documento. No Brasil, o sistema já utiliza duas chaves, pública e privada, de 128 bits.”<sup>17</sup>

A Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, criou a Infraestrutura de Chaves Públicas (ICP-Brasil)<sup>18</sup> com o objetivo de “garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica dos documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.”<sup>19</sup>

Em relação aos documentos eletrônicos, assinados digitalmente com certificação ICP-Brasil, há presunção de veracidade em relação aos seus signatários, conforme preceitua o §1º do artigo 10 da referida Medida Provisória:

“Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1o As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916 - Código Civil.”

Noutro vértice, o §2o do mesmo artigo, possibilita a utilização de diferente meio de comprovação da autoria e integridade do documento eletrônico - que não o que utiliza o certificado emitido pela ICP-Brasil, nos seguintes termos:

“§ 2o O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.”

Nesse sentido, comenta Patrícia Peck Pinheiro:

“(...) nossa legislação está em uma fase de adaptação constante da regulamentação da assinatura e da certificação virtuais. Tentar definir a quem serão dadas essas atribuições – ou seja, quem serão e como funcionarão

17 PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital. 6.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 270.

18 “Observa-se que o modelo adotado pelo Brasil foi o de certificação com raiz única, sendo que o ITI, além de desempenhar o papel de Autoridade Certificadora Raiz - AC-Raiz, também tem o papel de credenciar e descredenciar os demais participantes da cadeia, supervisionar e fazer auditoria dos processos.” Disponível em < <https://antigo.iti.gov.br/icp-brasil> > Acesso em 26.04.2020

19 MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2016. p. 102.

os cartórios virtuais — é o mesmo que burocratizar um meio de comunicação cujo principal propósito é a agilidade, por isso não é questão de definir o “local” em que será feito o reconhecimento das “firmas”, as senhas ou assinaturas virtuais, uma vez que em ambiente virtual e com o software adequado isto pode ser feito automaticamente na rede verificando em uma conexão sua origem e seu receptor, reconhecendo ambos e gravando a operação para fins de necessidade de investigação se houver qualquer problema<sup>20</sup>.”

O Código Civil, em relação a validade do negócio jurídico, prevê:

“Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

Neste cerne, o artigo 107 do mesmo diploma legal reforça a ausência de previsão em lei que defina a forma pela qual se conferirá validade jurídica, salvo previsão em contrário, veja-se:

“Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

No tocante à validade jurídica dos documentos eletrônicos, valem destaque os dois requisitos básicos para que se confira força probante: *autenticidade* e *integridade*. O primeiro requisito como significado de pressuposto de autoria, ou seja, que tenha autoria identificável (nesse sentido, vide os artigos 408, 410, I e 412 do Código de Processo Civil), e, o segundo, no sentido de veracidade, ou seja, que não possa ser alterado depois de pactuado e assinado.<sup>21</sup>

Uma das questões que mais debatidas em matéria de contratos digitais é a da força probante no tocante à autoria (autenticidade). No Brasil, ainda inexistem regras jurídicas específicas a respeito dessa questão, mas também não há nada que impeça a admissibilidade do documento eletrônico como meio de prova. Sendo assim, os requisitos básicos para os contratos eletrônicos terem força probante são: autenticidade e integridade.<sup>22</sup>

Produtos da IV Jornada de Direito Civil, os Enunciados no 297 e no 298, indubitavelmente, conferem valor probatório aos documentos eletrônicos, conforme se vê:

“Enunciado 297:

O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada.”<sup>23</sup>

20 PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital. 6.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 271.

21 Idem, p. 540.

22 Idem, p. 540.

23 CNJ - Enunciado n 297 - IV Jornada de Direito Civil - Disponível em < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/278> > Acesso em: 26.07.2020

“Enunciado 298:

Os arquivos eletrônicos incluem-se no conceito de “reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas” do art. 225 do Código Civil, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico da prova documental.<sup>24</sup>”

Levando-se em conta que o documento, seja ele físico ou eletrônico, por si só, não representa autenticidade e veracidade, não é incomum que se tenham discussões no âmbito do poder judiciário cuja validade jurídica é posta em xeque.

Neste cenário, e, tendo por base o Princípio do Livre Convencimento Motivado, contemplado pelo artigo 371 do Código de Processo Civil, pode-se afirmar que não há na legislação atual nenhuma proibição ou veto em relação a utilização de prova eletrônica, nesse sentido:

“Considerando-se a inexistência de normas específicas que particularmente disciplinem os documentos gerados e armazenados em meio eletrônico, e diante dos princípios da livre persuasão racional do juiz e da liberdade de forma, é certo que os documentos eletrônicos, num primeiro momento, têm amparo legal e doutrinário para serem admitidos como meios de prova lícitos, consubstanciando-se, tão-somente, numa forma probatória não especificamente elencada no Código de Processo Civil, mas amparada por seu artigo 3325 do CPC.”<sup>25</sup>

O Código de Processo Civil assim disciplinou a utilização de documentos eletrônicos:

“Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.

Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica.

Relativamente ao ônus da prova, o artigo 429 do mesmo códex, prevê:

Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando:

I - se tratar de falsidade de documento ou de preenchimento abusivo, à parte que a arguir;

II - se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento.”

Imperioso se faz destacar duas recentíssimas decisões judiciais em que se discutiu a validade do negócio jurídico realizado eletronicamente, notadamente àquelas em que a questão formal do documento não foi óbice para o reconhecimento da existência do negócio:

“APELAÇÃO CÍVEL. “AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO LIMINAR DE C/C RESTITUIÇÃO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS”. SENTENÇA. PAR-

24 CNJ - Enunciado n 297 - IV Jornada de Direito Civil - Disponível em < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/280> > Acesso em: 26.07.2020

25 TJSP - Apelação Cível n 0027833-36.2013.8.26.0196, 38ª Câmara de Direito Privado.

CIAL PROCEDÊNCIA. 1. INSURGÊNCIA DO BANCO. ACOLHIMENTO. EMPRÉSTIMO CONTRATADO EM TERMINAL DE CAIXA MEDIANTE USO DE SENHA PESSOAL DA CORRENTISTA PARA QUITAÇÃO DE EMPRÉSTIMO ANTERIOR, COM DISPONIBILIZAÇÃO DE VALOR RESIDUAL (“TROCO”) NA CONTA DE SUA TITULARIDADE. CONTRATAÇÃO VÁLIDA. AVENÇA E DISPONIBILIZAÇÃO DO VALOR NA CONTA DA CORRENTISTA COMPROVADAS PELO BANCO (CPC, ART. 373, II). CONTRATOS ELETRÔNICOS QUE POSSUEM A MESMA VALIDADE DOS CONTRATOS ESCRITOS. COBRANÇA LEGÍTIMA. RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS INDEVIDA. SENTENÇA REFORMADA, PEDIDOS INICIAIS JULGADOS IMPROCEDENTES E SUCUMBÊNCIA REDISTRIBUÍDA E IMPUTADA INTEGRALMENTE À AUTORA, COM A RESSALVA DA CONDIÇÃO SUSPENSIVA DE EXIGIBILIDADE (CPC, ART. 98, § 3º). 2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. NÃO INCIDÊNCIA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO QUE INVIABILIZA A MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL (CPC, ART. 85, § 11).APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.”<sup>26</sup>

“RECURSO APELAÇÃO CÍVEL ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA VEÍCULO AUTOMOTOR AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO Indeferimento da petição inicial por falta de apresentação da Cédula de Crédito original, física, para anotação tocante à propositura

da demanda. Contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária, contudo, firmado de forma eletrônica, mediante conformação das vontades por assinatura eletrônica. Inexistência do documento físico para que seja apresentado. Excepcionalidade da apresentação do contrato físico, a caminho de se tornar regra, que deve ser considerada em concreto como causa obstativa do atendimento da decisão da emenda da inicial. Dispensa da apresentação do documento original, porque eletrônico, acolhida nesta sede recursal, com observância da presunção da existência, validade e eficácia do contrato nos termos da lei, até prova em contrário. Sentença de indeferimento da inicial reformada. Recurso de apelação provido para anular a sentença e determinar o retorno do feito à Vara de origem.”<sup>27</sup>

Por fim, colaciona-se ímpar decisão do Superior Tribunal de Justiça em que se reconheceu a força executiva em um contrato de mútuo celebrado por Entidade Fechada de Previdência Complementar (FUNCEF), mesmo com a ausência da assinatura das testemunhas, veja-se:

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUTIVIDADE DE CONTRATO ELETRÔNICO DE MÚTUA ASSINADO DIGITALMENTE (CRIOGRAFIA ASSIMÉTRICA) EM CONFORMIDADE COM A INFRAESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEI-

26 TJPR - 14ª C.Cível - 0000055-56.2018.8.16.0144 - Ribeirão Claro - Rel.: Desembargador João Antônio De Marchi - Data do Julgamento: 22.06.2020

27 TJSP - 25ª C. Cível - 1039603-96.2019.8.26.0002 - São Paulo - Rel.: Marcondes D'Angelo - Data do Julgamento: 28.05.2020

RA. TAXATIVIDADE DOS TÍTULOS EXECUTIVOS. POSSIBILIDADE, EM FACE DAS PECULIARIDADES DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO, DE SER EXCEPCIONADO O DISPOSTO NO ART. 585, INCISO II, DO CPC/73 (ART. 784, INCISO III, DO CPC/2015). QUANDO A EXISTÊNCIA E A HIGIDEZ DO NEGÓCIO PUDEM SER VERIFICADAS DE OUTRAS FORMAS, QUE NÃO MEDIANTE TESTEMUNHAS, RECONHECENDO-SE EXECUTIVIDADE AO CONTRATO ELETRÔNICO. PRECEDENTES.

1. Controvérsia acerca da condição de título executivo extrajudicial de contrato eletrônico de mútuo celebrado sem a assinatura de duas testemunhas.
2. O rol de títulos executivos extrajudiciais, previsto na legislação federal em “*numerus clausus*”, deve ser interpretado restritivamente, em conformidade com a orientação tranquila da jurisprudência desta Corte Superior.
3. Possibilidade, no entanto, de excepcional reconhecimento da executividade de determinados títulos (contratos eletrônicos) quando atendidos especiais requisitos, em face da nova realidade comercial com o intenso intercâmbio de bens e serviços em sede virtual.
4. Nem o Código Civil, nem o Código de Processo Civil, inclusive o de 2015, mostraram-se permeáveis à realidade negocial vigente e, especialmente, à revolução tecnológica que tem sido vivida no que toca aos moder-

nos meios de celebração de negócios, que deixaram de se servir unicamente do papel, passando a se consubstanciar em meio eletrônico.

5. A assinatura digital de contrato eletrônico tem a vocação de certificar, através de terceiro desinteressado (autoridade certificadora), que determinado usuário de certa assinatura a utilizara e, assim, está efetivamente a firmar o documento eletrônico e a garantir serem os mesmos os dados do documento assinado que estão a ser sigilosamente enviados.

6. Em face destes novos instrumentos de verificação de autenticidade e presencialidade do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos.

7. Caso concreto em que o executado sequer fora citado para responder a execução, oportunidade em que poderá suscitar a defesa que entenda pertinente, inclusive acerca da regularidade formal do documento eletrônico, seja em exceção de pré-executividade, seja em sede de embargos à execução.

8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.”<sup>28</sup>

Com a crescente tendência de extinção do papel e, sobremaneira o cenário de pandemia do COVID-19 enfrentado pela atualidade, ganha destaque as soluções digitais que, atualmente, além de agilizarem os processos, cujos documentos eletrônicos estão inseridos, possuem validade jurídica equivalente aos documentos

físicos, ficando a cargo dos usuários vencer a barreira cultural envolvendo a materialização dos documentos, vez que a metodologia para a certificação de autoria e autenticidade é uma ferramenta já disponível, socialmente correta e compatível com o atual modelo econômico mundial.



## 4. TRANSAÇÕES REMOTAS NO ESCOPO DA RESOLUÇÃO CNPC Nº 26/2017

A evolução tecnológica impacta demasiadamente o cotidiano das pessoas físicas e jurídicas. As Entidades Fechadas de Previdência Complementar não podem estar alheias a esse processo e precisam estar constantemente evoluindo para fins de prestar o melhor atendimento possível aos seus participantes e assistidos, reduzindo custos operacionais, tornando mais ágil, cômodo e amplo o acesso a Entidade Fechada de Previdência Complementar e a uma série de procedimentos, bem como aprimorando a comunicação.

Para tanto, todavia, era fundamental a edição de uma norma pelo Órgão Regulador, o Conselho Nacional de Previdência Complementar - CNPC, para fins de controle e segurança jurídica na utilização de transações remotas entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar e seus Participantes e Assistidos.

Assim, restou publicada no primeiro semestre de 2018 a Resolução CNPC nº 26, de 13 de setembro de 2017, a qual disciplina o relacionamento das Entidades Fechadas de Previdência Complementar com seu “público-alvo” por meio de transações remotas.

Entende-se por transação remota por força da mencionada Resolução como sendo “qualquer operação à distância envolvendo o uso de plataforma digital que requeira manifestação expressa do público-alvo perante a EFPC”.

Integram o “público-alvo” os Participantes, Assistidos e os Pro-

ponentes. Nos termos do artigo 8º da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, Participante é a pessoa física que aderir aos planos de benefícios e Assistido é o Participante ou seu Beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.

