



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

EVILANIA SOARES BRAGA SOUSA

**OS LIMITES DE FISCALIZAÇÃO DO ESTADO NAS ENTIDADES
ABERTAS E FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Brasília
2014

EVILANIA SOARES BRAGA SOUSA

**OS LIMITES DE FISCALIZAÇÃO DO ESTADO NAS ENTIDADES
ABERTAS E FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Previdenciário.

Orientadora: Profa. MSc. Thais Riedel

Brasília
2014

EVILANIA SOARES BRAGA SOUSA

**OS LIMITES DE FISCALIZAÇÃO DO ESTADO NAS ENTIDADES
ABERTAS E FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito do
Trabalho e Previdenciário.

Orientador: Profa. MSc. Thais Riedel

Brasília, ____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nome completo

Prof. Dr. Nome completo

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, em seguida aos meus pais, por estarem sempre ao meu lado, compartilhando dos momentos felizes e infelizes ao longo da minha caminhada e por terem me dado a oportunidade de chegar até aqui, tendo a certeza que estavam me dando a maior herança de todas: a educação.

Ao meu querido Robson Aguiar, por todo amor, pela cobrança necessária, compreensão e apoio dedicado a mim.

Aos meus amigos e irmãos, que mesmo longe, sempre estiveram ao meu lado, comemorando cada vitória alcançada.

À Mestra Thais Riedel, por ter me confiado este desafio.

“Determinação, coragem e confiança são fatores decisivos para o sucesso. Se estamos possuídos por uma inabalável determinação conseguiremos superá-los, independentemente das circunstâncias, devemos ser sempre humildes, recatados e despidos de orgulho.”
(Dalai Lama)

RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar a atividade de fiscalização do Estado, bem como sua intervenção no âmbito privado, nas entidades de previdência complementar, através da pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos, além da legislação relacionada ao tema. O regime de previdência privada é facultativo, autônomo e complementar ao regime geral de previdência social, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado pelos participantes. A primeira parte versa sobre a previdência complementar e suas principais características. A segunda parte analisa as entidades abertas e fechadas de previdência complementar, os sujeitos que fazem parte da relação previdenciária, seus valores garantidos e órgãos responsáveis pela fiscalização e regulamentação do regime. Por fim, na terceira parte são considerados os poderes de Estado e os limites de sua atuação perante as entidades de previdência complementar. O estudo é relevante, pois permitirá compreender a importância do Estado na organização do regime de previdência complementar como garantidor do recebimento dos benefícios contratados pelos participante e conseqüente, do bem-estar social.

Palavras-chave: previdência complementar. entidades abertas e fechadas de previdência complementar. fiscalização. limites. Estado.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyse the supervision activities of the State and its intervention in the private sphere at the private pension activities, through the literature search in books and scientific articles, beyond legislation related to the theme. The private pension system is optional, autonomous and complementary to the Social Security System, based on the establishment of reserves to ensure the benefit hired by the participants. The first part deals with the private pension and its main features. The second part analyzes the opened and closed pension funds, the individuals who are part of the Social Security System relationship, their value guaranteed and agencies responsible for the inspection and regulation regime. Finally, in the third part are considered the powers of State and the limits of its action before the pension funds. The study is important as it will understand the importance of the State to organize the private pension and as the guarantor of the receipt of benefits by participating contractors and consequently, the social welfare.

Key words: private pension. opened and closed pension funds. supervision. limits. state.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 08 |
| 1 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR | 10 |
| 1.1 Características do regime de previdência complementar | 10 |
| 1.2 Histórico legal e constitucional no Brasil | 14 |
| 1.3 Os principais princípios da seguridade social | 18 |
| 1.4 Os principais princípios da previdência complementar | 24 |
| 2 AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR | 28 |
| 2.1 Natureza jurídica das entidades de previdência complementar | 30 |
| 2.2 Entidades abertas de previdência complementar | 35 |
| 2.2.1 <i>Sujeitos da relação jurídica na previdência complementar aberta</i> | 36 |
| 2.2.2 <i>Valores garantidos na previdência complementar aberta</i> | 37 |
| 2.2.2.1 <i>Saldamento e benefício prolongado</i> | 38 |
| 2.2.2.2 <i>Resgate e portabilidade</i> | 39 |
| 2.3 Entidades fechadas de previdência complementar | 40 |
| 2.3.1 <i>Sujeitos da relação jurídica na previdência complementar fechada</i> | 44 |
| 2.3.2 <i>Valores garantidos na previdência complementar fechada</i> | 44 |
| 2.3.2.1 <i>Benefício proporcional diferido - BPD</i> | 45 |
| 2.3.2.2 <i>Portabilidade e resgate</i> | 46 |
| 2.3.2.3 <i>Autopatrocínio</i> | 48 |
| 3 FUNDAMENTOS DO PODER DE POLÍCIA DO ESTADO NA FISCALIZAÇÃO DAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR | 49 |
| 3.1 Poderes de Estado | 49 |
| 3.2 Poder de polícia..... | 52 |
| 3.2.1 <i>Atributos do poder de polícia</i> | 54 |
| 3.2.2 <i>Poder de polícia e estado democrático de direito</i> | 56 |
| 3.3 Fiscalização | 57 |
| 3.3.1 <i>Dos órgãos fiscalizadores</i> | 59 |
| 3.3.2 <i>Fiscalização nas entidades fechadas</i> | 60 |
| 3.3.3 <i>Fiscalização nas entidades abertas</i> | 63 |
| 3.3.4 <i>Intervenção, liquidação extrajudicial e regime disciplinar</i> | 65 |
| 3.4 Os limites da atuação dos órgãos fiscalizadores..... | 67 |
| CONCLUSÃO | 72 |
| REFERÊNCIAS | 74 |

INTRODUÇÃO

No Brasil, o regime de previdência privada de caráter complementar, operado por entidades abertas ou fechadas de previdência complementar, cujo objeto é a concessão e a manutenção de benefícios previdenciários, vem, ao longo do tempo, exercendo um papel cada vez mais importante. Nesse sentido, houve uma latente necessidade de criação de legislação específica sobre o tema e a criação de órgãos fiscalizadores e reguladores do sistema de previdência complementar, a fim de prevenir a ocorrência de situações que possam afetar a estabilidade e o compromisso com o pagamento dos benefícios contratados pelos participantes.

O presente estudo se propõe a compreender a importância e como se dá o processo de fiscalização estatal das entidades abertas e fechadas de previdência complementar, analisando quais os limites da intervenção do Estado na esfera privada dessas entidades, compatibilizando-o com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico do Estado.

Para a concretização desses objetivos, necessário discorrer sobre a facultatividade do regime de previdência complementar que, por outro lado, mesmo sendo de natureza privada, possui forte relevância pública e, desse modo, submete-se à fiscalização e regulamentação estatais pautadas pelas normas constitucionais que fixam os objetivos a serem alcançados.

No primeiro capítulo, são apresentadas as características da previdência complementar e sua relação com a previdência social, a análise do histórico legal e constitucional no Brasil. Posteriormente, passa a dispor sobre a importante submissão da previdência complementar aos princípios da seguridade social e aos seus próprios.

O segundo capítulo proporciona uma análise sobre a natureza jurídica das entidades privadas, com o intuito de revelar os conceitos necessários para o aprofundamento do tema. Além disso, aborda as características principais das Entidades Abertas de Previdência Complementar – EAPC e das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC, analisando os sujeitos integrantes

da relação jurídica, os valores garantidos de cada entidade e órgãos responsáveis pela regulamentação e fiscalização do regime.

A última parte do trabalho trata, com a profundidade necessária ao tema, dos Poderes de Estado e, principalmente, do Poder de Polícia, que legitima o Estado na fiscalização das entidades de previdência complementar, visando atuar de forma a evitar ilicitudes e desvios. Além disso, o estudo demonstrará que o Estado deverá ser cuidadoso ao controlar esses entes, a fim de não ofender a capacidade de auto-administração delimitada por lei às entidades.

A análise do nível de proteção previdenciária através da fiscalização estatal às entidades de previdência complementar e dos limites dessa relação, é assunto relevante, pois se faz necessária para garantir a boa gestão e manutenção do padrão de vida dos participantes, pelo período de recebimento do benefício contratado, bem como para toda sociedade, posto ser do interesse coletivo o alcance do bem-estar social.

1 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

1.1 Características do regime de previdência complementar

O entendimento da Previdência Complementar Privada depende de um rápido estudo pela Seguridade Social. Observa-se que a ordem econômica funda-se no trabalho, no bem-estar e na justiça social. Esse fundamento tem como objetivo assegurar a todos uma existência digna, que nada mais é que a própria justiça social. O art. 6º da CF/88 indica que o ser humano é destinatário dos direitos sociais que incluem: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a Previdência Social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

No Título VIII da CF/1988, a constituição social encontra-se materializada, percorrendo acerca da ordem social. Nos termos do art. 194, *caput*, a Seguridade Social compreende um conjunto de ações integradas de iniciativa da sociedade e dos Poderes Públicos, para assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Dentre os direitos estabelecidos acima está a Previdência Social, que, segundo o art. 1º da Lei nº 8.213/91, tem por fim, mediante contribuição, assegurar a seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares, prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. Portanto, a Previdência Social visa à cobertura das contingências sociais que provoquem a perda da capacidade do sustento, ou seja, a capacidade laboral.

Para Simone Barbisan Fortes, as contingências sociais podem ser entendidas da seguinte forma:

Riscos ou contingências são os eventos incertos, determinantes da perda da autonomia dos sujeitos, por conta de impossibilidade laborativa, cuja ocorrência, embora em um primeiro momento tenha um reflexo puramente individual, apresenta, também, evidente importância para a sociedade, já que a situação de desemprego ou desocupação involuntária, considerada em termos globais, opera reflexos econômico-sociais consideráveis. (FORTES, 2005, p. 47).

Wladimir Novaes Martinez complementa o conceito acima mencionado, ao afirmar que:

Técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os aquirisse pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes. (MARTINEZ, 2007, p. 214).

Diversamente do que ocorre com as prestações assistenciais, próprias da Assistência Social, na Previdência Social há restrição no que tange aos sujeitos ativos, titulares de direitos previdenciários, que serão apenas aqueles que atingirem as características de beneficiários, no geral os trabalhadores, cujo vínculo com o sistema ou regime é de caráter obrigatório. Com esta característica de ser obrigatória para determinados setores da população, a Previdência Social está intimamente ligada à relação de emprego. Como decorrência deste último fato, é financiada principalmente por contribuições de empregados e empregadores, incidentes sobre os salários.

Odonel Urbano Gonçalves acrescenta:

O homem acautela-se ao organizar um sistema de previdência para quando, incapacitado para o trabalho, por idade ou por doença, não possa, por suas próprias forças, auferir rendimento para se sustentar. Cuidando de situação em que toda sociedade tem interesse no bem-estar daqueles que não podem trabalhar, organiza-se o sistema de tal forma que o trabalhador integre-se nele, obrigatoriamente. (GONÇALVES, 2005, p. 27).

A Previdência Social deve ser analisada, notadamente, de uma forma mais humanizada, pelas razões principais de sua existência: ser um mecanismo de preservação dos direitos dos cidadãos, da dignidade e do combate às vicissitudes da vida. E mais: encarar a previdência como um mecanismo de combate aos riscos sociais é uma das questões que mais preocupam o Brasil.