Proponente, por seu turno, é a pessoa física apta ou interessada a aderir a plano de benefícios conforme estabelecido na aludida Resolução.

Portanto, passaram-se a ser formalmente permitidos, por intermédio de sítios eletrônicos e aplicativos a adesão a plano de benefícios, as alterações cadastrais (incluindo Beneficiários) e de percentual de contribuição, as opções por institutos (resgate, portabilidade, autopatrocínio e benefício proporcional diferido), o cancelamento de inscrição, a opção pela migração entre planos, a concessão e renovação de empréstimos, o requerimento de benefícios de aposentadoria e pensão, a escolha de alternativas diante de pedido de retirada de patrocínio, a mudança de forma de percepção/valor dos benefícios, requerimento de pecúlio, alteração de perfil de investimentos, entre outras a critério da Entidade Fechadas de Previdência Complementar.

Registre-se que a supracitada Resolução elencou algumas operações passíveis de realização à distância, porém não se trata de um rol exaustivo, motivo pelo qual alguns dos exemplos acima mencionados não estão previstos expressamente na norma.

Por outro vértice, resta cogente que a Entidade Fechada de Previdência Complementar disponibilize as mesmas alternativas de forma não remota, de modo a garantir o pleno acesso e o tratamento não discriminatório dos participantes e assistidos que não possuem o acesso aos meios digitais, sendo exigida a manutenção de estrutura física para o exercício de todo e qualquer serviço prestado eletronicamente.

Para todas as transações a norma disciplina que seja assegurado o acesso autêntico e confidencial às plataformas digitais, com registro, protocolo eletrônico e gravação das transações, sendo dispensada a guarda física dos documentos eletrônicos gerados e recebidos e expressamente vedada a cessão a terceiros de dados e informações dos Participantes e Assistidos em sintonia com os ditames da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD.

Assim, nos aplicativos e nas áreas restritas dos sítios eletrônicos das Entidades Fechadas de Previdência Complementar deverá ser disponibilizado o histórico dos acessos dos Participantes e Assistidos, dos documentos produzidos eletronicamente e o início de vigência da transação solicitada.

Logo, a título ilustrativo, caso o Participante ou Assistido celebre um novo empréstimo, deverá ser-lhe imediatamente informado o início do novo contrato e estar a sua disposição o documento produzido para eventual consulta futura. Da mesma forma, se um Participante requereu seu benefício de aposentadoria ou um Beneficiário requereu sua pensão por morte, deverá ser-lhes franqueado o acesso de seus pedidos a qualquer tempo.

Não obstante, imperioso que a Entidade Fechada de Previdência

Complementar possua evidências para demonstrar a ausência de qualquer vício do consentimento por parte do participante, assistido ou proponente. Isso pode ser obtido com textos, tabelas, lâminas e vídeos informativos, além da disponibilidade de colaboradores da Entidade Fechada de Previdência Complementar qualificados para dirimir quaisquer dúvidas, preferencialmente com gravação do atendimento.

Além disso, é indispensável o registro de ciência dos Participantes e Assistidos quanto aos riscos e consequências das transações e na hipótese de recusa do pedido formulado, como, por exemplo, a alteração do percentual de contribuição ao plano de benefícios ou modificação do perfil de investimentos, a Entidade Fechada de Previdência Complementar tem o compromisso de apresentar resposta devidamente fundamentada, sob pena de ofensa passível de punição na forma preconizada no artigo 22 do Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003.

O prazo para a guarda dos documentos eletrônicos será o mesmo exigido na legislação para os documentos físicos, devendo a Entidade Fechada de Previdência Complementar tomar as devidas precauções. Neste particular, é salutar a adoção de uma Tabela de Temporalidade como instrumento de definição objetiva dos prazos de manutenção e destinação final dos documentos produzidos.

Observe-se que para assegurar a integridade das transações as Entidade Fechada de Previdência Complementar precisam investir em plataformas digitais seguras que não permitam a realização de fraudes nas transações que possam comprometer

sobremaneira o relacionamento com o “público-alvo” e, consequentemente, sua própria imagem.

Alinhada com as obrigações relacionadas com as transações remotas é oportuno fazer referência à Resolução CNPC nº 32, de 04 de dezembro de 2019, a qual dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar na divulgação de informações dos planos de benefícios de caráter previdenciário que administram e elenca uma série mínima de informações que devem estar disponibilizadas nos sítios eletrônicos e os procedimentos a serem adotadas quando dos questionamentos dos Participantes e Assistidos.

Com efeito, para fins de divulgação das informações as Entidades Fechadas de Previdência Complementar deverão priorizar o uso de plataformas digitais de comunicação e somente excepcionalmente, quando solicitado e em caso de impossibilidade de acesso do Participante e Assistido, é autorizado o encaminhamento em meio impresso.

Finalmente, competirá a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC a edição de instruções para a para a execução do disposto na Resolução CNPC nº 27, de 13.09.2017, o que não ocorreu até a presente data.

Em apertada síntese, a adoção de transações remotas é indispensável para melhorar a gestão administrativa, o relacionamento com os Participantes e Assistidos e está alinhada com a célere transformação digital da sociedade. De fato, com a decretação do Estado de Calamidade Pública decorrente da pandemia do

COVID-19 e as diversas consequências no cotidiano das pessoas físicas e jurídicas, com mudanças sensíveis no relacionamento entre clientes e prestadores de serviços, isso tornou-se ainda mais relevante.

Neste contexto, a Resolução CNPC nº 26, de 13.09.2017, confere a segurança jurídica necessária para implementação de tais medidas pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar, impondo-lhes, em contrapartida, uma série de obrigações que merecem ser atentamente observadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico, independente do período de inserção em crise ou não, possui natureza organicamente dinâmica e que deve se adequar à realidade social buscando assegurar a segurança jurídica e amoldar-se à evolução da sociedade.

Com a alteração da normalidade em que estava inserida a sociedade, diante da acelerada progressão da pandemia do COVID-19, os poderes Executivo e Legislativo, bem como seus órgãos reguladores, foram impositivamente escalados a legislar de forma emergencial tanto para o saneamento das questões sanitárias, mas também para o fim de regular a acelerada alteração da dinâmica social instalada em decorrência de medidas de afastamento, como a quarenta e o isolamento social.

Como efeitos deste compulsório afastamento, ganham notoriedade as circunstâncias relacionadas ao teletrabalho ou, ainda de forma mais específica, o *home office*; ao aumento do trânsito de dados de modo cibernético e à segurança da informação; às contratações digitais e, especificamente no caso das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, o uso das transações remotas já previstas e permitidas pela legislação em vigor.

No que tange às relações de trabalho, diversos novos marcos legislativos ganharam evidência como as Medidas Provisórias nº 927 e 936/2020, que trataram, respectivamente, sobre o teletrabalho e sua regulamentação e sobre as medidas emergenciais visando a manutenção do emprego e o enfrentamento do estado de calamidade pública decretado.

Decorre diretamente da implantação do teletrabalho, como medida de afastamento social visando a contenção e diminuição dos níveis de contágio da pandemia, o aumento do trânsito de dados cibernéticos, como com o acesso a bancos de dados de forma remota, aumentando a vulnerabilidade para eventuais vazamentos ou utilizações inapropriadas das referidas informações, o que encontra estreita relação com a Lei Geral de Proteção de Dados, que tem vigência prevista exatamente para o ano de 2020. A Lei Geral de Proteção de Dados é centro de calorosos debates, ainda sem uma correta definição quanto ao início de sua vigência, a considerar o custo de implantação e adaptação dos processos, frente à severa crise econômica instaurada como reflexo das restrições de circulação, fornecimento e de consumo surgidas com o COVID-19.

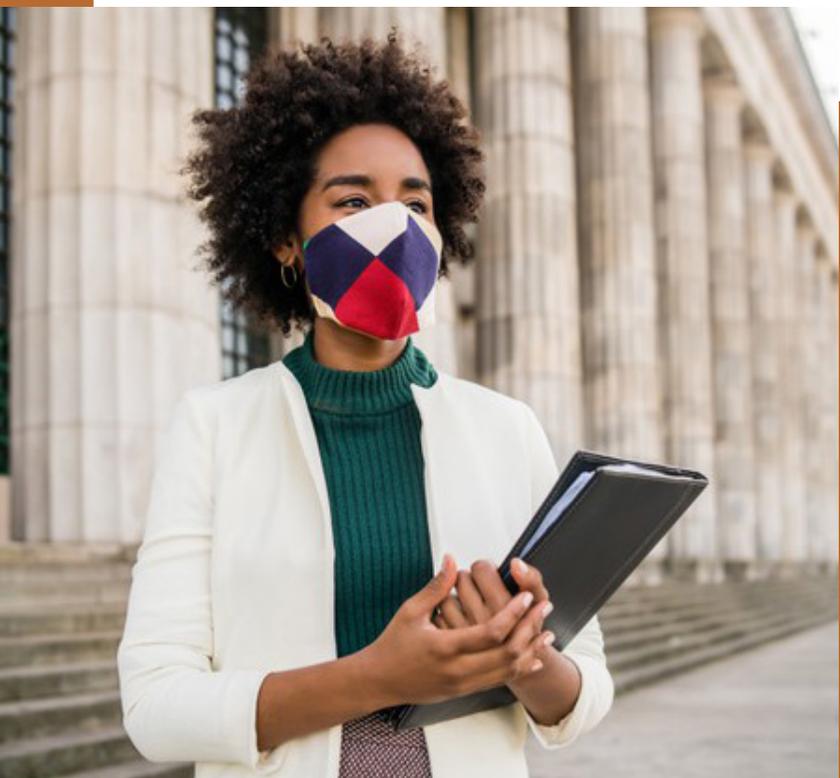
Neste novo contexto, todos os agentes do mercado, sem qualquer exclusividade, tiveram que adaptar de forma célere suas atividades, a fim de manter o funcionamento de empresas e corporações. Sendo os negócios jurídicos o cotidiano de qualquer agente atuante nos sistemas de produção, distribuição, comércio ou serviços, mais uma vez foi imposta a rápida adaptação aos negócios jurídicos realizados em ambiente digital, em substituição ao papel, para possibilitar a não interrupção e a contínua evolução das atividades.

Ganharam notoriedade plataformas de assinaturas de documentos em formato digital, com a utilização ou não de certificados emitidos por autoridades certificadores, o que gerou e permane-

ce gerando diversas dúvidas sobre as diferenças de cada uma das modalidades previstas na Medida Provisória nº 2.200-2/2001, o aceite e a validade dos instrumentos celebrados sob a égide deste normativo.

Ademais, já existindo na legislação específica aplicável às Entidades Fechadas de Previdência Complementar normativo específico que trata sobre “transações remotas”, a Resolução CNPC nº 26/2017, pertinente a abordagem sobre as especificidades das operações permitidas, requisitos de observância obrigatória e deveres das entidades para utilização de tais ferramentas digitais.

Por fim, o presente trabalho buscou evidenciar temáticas que ganharam notoriedade no aspecto jurídico com a pandemia do COVID-19, relacionadas principalmente à inserção das Entidades Fechadas de Previdência Complementar na “Era Digital”, servindo como base para reflexão e aprofundamento quanto aos temas que foram brevemente abordados.



## BIBLIOGRAFIA

Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019 / coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Aspectos jurídicos do comércio eletrônico. Porto Alegre: Síntese, 2004.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. Contratos Eletrônicos: Validade Jurídica dos Contratos via Internet. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck Garrido. Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual: Revista dos Tribunais. vol. 966. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck Garrido. Direito digital. 6.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.



# **IMPORTÂNCIA DA QUALIFICAÇÃO DOS DIRIGENTES DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PARA TOMADA DE DECISÕES**

**COMISSÃO TÉCNICA SUDOESTE DE  
ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP**





## COMISSÃO TÉCNICA SUDOESTE DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP

**AUTORA**

**MEMBRO**

Janete Sanches Morales (ABRAPP)



## 1. CENÁRIO DA CRISE

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em razão do crescimento do surto causado pelo novo coronavírus no mundo, declarou a pandemia do COVID-19. No meio ao cenário de crise causado pela pandemia, o mundo se mobilizava para garantir a preservação da vida e, ao mesmo tempo, se preocupava com os novos rumos que seriam assumidos pela economia e, ainda, qual a atuação correta para enfrentar e resistir a uma crise de enorme proporção.

É certo que uma crise sem precedentes afeta diretamente muitas empresas, independentemente do seu tamanho ou segmento de atuação, e, evidentemente, as entidades fechadas de previdência complementar não ficaram fora desta situação, exigindo de seus dirigentes, além da cautela e prudência na tomada de decisões, competência e técnica para adoção de condutas com qualidade para rapidamente buscarem inovação e transformação em todas as estruturas de gerenciamento de riscos já existentes e, ainda, implementando outras em razão do caráter excepcional do momento.