Pedro Augusto Musa Julião define a Previdência Social:

[...] a Previdência Social, consiste, portanto, numa forma de assegurar ao trabalhador, com base no princípio da solidariedade humana, benefícios, ou serviços quando seja atingido por uma contingência social, entende-se, assim, que o sistema é baseado na solidariedade humana, em que a população ativa deve sustentar a inativa. (JULIÃO, 2005, p. 127).

Segundo Marcelo Leonardo Tavares (2003, p. 20) “[...] Previdência Social é conceituada como seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa cobrir os riscos sociais”. Como citado anteriormente, o objetivo da Previdência Social é estabelecer um sistema de proteção social para proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e à sua família. Esse regime previdenciário depende de contribuição por parte do próprio segurado.

Ainda no mesmo contexto, a Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social:

A Previdência Social continua intimamente ligada ao trabalho remunerado, contemplando as ideias de inscrição e contribuição personalizadas, facultando a filiação de pessoas não exercentes de atividade remunerada (segurados facultativos), trilhando o sulco que conduz à seguridade social. (ANFIP, 2005, p. 46).

Adentrando ao tema de Previdência Complementar e analisando o art. 202 da Constituição Federal de 1988, apresenta-se esclarecedor o perfil da previdência privada brasileira. Já no seu *caput*, encontram-se as principais características do regime, facilitando ao intérprete a diferenciação entre Regime Geral de Previdência Social - RGPS, Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS e o regime de previdência complementar.

Então, percebe-se o dispositivo em comento na Carta Magna:

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.

Assim como nos outros regimes, o foco da previdência complementar é o de garantir a justiça e o bem-estar social. Tal regime, entretanto, age no campo não coberto pelos regimes previdenciários básicos (RGPS e RPPS). A previdência privada é uma complementação e expansão da proteção oficial buscando minimizar os efeitos da concretização dos riscos sociais, conforme ensinamentos de Martinez (1996).

Muitos autores defendem a função complementar do regime privado. Ilídio das Neves exemplifica:

[...] as características das técnicas e das formas de gestão dos regimes privados de proteção social, sujeitos às regras do mercado e ao princípio da

facultatividade, mediante adesão voluntária dos interessados, conferem-lhes também certas limitações estruturais, que não permitem razoavelmente supor que possam desempenhar no futuro mais do que uma função complementar, aliás, de inegável importância. (NEVES, 1996, p. 928).

O regime oficial limita os valores de contribuições e benefícios pela fixação de um piso equivalente ao valor do salário mínimo, e de um teto previdenciário fixado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Portanto, é evidente que a adesão a um regime de previdência complementar está atrelado à insegurança das pessoas que recebem rendimentos superiores àqueles previstos pelo teto dos regimes oficiais e entende que o valor habitualmente recebido faz-se necessário para a manutenção do seu poder aquisitivo futuro. Além disso, é indispensável destacar que o ingresso na previdência complementar independe de vinculação prévia a um regime de previdência público, de acordo com a obra de Neves (1996).

Arthur Bragança de Vasconcelos Weintraub, assim definiu a previdência privada:

Como particularidade da Previdência Complementar Privada, temos a complementaridade em relação à Previdência Pública. É complementar no sentido da suplementação facultativa dos benefícios oficiais, como determina o art. 202 da Constituição. Esta facultatividade do sistema privado de previdência complementar propicia ao trabalhador um ingresso voluntário como seguro privado, na busca pela manutenção do padrão de vida quando da inatividade. (WEINTRAUB, 2005, p. 75)

A previdência complementar tem disciplinado no sistema constitucional, um binômio composto por contratualidade e facultatividade. Opostamente ao regime geral de previdência social, no regime de previdência complementar vigora o princípio da autonomia privada, fundado no poder da vontade do participante em integrar o plano de benefícios que oferece a proteção que lhe é necessária. O participante, ao manifestar tal interesse, torna-se parte da relação jurídica previdenciária privada e manterá sua liberdade no âmbito dos limites das obrigações assumidas, conforme a doutrina de Weintraub (2005).

Outra característica marcante relacionada ao regime de previdência complementar é que coube ao Estado definir padrões mínimos com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial a esse regime, especialmente quanto à proteção dos interesses de seus

participantes e assistidos. A busca pela segurança jurídica propiciou a elaboração da Lei Complementar nº 109 de 29 de maio de 2001, conhecida como Lei Básica da Previdência Privada, trazendo importantes regras com vistas a viabilizar o atingimento de seu objetivo principal, qual seja, a cobertura previdenciária aos participantes e seu grupo familiar.

1.2 Histórico legal e constitucional no Brasil

A preocupação com o futuro não faz parte apenas da vida contemporânea. Há tempos, homens e mulheres vêm procurando garantir seus padrões de vida, tidos como um direito conquistado. No mundo inteiro e no Brasil, os sistemas de previdência se desenvolveram a partir do reconhecimento de que qualquer pessoa possa ter um nível de vida digno.

A primeira manifestação de previdência e mutualismo registrado no Brasil foi através da fundação da Santa Casa de Misericórdia de Santos, em 4 de agosto de 1543, por Brás Cubas. Essa instituição foi destinada a receber e amparar todos os necessitados, sem qualquer espécie de contribuição obrigatória, com base na doutrina de Martinez (1996).

Nas palavras de Wladimir Novaes, foram mostradas informações importantes do período da assistência religiosa:

[...] De um modo geral a assistência religiosa foi proporcionada pelos membros das ordens religiosas e pela Igreja diocesana. A participação dos religiosos portugueses e espanhóis, nesse período, é extraordinária, e a forma predominante como técnica de proteção social. (MARTINEZ, 1980, p. 47).

O doutrinador Martinez (1980) ainda ressalta que, com o espírito previdencialista de Portugal, foram organizadas as sociedades de montepio, sob a forma de Irmandades ou Ordens Terceiras. Como por exemplo, em 1793 o Príncipe Regente aprovou por um decreto o Plano dos Oficiais da Marinha, que assegurava o pagamento de pensão às viúvas de oficiais falecidos. O plano era custeado através de descontos nos vencimentos dos oficiais.

A Assistência Pública Oficial foi criada em 1828 e em 1834 no Rio de Janeiro fora formada a Sociedade Musical de Beneficência, que agrupava

trabalhadores de uma mesma classe, para custearem funerais e pensão para os filhos dos respectivos trabalhadores, conforme Kertzman (2007).

O marco inicial da previdência privada para diversos doutrinadores ocorreu em 1835, com a criação do Montepio Geral da Economia dos Servidores do Estado – MONGERAL, uma entidade de previdência aberta e sem fins lucrativos, segundo os ensinamentos de Lima (2004).

O interesse pela proteção previdenciária era crescente e retratava uma nova consciência da sociedade. Em 1888, foi estabelecida a Lei nº 3.397 que criava uma caixa de socorros para os ferroviários estaduais.

Um pouco mais adiante, em 1889, surgiria o montepio obrigatório para os empregados dos correios, através do Decreto nº 9.912-A. No mesmo ano, o serviço de pensões para os trabalhadores das oficinas da Imprensa Régia foi criado.

A primeira Constituição Republicana Brasileira de 1891 não seguiu a tendência previdencialista e limitou-se a amparar os funcionários públicos em caso de invalidez a serviço da nação. O certo é que a tutela previdenciária dos que não fossem funcionários públicos continuava por conta da autoproteção, conforme suas possibilidades financeiras.

A aposentadoria por invalidez e pensão por morte para os operários efetivos do Arsenal da Marinha foi instituída pela Lei nº 127 de 1892. O Decreto nº 1.541/6 do ano seguinte dispôs sobre a Previdência Social dos Servidores da Casa da Moeda.

Registre-se, também, que, em 1904, surge a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, antecessora da atual PREVI, hoje considerado o maior fundo de pensão brasileiro.

Finalmente, o marco da proteção social no Brasil foi através do Decreto Legislativo n. 4.682 de 24 de janeiro de 1923, que ficou conhecido como a Lei Eloy Chaves. Esta lei em sentido amplo criou a Caixa de Aposentadoria e Pensão dos Ferroviários de todo o território nacional, prevendo os benefícios de aposentadoria, pensão por morte e assistência médica, mediante contribuição dos empregadores, dos trabalhadores e do Estado.

Como a Lei Eloy Chaves assinala o surgimento da previdência social brasileira, considera-se que, a partir de 1923, passaram a existir dois modelos de proteção previdenciária no país: um público, recentemente instituído, e o outro privado, existente desde o ano de 1543, conforme a obra de Lima (2004).

O doutrinador Jerônimo Jesus dos Santos esclarece o surgimento da previdência complementar antes da previdência social:

[...] demorou mais a ser regulamentada de modo uniforme e objetivo, demora esta que ensejou o aparecimento e a proliferação de entidades irregulares, que causaram sérios prejuízos aos trabalhadores interessados em outra opção além da previdência social, eis que esta nunca foi satisfatória em termos de garantir benefícios efetivos de aposentadoria. (SANTOS, 2005, p. 45).

A face que a previdência privada incorporou, a partir do surgimento do modelo público, foi de complementariedade das prestações da previdência social. O aspecto de complementar foi dado conforme o modelo público expandia e alcançava um número cada vez maior de pessoas.

A edição da Lei nº 6.345, de 1977, revolucionou a previdência privada no Brasil e estabeleceu a sistematização do modo protetivo em comento. Definiu a competência dos órgãos governamentais para fiscalizar e regulamentar as entidades de previdência privada, diferenciando-as em abertas e fechadas. Em seu art. 1º, encontramos a principal característica do regime privado, vejamos:

Art. 1º - Entidades de previdência privada, para efeitos da presente Lei, são as que têm por objetivo instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.

Conforme o doutrinador Santos (2005), antes da criação da legislação de 1977, as entidades figuravam como precárias e direcionadas apenas por normas esparsas de seguro encontradas nos Códigos Civil e Comercial. Além do mais, seus planos eram financiados pelo regime de repartição simples, ou seja, sem a constituição prévia de reservas, de modo que os benefícios do ano eram pagos somente com as contribuições arrecadadas naquele ano. Constatou-se que muitos desses planos sucumbiram e ocasionaram muitos prejuízos aos seus participantes.

A legislação de 1977 constituiu a base e o instrumento para que a previdência privada se desenvolvesse e desempenhasse a função essencial para

qual foi criada e planejada. A partir do conhecimento e conscientização das pessoas e empresas, a previdência privada pôde conquistar um número cada vez maior de participantes.

No texto constitucional da época, mesmo com a relevância da previdência privada, o legislador não se preocupou em tratar do assunto. Observa-se que as Constituições antecedentes, de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e a EC n.º 1/69, não trataram do tema. Somente a partir da redação original da Constituição de 1988, ainda que discretamente, a previdência privada foi mencionada nos artigos 21, inciso VIII, 192, inciso II e 201, §§ 7º e 8º.

A redação do art. 21, inciso VIII, trata da competência da União para gerir e fiscalizar as operações de natureza financeira, inclusive as operações da previdência privada. Os demais artigos previstos na redação original da Constituição Federal apenas demonstraram a importância normativa de previsão já existente em direito previdenciário no âmbito infraconstitucional.

Observa-se que o Constituinte de 1988 não tratou da previdência privada especificamente. A Carta Magna, em sua versão original, apenas tratava da possibilidade de instituição de seguro coletivo, complementar e facultativo, o qual deveria ser gerido pelo ente estatal (art. 201, § 7º da redação original) e da sua autorização para funcionamento (art. 192, II).