Neste sentido, e além de todos os mecanismos legais e infralegais já existentes, o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC divulgou, em 06.04.2020, Comunicado sobre as ações para o enfrentamento da crise causada pela pandemia da Covid-19, com o objetivo de dar transparência à atuação do órgão quanto ao apropriado funcionamento das entidades fechadas de previdência complementar, principalmente no que diz respeito a gestão de risco:

” (...) As medidas estão sendo propostas com objetivo exclusivo de atenuar os efeitos da crise e devem privilegiar os participantes e os patrocinadores que tiverem o fluxo de caixa diretamente prejudicado pela pandemia. O CNPC avalia que o momento requer atuação proativa das entidades no intuito de preservar a liquidez dos planos, atenuar os efeitos da crise na renda do participante e no orçamento do patrocinador. O maior desafio dos gestores das EFPC será a busca de um equilíbrio entre objetivos distintos: alívio financeiro aos participantes e patrocinadores, proteção da poupança previdenciária e solidez financeira e atuarial dos planos. Neste cenário de maior volatilidade do mercado financeiro, cabe salientar que a atuação dos órgãos de governança deve ser criteriosa nas decisões de investimento e desinvestimento em ativos, sendo imprescindível a existência do devido processo de avaliação de riscos.

O referido Comunicado esclarece ainda, que várias medidas podem ser adotadas pelas EFPC independentemente de alteração regulamentar, com destaque para:

- Comunicação ampla, clara e direta com participantes e assistidos, bem como com patrocinadores, no intuito de dar adequada divulgação e transparência às ações que estão sendo tomadas pela EFPC, mapear a situação dos mesmos e, também, informá-los sobre cuidados com a saúde que o momento exige. Ressalta-se

ainda neste momento, a responsabilidade da EFPC na orientação de seus participantes com vistas a evitar que decisões precipitadas tragam prejuízos futuros irreversíveis.

- A revisão e a adequação da política de investimentos de forma a contemplar a situação do mercado e as expectativas da EFPC para o novo contexto.
- A renegociação e a concessão de empréstimos a participantes, observado o limite vigente.
- O uso de deliberações por meio de plataformas eletrônicas e a implementação de processos que incorporem documentos digitais, inclusive atas de conselhos e respectivas assinaturas.

Certamente, os planejamentos estratégicos das EFPC foram afetados pelas incertezas que a crise trouxe, exigindo de seus dirigentes um realinhamento de diretrizes, metas e indicadores para que fosse possível estabelecer um patamar mínimo de segurança. Assim, neste momento de crise sanitária e econômica sem precedentes, a necessidade de capacitação e certificação dos dirigentes das entidades fechadas de previdência complementar se mostrou ainda mais evidente, pois a situação exige, além da cautela e prudência na gestão de riscos, a adoção de condutas imediatas, mas com qualidade.



## 2. A GESTÃO NOS FUNDOS DE PENSÃO: ARCABOUÇO NORMATIVO EM VIGOR

Inicialmente, se faz necessário recordarmos que o regime de previdência complementar brasileiro está disposto no caput do art. 202 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, e é regulamentado pelas Leis Complementares nºs 108/2001 e 109/2001:

“Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

.....

§ 4º A Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de planos de benefícios previdenciários, e as entidades de previdência complementar.

.....

§ 6º A Lei complementar estabelecerá os requisitos

para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência complementar instituídas pelos patrocinadores de que trata o § 4º e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.”

Depreende-se que as EFPC devem determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, visando manter a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios contratados pelos participantes e assistidos. Ressalte-se, também, a preocupação com a transparência, o profissionalismo e a gestão de risco nas entidades, sendo que os mesmos destaques são encontrados na Lei Complementar nº 109/2001, inciso I do parágrafo 3º e no § 4º do art. 35, e nos incisos I e IV do art. 20 da Lei Complementar nº. 108/2001:

LC 109/2001:

“Art. 35. As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.

.....

§ 3 Os membros do conselho deliberativo ou do conselho fiscal deverão atender aos seguintes requisitos mínimos:

I - comprovada experiência no exercício de atividades nas áreas financeira, administrativa, contábil, jurídica, de fiscalização ou de auditoria;

§ 4 Os membros da diretoria-executiva deverão ter formação de nível superior e atender aos requisitos do parágrafo anterior.”

LC 108/2001

“Art. 20. Os membros da diretoria-executiva deverão atender aos seguintes requisitos mínimos:

I- comprovada experiência no exercício de atividade na área financeira, administrativa, contábil, jurídica, de fiscalização, atuarial ou de auditoria;

IV- ter formação de nível superior”

Constata-se que, desde o início, os legisladores já tinham por objetivo que membros do Conselho Deliberativo, Conselho Fiscal e os membros da Diretoria-Executiva fossem devidamente capacitados para atenderem aos requisitos mínimos de: “comprovada experiência no exercício de atividade financeira, administrativa, contábil, jurídica, de fiscalização, atuarial ou de auditoria”, além de enfatizar, evidentemente, a transparência na gestão.

Neste contexto, o então Conselho de Gestão de Previdência Complementar – CGPC, em 01/10/2004, visando também o cumprimento da exigência da transparência na gestão dos fundos de pensão, publicou a Resolução CGPC nº 13, que es-

tabeleceu princípios, regras e práticas de governança, gestão e controles internos adequados à estrutura, complexidade e gestão de riscos dos planos de benefícios operados pelas EFPC.

Da análise da Resolução CGPC nº 13/2004, verifica-se que o objetivo primordial foi estabelecer deveres de condutas para as EFPC, apresentando categorias para implementação da governança, gestão e controles internos, com destaque para: a estrutura da governança; os riscos e seu monitoramento; a divulgação e sistemas de informações e manifestação do conselho fiscal:

“Art. 1º As entidades fechadas de previdência complementar - EFPC devem adotar princípios, regras e práticas de governança, gestão e controles internos adequados ao porte, complexidade e riscos inerentes aos planos de benefícios por elas operados, de modo a assegurar o pleno cumprimento de seus objetivos.

§ 1º A EFPC deverá observar padrões de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e da própria entidade fechada de previdência complementar, no conjunto de suas atividades.”

Sobre a estrutura da governança, o artigo 3º da Resolução CGPC nº 13/2004, dispõe:

“Art. 3º Os conselheiros, diretores e empregados das EFPC devem manter e promover conduta permanentemente pautada por elevados padrões éticos e de in-

tegridade, orientando-se pela defesa dos direitos dos participantes e assistidos dos planos de benefícios que operam e impedindo a utilização da entidade fechada de previdência complementar em prol de interesses conflitantes com o alcance de seus objetivos.”

É imprescindível, também, para o bom resultado na qualidade das decisões, que os dirigentes das EFPC tenham comprovada competência técnica e gerencial de acordo com as funções que exercem, mantendo-se constantemente atualizados dentro dos respectivos cargos, conforme dispõe o artigo 4º:

“Art. 4º É imprescindível a competência técnica e gerencial, compatível com a exigência legal e estatutária e com a complexidade das funções exercidas, em todos os níveis da administração da EFPC, mantendo-se os conselheiros, diretores e empregados permanentemente atualizados em todas as matérias pertinentes às suas responsabilidades.

§ 1º Sem prejuízo das atribuições ordinárias da diretoria executiva, o estatuto ou o regimento interno poderá prever que o conselho deliberativo e o conselho fiscal contratem serviços especializados de terceiros, em caráter eventual.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não exime os conselheiros e diretores de atenderem aos requisitos de comprovada experiência no exercício de atividades nas áreas financeira, administrativa, contábil, jurídica, atuarial de fiscalização ou de auditoria.

§3º A EFPC deve se assegurar de que as empresas e profissionais contratados para lhe prestar serviços especializados tenham qualificação e experiência adequadas às incumbências e de que não haja conflitos de interesses

§4º É recomendável que nas contratações de serviços de terceiros, justificada a sua conveniência e oportunidade, seja buscada permanentemente a otimização da relação custo-benefício.

§ 5º A contratação de serviços especializados de terceiros não exime os integrantes dos órgãos de governança e gestão da EFPC das responsabilidades previstas em lei.”

Quanto aos riscos e monitoramento, a CGPC nº 13/2004, nos seus artigos 12 e 13, dispõe que todos devem ser continuamente identificados, avaliados, controlados e monitorados e para que isso ocorra os sistemas de controles internos devem ser reavaliados e aprimorados constantemente:

“Art. 12. Todos os riscos que possam comprometer a realização dos objetivos da EFPC devem ser continuamente identificados, avaliados, controlados e monitorados.

Art. 13. Os sistemas de controles internos devem ser continuamente reavaliados e aprimorados pela EFPC, com procedimentos apropriados para os riscos mais relevantes identificados nos processos de seus diferentes departamentos ou áreas.”

Quanto a divulgação e sistema de informações, a referida Resolução CGPC dispõe, nos seus artigos 16, 17 e 18, que devem ser observadas normas específicas como: políticas de investimento, premissas e hipóteses atuariais estabelecidas para divulgação aos patrocinadores, instituidores, participantes, assistidos e empregados dessas entidades. Além disso, a comunicação com os participantes e assistidos deve ser feita de forma clara e acessível, com informações objetivas sobre a situação financeira e atuarial dos planos de benefícios.

Ainda de acordo com a Resolução CGPC nº 13/2004, o artigo 19 determina que o Conselho Fiscal deve emitir relatórios de controles internos que apresentem as conclusões das análises efetuadas, as recomendações sobre erro ou eventuais deficiências, bem como a devida justificativa na manifestação dos gestores das áreas envolvidas. Tudo isso para cumprir a exigência de uma boa governança com transparência:

“Art. 19. Sem prejuízo de atribuições definidas em normas específicas, o conselho fiscal emitirá relatórios de controles internos, pelo menos semestralmente, que contemplem, no mínimo:

I - as conclusões dos exames efetuados, inclusive sobre a aderência da gestão dos recursos garantidores dos planos de benefícios às normas em vigor e à política de investimentos, a aderência das premissas e hipóteses atuariais e a execução orçamentária;

II - as recomendações a respeito de eventuais deficiências, com o estabelecimento de cronograma de sanea-

mento das mesmas, quando for o caso;

III - análise de manifestação dos responsáveis pelas correspondentes áreas, a respeito das deficiências encontradas

em verificações anteriores, bem como análise das medidas efetivamente adotadas para saná-las.

Parágrafo único. As conclusões, recomendações, análises e manifestações referidas nos incisos I, II e III do caput deste artigo:

I - devem ser levadas em tempo hábil ao conhecimento do conselho deliberativo da EFPC, a quem caberá decidir sobre as providências que eventualmente devam ser adotadas;

II - devem permanecer na EFPC, à disposição da Secretaria de Previdência Complementar, pelo prazo mínimo de cinco anos.”

No mesmo sentido, a Instrução Previc nº 15, publicada em 08 de dezembro de 2017, que dispõe sobre medidas prudenciais preventivas destinadas a assegurar a solidez, a estabilidade e o regular funcionamento do Regime de Previdência Complementar operado por EFPC, trouxe também normas e critérios de governança e transparência que devem ser observados pelos dirigentes das EFPC:

“Art. 1º Esta Instrução dispõe sobre medidas prudenciais preventivas aplicáveis às Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), com o objetivo de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios e de cada entidade de previdência complementar, bem como o regular funcionamento do Regime de Previdência Complementar Fechado.

Parágrafo único. As medidas prudenciais preventivas de que trata esta Instrução serão adotadas por decisão fundamentada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) junto à EFPC, sem prejuízo da aplicação de penalidades eventualmente incidentes na espécie.”

Da análise da Resolução CGPC nº 13/2004 e da Instrução Previc nº 15/2017 conclui-se que compete às EFPC agirem com transparência, adotando medidas prudenciais e preventivas na gestão de riscos, controles internos e todas as outras práticas de governança, evidentemente devidamente adequados ao porte, complexidade e riscos inerentes aos planos de benefícios por elas administrados, de forma a assegurar o total e completo cumprimento de seus objetivos, sendo certo que todas essas medidas deverão ser observadas, independentemente da existência de um cenário de crise.

Sobre a transparência na gestão em situação de crise, o IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, assim se manifestou: “um dos princípios básicos de governança é a transparência e para tanto deve ser reforçada a relevância das melhores práticas

*e adaptá-las às novas demandas e novas realidades do mercado atual. Principalmente em momento de crise mundial que estamos vivendo, em decorrência da pandemia COVID-19, é de extrema necessidade que os membros dos conselhos e administradores estejam ainda mais atentos para gerenciar com competência as deliberações adotadas e este comportamento somente será possível com comprovada capacidade técnica dos dirigentes que deverão analisar o cenário de crise para adotarem, com competência, prudência e cautela, a melhor decisão e, com isso, obter resultado com qualidade.”*

É neste cenário especial de crise, e, diante do arcabouço normativo disciplinar em vigor, que os membros dos Conselhos Deliberativo e Fiscal, Diretoria Executiva e todos os empregados de EFPC, devem nortear a sua administração e supervisão nos princípios de cautela e prudência, especialmente na gestão financeira, impedindo a ocorrência dos atos de gestão temerária em prejuízo direto nos contratos previdenciários.

### 3. CAPACITAÇÃO E CERTIFICAÇÃO DOS DIRIGENTES DAS EFPC: RESOLUÇÃO CNPC Nº 19/2015

Evidente que para as EFPC obterem sucesso no processo de tomada de decisões é necessário que o investimento na capacitação dos dirigentes seja constante. Com certeza, quanto mais eficiente for o plano de capacitação, melhores serão as condições dos dirigentes de avaliar, controlar e mitigar os riscos aos quais as EFPC estão expostas.

Inicialmente, a Resolução CMN nº 3.792/2009, também com o objetivo de obter a constante atualização dos dirigentes das EFPC, dispôs sobre o sistema de certificação (artigos 7º e 8º), com a preocupação voltada à boa gestão dos investimentos dos recursos garantidores das EFPC e a designação de administrador estatutário tecnicamente qualificado (AETQ). A referida Resolução foi revogada e substituída pela Resolução CMN nº 4.661/2018, que manteve as mesmas diretrizes quanto à necessidade de certificação.

O Conselho Nacional de Previdência Complementar, em 16 de abril de 2015, publicou a Resolução CNPC nº 19, alterada pela Resolução CNPC nº 21/2016 e, mais recentemente, pela Resolução CNPC nº 33, de 4 de dezembro de 2019, que dispõe especificamente sobre os processos de certificação, habilitação e qualificação de dirigentes e demais profissionais das EFPC que participam de processos decisórios, e definindo a obrigatoriedade da certificação da maioria dos membros dos Conselhos Deliberativo e do Conselho Fiscal das Entidades regidas pela Lei Complementar nº 109/2001.

De acordo com o artigo 2º da Resolução CNPC nº 19/2015, entende-se por:

I - certificação: processo realizado por entidade certificadora para comprovação de atendimento e verificação de conformidade com os requisitos técnicos necessários para o exercício de determinado cargo ou função;

II - habilitação: processo realizado pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc para confirmação do atendimento aos requisitos condicionantes ao exercício de determinado cargo ou função; e

III - qualificação: processo continuado pelo qual o dirigente ou profissional envolvido na gestão dos planos de benefícios aprimoram seus conhecimentos e sua capacitação para o exercício de suas atribuições na EFPC.”

O artigo 3º da Resolução CNPC nº 19/2015, com a redação dada pela Resolução CNPC nº 33/2019, dispõe sobre os requisitos mínimos para a posse dos dirigentes das EFPC, com destaque para a obrigatoriedade de comprovação de, no mínimo, 03 (três) anos de experiência nas áreas financeira, administrativa, contábil, jurídica, de fiscalização, de atuária, de previdência ou de auditoria e comprovação de reputação ilibada:

“Art. 3º São requisitos mínimos para posse no cargo de membro da diretoria-executiva, do conselho fiscal e do

conselho deliberativo;

I - comprovada experiência de no mínimo três anos no exercício de atividades nas áreas financeira, administrativa, contábil, jurídica, de fiscalização, de atuária, de previdência ou de auditoria; (NR)

II - não ter sofrido condenação criminal transitada em julgado e

III - não ter sofrido penalidade administrativa por infração da legislação da seguridade social, inclusive da previdência complementar, ou como servidor público.

IV - reputação ilibada. (NR)

Parágrafo único. Para a posse no cargo de membro da diretoria-executiva, será também exigida formação de nível superior, ressalvado o disposto no § 8º do art. 35 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001.

.....  
 “Art.6º.....”

§ 3º A certificação deverá contemplar conteúdo mínimo, conforme regulamentação do órgão de fiscalização. (NR)

.....  
 Art. 9º- Fica o órgão fiscalizador autorizado a editar instruções complementares para fiel execução do disposto nesta Resolução.”

Verifica-se, que as alterações introduzidas na Resolução CNPC nº 19/2015 também estão em consonância com o princípio da

transparência do Regime de Previdência Complementar, previsto no § 1º do artigo 202 da Constituição Federal.

É certo que, pela importância da questão, cabe às EFPC o desenvolvimento e a implementação de formas para gerenciar riscos através de processos que permitam a identificação, avaliação e controle, sendo incontestável que as EFPC reconheçam, identifiquem, invistam, mensurem e evidenciem a importância da capacitação contínua de seus dirigentes. Com isso, a certificação de dirigentes das EFPC surge como instrumento capaz de incrementar o conhecimento técnico dos dirigentes, requisito essencial para que se possa avaliar e controlar os riscos aos quais as entidades e planos estão expostos.

Assim, a capacitação continuada dos dirigentes constitui um objetivo específico da certificação ocupacional, pois o certificado que é conferido ao candidato aprovado tem validade durante um determinado período, sinalizando com isso a necessidade de uma nova certificação, principalmente porque o ambiente em que atuam as EFPC é de grande risco e complexidade exigindo, obrigatoriamente, constante atualização para tomada de decisões com qualidade.

Ainda neste mesmo sentido, a PREVIC publicou a Instrução nº 13/2019, que atualiza o disposto na Instrução 06/2017, aprimorando os procedimentos para certificação e habilitação de dirigentes das EFPC. O novo normativo consolida as diretrizes para reconhecimento de instituições certificadoras, bem como orienta o encaminhamento de requerimentos de habilitação de dirigentes e emissão de atestados.



A referida Instrução define, ainda, o prazo de até 1º de janeiro de 2021, para que as instituições certificadoras adequem o conteúdo programático de seus certificados ao disposto na Resolução CNPC nº 19/2015, e às necessidades para exercício de cada cargo ou função nas EFPC. A partir desta data somente serão aceitos certificados emitidos mediante aprovação em exames por provas ou provas e títulos, exceto os casos de renovação de certificados, que poderão estar condicionados também à participação em programa de educação continuada.

De acordo com a PREVIC, *“Essas inovações estão alinhadas aos princípios da Supervisão Baseada em Riscos - SBR e têm por objetivo o aperfeiçoamento da governança dos fundos de pensão, para assegurar o cumprimento do dever fiduciário dos dirigentes em relação aos participantes, bem como contribuir para a preservação da hígidez do sistema.”*<sup>1</sup>

1 Previc Notícias - “Previc aprimora regras para certificação e habilitação de dirigentes”- 03.07.2019 - <http://www.previc.gov.br/central-de-conteudos/Noticias/previc-aprimora-regras-para-certificacao-e-habilitacao-de-dirigentes>

## 4. O DEVER FIDUCIÁRIO DOS DIRIGENTES DAS EFPC: RESOLUÇÃO CMN N° 4.661/2018

Nos termos da legislação apontada, todo e qualquer risco que possa impactar nos objetivos da EFPC deve, obrigatoriamente, ser devidamente identificado, mensurado, controlado e monitorado, de acordo com os princípios mais conservadores e prudentes.

Neste sentido, todos os gestores, incluindo dirigentes, procuradores com poderes de gestão e membros dos conselhos, têm o dever fiduciário de proteger os direitos e interesses da EFPC, respondendo civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, de acordo com o que dispõe o artigo 63 da LC n° 109/2001:

“Art. 63. Os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar.

Parágrafo único - São também responsáveis, na forma do caput, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada.”

Além da responsabilidade no âmbito civil, que gera o dever de reparar o dano ou prejuízo causado, conforme o artigo 927 do Código Civil, há também a responsabilidade administrativa prevista no artigo 65 da LC n° 109/2001, dispondo que os gestores que infringirem a legislação estarão sujeitos a diversas penalidades tais como: advertência; suspensão do exercício de atividades em EFPC; inabilitação para o exercício de cargo ou função em EFPC e, ainda, multa:

Art. 65. A infração de qualquer disposição desta Lei Complementar ou de seu regulamento, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, sujeita a pessoa física ou jurídica responsável, conforme o caso e a gravidade da infração, às seguintes penalidades administrativas, observado o disposto em regulamento:

I - advertência;

II - suspensão do exercício de atividades em entidades de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias;

III - inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público; e

IV - multa de dois mil reais a um milhão de reais, devendo esses valores, a partir da publicação desta Lei Complementar, ser reajustados de forma a preservar, em caráter permanente, seus valores reais.

§ 1o A penalidade prevista no inciso IV será imputada ao agente responsável, respondendo solidariamente a entidade de previdência complementar, assegurado o direito de regresso, e poderá ser aplicada cumulativamente com as constantes dos incisos I, II ou III deste artigo.

§ 2o Das decisões do órgão fiscalizador caberá recurso, no prazo de quinze dias, com efeito suspensivo, ao órgão competente.

§ 3o O recurso a que se refere o parágrafo anterior, na hipótese do inciso IV deste artigo, somente será conhecido se for comprovado pelo requerente o pagamento antecipado, em favor do órgão fiscalizador, de trinta por cento do valor da multa aplicada. (Vide Súmula Vinculante nº 21)

§ 4o Em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.”

Registre-se, ainda, a responsabilidade criminal prelecionada no art. 64 daquele diploma legal:

“Art. 64. O órgão fiscalizador competente, o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários

ou a Secretaria da Receita Federal, constatando a existência de práticas irregulares ou indícios de crimes em entidades de previdência complementar, noticiará ao Ministério Público, enviando-lhe os documentos comprobatórios.

Parágrafo único. O sigilo de operações não poderá ser invocado como óbice à troca de informações entre os órgãos mencionados no caput, nem ao fornecimento de informações requisitadas pelo Ministério Público.”

O dever fiduciário dos gestores das EFPC, atualmente, encontra detalhada regulamentação na Resolução CMN nº 4.661/2018, publicada em 25 de maio de 2018, que dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar.

O artigo 4º da referida Resolução prevê que todas as pessoas que participam do processo de análise, de assessoramento e decisório sobre a aplicação dos recursos dos planos da EFPC devem observar, rigorosamente, os princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez, e, ainda, exercer suas atividades com boa fé, lealdade e diligência, devendo ser observado, especialmente, a política de investimentos da EFPC, de acordo com as modalidades, segmentos, limites e demais critérios estabelecidos na referida Resolução:

“Art. 4º Na aplicação dos recursos dos planos, a EFPC deve:

I - observar os princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez, adequação à natureza de suas obri-

gações e transparência;

II - exercer suas atividades com boa fé, lealdade e diligência;

III - zelar por elevados padrões éticos;

IV - adotar práticas que garantam o cumprimento do seu dever fiduciário em relação aos participantes dos planos de benefícios, considerando, inclusive, a política de investimentos estabelecida, observadas as modalidades, segmentos, limites e demais critérios e requisitos estabelecidos nesta Resolução; e

V - executar com diligência a seleção, o acompanhamento e a avaliação de prestadores de serviços relacionados à gestão de ativos

§ 1º São considerados responsáveis pelo cumprimento do disposto nesta Resolução, por ação ou omissão, na medida de suas atribuições, as pessoas que participam do processo de análise, de assessoramento e decisório sobre a aplicação dos recursos dos planos da EFPC.

§2º Incluem-se no rol de pessoas previstas no § 1º deste artigo, na medida de suas atribuições, os membros de conselhos estatutários da EFPC, os procuradores com poderes de gestão, os membros do comitê de investimentos, os consultores e outros profissionais que participem do processo de análise, de assessoramento e decisório sobre a aplicação dos recursos dos planos da entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada.”

Diante disso, resta evidente que a prática de atos, por ação ou omissão, dos dirigentes das EFPC, no que diz respeito à decisão, avaliação e revisão de investimentos, que não esteja de acordo com o equilíbrio atuarial e a preservação do plano de benefícios, pode significar em violação do dever fiduciário e, consequentemente, resultar em responsabilização civil, administrativa e criminal.

O IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, na sua 5ª Edição, aborda com grande relevância o tema sobre a tomada de decisão: *“Na tomada de decisão, deve-se levar em conta simultaneamente o grau de exposição ao risco, que deve ser definido pela organização, e a prudência necessária, evitando-se os extremos tanto de um quanto de outro. As principais decisões devem ser adequadamente fundamentadas, registradas e passíveis de verificação pelas devidas partes interessadas. Os critérios éticos fundamentam-se em princípios e valores que, por sua vez, constituem elementos da própria identidade da organização. A clareza sobre essa identidade é fundamental para que os agentes de governança possam exercer adequadamente seus papéis, alinhando a estratégia traçada e a ética.(...) Uma deliberação ética é aquela que considera, em todo processo de tomada de decisão, tanto a identidade da organização como os impactos das decisões sobre o conjunto de suas partes interessadas, a sociedade em geral e o meio ambiente, visando ao bem comum. A prática constante da deliberação ética consolida a identidade, a coerência entre o pensar, o falar e o agir e, consequentemente, a reputação da organização, com reflexos sobre a sua cultura.”*

## CONCLUSÃO

Especialmente em momentos de crise, o comportamento dos dirigentes das EFPC na tomada de decisões para manter do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial é tarefa difícil, exigindo que sejam adotadas medidas técnicas, competentes, éticas, com prudência e cautela, para voltar a equilibrar os investimentos e garantir a concessão do benefício contratado. Neste contexto, os dirigentes das EFPC, obrigatoriamente, devem rever e reavaliar todas as políticas de investimentos para preservar rentabilidade, solvência e liquidez dos recursos garantidores dos planos de benefícios e, ainda, em razão dos riscos que podem surgir em um cenário de crise mundial, as EFPC devem se preocupar em manter seus dirigentes em constante e intenso desenvolvimento profissional, capacitando e certificando seus gestores para diminuir riscos na gestão dos planos de benefícios contratados.

Com certeza, estamos passando por um crise sanitária e econômica sem precedentes mas vamos superar este momento utilizando os mecanismos legais já existentes para minimizar riscos e prejuízos e, certamente, as EPFC que já possuíam uma boa governança implementada, com gestores devidamente capacitados e certificados, terão melhores chances de obter êxito na tomada de decisões.