A organização e gestão da previdência privada só vieram a ser externadas a contar da edição da Emenda Constitucional n. 20/1998, a qual conferiu a seguinte redação ao art. 202 do texto constitucional:

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 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.

Assim opinou o doutrinador Léo do Amaral Filho a respeito da EC 20/98:

Assim, temos que a EC 20/98 representa um marco na evolução legislativa da previdência privada, especialmente porque, quer a partir de sua edição, quer a partir da legislação infraconstitucional editada com fundamento em seu texto, o braço facultativo dos sistemas de seguridade social teve contornos mais nítidos e específicos. (AMARAL FILHO, 2005, p. 133).

Não há dúvidas de que este fato dá ao regime de previdência privada um caráter jurídico mais relevante, pois lhe reconhece juntamente com os regimes de previdência social a aptidão para alcançar o objetivo traçado no art. 193 da Constituição Federal, que é o de promover a justiça e o bem-estar social.

O regime complementar e facultativo ao regime geral surgiu com o intuito de oferecer às pessoas de maior renda a oportunidade de ver aumentada sua proteção social. Embora não tenha um caráter de universalidade, a previdência privada oferece planos de benefícios que permitirão aos participantes, quando inativos, disporem de rendimentos semelhantes ou próximos daqueles recebidos na fase ativa. Dessa forma, eles têm resguardado a manutenção do seu padrão de vida e de sua família, conforme o disposto na obra de Ibrahim (2001).

1.3 Os principais princípios da seguridade social

A Previdência Social está amparada por diversos princípios, sendo sustentada por dois princípios básicos e que o próprio texto constitucional define-os (art. 201, *caput*): compulsoriedade e contributividade, de acordo com os ensinamentos de Kertzman (2007).

Ademais, “[...] o princípio da compulsoriedade é o que obriga a filiação a regime de Previdência Social dos trabalhadores que exercem atividades remuneradas lícitas”. (KERTZMAN, 2007, p.45). Enquanto que o princípio da contributividade significa que “[...] para ter direito a qualquer benefício da Previdência Social, é necessário enquadrar-se na condição de segurado, devendo contribuir para manutenção do sistema previdenciário”. (KERTZMAN, 2007, p.46).

Importante ressaltar que os demais princípios também são de grande importância para regular o funcionamento e a estrutura da Previdência Social, estando previstos no próprio texto constitucional em seus artigos 194 e 195, bem como na legislação infraconstitucional.

Constam, ainda, expressamente, no art. 2º da Lei nº 8.213/91 e no art. 4º do Decreto nº 3.048/1999, como princípios da Previdência Social:

- **Princípio da Solidariedade**

A solidariedade pode ser considerada o pilar de sustentação do regime previdenciário. Não é possível a compreensão do sistema sem que o conceito de solidariedade esteja consolidado. Sobre o tema Castro e Lazzari esclarecem:

Assim, como a noção de bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário. Uma vez que a coletividade se recuse a tomar como sua tal responsabilidade, cessa qualquer possibilidade de manutenção de um sistema universal de proteção social. (CASTRO; LAZZARI, 2009, p. 100).

O princípio da solidariedade trata-se de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CF/88). A solidariedade do sistema previdenciário obriga contribuintes a verterem parte de seu patrimônio para o sustento do regime protetivo. Quando uma pessoa é atingida por alguma contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado, conforme os ensinamentos na obra de Martins (2014).

- **Universalidade de Participação nos Planos Previdenciários**

De acordo com o art. 194, parágrafo único, inciso I, da CF/88, este princípio garante que qualquer pessoa deve estar coberta pela proteção social, na forma do Regulamento, desde que haja contribuição prévia.

A universalidade de cobertura e participação nos planos previdenciários é inerente a um sistema de seguridade social, já que visa ao atendimento de todas as demandas sociais na área securitária. É importante salientar que toda sociedade deve ser protegida dentro das possibilidades do sistema, pois este princípio é realizável, desde que haja recursos financeiros suficientes para custear as prestações previdenciárias, em consonância com o entendimento de Ibrahim (2011).

- **Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações Urbanas e Rurais**

Esse princípio encontra-se no art. 194, parágrafo único, inciso II, da CF/88, e esclarece que não há diferenças entre os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, de acordo com o art. 7º da Constituição Federal. Em relação à Previdência Social, equivale dizer que as mesmas contingências que receberem garantia no âmbito urbano deverão também receber no rural. Além disso, deverão ter o mesmo valor econômico e serviços de mesma qualidade.

Além disso, conforme ensina o doutrinador Pulino (2011), historicamente o princípio da uniformidade foi inserido para pôr fim às diferenciações praticadas, no passado, quanto ao nível de proteção conferido aos trabalhadores rurais, beneficiários, até então, de rol reduzido de prestações previdenciárias concedidas com valores bastante limitados.

- **Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios**

O art. 194, parágrafo único, inciso III, da CF/88, prevê expressamente o princípio da seletividade e distributividade. Em relação à seletividade na prestação dos benefícios, implica que o constituinte autorizou o legislador a delimitar o rol de prestações previdenciárias, ou seja, quais os benefícios e serviços a serem mantidos pela seguridade social.

Nesse contexto, de acordo com Ibrahim (2011), insere-se a seletividade impondo a concessão e manutenção das prestações sociais de maior relevância, levando-se em conta os objetivos constitucionais de bem-estar e justiça social.

Augusto Massayuki Tsutiya dispõe:

A relação jurídico-previdenciária não se funda no trinômio risco-acontecimento-dano, mas no binômio evento-proteção social, tendo como fundamento a necessidade social. É justamente essa necessidade que será objeto de proteção social [...]. (TSUTUYIA, 2008, p. 200).

No caso da distributividade, há um direcionamento da atuação do sistema protetivo para as pessoas com maior necessidade, definindo o grau de proteção. Ítalo R. Eduardo e Jeane T. A. Eduardo complementam o conceito de distributividade acima mencionado, ao afirmar que:

A Seguridade Social tem caráter social e o objetivo de distribuir renda, principalmente para as pessoas de baixa renda. Como os recursos são finitos e as necessidades da população são “infinitas”, o sistema tem de estabelecer preferência, de acordo com as possibilidades econômico-financeiras, ou, melhor dizendo, tratar desigualmente os desiguais, favorecendo, portanto, os indivíduos que se encontrarem em situação inferior. (EDUARDO; EDUARDO, 2008, p. 300).

Ainda, conforme os ensinamentos da obra de Daniel Pulino (2011), o princípio da seletividade e distributividade atua como contendor do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, pois cuida de fornecer o critério de corte para o momento de eleição das prestações a serem oferecidas pelo sistema. A escolha será sempre realizada para aquelas que produzam maior impacto distributivo e que atinjam o maior número de sujeitos, entre eles os mais necessitados.

- **Irredutibilidade do Valor dos Benefícios de Forma a Preservar-lhe o Poder Aquisitivo**

A Constituição Federal, em seu art. 194, parágrafo único, inciso IV, trata da irredutibilidade do valor dos benefícios buscando assegurar o seu reajustamento, preservando, em caráter permanente, o seu poder aquisitivo. Isso significa que o poder de compra do benefício, originalmente recebido, não pode sofrer redução.

Com base na doutrina de Martins (2014), a necessidade de se determinar a irredutibilidade dos benefícios da Seguridade Social, é uma segurança jurídica contida na Constituição em benefício do segurado diante da inflação.

Nesse sentido, o doutrinador Wagner Balera complementa:

[...] a irredutibilidade expressa não apenas a manutenção do poder aquisitivo, estando atrelada, também, ao progresso econômico: havendo progresso econômico, deverão seus efeitos implicar em incremento da proteção social. (BALERA, 2014, p. 41).

Por fim, a principal razão de ser do princípio da irredutibilidade é justamente a imposição da correção monetária, cuja ausência, traduz-se em meio indireto de diminuição de benefícios e redutor de gastos estatais, segundo os ensinamentos de Ibrahim (2011).

- **Equidade na Forma de Participação do Custeio**

De acordo com esse princípio, para se definir a participação no custeio da seguridade social, levar-se-á em consideração a capacidade de cada contribuinte, de acordo com art. 194, parágrafo único, V, da CF/88.

Com este princípio, busca-se garantir que aos hipossuficientes seja garantida a proteção social, exigindo-se dos mesmos, quando possível, contribuição equivalente ao seu poder aquisitivo, enquanto a contribuição do empregador tende a ter maior importância em termos de valores e percentuais na receita da previdência, por ter a classe empregadora maior capacidade contributiva. Importante salientar que apenas aqueles que estiverem em condições iguais de contributividade é que terão de contribuir da mesma forma, de acordo com Castro e Lazzari (2009).

- **Diversidade da Base de Financiamento**

O art. 194, parágrafo único, VI, da CF/88 prevê que diversas bases de financiamento do custeio da seguridade social, por meio da empresa, dos trabalhadores, dos entes públicos, dos concursos de prognósticos e do importador de bens ou serviços do exterior (art. 195, I a IV, da CF/88).

O objetivo deste princípio é diminuir o risco financeiro do sistema protetivo. Quanto maior o número de fontes de recursos, menor será o risco de a seguridade sofrer grande perda financeira, conforme o doutrinador Martins (2014).

- **Valor da Renda Mensal dos Benefícios Substitutos do Salário-de-Contribuição ou do Rendimento do Trabalho do Segurado não Inferior ao do Salário-Mínimo**

De acordo com art. 201, § 2º da Constituição Federal, nenhum benefício que substitua o salário-de-contribuição ou rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário-mínimo.

Importante observar que os segurados não podem pensar que o reajustamento deve ser efetuado de forma que se mantenha a proporcionalidade em relação ao número de salários mínimos recebidos na época da concessão do

benefício previdenciário. A Constituição Federal em seu art. 7º, IV, não permite a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

- **Caráter Democrático e Descentralizado da Administração, Mediante Gestão Quadripartite com Participação dos Trabalhadores, dos Empregadores, dos Aposentados e do Governo nos Órgãos Colegiados**

O art. 194, parágrafo único, inciso VII, da Constituição Federal, prevê a participação da sociedade na organização e no gerenciamento da seguridade social, mediante gestão quadripartite. Além disso, o estímulo à atuação efetiva da sociedade é também previsto no art. 10 da Constituição Federal, garante aos trabalhadores e empregadores participar nos colegiados dos órgãos públicos em que haja discussão ou deliberação sobre questões profissionais ou previdenciárias.

Sobre a gestão quadripartite da seguridade social, o doutrinador Daniel Pulino:

[...] a específica dimensão no setor da seguridade social do princípio democrático, a exigir o próprio envolvimento da comunidade interessada nas diferentes tarefas de administração, de gestão do sistema e, assim, quer na formação das políticas, quer na discussão das necessidades, quer no controle da execução das ações segundo as diretrizes preestabelecidas. (PULINO, 2011, p. 34).

Também em consonância com Pulino (2011), muitos e diversificados são os interesses envolvidos no universo total do corpo social, daí advindo situações comuns traçados pela Constituição.

- **Preexistência do Custeio em Relação ao Benefício ou Serviço**

É o princípio segundo o qual não pode ser criado benefício ou serviço, nem majorado ou estendido a categorias de segurados, sem que haja a correspondente fonte de custeio total (art. 195, §5º, da CF/88).