Neste sentido, sobre os princípios que balizam a boa governança corporativa, podemos concluir que: *“A governança corporativa tem fundamentos sólidos, definidos a partir de princípios éticos aplicados na condução dos negócios. Seu desenvolvimento e sua*

*afirmação têm razões macro e microeconômicas. E sua sustentação já se estabeleceu não só pelos princípios e razões que se encontram em suas origens, mas também pelos institutos legais e marcos regulatórios que envolvem os processos de gestão e que, cada vez mais, aperfeiçoam-se com base nos valores que regem a boa governança. Organizações multilaterais, como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) – grupo das 30 mais avançadas economias industriais do mundo –, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, além de outras instituições multinacionais, como o G8, veem nos princípios da governança corporativa uma base sólida para o crescimento econômico e para a integração global de mercados. E reconhecem ainda que as boas práticas de governança são fundamentais para o controle dos riscos dos investimentos.”* (José Pachoal Rossetti e Adriana Andrade)

A Revista Especial publicada pela Abrapp em 03/06/2020 traz matérias que analisam os efeitos da crise causada pela pandemia Covid-19, salientando: *“O momento é difícil, mas a Previdência Complementar Fechada sempre teve como marca o espírito de superação. Foram muitas as crises vividas e superadas, e a crise de COVID-19, embora maior e diferente, será mais um exemplo de resiliência. Quando o mundo voltar à normalidade, abre-se mais uma janela de oportunidade de protagonismo para que o setor ocupe o lugar que lhe cabe como parceiro do Estado na retomada econômica e social.*

## BIBLIOGRAFIA

Questões Jurídicas Contemporâneas na Previdência Complementar Fechada II - Abrapp - 1ª Edição - 2019 - SP.

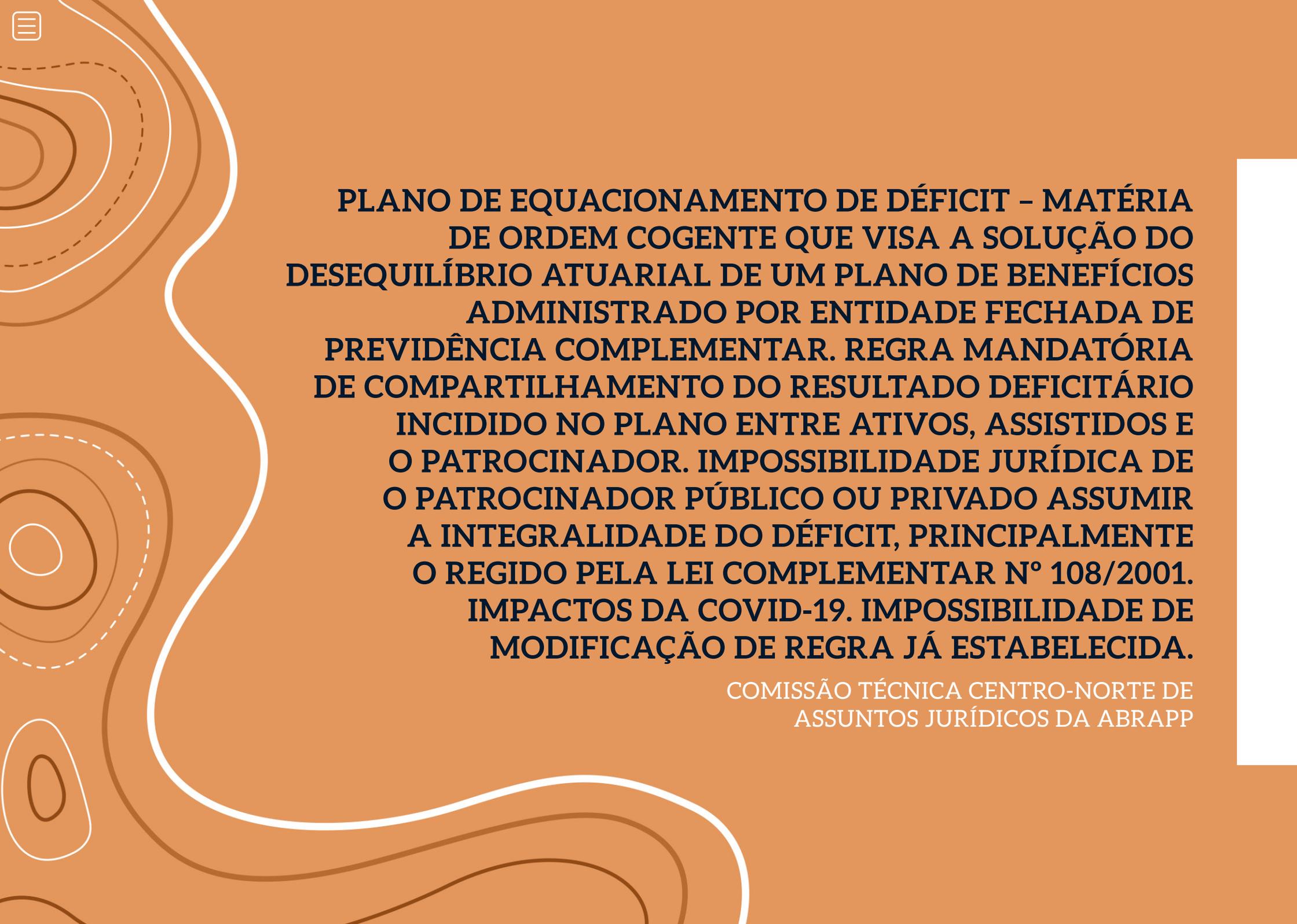
IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa  
- 5ª Edição.

ABRAPP - Associação Brasileira Das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - Legislações -  
Resoluções CGPC - CNPC - PREVIC - 2020.

Abrapp em Foco 03-06-2020.

PREVIC - Regras para Certificação e Habilitação de Dirigentes - Notícias - 2019/2020.

Paschoal, José Rossetti e Andrade, Adriana. Governança Corporativa - Fundamentos, Desenvolvimentos e  
Tendências - 7ª Edição Editora Atlas.



**PLANO DE EQUACIONAMENTO DE DÉFICIT - MATÉRIA DE ORDEM COGENTE QUE VISA A SOLUÇÃO DO DESEQUILÍBRIO ATUARIAL DE UM PLANO DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADO POR ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. REGRA MANDATÓRIA DE COMPARTILHAMENTO DO RESULTADO DEFICITÁRIO INCIDIDO NO PLANO ENTRE ATIVOS, ASSISTIDOS E O PATROCINADOR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE O PATROCINADOR PÚBLICO OU PRIVADO ASSUMIR A INTEGRALIDADE DO DÉFICIT, PRINCIPALMENTE O REGIDO PELA LEI COMPLEMENTAR N° 108/2001. IMPACTOS DA COVID-19. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DE REGRA JÁ ESTABELECIDADA.**

COMISSÃO TÉCNICA CENTRO-NORTE DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP



**COMISSÃO TÉCNICA CENTRO-NORTE  
DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA ABRAPP**

**AUTORA**

**COORDENADORA SUPLENTE**

Marlene de Fátima Ribeiro Silva (FUNCEF)



## INTRODUÇÃO

Como sabido os Planos de Equacionamento de déficit (Planos de Equacionamento) incidido em planos de natureza previdenciária, administrados por entidades fechadas de previdência complementar (EFPC) devem ser executados à luz dos estudos técnicos atuarial, econômico e financeiro, em decorrência do cenário de descasamento entre ativo e passivo, haja vista ser o mecanismo legal admitido pelo legislador para possibilitar a retomada do equilíbrio das obrigações, evitando-se a sua descontinuidade e até mesmo a medida indesejável da liquidação extrajudicial.

Os Planos de Equacionamento implementados pelas EFPC contam com a presunção de que serão executados nos exatos lindes dos estudos técnicos que o balizaram, desde que aprovado pelas instâncias internas da EFPC e dos órgãos externos. Nada obstante, inúmeros são os questionamentos que recaem sobre a exigência do custeio extraordinário na esfera judicial, levando ao problema da insegurança jurídica – fato superveniente – ante o fundamento de comprometimento de parcela superior ao limite legal permitido.

E no universo das questões supervenientes encontram-se outras situações que podem recair em um plano afetado pelo déficit: as previsíveis e aquelas nunca imaginadas, como é o caso da crise sanitária que abalou e continua refletindo em todas as nações e economias, além de atingir os setores sociais, da saúde, do trabalho, dentre outros.

Desta forma, o foco deste trabalho é o impacto que poderá ser ocasionado aos planos de benefícios, cogitada a hipótese da intervenção do Poder Judiciário submetidos ao crivo da prestação jurisdicional para albergar a tese do COVID-19 em detrimento do contrato previdenciário.

## 1. DO PLANO DE EQUACIONAMENTO DE DÉFICIT

Não há dúvidas de que o Plano de Equacionamento é matéria de natureza cogente e exigida pelo legislador para contornar as situações em que os compromissos assumidos pelo plano previdenciário podem sofrer a descontinuidade de pagamentos das prestações de aposentadorias pela ausência de reservas para o lastro com as obrigações futuras, conforme previsto na Lei Complementar nº 109, de 29.05.2001 (LC 109/2001), especificamente no artigo 21, que dispõe:

“O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

§ 1º O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.”

O referido preceptivo transcrito não comporta questionamentos, afastando-se quaisquer dúvidas de que o déficit de um plano de benefícios previdenciário deve ser equacionado pela EFPC, não se tratando de uma faculdade para a retomada da sua higi-

dez e superação das deficiências identificadas, sendo a matéria uma obrigação prenunciada desde o início da celebração do negócio jurídico, quer pelo participante, assistido e pelo próprio patrocinador, entendimento extraído do próprio art. 21 da LC 109/2001.

Ao ser apurada a situação deficitária, cabe, então, à EFPC, a adoção dos meios estabelecidos pela legislação e normas para a instituição de contribuição extraordinária. Mas essa instituição não é feita de forma aleatória ou sem critérios. E também não é casual porque a legislação obriga que estudos técnicos sejam previamente elaborados pelo prazo necessário à retomada do equilíbrio, sem ferir a dinâmica projetada para os pagamentos das prestações previdenciárias, que, no caso, é o alvo precípua de qualquer entidade.

Na vertente de obrigatoriedade é o teor da atual Resolução regulamentadora, a CNPC 30, de 10.10.2018 (Resolução 30/2018), ao dispor sobre as condições e os procedimentos a serem observados pelas EFPC na apuração do resultado, na destinação e utilização de superávit e no equacionamento de déficit dos planos de benefícios de caráter previdenciário que administram. Na aplicação financeira-atuarial da norma, a equalização deverá considerar, de um lado, os participantes e os assistidos; e, de outro, o patrocinador, observada a proporção contributiva atribuível a cada uma das partes, reforçando a posição de que todos são chamados ao custeio extraordinário, sem exceções.

Assim, e caracterizando-se o equacionamento um procedimento compulsório, devidamente resguardado pelo contrato e pela lei, tendo por premissa maior a retomada do equilíbrio do plano afetado pela insuficiência patrimonial entre os recursos garantidores e a reserva matemática de benefícios, a interpretação que se chega é a de que o contrato previdenciário deve ser executado de maneira pormenorizada sempre observando a diretriz do texto legal e a normatização correlata para não se chegar ao precipitado entendimento de que não haveria reflexos a dispensa da recomposição da reserva afetada.

Não por outra razão que na elaboração do Plano de Equacionamento, existe o rigor de atenção às disposições regulamentares, à Resolução 30/2018, à LC 109/2001, e, a depender na natureza jurídica do patrocinador, necessário também a observância à Lei Complementar nº 108, de 29.05.2001 (LC 108/2001), não havendo, portanto, espaço para se discutir a legalidade do procedimento, não só pela clareza dos textos legais e normativos, mas por ser o remédio estabelecido pelo legislador.

Quanto à obrigatoriedade do equacionamento, a regra é de pleno conhecimento do assistido, participante e do patrocinador desde a largada da opção pela vinculação previdenciária, quer pela lei de regência, quer pela disposição regulamentar contratual, pois antevisto que a solução do déficit deve contar com a inclusão destes pelo período indicado em estudo atuarial e pelo percentual contributivo fixado a título de custeio adicional, sem prejuízo de ao final de cada exercício promover-se a avaliação de sustentabilidade do custeio que fora arbitrado na largada de sua implementação.

Também em reforço às disposições legais citadas, prevê o art. 6º e o parágrafo único da LC 108/2001, sobre a obrigatoriedade de o custeio ser observado entre o participante/assistido e o patrocinador, confira:

Art. 6º O custeio dos planos de benefícios será de responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive dos assistidos.

Parágrafo 1º A contribuição normal do patrocinador para plano de benefícios, em hipótese alguma, excederá a do participante, observado o disposto no art. 5º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.

Não é factível às partes o descumprimento do arcabouço jurídico e contratual imposto ao segmento de previdência complementar, pois a sobrevivência e a solidez de um plano previdenciário passa também pelo respeito aos ditames ali estabelecidos e pela submissão aos comandos ordenados pelo órgão regulador e fiscalizador, tudo em nome da proteção dos planos e dos interesses dos participantes e assistidos, vinculando-se também o patrocinador à delimitação contributiva quando este for de origem pública, mesmo porque o descaso do administrador aos seus limites traz, como consequência, o ônus de responder pelos excessos de poderes ou pela desconsideração das suas obrigações.