Sobre esse princípio Castro e Lazzari discorrem:

Em verdade, tal princípio tem íntima ligação com o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, de modo que somente possa ocorrer aumento de despesa para o fundo previdenciário quando exista também, em proporção adequada, receita que venha a cobrir os gastos decorrentes da alteração legislativa, a fim de evitar o colapso das contas do regime. Tal determinação constitucional nada mais exige do legislador senão a conceituação lógica de que não se pode gastar mais do que se arrecada. (CASTRO; LAZZARI, 2009, p. 106).

Assim, é preciso que antes ingresse o numerário por meio de custeio para depois sair o numerário na forma de benefício. Há necessidade, portanto, da precedência do custeio quando da criação ou majoração de novo benefício ou prestação da seguridade social, conforme Martins (2014).

1.4 Os principais princípios da previdência complementar

Alguns princípios da previdência privada orientam as regras que vinculam os sujeitos da relação jurídica previdenciária complementar e o Poder Público e os regulamentos dos planos de benefícios no arcabouço normativo. No entanto, os princípios norteadores da previdência privada devem conter estrita relação e conformidade com os princípios da seguridade social.

São princípios da previdência privada derivados do art. 202, caput, da Constituição Federal:

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.

- **Facultatividade**

A característica contratual e privada do regime de previdência complementar consolida o princípio da facultatividade. Essas características são válidas tanto para os participantes quanto para as pessoas jurídicas a eles vinculadas, se iniciando no momento da adesão ao plano de benefícios, conforme preceitua a doutrinadora Eliane Costa (2003).

A manutenção da qualidade de participante de uma entidade de previdência privada é também facultativa, como ensina Silvio Lima:

O Constituinte firmou o caráter facultativo da previdência complementar. A facultatividade pressupõe o estabelecimento da relação jurídica, bem como a sua manutenção. Aderir ou não, permanecer ou não serão sempre opções para a pessoa natural com absoluta margem de liberdade. (LIMA, 2004, p. 63).

Conforme a obra de Correia e Villela (2004), nos casos em que o plano de benefícios foi criado para abrigar uma coletividade de pessoas, a manutenção da

relação previdenciária também depende da vontade do ente ao qual os participantes estão vinculados.

Assim, observa-se que o princípio da facultatividade é exercido por todas as partes da relação previdenciária, podendo o contrato ser denunciado a qualquer momento, desde que respeitados os ditames da legislação vigente, de acordo com Lima (2004).

- **Contratualidade**

A contratualidade constitui elemento fundamental da relação jurídica que envolve os particulares com a previdência privada, distintamente da previdência oficial. O vínculo formado entre o participante e a entidade de previdência complementar possui natureza de contrato de direito privado, de acordo com as lições de Pulino (2011).

A legislação previdenciária oferece parâmetros e consente que as partes interessadas informem os limites e efeitos do negócio jurídico que lhes interessa. A autonomia da vontade possui caráter negocial, podendo divergir de um plano para outro ou em diferentes entidades, ressalta Pulino (2011).

Nesse passo, a afirmação de Aryon Romita:

O direito do segurado deriva de um contrato a cuja formação permanece indiferente à lei; além disso, nela não se pode vislumbrar a especificação de qualquer atividade integrada nos fins do Estado. Mesmo quando, na prática, ela se mostra obrigatória por figurar como cláusula do contrato de trabalho, não perde a feição negocial: a mera adesão do segurado (participante) não a desqualifica como relação de origem contratual, porquanto ela se desenvolve na esfera da autonomia privada. (ROMITA, 2001, p. 778).

Ressalta-se que a contratualidade e a autonomia da vontade também estão presentes nos contratos de adesão oferecidos pelas entidades de previdência privada. Ainda que o contrato possua cláusulas preestabelecidas, a opção do indivíduo em aderir ou não configura autonomia da vontade, ainda, de acordo com a obra de Romita (2001).

- **Transparência**

O princípio da transparência garante aos participantes das entidades de previdência complementar, no decorrer da relação previdenciária, o pleno acesso às informações correlatas aos seus planos de benefícios. Os planos de benefícios

deverão atender a padrões mínimos fixados pelo órgão fiscalizador e regulador, com o objetivo, dentre outros, de assegurar a transparência, conforme o que preceitua a Lei Complementar nº 109/01, em seu artigo 7º, *caput*: “Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial”.

Além do mais, a transparência possui relevância constitucional, conforme dispõe o art. 202, parágrafo 1º, da Magna Carta:

Art. 202. [...]

§ 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.

O legislador através do princípio da transparência estabeleceu importantes parâmetros na relação previdenciária. Todos os participantes, no momento de sua adesão ao plano de benefícios, deverão receber a cópia do regulamento do plano em linguagem simples e precisa, cópia do contrato, certificado que indica os requisitos que regulam a admissão e a manutenção da qualidade de participante, bem como a forma de cálculo do valor dos benefícios e os seus requisitos de elegibilidade, com base na doutrina de Correia e Villela (2004).

- **Constituição de reservas técnicas**

Esse princípio tem por fundamento a necessidade de constituição prévia de reservas técnicas para pagamento dos benefícios oferecidos pelos planos, em contraposição à situação passada em que os benefícios eram estruturados no regime de repartição simples, em consonância com a obra de Santos (2005).

A CF/88 assim dispõe no seu art. 202, *caput*:

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.

Ainda, conforme bem ensina Eliana Romeiro Costa:

Para garantia de suas operações e, por consequência, das obrigações assumidas, devem as entidades de previdência complementar constituir reservas técnicas, as quais consistem em aplicações obrigatórias

destinadas a formação de fundo de reserva e que visam ao cumprimento do contrato. (COSTA, 2001, p. 39).

Uma de suas principais vantagens é reduzir o custo dos benefícios, uma vez que as contribuições efetuadas previamente são acumuladas nas reservas técnicas e aplicadas no mercado financeiro, sendo acrescidas dos rendimentos de tais aplicações. Esse mecanismo de financiamento facilita o atingimento do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial do plano de benefícios.

2 AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Como visto anteriormente, os precursores da previdência privada no Brasil foram os montepios criados anteriormente à previdência social e que continuaram funcionando paralelamente a ela. A respeito do surgimento da previdência complementar brasileira, César José Dhein Hoefling complementa:

[...] O desenvolvimento da Previdência Social não chegou a inibir a evolução da previdência complementar. No início, a Previdência Social deixou algumas categorias a descoberto como autônomos, os profissionais liberais, os empregadores e os trabalhadores rurais.

Surge, então, a necessidade destes profissionais se organizarem em sociedades mutuaras que lhes dessem cobertura, proliferando, assim, as Caixas de Pecúlios e as Sociedades de Mútuo Socorro. (HOEFLING, 2008, p. 61).

O crescimento da previdência privada, não regulamentada, fez com que o Estado criasse parâmetros mínimos que permitissem maior segurança aos participantes e assistidos dos planos de benefícios. Neste contexto, surge a primeira regulamentação da previdência complementar, a Lei nº 6.435/1977, de modo que a partir desse momento as entidades passaram a ser conceituadas.

Posteriormente, a Lei nº 6.435/77 foi revogada pela Lei Complementar nº 109 de 2001, passando a classificar as entidades de previdência complementar em abertas e fechadas (art. 4º). Ambas as entidades possuem o objetivo de instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário e tendo suas atividades sujeitas à fiscalização, supervisão, normatização, coordenação e controle realizados por órgão regulador e fiscalizador do Estado.

A implantação de planos de benefícios, instituídos pelas entidades de previdência complementar, deverá ser autorizada com base em regulamento aprovado pelo órgão regulador e fiscalizador (art. 6º). Assevera Correia e Villela a respeito da autorização do Estado:

Todos esses fatores devem estar presentes, tanto na análise preliminar que culminará na autorização, ou não, para a comercialização dos planos de benefícios instituídos pelas entidades de previdência, como também para o controle a posteriori a ser exercido pelo Ministério Público, por entidades de defesa do consumidor, pelos próprios consumidores e pelo Poder Judiciário. (CORREIA; VILLELA, 2004, p. 160).

Importante mais uma vez ressaltar que a previdência complementar é essencialmente privada e as entidades de previdência possuem capacidade processual e personalidade jurídica própria. Além do mais, ocupam-se unicamente da instituição, oferecimento e administração de planos de benefícios de caráter previdenciário, fazendo-se necessário pormenorizar este objeto dos contratos de previdência privada, que é a prestação do benefício previdenciário, conforme a obra de Costa (2003).

A Lei Complementar limitou o âmbito de atuação das entidades apenas à prestação de benefícios previdenciários *stricto sensu*, ou seja, aqueles voltados para a proteção aos riscos sociais, tais como a perda da capacidade laborativa, ocasionados pela velhice, pela doença, pela invalidez e pela morte. Algumas entidades podem prestar serviços assistenciais à saúde, desde que na data de publicação da LC nº 109/01 já oferecessem aos seus participantes e assistidos. Nestes casos, o artigo 76 da LC nº 109, informa:

Art. 76 - As entidades fechadas que, na data da publicação desta Lei Complementar, prestarem a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.

Feitas essas breves considerações pertinentes à previdência complementar, volta-se à análise das entidades abertas e fechadas. Arthur Weintraub faz a distinção entre as duas entidades:

A divisão entre Previdência Privada aberta e fechada se manifesta pelo caráter de vinculação da pessoa ao sistema. A Previdência Privada aberta, em princípio, é acessível a qualquer pessoa, diversamente do que ocorre com a Previdência Privada Fechada (devendo haver vínculo jurídico prévio entre as pessoas físicas e jurídicas envolvidas no processo de capitalização para ingresso no sistema). (WEINTRAUB, 2005, p. 91).

Wladimir Novaes vai além ao estabelecer a distinção entre entidade aberta e entidade fechada:

A relação jurídica de previdência privada pode ser esmiuçada e pormenorizada, especialmente a nascida entre segurado ou associado e EAPP, bem como entre participante e EFPP. A perquirição objetiva apreender a essência do vínculo jacente no entrelaçamento das pessoas.

No bojo da proteção supletiva, a rigor, o segmento aberto não difere fundamentalmente do fechado. Do ponto de vista conceitual, o envolvimento é praticamente igual, no primeiro caso ligeiramente influenciado pela proximidade do seguro privado, regime financeiro e tipo de plano. Sob essa ótica, mais seguro e menos previdência, em razão do mecanismo utilizado e tipo das prestações postas à disposição, embora alguns planos novos estejam se identificando com os fechados, preferindo rendas mensais a pecúlios.

Na previdência fechada subsiste triângulo abarcando três relações distintas: a) patrocinadora-entidade; b) entidade-participante; e c) participante-patrocinadora.

Pequenas diferenças emergem e devem ser ressaltadas: a) cooperação pecuniária e vizinhança do mantenedor; b) semelhança e dependência da prestação básica; e c) vínculo empregatício com patrocinador. (MARTINEZ, 1996, p. 115).

A distinção entre as entidades se dá por força de lei específica, que leva em consideração a finalidade a que se propõem, com ou sem fins lucrativos, e a forma de filiação dos participantes.

2.1 Natureza jurídica das entidades de previdência complementar

A Constituição Federal inseriu em seu artigo 202, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, o Regime de Previdência Privada incluindo todas as suas características, dispondo:

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

Algumas características são próprias do regime de previdência privada como: complementariedade, autonomia, facultatividade, regime baseado na constituição de reservas e a contratualidade.