Se para o patrocinador privado é possível a total assunção do custeio normal e extraordinário, para o patrocinador público não há essa permissibilidade por disposição emanada da Emenda

da Constitucional nº 20, de 15.12.1998 (EC 20/1998), refletida também na LC 108/2001. Ou seja, independentemente das alegações arguidas pelos demandantes, a regra é de que se atenha ao compromisso assumido em regulamento que, decerto, não pode destoar da lei de regência.

Destarte, e adotando-se a premissa da legislação de que o objetivo do Plano de Equacionamento tem como fim precípuo e único a recuperação do plano de benefícios, qualquer intervenção no sentido de reduzir ou de excluir o custeio extraordinário trará, inegavelmente, a potencialização do déficit pela ausência desta fonte de custeio. Em outra vertente, entende-se ainda que ocorrerá o comprometimento da rentabilidade projetada pelo não ingresso da contribuição já destinada para um dos segmentos descritos na Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 4.661, de 25.05.2018 (Resolução 4.661/2018), desestabilizando também a política de investimentos traçada e aprovada no âmbito da entidade previdenciária.

A questão do custeio, caso contemporizada, julga-se não ser a melhor alternativa para o Plano de Equacionamento afetado por questão superveniente provocada pelo Poder Judiciário, por desaguar na obrigatória revisitação da contribuição extraordinária - por tornar insuficiente a reserva projetada para a manutenção das prestações - ou ainda por ocasionar o arbitramento de percentual distinto ao do estudo atuarial, passando a refletir a determinação somente para os participantes em atividade.

Para melhor compreensão, faz-se o reporte à Portaria nº 10.486/2020, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho

do Ministério da Economia, a qual dispõe sobre os critérios e procedimentos relativos ao recebimento de informações, concessões e pagamento do Benefício Emergencial de Manutenção e da Renda (Benefício Emergencial), de que tratou a Medida Provisória 936/2020 (MP 936/2020), convertida na Lei nº 14.020/2020, de 04.04.2020 (Lei 10.420/2020), para vigorar durante o estado de calamidade pública, originada pela COVID-19.

No bojo da Portaria nº 10.420/2020, ordenou-se a inaplicabilidade da medida para os aposentados vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), assim como para aqueles assistidos que retornaram ao mercado de trabalho, isso porque já protegidos pela manutenção do benefício de caráter previdenciário estabelecido na correspondente legislação do setor.

Com tal previsão, e em que pese as discussões dessa normatização para excluir ou criar direito previsto na lei, indene de dúvida a impossibilidade jurídica de o empregado aposentado ser beneficiado com a prestação do Estado e com o plus do Benefício Emergencial.

No caso das EFPC é evidente que a “medida” não alcança aqueles que se encontram em benefícios, não só pela legislação especial a que se vincula, mas também pela ausência de interrupção no pagamento das prestações previdenciárias pelas diversas entidades até o presente momento, sem o prejuízo de se adicionar o fator de total satisfação dos requisitos de elegibilidade e de que o fim maior da adesão ao plano é o recebimento de um benefício compatível ao que fora pactuado no respectivo contrato.

Se o assistido da EFPC (também segurado do RGPS ou RPPS) em

nada foi afetado pela crise sanitária, razoável o entendimento de que este então possui a capacidade financeira necessária para a assunção do déficit apontado em análise atuarial, o que não justificaria a intervenção estatal para afastar os efeitos do Plano de Equacionamento. E não justificaria porque não há mágica para que essa situação seja solucionada sem o aporte contributivo adicional e ainda pela situação de que a insuficiência a ser suprida terá como beneficiário o próprio aposentado da relação jurídica previdenciária.

De outro lado, questionamentos que poderão advir é saber se o participante em atividade ou elegível seriam contemplados pela mesma benesse em face do direito adquirido. Nesta particularidade, há que se segregar as situações: i) a dos elegíveis e ii) a do participante com reserva em formação.

Pois bem. Note-se que para o caso do participante já elegível, a LC 109/2001 não é silente, tendo expressado, por meio do seu art. 68, que preenchida todas as condições para o recebimento da prestação, assegurado estará o benefício por enquadramento na regra do direito adquirido ainda que postergado o exercício de tal direito.

No entanto, essa não é a regra estabelecida pelo parágrafo único, do art. 17 da referida Lei. Tal dispositivo, expressa que “as alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante”, autorizando a interpretação de que as leis editadas posteriormente ao ingresso no

plano previdenciário teriam o condão de modificar o conjunto de regras e condições estabelecidos nos regulamentos. Trata-se a matéria, portanto, de expectativa de direito e não de direito expectado a situação do participante ativo.

Com as considerações expendidas, tem-se que para o assistido e para o elegível não poderia a EFPC reduzir os benefícios concedido ou a conceder, ao teor do art. 68, previsão que em regra integra também o regulamento de diversas EFPC. Agora, para o participante ainda não elegível nenhum óbice haveria para a redução do benefício, desde que vinculado a um plano de contribuição definida ou de contribuição variável. Não nos parece, contudo, que poderia um participante de um plano constituído na modelagem de benefício definido ser alcançado pela disposição regulamentar de que o corresponderá ao salário de participação deduzido o benefício do INSS. Ou seja, a própria dinâmica do plano e a regra regulamentar que antecipa quanto será o valor da prestação inicial impede o recebimento de benefício futuro reduzido, salvo expressa autorização da PREVIC, mediante alteração regulamentar, sobre pena de diversos questionamentos serem experimentados em todas as esferas administrativa e judicial.

Nesta vertente, poderia o Poder Judiciário ordenar a revisitação do Plano de Equacionamento com amparo no § 1º, do art. 21, da LC 109/2001, que indica, além da contribuição extraordinária: **i)** aumento do valor das contribuições; **ii)** instituição de contribuição adicional; e, a **iii)** redução do valor dos benefícios a conceder; observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Comumente, o que se observa é que nas entidades, cujos planos se encontram deficitários, a opção é a de sempre instituir uma contribuição adicional pela transitoriedade da obrigação, já que atrelado ao tempo de duração do Plano de Equacionamento e por ser a possibilidade do aumento da contribuição um fator vulnerável pela imprevisibilidade do comportamento do plano de benefícios durante a sua trajetória.

Embora sendo factível a redução de benefícios pelo preceito legal e com isso o participante ser dispensado de um custeio extraordinário que, por consequência, mantém o nível salarial, o fato é que, a depender do tempo e dos valores investidos para a formação da reserva de benefício, a sua expectativa, ao se ver frustrada, teria o condão de provocar um outro passivo judicial.

Há o risco de se esbarrar também na normatização regulamentadora, no tocante à *duration*, pelo efeito de se ultrapassar o lapso temporal da fórmula com o critério da perpetuidade ocasionada com a redução do benefício antes estimado. Para que a medida possa alcançar a devida eficácia, sem embargo, necessário seria uma flexibilização normativa do órgão federal de fiscalização e regulamentação, o que certamente conferiria uma maior segurança jurídica para os administradores das EFPC.

Ainda se vislumbra como alvo da judicialização, o tratamento distinto que poderá ser alegado entre os elegíveis, os aposentados em detrimento daqueles que ainda se encontram na condição de participantes ativos, principalmente porque no regulamento do plano de benefícios não há qualquer previsão sobre a possibilidade de adoção de mecanismos diferenciados entre

estes para solucionar o déficit e que tal hipótese, no mínimo, deveria ser objeto de prévia consulta a esse público.

Na Revista Consultor Jurídico, de 24.01.2019, consta que a PREVIC aprovou um plano da FAPES em que se a dotou a regra do equacionamento com a redução de benefícios para os participantes ativos. A matéria confere ênfase ao procedimento, sustentando que *“este caminho nunca havia sido utilizado pelos fundos de pensão, talvez porque a legislação tenha sido criada em um momento quando os planos ainda eram majoritariamente superavitários. Ou ainda pelo fato de que a redução de direitos implica em alteração regulamentar, o que pode ensejar questionamentos judiciais e um maior tempo de tramitação do processo”*.

De tudo o que foi dito, acredita-se que qualquer Plano de Equacionamento deva ser preservado nos moldes como direcionado pelos estudos técnicos e que, para eventual alteração, fosse conferido à EFPC a oportunidade de se destrinchar todo o rigor da lei para a perpetuidade do plano de benefícios, passando-se também pelo viés do investimento por possuir um papel relevantíssimo, quer para a sustentabilidade, quanto para o cenário de baixa taxas de juros e do próprio efeito da pandemia, pois nem sempre os impactos econômicos são sopesados para o embasamento da decisão judicial.

## 2. DO RISCO DO DANO REVERSO PROVOCADO PELAS DECISÕES JUDICIAIS PAUTADAS NA CRISE SANITÁRIA

De outra senda, não resta dúvida ainda de que o afastamento do custeio estabelecido nesta condição de excepcionalidade do COVID-19, sujeita o plano ao dano reverso quando do deferimento de uma tutela de antecedência ou de urgência, posto que tendente em causar o próprio dano que visa o Juízo evitar, tudo pela desconsideração da alma da sustentabilidade de qualquer disposição que prima pelo custeio, base fundamental do almejado equilíbrio primado pela LC 109/2001 e a sua regulamentação.

Muitas das decisões judiciais que afastam o custeio extraordinário fixado para o Plano de Equacionamento não possuem uma motivação coerente, no tocante à contratualidade por se pautarem exclusivamente na “riqueza” patrimonial acumulada pelas EFPC ou nos danos provocados por uma inadequada gestão dos ativos. Mas, o fato é que o passivo será honrado com a “riqueza” constituída ao longo de toda a vigência laboral, acrescidos dos rendimentos que serão realizados permanentemente, pelo que o postulado do custeio deve ser considerado inafastável pela Magistratura para não se chegar à inexecutabilidade do plano.

E de outra forma não poderia ser, pois a intervenção judicial ao desconsiderar os comandos do legislador de promover estudos técnicos e identificar as causas do déficit, nega a efetividade para continuidade do plano.

A norma que rege a matéria, em que pese podermos exercer hermenêutica sistêmica, carrega consigo conteúdo forte das ci-

ências financeiras e probabilísticas para determinar a suficiência de recursos necessários para a reposição dos recursos garantidores para o pagamento dos benefícios. Por isso a higidez da norma quanto ao tema pode passar pela escolha dos três caminhos possíveis contidos na LC 109/2001: **i)** aumento de contribuição; **ii)** redução de benefícios, ou; **iii)** aumento de contribuição conjugado com a redução de benefícios.

Há uma preocupação latente com os entendimentos que não ultrapassam a mera tese do comprometimento de parcela da aposentadoria ou do que pode ter originado o déficit, à medida que não aferido o potencial quadro de insolvência do plano de benefícios desequilibrado que pretendeu o legislador proteger.

Não se critica a judicialização da matéria pelo participante e assistido ou a atuação do Juízo, mesmo porque o ato é legítimo e a prerrogativa da livre convicção deve prevalecer. Apenas, alerta-se que no campo da contratualidade a valorização das cláusulas regulamentares devem ser impositivas. O rigor de seu cumprimento é essencial ainda que venha a emergir as mais variadas discussões sobre o Plano de Equacionamento e o que o ocasionou, pois cediço que esse negócio jurídico de extrema relevância, marcado pelo longuíssimo prazo de compromissos e de obrigações, não pode ser ignorado pelo próprio contingente de participantes, assistidos e patrocinadores.

A análise do perigo de dano reverso é matéria de fundamental

atenção, justamente por ser considerado um fator impeditivo para a retomada do equilíbrio do plano, não só pela possibilidade de as partes não mais poderem assumir o pesado encargo da supressão de parcelas, acrescidas de multas e correções quando da reversibilidade de uma decisão, mas também pela probabilidade de tornar o plano insolvente. Trata-se de questão que vai além do bom senso e do clamor de setores que se encontrem na representação do interesses de terceiros, tornando-se essencial, ao menos, ouvir o adverso, especialmente nos pleitos em que formulado o pedido de tutela de urgência, o que possibilitará o conhecimento pormenorizado da situação fática e, certamente, caminhará a decisão do julgador para o afastamento dos efeitos nefastos e infinitamente mais violentos do que aqueles que se desejou evitar com a supressão do custeio extraordinário. Em suma, o Plano de Equacionamento de Déficit não é uma medida de forças e contrapesos. Trata-se de um procedimento saneador disposto pelo legislador para o cumprimento dos compromissos previdenciários pactuados quando a avaliação atuarial identificar o descasamento entre as obrigações e o ativo, cuja finalidade maior é a consecução final do pagamento de benefícios.

O custeio não pode ser dispensado de quaisquer das partes por ser o vetor do reequilíbrio do plano de benefícios, independentemente da tese e da motivação que venha a ser arguida, notadamente pela exigência legal de tratamento distinto entre os estudos técnicos e as causas ensejadoras do déficit. Cogitada a hipótese de o déficit ter sido fundado na gestão duvidosa, deter-

minou o legislador que se efetuem as apurações até se chegar a via do regresso (art. 21, § 3º), quer no campo administrativo e/ou judicial. E tal determinação decorre, justamente, pelo tempo envidado para apuração e que decerto o plano não poderia aguardar para a continuidade de suas obrigações.

Sobreleva o registro de que não há o respaldo legal para se suprir as apurações, as quais também devem observar o contraditório e a ampla defesa, posto que no campo previdenciário fechado a responsabilidade é subjetiva.

Assim, e pelos princípios Constitucionais da contratualidade e da prévia constituição de reserva – com a submissão ao regime de capitalização, condição de garantia do benefício previdenciário, é que se tornam necessários os aportes regulares de contribuições (patronal e individual) sem a surpresa de uma decisão judicial negando a efetividade das regras emanadas de uma lei complementar, cujo *status*, rememore-se, é constitucional.

### 3. EQUACIONAMENTO DO DÉFICIT DE PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E A CRISE PANDÊMICA PROVOCADA PELO CORONAVÍRUS (COVID-19)

Não bastasse as problemáticas que o segmento previdenciário fechado já estava enfrentado em torno do Plano de Equacionamento de Déficit perante o poder judiciário, exsurge agora a crise ocasionada pelo Coronavírus (Covid-19) que, de maneira inimaginável impactou quase todos os setores da sociedade culminando com a elaboração de planos de contingências, tanto pelo setor público quanto pelo setor privado, no plano nacional e internacional, abrangendo também as EFPC.

O estado de calamidade pública, tratado pelos Governos Federal, estaduais e municipais, ocasionou, como tratado no tópico retro, a edição da MP 936/2020, convertida na Lei 14.020/2020, que propiciou uma política emergencial de intervenções pública para conter os efeitos negativos do avanço da Covid-19 na economia brasileira.

Se de um lado, os empregados vinculados aos planos de benefícios possam ser atingidos com as medidas emergenciais para contornar a crise sanitária, tal situação não alcançou os assistidos, já que mantidas incólumes as aposentadorias. O que o Governo brasileiro fez para a situação dos assistidos vinculado ao Regime Geral de Previdência Oficial (INSS) foi o ato de antecipar a décima terceira parcela de abono, equiparada ao 13º salário, e a suspensão do empréstimo consignado com as diversas instituições financeiras.

Da mesma forma, os benefícios já concedidos pelas EFPC não

foram abalados, percebendo todos os assistidos e pensionistas suas prestações previdenciárias regularmente e na data estipulada pelo regulamento do plano.

Em que pese a possibilidade da redução da renda dos participantes dos planos na seara da relação trabalhista, o fato é que não é uma prática usual este procedimento. O que se sabe é que os efeitos inerentes ao afastamento dos empregados do trabalho presencial irão resultar em grande economia financeira, tanto no ambiente do patrocinador e da própria EFPC, levando a presunção lógica de que esse reflexo poderá suprir o período temporário de vigência da medida.

Mas, cogitando a possibilidade de suspensão de contratos de trabalho aplicada no patrocinador e a faculdade da redução salarial autorizada pela medida emergencial, não se discute que ambas situações impactariam na renda do participante e, por consequência, no nível contributivo para a formação da reserva previdenciária. A essa possibilidade, sabe-se que a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (ABRAPP) já vem, desde o momento inicial da crise, mantendo interlocuções com a PREVIC, oferecendo propostas alternativas, em caráter excepcionalíssimo, para que todos envolvidos na relação previdenciária possam superar esse grandioso desafio.

As proposições estão sendo analisadas pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar e pela PREVIC que, por sua vez,

demonstram uma grande cautela para acatar uma das medidas, consistente na suspensão de contribuições patronal e individual, possivelmente pela literalidade da legislação e de regulamentos que, a princípio, não dariam margem à implantação geral destas.

A posição da PREVIC, sem embargo de posição outra, está sintonizada nas regras rígidas que balizaram os estudos técnicos de viabilidade econômico-financeira e atuarial dos Planos de Equacionamento, cuja previsão contratual e legislativa não excepcionam a efetivação desse mecanismo de reconstituição das reservas quando presente o resultado deficitário que, acaso não respeitadas, colaboram para o agravamento da situação financeira deficitária.

Com a eclosão da COVID-19, a PREVIC, a exemplo de outras organizações, promoveu várias medidas para contemporizar as dificuldades enfrentadas pelos fundos de pensão com o objetivo de mapear os reflexos provocados nas suas atividades. Também fora solicitado às EFPC, o envio de informações acerca dos aspectos correlacionados à governança, investimentos, liquidez, solvência, administração de planos, dentre outras mais, visando mensurar e supervisionar as ocorrências eventualmente negativas para uma pronta resposta.

Veja, então, que se os participantes e os assistidos se ressentem dos reflexos da crise, igualmente poderá o patrocinador ser impactado nos seus resultados decorrentes da atividade fim. Nesta situação de total atipicidade, não se vislumbra sequer a possibilidade de ser alegado o desequilíbrio nessa relação jurídica, por-

quanto nenhuma das partes auferiu vantagens com a pandemia. Em outras palavras, e embora sendo o episódio da COVID-19 um acontecimento extraordinário e imprevisível, este fato inusitado não pode alcançar o entendimento de que a obrigação contributiva se tornou excessivamente onerosa àquela existente no momento da instituição do Plano de Equacionamento.

Ensina Miguel Reale que o desequilíbrio é algo que torna o contrato “destituído de sentido e absurdo o vínculo negocial” até se chegar ao esvaziamento de seu “conteúdo econômico” em razão dos “encargos brutalmente desproporcionais às vantagens auferidas” Trazendo a lição doutrinária para a situação contratual previdenciária que atingiu todas as partes indistintamente, entende-se que a intervenção do judiciário para afastar o custeio afeto ao Plano de Equacionamento, sob o manto da incidência de desigualdade não há como prevalecer, pois se assim for o que se pretende proteger resultará a insolvência ou até mesmo a liquidação do plano de benefícios.

De tudo espera-se que ocorra a prevalência do que restou ajustado, sob pena de se ferir frontalmente o princípio da segurança das relações jurídicas, diante da máxima de não ser possível modificar, unilateralmente, o contrato previdenciário firmado entre as partes e ainda porque o equilíbrio do plano de benefícios é o ponto almejado pelo legislador. Assim, é preciso que se compreenda que os dispositivos da legislação infraconstitucional, seja da Lei Complementar 109/2001, ou quaisquer outras disposições regulamentares, devem ser interpretados sistematicamente, em harmonia com a Constituição Federal.

1 CARDOSO. Luiz Philipe Tavares de Azevedo. A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro. USP 2010. p. 102.9.

Em hipótese nenhuma pretendeu o legislador a descontinuidade das obrigações assumidas pela EFPC. Tanto é fato que, de um lado, na diretriz legal previu que os estudos técnicos deveriam ser realizados e executados na conformidade do rito legal e normativo vigente no ordenamento, preservando-se a higidez e a continuidade do pagamento das prestações contratadas. Enquanto, do outro, ordenou-se avaliações para se aferir a motivação dos elementos ocasionadores do déficit, sem prejuízo das competentes medidas para a ação de regresso.

Portanto, ainda que ocorram situações supervenientes de pandemia ou calamidade pública, como no caso da Covid-19, os Planos de Equacionamento já aprovados necessitam ser mantidos para não agravar o déficit, além de onerar ainda mais os participantes, assistidos e patrocinador pela possibilidade da revisão dos valores até então praticados com aqueles que vierem a ser identificados em novo estudo técnico.



## 4. REFLEXOS DA COVID-19 NO CENÁRIO MACROECONÔMICO COM O EFEITO DA SUPRESSÃO DA CONTRIBUIÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PLANO DE EQUACIONAMENTO

Neste tópico se explora os efeitos que a crise sanitária pode refletir nos investimentos das EFPC, devendo este fator igualmente ser sopesado para elidir a sustação da contribuição extraordinária ou a sua eventual redução pelo poder judiciário de modo a não constituir um agravamento e um passo para o abismo dos planos previdenciários, lembrando que o cenário econômico possui um peso relevantíssimo para a projeção dos resultados.

Os efeitos da COVID-19 ainda não são totalmente mensurados. Com isso, várias medidas foram propostas e revisados em todo o mundo para a tentativa de amenizar os impactos dessa travessia. Partindo-se, inicialmente, daquelas com o viés mais brando de orientações de higiene básica e da necessidade de isolamento até se chegar àquelas mais severas de interrupção quase total das atividades econômicas e o impedimento da circulação de pessoas.

As incertezas acerca do tempo de duração desse cenário, aliado ao temor da contaminação e das medidas restritivas, produziram efeitos imediatos nos países, a começar pelo primeiro epicentro, a China, que suspendeu suas atividades em diversos setores da economia, projetando vários impactos para os seus parceiros de negócio, afetando a produção e o comércio, principalmente nos diversos índices macroeconômicos que captaram resultados de deterioração da economia global.

O boletim *World Economic Outlook* do Fundo Monetário Internacional (FMI), datado do dia 6 de abril, apresentou projeções de que a economia global deverá contrair, aproximadamente, 3% em 2020, retratando o pior resultado desde a crise financeira de 2008/2009. Também pelo referido boletim foi sinalizada a expectativa de retomada do crescimento em 2021, pressupondo o arrefecimento da pandemia, o que levará à normalização gradual da atividade econômica já em implantação em diversos países, incluindo-se o Brasil, já no segundo semestre de 2020 <sup>(2)</sup>, embora possa a medida ser revisitada em alguns pontos.

Em que pese a autorização para alguns setores retomarem suas atividades, ainda subsiste medidas restritivas em vigor e sem a previsão de encerramento. Diante dessa realidade, as avaliações do mercado quanto às expectativas para os cenários macroeconômicos precisaram ser revistas, pois notadamente as estimativas traçadas nas políticas anteriormente à crise não irão se consolidar, exigindo dos administradores de EFPC investimentos mais agressivos para a tentativa de minimizar o impacto mundial da COVID-19.

Mesmo diante desse cenário de pontos alarmantes para diversos setores, a pesquisa realizada pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (“PREVIC”) aponta que pagamentos estão sendo preservados pelas EFPC, a título de prestação previ-

2 <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020>

denciária, dado de fundamental importância por revelar que os fluxos contributivos da contribuição normal e da extraordinária estão sendo respeitados pelas partes jungidas ao cumprimento do contrato.

Em assim sendo, prudente que o fato superveniente da COVID não retire recursos dos fluxos contributivos de recebimento projetados pelos Planos de Equacionamento, de forma a não ocasionar a descontinuidade dos pagamentos relativos às prestações previdenciárias em razão de demandas judiciais ajuizadas que passam distantes das análises dos investimentos atingidos pela crise, assim como pelas demais particularidades inerentes à complexa máquina gerida pelas EFPC.

Não há possibilidade de se direcionar o olhar para apenas uma parte das atividades desenvolvidas pelo segmento previdenciário fechado. A análise deve ser ampla e com a mensuração dos efeitos da irradiação de uma decisão que deságua no extremo do atingimento do reequilíbrio, com repercussão no campo financeiro e atuarial. Toda decisão judicial carrega consigo um peso econômico, financeiro ou social. E na situação fática das EFPC, os reflexos respingam em todos os setores referenciados, sendo o respeito ao contrato e às regras consolidadas no regulamento de rigor, no tocante ao cumprimento.

É surpreendente as teses desenvolvidas para a desoneração do custeio extraordinário por parte dos ativos e dos assistidos. Várias ações promovidas individualmente e por entidades representativas são pautadas em várias vertentes, partindo da responsabilidade unilateral patronal para a assunção do custeio,

gestão temerária na aplicação de recursos de terceiros, dentre outras, sendo agora inaugurada com outros argumentos de perdas, à luz da crise sanitária, mantendo-se, porém, o foco de afastamento do encargo legal.

Em abono a essa nova argumentação fincada nos efeitos da COVID-19, já há passivos questionando a suspensão das parcelas dos empréstimos por parte das EFPC. A base da alegação, reside no fato de que, por se tratar de recurso afetos às reservas garantidoras dos planos, não poderiam ser dispensados o retorno mensal do principal e seus acréscimos pela essencialidade e, se houve a postergação do recebimento, há a comprovação de não ser necessário o Plano de Equacionamento ou de ser possível promover a suspensão do encargo adicional pelo mesmo período conferido às operações com o participante.

Não nos parece que a tese advogada para afastar o efeito contributivo adicional represente a melhor técnica e o melhor argumento para o propósito de inibir a retomada do equilíbrio atuarial do plano deficitário, uma vez que a medida administrativa de suspensão da obrigação pactuada com o mutuário, em caráter excepcional e temporário, não importa em desconsideração do contrato de mútuo e, por consequência, o retorno do principal e encargos inerentes à operação com os participantes.

Desta nebulosa argumentação, pertinente aduzir que o poder judiciário vem proferindo decisões balizando essa “tolerância administrativa” no período da calamidade pública, não vislumbrando a hipótese de ato prejudicial. Neste sentido, cita-se a decisão proferida pelo d. Juiz Renato Coelho Borelli da 9ª Vara

Federal Cível, proferida em uma ação popular em que suspendeu as parcelas dos pagamentos dos empréstimos consignados pelo prazo de quatro meses, tanto para os aposentados do INSS quanto para os do serviço público.

A decisão do Juízo foi festejada por diversos parlamentares por ser convergente com alguns projetos de lei em tramitação no Senado Federal, especialmente o PL 1.603/2020. A lei, uma vez aprovada, reforçará a ação em favor dos que mais precisam em momentos de dificuldades que agora se vive, segundo narrativa do Senador Ciro Nogueira (PP-PI). O ato suspensivo das parcelas estabelecidas com a celebração do contrato de mútuo não foi um ato generalizado pelas EFPC's, tratando-se de medida facultada aos mutuários que assim manifestasse interesse, não se tratando de procedimento automático, variando de entidade para entidade. Contudo, adianta-se que em nenhuma hipótese as EFPC dispensaram o retorno do montante contratado, notadamente porque a administração de recursos pressupõe uma gestão parcimoniosa e por comporem a política de investimentos.