Em relação à complementariedade, o regime de previdência privada possui caráter complementar ao regime de previdência social, o que não implica necessariamente a filiação de um participante de plano de benefícios de previdência complementar ao regime de previdência social.

Sobre esse assunto, entende Eliana Romeiro Costa:

O significado “complementar” compreende um modelo paralelo ao básico, destinado a “adicionar” o bem-estar dos trabalhadores. O bem-estar é

serviço previdenciário opcional, custeado com *contribuições adicionais* conforme redação anterior à Emenda Constitucional n. 20. O bem-estar suplementar-privado equivale ao campo não preenchido pelas políticas públicas de seguridade e de previdência social básicas. Trata-se da majoração dos benefícios de caráter previdenciário fundados no contrato, como poupança de capitalização ou como conta de capitalização previdenciária. (COSTA, 2003, p. 43).

Outra característica da previdência privada é a autonomia em sua organização. Os benefícios concedidos por ela são desvinculados da concessão dos benefícios da previdência social. Além disso, há a possibilidade de auto governança do regime privado e sua estrutura normativa está separada da previdência pública, sendo o Regime Geral de Previdência Social regulamentado pelas Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 1991, e a regulamentação da previdência privada está prevista na Lei Complementar nº 109/2001. Porém, a autonomia não significa imunidade ao controle estatal, pois a própria LC nº 109 expressa que as atividades das entidades de previdência complementar serão normatizadas e fiscalizadas pelo Estado, de acordo com o que preceitua Balera (2000).

A facultatividade no regime privado de previdência está representada no ato de vontade e não imposição ou obrigação de contratação de plano de previdência. Além disso, os planos de benefícios das entidades de previdência complementar, principalmente das entidades abertas, são oferecidos a qualquer pessoa interessada sem vinculação alguma ao exercício de atividade remunerada, conforme a lição de Correia e Villela (2005).

O autor Wagner Balera frisa a característica da facultatividade:

Ao regime complementar, por seu turno, compete proporcionar planos de proteção que atendam à demanda daquela parcela da comunidade cujas rendas se situem acima dos limites de proteção estabelecidos pelo regime geral e pelo regime próprio. As entidades que poderão compô-lo classificam-se em fechadas e abertas.

A adesão a essa rede de proteção supletiva, a dos planos complementares, não é compulsória, como a que vincula as pessoas aos regimes básicos. É livre a adesão dos trabalhadores, individual ou coletivamente, aos planos complementares. (BALERA, 2000, p. 15).

Em relação à previdência privada, é baseada na constituição de reserva, por um regime de capitalização definido de acordo com o plano de benefício contratado, tendo como objetivos garantir a prestação pecuniária do benefício

previdenciário e a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial das entidades e dos planos.

É o que explica Paulo Mente:

Ao contrário da previdência pública, assentada no regime de repartição, com orçamento anual ou periódico, a previdência complementar adota, por exigência legal, na quase totalidade dos benefícios prometidos, o regime de capitalização. Em definição simplória, isso significa que as contribuições vertidas, por patrocinadores e por participantes, são guardadas e aplicadas para o sustento dos benefícios futuros. Portanto, os benefícios das entidades serão pagos com o resultado das contribuições recolhidas durante a fase da vida ativa, acrescidas dos respectivos rendimentos financeiros obtidos. (MENTE, 2002, p. 187).

Por fim, encontra-se o caráter contratual da relação de previdência privada ao se referir ao benefício contratado. A contratualidade está nitidamente presente na relação que se estabelece entre participante, patrocinador e entidade de previdência complementar, de acordo com Mente (2002).

O vínculo jurídico estabelecido entre as partes é contratual e com natureza previdenciária, se aperfeiçoando quando da adesão dos participantes aos planos de benefícios das entidades e consolidando o ato jurídico perfeito. Tal ato é constituído através de contratos privados com natureza de contratos de adesão, de acordo com a doutrina de Martinez (2004).

Por meio da adesão aos planos das entidades de previdência complementar, os patrocinadores juntamente com os participantes assumem a obrigação de verter contribuições para os planos. A formação das reservas será destinada, no futuro, a custear os benefícios previdenciários, conforme Martinez (2004).

Por outro lado, as entidades assumem a obrigação de gestão dos recursos vertidos por participantes e patrocinadores aos planos de benefícios. José Cretella Júnior expõe o conceito de gestão:

A gestão, concretizada mediante a prática do ato conhecido pelo nome de *jure gestionis*, assemelha-se à gestão privada, atividade que o poder público desempenha analogamente ao particular, pessoa física ou empresa, ao gerir os próprios negócios. Todo ato de gestão tem por objetivo a conservação, a diminuição ou o aumento do patrimônio. Ora, não há patrimônio sem *dominus*, sem proprietário. (CRETILLA JÚNIOR, 1966, p. 53).

Ainda nesse sentido, as normas entre previdência social e previdência complementar são distintas. O regime de previdência social rege-se por direito público e estabelece a compulsoriedade da filiação. Já o regime de previdência complementar é operado por meio de entidades de direito privado e, mesmo quando seu patrocinador é um ente estatal, não se altera a natureza privada. Sobre esse aspecto, Adacir Reis:

As entidades fechadas de previdência complementar possuem natureza privada, pouco importando o perfil dos patrocinadores dos planos de benefícios por elas administrados. Assim, o patrocinador do plano previdenciário pode ser uma empresa estatal ou uma autarquia, mas a entidade de previdência será sempre privada. (REIS, 2009, p. 53).

Demonstrada a natureza privada da previdência complementar, outro importante aspecto diz respeito ao pressuposto de que nos planos das entidades fechadas de previdência deve haver uma relação de emprego entre o participante e o patrocinador ou uma relação associativa entre o participante e o instituidor.

Especificamente quanto aos planos patrocinados, destaca-se que o legislador ressaltou a desvinculação da relação previdenciária da relação trabalhista, entre participantes e patrocinadores, nos planos de benefícios administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar e reafirmou o caráter facultativo da previdência privada, nos termos do parágrafo 2º do art. 202, da Constituição Federal:

Art. 202 [...]

§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.

Além da Carta Magna, o artigo 68 da LC nº 109/01, também destaca a desvinculação trabalhista em relação à previdência complementar, determinando que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos institutos que regulamentam as entidades privadas não integram o contrato de trabalho.

Uma de suas principais diferenciações está relacionada com a fixação, pelo legislador, da competência jurisdicional para a solução dos conflitos referentes à matéria previdenciária. Assim, conforme o art. 202, § 2º, da Constituição Federal,

ao determinar que as relações de trabalho diferenciam-se das relações previdenciárias, o legislador indica que o foro adequado para a solução de conflitos referentes a assuntos previdenciários é a Justiça Comum e não a Justiça do Trabalho.

Em defesa desse sentido, Lamartino França de Oliveira:

[...] As ações que envolvam empregados de empresas patrocinadoras de planos de previdência privada complementar são de competência da Justiça Estadual Comum, uma vez que todas as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho. (OLIVEIRA, 2002, p. 96).

O Supremo Tribunal Federal proferiu o acórdão do RE 586453 entendimento que consolida a competência da Justiça Comum para processar e julgar as causas sobre plano de previdência privada. Conforme Ementa do julgado:

EMENTA Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda - Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13).

1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta.

[...] (BRASÍLIA, 2013).

Reitere-se o caráter facultativo da adesão ao plano de benefícios da entidade fechada de previdência complementar. O início da relação trabalhista do participante com o seu empregador e patrocinador do plano pode não gerar o início do vínculo com a entidade previdenciária, já que o participante pode aderir ao plano de benefícios muito após o início do seu contrato de trabalho, ou simplesmente poderá não aderir, de acordo com os ensinamentos de Lima (2004).

Ainda, o fim do contrato de trabalho não significa o término da relação com a entidade de previdência, podendo o participante continuar vinculado ao plano

de benefícios optando pelos institutos do benefício proporcional diferido ou do autopatrocínio, entendimento de Arruda (2004).

Por fim, deve-se destacar na repercussão jurídica nascida da desvinculação da relação trabalhista dos planos de benefícios das entidades de previdência privada a supremacia dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, decorrentes das normas de direito privado, de acordo com a obra da doutrinadora Arruda (2004).

2.2 Entidades abertas de previdência complementar - EAPC

As entidades abertas, conforme previsto no art. 36 da Lei Complementar nº 109/01, são constituídas sob a forma de sociedades anônimas e objetivam instituir e operar planos de benefícios previdenciários que serão concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a qualquer pessoa física.

Além disso, os planos de benefícios também poderão ser administrados por sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida. O doutrinador Wladimir Novaes Martinez informa:

[...] A partir da LC n. 109/01, as seguradoras gozam da liberdade para identificarem-se com as entidades abertas e oferecerem planos de benefícios. Após a formalização da equiparação e a assunção das obrigações formais inerentes, têm permissão para ingressar no mercado securitário, com isso aumentando significativamente a concorrência e, diga-se de passagem, crescendo os riscos dessa competição. (MARTINEZ, 2003, p. 397).

Nesse sentido, o legislador foi expresso ao determinar que as entidades abertas somente podem ser constituídas na forma de sociedade anônima. Entende-se por sociedade anônima, segundo Fábio Ulhoa Coelho:

Anônima é a sociedade empresária com capital social dividido em valores mobiliários representativos de um investimento (as ações), cujos sócios têm, pelas obrigações sociais, responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações que titularizam. (COELHO, 2000, p. 66).

Nesse aspecto, é importante destacar que, embora tenham como característica a obtenção de lucro, este não é o objetivo principal da EAPC, mas

também atender ao interesse público pelo qual foi constituída, qual seja, pagar benefícios previdenciários àqueles que contribuíram com essa expectativa,

Conforme disposição de Amaral Filho (2005), outro aspecto relevante é que a concessão do benefício pode ser por meio de pagamento continuado ou único, dependendo do plano contratado pelo participante. A renda continuada tem periodicidade mensal, podendo ter duração predeterminada ou vitalícia; já no pagamento único, a reserva acumulada pelo participante é paga a ele de uma só vez.

As EAPC podem instituir e administrar planos de benefícios individuais ou coletivos. As pessoas físicas, com plena capacidade civil, podem participar dos planos individuais, independentemente da existência de vínculos ou de já estarem inscritos em outro plano. Também é possível, conforme o art. 26 da LC nº 109/01, a instituição de planos coletivos contratados por uma pessoa jurídica com o intuito de conferir benefícios a pessoas físicas a ela vinculadas direta ou indiretamente. Nesse sentido:

Em que pesem as dificuldades de acesso, essa espécie de plano possui vantagens em relação aos planos individuais, na medida em que reforça o sentimento de integração e solidariedade do grupo. O contato entre os participantes poderá conferir ao plano maior credibilidade e segurança, desestimulando a portabilidade ou o resgate dos valores.

Por sua vez, cumpre ressaltar que a contratação de um plano por uma pessoa jurídica não implica obrigatoriedade de sua participação no custeio do mesmo. Contudo, a presença de contribuições da empresa deverá ser estimulada, já que implicará em vantagens aos participantes, refletindo em um aumento do volume de capital e do valor dos benefícios devidos. (CORREIA; VILLELA, 2004, p. 258).

Ademais, os planos de benefícios fornecidos pelas EAPC são acessíveis somente às pessoas físicas e independe da existência de vínculo empregatício, de acordo com os ensinamentos de Amaral Filho (2005).

2.2.1 Sujeitos da relação jurídica na previdência complementar aberta

A relação jurídica de previdência complementar aberta envolve sujeitos elementares (ativos e passivos), aos quais poderão ser atribuídos direitos e deveres. A primeira parte a figurar na relação jurídica é a própria EAPC, sujeito que oferece os planos de benefícios aos indivíduos interessados. Na segunda parte da relação

existem os contratantes dos planos individuais (pessoa física), ora chamados de participantes, e dos planos coletivos (pessoa jurídica), ora denominados instituidores ou averbadores, de acordo com a obra de Póvoas (1991).

Além desses, podem participar da relação jurídica os beneficiários indicados pelos participantes e os assistidos. Baseado no entendimento da Resolução CNSP nº 201/08, artigo 2º:

- *EAPC*: entidade aberta de previdência complementar e a sociedade seguradora autorizada a operar planos de previdência complementar aberta;

- *Participante*: pessoa física que contrata ou, no caso de contratação sob a forma coletiva, adere ao plano;

- *Assistido*: pessoa física em gozo do benefício sob a forma de renda;

- *Beneficiário*: pessoa ou pessoas designadas para receber os valores de benefício, na hipótese de ocorrência de evento gerador, de acordo com a estrutura do plano e na forma prevista na Resolução;

- *Instituidora*: pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo, ficando investida de poderes de representação, exclusivamente para contratá-lo com a EAPC, e que participa, total ou parcialmente, do custeio;

- *Averbadora*: pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo, ficando investida de poderes de representação, exclusivamente para contratá-lo com a EAPC, sem participar do custeio.

2.2.2 Valores garantidos na previdência complementar aberta

Os valores garantidos não se confundem com os benefícios previdenciários. Os eventos que geram os benefícios previdenciários são a morte, invalidez e a idade avançada. Já os valores garantidos são devidos em caso de saída prematura do participante do plano previdenciário, conforme Santos (2005).

Entende-se por valores garantidos, o montante acumulado na provisão dos benefícios a conceder, que será devido ao participante caso ele saia do plano

previdenciário privado antes dos eventos que possam gerar benefícios previdenciários. Manuel Soares Póvoas entende que:

Nos planos estruturados no regime financeiro de capitalização, os benefícios têm, além da feição previdenciária, uma feição de poupança, pelo que os participantes, enquanto decorre o prazo do contrato, vão objetivando os benefícios, conforme o que estiver sido na N. T. A. e conste no contrato, em maior ou menor parte, conforme o montante das reservas ou o montante das contribuições. Os valores garantidos são a objetivação desses benefícios. (PÓVOAS, 1991, p. 265).

De acordo com a Resolução CNSP nº 201/08, Título IV, os valores garantidos são: o resgate, o saldamento, o benefício prolongado e a portabilidade.

2.2.2.1 Saldamento e benefício prolongado

O saldamento é definido pela Resolução CNSP nº 201/08, art. 2º, inciso XXXVIII, da seguinte forma: “a interrupção definitiva do pagamento das contribuições, mantendo-se direito à percepção proporcional do benefício originalmente contratado”.

A entidade de previdência complementar garantirá, no caso de interrupção definitiva das contribuições ao plano de previdência pelo participante e pelo instituidor, conforme o caso, aos participantes do plano um benefício proporcional ao originalmente contratado, de acordo com a obra de Weintraub (2005).

Dessa forma, a entidade verificará o montante acumulado pelo participante e calculará o valor proporcional do benefício previdenciário. O saldamento implica diminuição do valor do benefício, pois o custeio do valor inicialmente projetado não foi cumprido pelos responsáveis pelas contribuições. A renda saldada poderá ser recebida na data fixada inicialmente para aposentadoria (diferida) ou imediatamente, conforme os ensinamentos de Weintraub (2005).

Em relação ao benefício prolongado, verifica-se semelhança com o saldamento. O art. 2º, inciso VI, da Resolução, define que o benefício prolongado é: “interrupção definitiva do pagamento das contribuições, mantendo-se o direito à

percepção, de forma temporária, do mesmo valor do benefício originalmente contratado”.

No caso do benefício prolongado, o valor inicialmente fixado para o benefício será mantido, mesmo com a interrupção da contribuição para o plano previdenciário, modificando-se apenas o tempo de duração do pagamento do benefício pela entidade. A doutrinadora Maria da Glória Arruda complementa:

O saldamento e o benefício prolongado são institutos muito semelhantes, pois ambos pressupõem a interrupção das contribuições ao plano previdenciário e a manutenção do direito à percepção do benefício. (ARRUDA, 2004, p. 153).

A diferença primordial do saldamento para o benefício prolongado é que, no saldamento, a interrupção da contribuição afetará o valor do benefício, enquanto que no benefício prolongado, o prazo de recebimento do benefício.

2.2.2.2 Resgate e portabilidade

O resgate corresponde à retirada, total ou parcial, das contribuições vertidas ao plano de previdência pelo participante, sendo descontado o custeio administrativo e podendo ser requerido entre a data de inscrição do participante no plano e a data da concessão do benefício.

A Resolução CNSP nº 201/08 também define o resgate como sendo: “faculdade de retirada, exclusivamente por solicitação do participante, de recurso da provisão matemática de benefícios a conceder, antes da ocorrência do evento gerador”.

É certo que, caso o participante saia do plano previdenciário antes de preencher os requisitos para a percepção do benefício, ele terá o direito de resgatar os valores acumulados na provisão de benefício a conceder, desde que sejam cumpridas todas as regras fixadas para o resgate.

O anexo da Resolução CNSP nº 25/94 explicita que o pagamento do resgate estará sempre condicionado à estrutura técnica do plano. Em relação aos valores garantidos referentes às contribuições efetuadas por pessoa jurídica, eles

deverão ser destinados aos próprios participantes, ou revestidos em benefício do plano, conforme definido em contrato.

Já o instituto da portabilidade, consiste na possibilidade de o participante transferir sua reserva acumulada da entidade de previdência complementar que administra seu plano de benefícios para outra, sendo exigido, pra seu exercício, um período de carência a ser fixado pelo órgão regulador, conforme Martinez (2003).

Na Resolução nº 201/08 a portabilidade é definida como: “movimentação dos recursos da provisão matemática de benefícios a conceder para outros planos, por expressa solicitação do participante, antes da ocorrência do evento gerador”. A portabilidade será movimentada diretamente entre as EAPC, ficando vedado que transitem pelo participante ou pela pessoa jurídica instituidora/averbadora, quando for o caso.

Os institutos de resgate e portabilidade não se confundem. O resgate implica uma relação entre entidade de previdência complementar e o participante, este podendo dispor livremente dos valores a que têm direito. A portabilidade pressupõe a transferência da reserva acumulada pelo participante de uma entidade para outra, devendo ser mantida, na entidade receptora, com a finalidade de custear os benefícios previdenciários do participante.

O artigo 69, parágrafo 2º, da LC 109/01 dispõe sobre a não incidência de tributação no instituto da portabilidade, diferentemente do que ocorre no resgate.

Art. 69 - [...]

§ 2º Sobre a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar, titulados pelo mesmo participante, não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

Por fim, a portabilidade não implica a troca de titularidade dos valores acumulados, eis que é vedada a transmissão dos valores financeiros entre os participantes dos planos de benefícios.

2.3 Entidades fechadas de previdência complementar - EFPC

A definição e as características da EFPC, também conhecida com fundo de pensão, encontram-se nos artigos 31 a 35 da Lei Complementar nº 109/01. Entende-se por entidade fechada aquela acessível de forma exclusiva por empregados de uma empresa ou grupo de empresas; por servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; assim como por associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

Sobre as entidades fechadas associativas, Correia e Villela definem:

[...] São instituídas por pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial. Entende-se por pessoa jurídica de caráter profissional as associações por profissão com fins de fiscalização e regulamentação da profissão, mas, também, as de cunho representativo, assistencial, cultural, etc. Elas são instituições cujos participantes podem ser denominados membros, associados, filiados, sindicalizados ou cooperados. Seja qual for a denominação que recebam, eles têm como faculdade a adesão ao plano de previdência privada complementar instituído pela pessoa jurídica de caráter profissional. (CORREIA; VILLELA, 2004, p. 282).

A legislação da previdência complementar inseriu algumas limitações, quando da possibilidade de constituição de EFPC por entidades associativas (instituidores). Elas deverão preencher alguns requisitos, posto que somente podem ofertar planos de benefícios na modalidade de contribuição definida e, ao mesmo tempo, terceirizar a gestão dos recursos garantidores de reservas técnicas e provisões, mediante contratação de instituição especializada. Além disso, os responsáveis pela gestão dos recursos deverão manter o seu patrimônio isolado dos patrimônios da EFPC e do instituidor.

De acordo com a Resolução MPS/CGPC nº 16/2005, entende-se por plano previdenciário na modalidade de benefício definido aqueles cujos benefícios que são programados possuem seu valor ou nível previamente estabelecido, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção. A mesma resolução também explicita o plano de benefícios na modalidade contribuição definida, ao qual cujos benefícios programados possuem 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.

Silvio Lima explica a escolha do plano de benefício na modalidade contribuição definida:

Planos de contribuição definida pura oferecem menores riscos à EFPC, uma vez que os eventuais pagamentos de benefícios de risco; por exemplo, aqueles decorrentes de invalidez ou morte, via de regra, tem seu custeio suportado pelas contribuições mensais do patrocinador e, no caso dos Fundos Setoriais, inexistente contribuição por parte do Instituidor, sendo então mais adequada a adoção da modalidade de contribuição definida, posto que esta permite, a partir de criteriosa avaliação atuarial, melhor equacionar no valor da contribuição do participante o custeio de todos os benefícios integrantes do plano contratado. (LIMA, 2004, p. 77).

Ademais, segundo o art. 31, § 4º da LC nº 109/01, no caso dos instituidores será exigido um tempo mínimo de existência deles e um quantitativo mínimo de associados, definidos pelo órgão regulador.

A EFPC não poderá atuar como sociedade comercial. São organizadas sob a forma de sociedade civil ou fundação, necessariamente sem finalidade lucrativa, sendo vedada a prestação de serviços que não se encontrem compreendida na administração e execução de planos de benefícios previdenciários.

Na forma do art. 33, da LC nº 109/01, o órgão regulador e fiscalizador das EFPC fornecerá a autorização para a constituição e o funcionamento delas, mediante o encaminhamento de requerimento acompanhado do estatuto e regulamento do plano de benefício. O estatuto representa o ato constitutivo da EFPC apresentando a sua estrutura de organização e gestão, bem como as diretrizes e competências dos órgãos estatutários. Por sua vez, o regulamento define as características e condições do plano de benefícios, assim como os direitos e obrigações dos sujeitos da relação jurídica.

Da mesma forma, exige-se a autorização do órgão competente para as operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária das entidades; além das retiradas de patrocinadores; das transferências de patrocínio, de grupo de participantes, de planos e de reservas entre EFPC, conforme o art. 33, da LC nº 109/01.

Seguindo acerca das EFPC, o art. 34 da LC nº 109/01 estabelece a classificação em função dos planos de benefícios que administram e do número de instituidores ou patrocinadores, cabendo ao órgão regulador e fiscalizador estabelecer outras classificações.

Na primeira parte do art. 34 encontra-se a classificação quanto ao tipo de plano: plano comum ou multiplano. Em relação à entidade de plano comum,

caracteriza-se pela administração de plano ou conjunto de planos acessíveis ao universo de participantes, ou seja, todos os participantes são alcançados por um único tipo de plano ou mesmo conjunto de planos. Já no multiplano, existe um plano ou conjunto de planos para grupos diferentes de participantes e assistidos, inclusive com independência patrimonial.