Na percepção das EFPC, à vista da inexistência de nexo causal, não seria possível e nem razoável, invocar a pandemia para se furtar ao cumprimento de obrigação. Ou seja, a incapacidade de adimplemento, do ponto de vista subjetivo e objetivo, não poderia ser alegada e admitida, porquanto, neste caso, o surto epidêmico do COVID-19 projetaria reflexos para o próprio plano de benefícios. Nesta particularidade, cabe o adendo de que os procedimentos dotados pelas EFPC para a suspensão das parcelas dos contratos não foram efetuados para respaldar aqueles que já se encontravam na condição de devedor. A demanda referenciada em que se questiona o ato da suspensão temporária das parcelas de empréstimos no âmbito da EFPC ainda não possui uma decisão, tendo em vista o seu recente ajuizamento.

## 5. DA FORÇA VINCULANTE DO CONTRATO

No princípio da força obrigatória do contrato, encontra-se personificado pela máxima *pacta sun servanda*. Referido princípio implica na irreversibilidade da palavra empenhada. Ou seja, uma vez celebrado o contrato, as partes não poderão se furtar ao seu cumprimento, nem alterar suas condições, senão por meio de outro acordo de vontades (Pereira, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, Forense, 2003).

Em regra, um contrato somente pode ser modificado quando houver a nítida constatação de onerosidade excessiva para uma das partes, de modo que proporcione lucro exagerado à outra e desde que o Juiz intervenha para estabelecer o equilíbrio.

Em uma relação previdenciária, regida por um forte arcabouço e pelo respeito àquilo que entre elas restou ajustado, a regra que deve imperar é a da intervenção mínima, de forma que outros riscos além dos que naturalmente podem incidir não gerem desequilíbrios.

Guardada as proporções, essa também é a diretriz adotada pelo Código Civil, com as alterações promovidas recentemente pela Lei de Liberdade Econômica, objeto da Lei 13.874/2019, que traz nova redação ao artigo 421, sendo relevante a transcrição:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a

excepcionalidade da revisão contratual.

Em um dos incisos do artigo seguinte, a regra é a de que a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. E é assim a disposição do texto geral para que ocorra a previsibilidade e a segurança jurídica, considerados valiosos princípios destinados à consecução do negócio jurídico. Os requisitos citados devem ainda tangenciar os contratos quando forem de duração continuada e que se prolongam no tempo (execução sucessiva), daí a previsão de que as eventuais alterações de contratos serem admissível para os casos especialíssimos, pois impera o princípio da força obrigatória. Ancorando-se neste preceito, já que nos contratos previdenciários também presume que as partes envolvidas, de forma prudente e sensata, avaliaram as condições de ingresso, de acesso ao benefício e os riscos na trajetória contributiva, lançando mão do consumo imediato em prol de um futuro mais ameno, vincularam-se a um plano previdenciário. Assim, elementar deduzir que no momento da celebração da avença os contratantes entenderam que o contrato ser-lhe-ia vantajoso nas condições ajustadas, pelo que não pode ser o instrumento impactado diante dessa situação excepcional do COVID-19, já que o atingimento e os reflexos são comuns a ambas as partes.

Ademais disso, não se pode ignorar a função social do contrato de natureza previdenciária, a partir da matriz constitucional, que insere a previdência privada no sistema de seguridade social, indeclinável o papel do Estado no papel de agente regulador

de tais relações jurídicas. Assim, e ao disciplinar ou regular os liames dessa relação, resta assegurada, com a participação do Estado, a proteção jurídica equitativa dos integrantes deste negócio jurídico, em especial o participante/ assistido, trazendo desta maneira equilíbrio ao regime previdenciário complementar, com a participação do patrocinador.

Muito além da liberdade individual de se pactuar um negócio jurídico privado, passam a integrar a axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade e os demais valores que, sob a ótica civil-constitucional são essenciais à dignidade humana, após o término da atividade laboral, propiciando uma outra prestação, com projeção desse reflexo direto na economia do país, o que somente é possível com a observância ao que fora ajustado.

Também chancela a prevalência da necessidade de observância ao que foi celebrado, o fato de que a relação previdenciária não se subsume ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), aliás, questão já solucionada pelo Superior Tribunal Justiça com a edição da Súmula 563<sup>3</sup>, impondo-se o afastamento de qualquer arguição de vulnerabilidade dos participantes/assistidos por ser o beneficiário inicial e final dessa relação, tratando-se, portanto, de uma situação distinta e que necessita ser preservada na sua inteireza para que não ocorra o desequilíbrio, pois do lado da entidade atingiu-se os investimentos em seus diversos segmentos.

Nesta relação contratual, a solução não é a intervenção de terceiros para transpor o ônus previamente estabelecido no mo-

mento da vinculação ao plano, sendo forçoso e necessário a visão dos reflexos originados pela ausência das contribuições, sendo essencial a prevalência dos princípios da boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade e transparência em colaboração para o almejado equilíbrio.

A previdência privada baseia-se em regime de capitalização que demanda prévia constituição de reserva, financiada pelos próprios participantes e assistidos, pelos aportes dos patrocinadores, se houver, e pela rentabilidade das aplicações e dos investimentos dessas contribuições. Nesse contexto, vigora a regra de que cada plano de benefícios possui um plano de custeio correspondente, visando dar cumprimento ao pagamento de prestações continuadas e programadas a partir de um gerenciamento adequado do fundo de reservas.

Contudo, repise-se que se houver uma intervenção que retire essa evidente e base forte do segmento previdenciário, constituídos em pilar constitucional, inegavelmente os impactos da desconsideração poderão ser aviltante ao ponto de causar a descontinuidade desse importante papel conferido à previdência complementar fechada, não se limitando os impactos aos benefícios, já que como investidores institucionais concentram e gerem poupanças individuais, alocando a riqueza não apenas para manter o patrimônio de seus detentores, mas também para gerar consideráveis ganhos de capital.

3 Súmula 563-STJ: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas. STJ. 2ª Seção. Aprovada em 24/02/2016. DJe 29/02/2016.

## 6. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Não se pode encerrar essa proposta de trabalho sem que se dê o necessário destaque à jurisprudência do COVID publicada pelo Centro de Apoio ao Direito Público, material que tem por finalidade servir de apoio para a Seção de Direito Público. O material é riquíssimo e nele já há uma visualização de diversos julgados ocorridos já no momento pandêmico.

No citado material, consta um debate virtual com o Ministro Sérgio Kukina do STJ em que se alerta para uma tendência de crescimento de demandas no âmbito do judiciário, por força da crise epidemiológica da COVID-19, tendo como fundamento a teoria do fato do príncipe. Segundo o Ministro, a referida teoria tem sua utilização no direito administrativo e, agora, também será empregada para respaldar as ações no direito privado e trabalhista.

Ainda na percepção do Ministro Sérgio, evidentemente que não é a COVID-19 em si o fato do príncipe. Na verdade, a base das demandas serão os atos baixados pelos diversos Governos e que passaram a refletir na vida das pessoas e organizações.

Em que pese o prenúncio do Ministro, não logramos localizar nenhuma demanda judicial com a tese da figura do fato príncipe para o fim de desconstituir os estudos técnicos que implantaram os Planos de Equacionamento de Déficit, especificamente as contribuições extraordinárias para suprimir o cenário de descasamento do ativo e do passivo.

Sobre as decisões proferidas sobre a temática, bem antes da pandemia do COVID-19, adianta-se que, em sua maioria, há a

legitimação e a manutenção dos aportes financeiros pelos participantes/assistidos, de um lado, e pela patrocinadora, do outro, justamente por se tratar de mecanismo que visa a retomada do equilíbrio do plano previdenciário.

Nesta perspectiva, pede-se vênia para transcrever excerto da decisão proferida pelo i. Desembargador Relator Carlos Moreira Alves, da parte que chamou atenção para a necessidade de se cumprir o plano de equacionamento ainda que subsista *“a possibilidade de ocorrência de fraude ou má-gestão (...), tenho como relevantes os fundamentos deduzidos no arrazoado recursal, à luz da disposição inscrita no artigo 21 da Lei Complementar 109/2001, que preconiza equacionamento do resultado deficitário (...), 1ª Vara Federal, em 05.05.2017, no Processo Nº 0042148-84.2016.4.01.3400.*

Merece o devido destaque o acórdão 1109782, 07058076120188070000, Relatora: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, data de Julgamento: 18/7/2018, pelo enfrentamento do custeio e da sua essencialidade também na situação de déficit, cujo excerto se transcreve abaixo:

(...) O plano de custeio, portanto, estabelece as fontes de contribuições necessárias à constituição do fundo de reserva e cobertura de demais despesas, indicando o percentual de financiamento pelo patrocinador, pelos participantes e assistidos, se for o caso. Além disso, o planejamento, elaborado a partir de cálculos atuariais, poderá prever contribuições ordinárias, quando

destinadas ao custeio dos benefícios, quanto extraordinárias, quando designadas para custeio de déficits ou outros propósitos não cobertos pelas contribuições ordinárias. (...).

Tem-se, pois, que o plano de custeio deve estar em permanente equilíbrio financeiro e atuarial, de modo que aqueles que concorrem para o financiamento do plano previdenciário (participantes, assistidos e patrocinador) sofrerão os efeitos de eventuais desequilíbrios positivos (superávit) ou negativos (déficit), proporcional a capacidade contributiva de cada um. Em outras palavras, o benefício de previdência complementar será decorrente do montante de contribuições efetuadas e do resultado de investimentos, podendo haver, no caso de desequilíbrio financeiro do fundo, superávit ou déficit a influenciar os participantes de forma global, em razão do mutualismo, sendo certo que, no caso de desequilíbrio negativo, os participantes suportarão o ônus financeiro daí advindo.(...). Neste ponto, é de se ter claro que se assegura ao participante a incidência das normas regulamentares vigentes ao tempo em que cumpriu os requisitos para obtenção dos benefícios, porém, disso não decorre direito adquirido a regime de custeio, que, como visto, poderá ser alterado a qualquer tempo a fim de se manter o equilíbrio atuarial do plano, desde que aprovado pelo órgão regulador. (...).

Logo, diante das normas regentes da relação cível-previdenciária em destaque, não há que se falar em ilegalidade na cobrança de contribuição do assistido, tampouco da cobrança de contribuição extra.



## CONCLUSÃO

Conclui-se de todo o exposto retro que o Equacionamento de um plano de benefícios em déficit, por ser condição mandatória, não pode ser relegado, em especial para o afastamento do custeio extraordinário fundado em estudos técnicos.

A manutenção da solvência de um plano de benefícios, além de passar pela regra contributiva adicional (procedimento mais adotado pelas EFPC), deve ser sempre analisada pela ótica do passivo quanto do ativo. Pelo viés dos ativos, inegavelmente há um cenário altamente adverso com alta volatilidade e incertezas quanto à recuperação econômica do país e dos seus efeitos no mundo em curto espaço de tempo. Já no tocante ao passivo, o lastro financeiro deve ser observado/preservado para o pagamento dos benefícios em curso e os programados para ocorrer no curso desta relação, com o foco direcionado ao cenário econômico e demais particularidades incidentes.

Não obstante a clareza do que fora pactuado no regulamento, as ações não deixaram de ser ajuizadas pelos participantes/assistidos para o fim de afastar a efetividade do Plano de Equacionamento, podendo ser potencializada em razão dos efeitos da COVID-19, gerando ainda mais incertezas e até mesmo acarretando uma possível insolvência dos planos de benefícios.

Aliado aos pontos alarmantes que o COVID-19 tem apresentado nos estudos mundiais, prudente o alerta de que a retirada de recursos dos fluxos contributivos projetados nos Planos de Equacionamento não pode ser admitida pelos diversos argumentos que giram em torno dessa medida, devidamente ins-

tituída para o soerguimento de um plano de benefícios. E tais Planos de Equacionamento não podem ser dispensados:

- Primeiro, por ser a regra cogente, estipulada na LC 109/2001 e norma correlata;
- Segundo, porque na seara privada fechada não há outra forma de se recompor as insuficiências patrimonial, devendo as partes aterem-se aos mecanismos autorizados;
- Terceiro, porque a crise não atingiu exclusivamente os participantes e os assistidos, tendo irradiado impactos também para a EFPC, no tocante aos investimentos, assim como no patrocinador;
- Quarto, porque os reflexos ocasionados pela crise não abalaram os pagamentos dos benefícios, os quais **ESTÃO SENDO honrados RIGOROSAMENTE EM DIA**, conforme dados extraídos da pesquisa da PREVIC;
- Quinto, grandes desafios serão enfrentados pelas EFPC, notadamente para os novos investimentos, já que a política trabalhada para o exercício de 2020 não mais encontra sustentabilidade com os atuais impactos da crise;
- Sexto, Embora possível a redução do benefício previdenciário futuro para aqueles que se encontrem na condição de ativos, este mecanismo nunca fora utilizado pelas EFPC, possivelmente pelo risco de se não atender a normatização que trata da *duration* e pelas particularidades havidas em cada modelagem de plano, o que pode ensejar novos questionamentos judiciais.



ABRAPP



# ABRAPP

[www.abrapp.org.br](http://www.abrapp.org.br)