A segunda parte do art. 34 dispõe sobre a classificação das entidades fechadas de acordo com o quantitativo de instituidores ou patrocinadores. Uma entidade é singular quando está vinculada a apenas um instituidor ou patrocinador e a entidade é multipatrocinada quando há mais de um instituidor ou patrocinador.

Wladimir Novaes Martinez observa quanto à classificação das entidades multipatrocinadas:

É de se destacar que inexistente imposição legal de que as patrocinadoras de uma EFPC pertençam a um mesmo grupo econômico ou que mantenham algum tipo de relação de participação no capital uma das outras. Do mesmo modo, não há que se exigir que as instituidoras pertençam a um mesmo segmento econômico ou profissional. (MARTINEZ, 2003, p. 356).

Importante ressaltar, embora a entidade fechada possua personalidade jurídica própria, que os instituidores ou patrocinadores poderão supervisionar a sua gestão através dos órgãos estatutários que a compõem. Assegurando, dessa forma, os interesses dos patrocinadores.

O art. 35 da LC nº 109/01 trata da estrutura administrativa das entidades fechadas de previdência complementar. Esta estrutura deverá comportar, no mínimo, um conselho deliberativo, um conselho fiscal e uma diretoria-executiva. A LC nº 109/01 não explicitou as atribuições dos órgãos da estrutura mínima. Entretanto, a LC nº 108/01 efetuou esse detalhamento.

O conselho deliberativo é o responsável pela análise das principais medidas administrativas tomadas pela entidade, por exemplo, a alteração de estatuto e regulamentos dos planos de benefícios, a retirada de patrocinadores, a gestão de investimentos e plano de aplicação de recursos. Ao conselho fiscal coube analisar e avaliar a situação patrimonial da entidade emitindo pareceres e votos, ele é o órgão de controle interno da entidade. Os conselhos possuem composição paritária entre os representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, de acordo com a doutrina de Correia e Villela (2005).

Por fim, a diretoria-executiva é o órgão responsável pela administração da entidade conforme a política traçada pelo conselho deliberativo. Ela será composta por, no máximo, seis membros definidos em função do patrimônio da entidade e do seu número de participantes e assistidos, conforme os ensinamentos de Lima (2004).

2.3.1 Sujeitos da relação jurídica na previdência complementar fechada

Assim como na entidade de previdência complementar aberta, serão sujeitos da relação jurídica os que recebem os benefícios previdenciários (sujeitos ativos) e os que pagam os benefícios (sujeitos passivos).

Os sujeitos que representam a previdência complementar fechada são: participantes, assistidos, beneficiários, patrocinadores ou instituidores e a entidade fechada de previdência complementar. A Lei Complementar nº 109/01 em seus artigos 8º e 31 apresenta esses sujeitos:

- *Participante*: é a pessoa física que aderir ao plano de benefícios, sendo imprescindível para o estabelecimento da relação jurídica;

- *Assistido*: é o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada. O participante torna-se assistido quando passa a ter direito a gozar o benefício tal como contratado;

- *Beneficiário*: é a pessoa indicada, em documento específico, pelo participante ou assistido, para receber o benefício em razão de sua morte;

- *Patrocinador*: pessoa jurídica que mantém vínculo laboral ou equiparado com o participante e que venha a instituir plano de benefício previdenciário, por meio de entidade fechada, vertendo contribuições para o plano.

- *Instituidor*: pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial que institua para seus membros ou associados, por intermédio de entidade fechada, plano de benefícios previdenciários.

2.3.2 Valores garantidos na previdência complementar fechada

É fato que nos dias atuais um empregado dificilmente se mantém vinculado a uma única empresa ou associação durante toda a sua vida laboral. Por esse motivo, os planos de benefícios das entidades fechadas, assim como nas entidades abertas, possuem instrumentos que asseguram direitos aos participantes frente a possíveis rupturas da relação previdenciária.

Nas EFPC, tais direitos são conhecidos como institutos. São eles: benefício proporcional diferido, portabilidade, resgate e autopatrocínio. Os institutos são acessados quando há a perda do vínculo empregatício com o empregador ou do vínculo associativo com o instituidor.

O tema relativo aos institutos encontra-se disciplinado no art. 14 da Lei Complementar nº 109/01 e na Resolução MPS/CGPC nº 06/03.

2.3.2.1 Benefício proporcional diferido - BPD

A Resolução MPS/CGPC nº 06/03 define o benefício proporcional diferido como um instituto que possibilita ao participante, em razão de cessação de vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor, antes da aquisição do direito ao benefício pleno, optar por receber, em tempo futuro, o benefício decorrente dessa opção, desde que cumprida carência de até três anos de vinculação ao plano de benefícios.

Miguel Horvath Júnior define o BPD como sendo:

Instrumento de preservação do direito previdenciário dos participantes de planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar (EFPC). Apresentando-se como meio de opção pelo recebimento futuro de um benefício proporcional às suas contribuições, em razão da cessação do vínculo empregatício com os patrocinadores ou instituidores antes da aquisição do direito ao benefício pleno. (HORVATH JÚNIOR, 2003, p. 53).

Ainda sobre o BPD, o doutrinador Silvio Lima com base na Resolução MPS/CGPC nº 06/03 complementa:

[...] Deve o plano de benefícios dispor sobre o custeio das despesas administrativas e de eventuais coberturas dos riscos de invalidez e morte do participante, oferecidas durante a fase de diferimento, não obstante o fato acima mencionado de que a opção pelo benefício proporcional diferido

implica a cessação das contribuições para o exercício pleno programado. (LIMA, 2004, p. 88).

Cumprido destacar que, na hipótese de opção ao BPD, não serão exigidos desses participantes o cumprimento de condições de elegibilidade diferentes daquelas exigidas para o benefício pleno programado. As exceções ficam por conta do tempo de contribuição ao plano ou o tempo de serviço junto ao patrocinador, que foram interrompidos, caso esses critérios estejam previstos no regulamento para a elegibilidade ao benefício, conforme entendimento de Horvath Júnior (2003).

O BPD gerará um benefício proporcional, com valor equivalente ao calculado com base na reserva acumulada até o momento da ruptura do vínculo laboral.

2.3.2.2 Portabilidade e resgate

São institutos já apresentados no item 2.1.2.2, mas serão aqui tratados por meio da análise do art. 14, inciso II, da LC nº 109/01 e da Resolução MPS/CGPC nº 06/03.

A portabilidade no âmbito da EFPC é o instituto que faculta ao participante transferir os recursos financeiros correspondentes ao seu direito acumulado para outro plano de benefícios de caráter previdenciário operado por entidade de previdência complementar ou sociedade seguradora autorizada a operar o referido plano.

A esse respeito, comenta Adacir Reis que:

A simples mudança de um plano para outro, conhecida como migração de plano, sem o rompimento do vínculo empregatício com o patrocinador, no interior de uma mesma entidade de previdência, não constituirá portabilidade, mas apenas uma novação contratual. (REIS, 2002, p. 22).

O participante que não esteja em gozo de benefício, para obter o direito à portabilidade, deverá cumprir algumas exigências simultâneas feitas pelo órgão regulador. A primeira delas diz respeito à cessação do vínculo empregatício com o patrocinador, e a segunda exigência fica por conta do cumprimento da carência de até três anos de vinculação do participante ao plano de benefícios.

Em relação à portabilidade e à obrigatoriedade da cessação do vínculo empregatício, Arthur Weintraub descreve:

Caracteriza-se a portabilidade pela possibilidade de transferência de valores existentes em nome do participante, de um plano para outro, no caso de perda do vínculo empregatício, ou seja, os valores acumulados (a lei utiliza o termo direito acumulado) em um plano específico de uma entidade de Previdência privada, no nome do participante, podem ser transferidos para outro plano de outra entidade, desde que haja a cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador. (WEINTRAUB, 2005, p. 134).

Na portabilidade das entidades fechadas, também é vedado que os recursos financeiros transitem pelos participantes dos planos de benefícios. Portanto, tais recursos são movimentados diretamente entre as entidades de previdência complementar, de acordo com a doutrina de Martinez (2004).

Em relação ao segundo instituto, o resgate, é facultado ao participante do plano de benefícios, a partir do seu desligamento junto à entidade fechada, a receber e dispor livremente do valor acumulado no plano. No resgate há a cessação dos compromissos do plano administrado pela EFPC em relação ao participante e seus beneficiários, conforme preceitua Teixeira (2002).

O resgate será pago, segundo a Resolução MPS/CGPC nº 06/03, em quota única, por opção do participante, ou em até doze parcelas mensais consecutivas, de acordo com previsão feita no regulamento do plano de benefícios.

Em relação ao valor do resgate, ele será correspondente, a no mínimo, à totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, sendo descontadas as parcelas referentes ao custeio administrativo, na forma do regulamento e do plano de custeio, conforme disposição da Resolução MPS/CGPC nº 06/03.

O custeio administrativo é entendido por Correia e Villela como:

Por custeio administrativo entendem-se tanto os valores consumidos pela entidade fechada no exercício de sua atividade de gestão das contribuições vertidas ao fundo quanto as demais despesas administrativas realizadas no implemento dos benefícios concedidos, ou seja, o seu custo operacional [...]. (CORREIA; VILLELA, 2004, p. 196).

Nos planos de benefícios criados por patrocinador, somente poderá haver opção pelo resgate na hipótese de quebra do vínculo empregatício, não sendo

necessário o rompimento do vínculo associativo nos planos de benefícios de instituidor.

2.3.2.3 Autopatrocínio

Outro instituto presente no art. 14 da LC nº 109/01 é o autopatrocínio, que é a faculdade do participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, quando ocorrer a perda total ou parcial da remuneração recebida, para que se possa assegurar a percepção dos benefícios no mesmo nível correspondente à remuneração anterior.

Verifica-se, aqui, que o pressuposto para opção ao autopatrocínio é a perda da remuneração, parcial ou total. A cessação do vínculo empregatício com o patrocinador será entendida como uma das formas de perda total da remuneração.

Quando o participante passa a exercer o autopatrocínio, ele contribui sobre a remuneração anteriormente percebida no momento anterior à perda. Caso essa perda de remuneração seja decorrente do rompimento do vínculo empregatício, o participante poderá optar posteriormente pelo benefício proporcional diferido, portabilidade ou resgate, de acordo com o art. 29 da Resolução MPS/CGPC nº 06/2003.

3 FUNDAMENTOS DO PODER DE POLÍCIA DO ESTADO NA FISCALIZAÇÃO DAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

3.1 Poderes de Estado

A Administração Pública para realizar suas atividades detém prerrogativas ou poderes que lhe permitem sobrepor o interesse público ao privado, baseado no princípio da supremacia do interesse público. Tais poderes relacionam-se com o desempenho da função administrativa, pois sem eles não seria possível sujeitar as vontades particulares ao interesse geral, de acordo com Medauar (2014).

Assim, entende-se que os poderes administrativos representam parte da manifestação das funções estatais e, como bem explicita Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] é certo que existe a função estatal quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar poderes requeridos para supri-las. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 71).

O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho conceitua poderes administrativos como:

Pode-se, pois, conceituar os poderes administrativos como conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 51).

O uso do termo poderes administrativos implica a supremacia em dirigir e governar as ações de outrem pela imposição da obediência. No entanto, deve-se ter em mente que, do ponto de vista do Direito Administrativo, tais imposições devem ser exigidas por meio do legítimo desempenho das atribuições constitucionais da Administração Pública, sob pena de abuso de poder, conforme preceitua Carvalho Filho (2013).

Os poderes conferidos pela lei à Administração estão disponíveis para consecução do interesse público e em função de finalidades específicas previstas em lei e na Constituição. São espécies de poderes administrativos: o discricionário,

o hierárquico, o disciplinar, o regulamentar e de o polícia, entendimento da obra de Medauar (2014).

O chamado poder vinculado não é propriamente um poder, corresponde à sujeição completa da Administração ao império da lei. Pelo princípio da legalidade administrativa, a atuação administrativa é sempre associada ao comando legal. Há vinculação quando o comando legal encerra todos os requisitos de ação, de modo que não reste à Administração Pública opção ou discricionariedade diante do caso concreto, ou seja, ela terá de agir de forma determinada legalmente, de acordo com Di Pietro (2012).

Cabe observar que, na prática de um ato vinculado, o agente administrativo utiliza somente a vinculação legal. Na prática de um ato discricionário, a Administração Pública utiliza o poder discricionário e, também, o poder vinculado, conforme Bandeira de Mello (2008).

Na discricionariedade, o legislador atribui certa competência à Administração Pública, reservando uma margem de liberdade para que o agente público, diante da situação concreta, possa selecionar entre as opções predefinidas qual a mais apropriada para defender o interesse público. Ao invés de o legislador definir no plano da norma um único padrão de comportamento, delega ao destinatário da atribuição a incumbência de avaliar a melhor solução para agir diante das peculiaridades da situação concreta, conforme a doutrina de Meirelles (1996).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o poder discricionário não existe como poder autônomo, ele é, quando muito, atributo de outros poderes ou competência da Administração:

A discricionariedade, sim, tem inserida em seu bojo a ideia de prerrogativa, uma vez que a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei. No entanto, não se pode dizer que exista como poder autônomo; o que ocorre é que as várias competências exercidas pela Administração com base nos poderes, regulamentar, disciplinar, de polícia, serão vinculadas ou discricionárias, dependendo da liberdade, deixada ou não, pelo legislador à Administração Pública. (DI PIETRO, 2012, p. 90-91).

Em relação ao poder disciplinar, consiste na possibilidade de a Administração aplicar punições aos agentes públicos que cometam infrações funcionais. Não se deve confundir o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo do Estado. Este não é um poder de expressão interna, pelo contrário, é

realizado pelo Poder Judiciário e diz respeito à repressão de crimes e contravenções tipificados nas leis penais, conforme Cretella Júnior (1968).

O poder disciplinar possui característica discricionária quando a Administração escolhe, com alguma margem de liberdade, qual a punição mais apropriada a ser aplicada ao agente público.

Importante frisar que, constatada a infração, a Administração é obrigada a punir seu agente. É um dever vinculado, mas a escolha da punição é discricionária. Assim, o poder disciplinar é vinculado quanto ao dever de punir e discricionário quanto à seleção da pena aplicável, de acordo com Di Pietro (2012).

Do poder hierárquico decorrem as prerrogativas do superior para o subordinado, de dar ordens, fiscalizar, rever, delegar e avocar. A hierarquia caracteriza-se pela existência de graus de subordinação entre os diversos órgãos e agentes do Executivo. Como resultado do poder hierárquico, a Administração é dotada da prerrogativa de ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades de seus órgãos e agentes no seu âmbito interno.

Hely Lopes Meirelles conceitua e complementa sobre o poder hierárquico:

Poder Hierárquico é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar, e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal. Poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas andam juntos, por serem os sustentáculos de toda organização administrativa. (MEIRELLES, 1996, p. 105).

Por fim, conforme a obra de Medauar (2014), o poder regulamentar consiste na possibilidade de os chefes do Poder Executivo editar atos administrativos gerais e abstratos, ou gerais e concretos, expedidos para dar fiel execução à lei.

Sua função específica é estabelecer detalhamentos quanto ao modo de aplicação de dispositivos legais, fornecendo maior concretude no âmbito interno da Administração Pública, aos comandos gerais e abstratos presentes na legislação.

A faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se exaure, remanescendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos. Assim, o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei.

3.2 Poder de polícia

A fim de realizar suas atividades, o Estado necessita de instrumentos que o habilitem a impor a sua vontade. Vontade essa que se confunde com o cumprimento dos preceitos legais e constitucionais, independentemente ou mesmo contra a vontade dos agentes privados. Quando o ordenamento jurídico confere ao Estado prerrogativas que o habilitam a regular atividade privada, a Administração Pública irá exercer atividade externa, que extrapola os seus limites internos de atuação e invade a esfera dos particulares, de acordo com Bandeira de Mello (2008).

Ao se proceder com o estudo do poder de polícia do Estado, constata-se que as atividades desenvolvidas pelos particulares necessitam de ordenação, de planificação, de limitação, de controle, a fim de evitar que os abusos cometidos pelos particulares atentem contra os interesses da própria sociedade, conforme preceitos de Medauar (2014).

Ressalta-se que o propósito desse poder seja de assegurar o bem-estar da sociedade, por meio da limitação ou ordenação das atividades privadas. A atividade de polícia administrativa importa em intervenção na esfera privada da liberdade dos particulares, o que, não raro, gera aversão por parte da própria sociedade, de acordo com Di Pietro (2012).

Os conceitos de poder de polícia apresentados pelos doutrinadores tendem a restringir-se às atuações administrativas limitadoras da liberdade e propriedade privada.

Para Hely Lopes Meirelles:

Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

[...] é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional. (MEIRELLES, 1996, p. 134).

Ainda nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção a fim de conformar-lhes os

comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 830).

Por fim, Maria Sylvia Zanella de Pietro:

O tema relativo ao poder de polícia é um daqueles em que se colocam em confronto esses dois aspectos: de um lado, o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia.

[...] o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. (DI PIETRO, 2012, p. 120-123).

Simultaneamente ao esforço doutrinário em oferecer um conceito apropriado do instituto, o direito positivo brasileiro possui um conceito legislativo de poder de polícia. O artigo 78 do Código Tributário Nacional apresenta a seguinte conceituação:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

E complementa o parágrafo único do referido dispositivo:

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Utilizando os elementos mais importantes dos conceitos acima referidos, e de acordo com a doutrina de Meirelles (1996) convém destacar, inicialmente, em relação à atividade da Administração Pública, as limitações decorrentes dessa atividade não se confundem com as restrições à liberdade e propriedade impostas pela legislação. A natureza administrativa impõe a observância dos instrumentos de controle representados pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, responsabilidade, eficiência e legalidade.

Continuando, em relação às limitações da liberdade e da propriedade dos particulares, o poder de polícia se apresenta impondo condicionamentos capazes de compatibilizar seu exercício às necessidades de interesse público. Entretanto, essa

vinculação também ocorre com o próprio Estado, uma vez que a liberdade e a propriedade governamentais também devem se adequar às necessidades da sociedade, conforme a obra de Carvalho Filho (2013).

Outra importante característica do poder de polícia é a regulação da prática de ato ou a abstenção de fato. Tal poder manifesta-se por meio do estabelecimento de deveres negativos ou obrigações de não fazer impostas aos particulares, de acordo com Di Pietro (2012). Excepcionalmente, podem surgir deveres positivos decorrentes do exercício do poder de polícia, por exemplo, a obrigação de o dono de um determinado imóvel atender à função social da propriedade (Art. 5º, XXIII, da Constituição Federal).

3.2.1 Atributos do poder de polícia

A doutrina tradicionalmente aponta três atributos ou qualidades características do poder de polícia e dos atos administrativos resultantes de seu regular exercício: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

A discricionariedade no poder de polícia, conforme os ensinamentos de Carvalho Filho (2013), envolve a margem de opção legítima que a Administração tem para escolher, por exemplo, o melhor momento para agir, o mais adequado meio de atuação e a sanção que mais se enquadra no caso concreto, sempre tendo em vista a consecução dos interesses públicos. Haja vista, nem todas as manifestações de poder de polícia derivam do exercício de discricionariedade.

Quando a lei estabelece claramente os requisitos para a prática de determinado ato administrativo, pode-se perceber que não há discricionariedade. Tal é o caso das licenças concedidas ao particular que comprove o preenchimento dos requisitos exigidos pela lei, com a expedição do alvará requisitado, conforme Meirelles (1996).

No caso de alvará de autorização, opostamente à licença, é um ato precário e discricionário. A lei permite que a Administração analise a conveniência e oportunidade do deferimento, não havendo por parte do particular que o pleiteia o direito subjetivo à expedição, mas tão somente uma expectativa de direito. É o caso, por exemplo, de autorização de porte de armas.

Por meio da autoexecutoriedade, a Administração impõe diretamente as decisões que toma, sem precisar socorrer-se previamente ao Poder Judiciário, tendo em vista a consecução do interesse público. Tal decisão não impede o particular que se sentir lesado ou ameaçado de questionar o ato em âmbito jurisdicional, de acordo com a obra de Medauar (2014).

Para alguns autores, Di Pietro (2012) e Medauar (2014), a autoexecutoriedade pode ser dividida em dois aspectos: 1) Exigibilidade, pela qual a Administração se utiliza de meios indiretos de coação impostos ao particular, independentemente da necessidade de autorização judicial prévia, por exemplo, na impossibilidade de licença de veículo quando houver inadimplemento de multas de trânsito; e 2) Executoriedade, quando a Administração utiliza meios diretos de coação como forma de execução forçada, por exemplo, com o embargo de obras e apreensão de mercadorias.

A autoexecutoriedade não dispensa a observância do devido processo legal, tendo em vista que o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, determina que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, enfatiza:

Impõem-se, ainda, duas observações. A primeira consiste no fato de que há atos que não autorizam a imediata execução pela Administração, como é o caso das *multas*, cuja cobrança só é efetivamente concretizada pela ação própria na via judicial. A outra é que a autoexecutoriedade não deve constituir objeto de abuso de poder, de modo que deverá a prerrogativa compatibilizar-se com o princípio do devido processo legal para o fim de ser a Administração obrigada a respeitar as normas legais. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 89).

O fato de Administração ter de observar o devido processo legal antes de adotar medidas restritivas a interesses particulares não significa o fim do atributo da autoexecutoriedade. Nesse sentido, mesmo depois de observados os princípios com a devida possibilidade de manifestação do interessado, a autoridade competente, se entender por bem a expedição do ato, poderá executar de ofício a medida, conforme dispõe a obra de Carvalho Filho (2013).

O último atributo do poder de polícia, a coercibilidade, informa que as medidas adotadas pela Administração podem ser impostas coativamente ao administrado, ou seja, sua observância é obrigatória para o particular. Pois, quando

ele resistir ao ato de polícia, a Administração poderá valer-se da força pública para garantir seu cumprimento, conforme a obra de Di Pietro (2012).

Assim, expõe Hely Lopes Meirelles:

[...] sob pena de autoridade responder por *excesso de poder* ou *abuso de autoridade*, dependendo da situação ocorrida, sendo possível, portanto, ao particular que for alvo de qualquer coação infundada juridicamente ou mesmo desproporcional de agentes públicos pleitear reparação pelos danos materiais e morais porventura sofridos, representar à Administração pública os agentes arbitrários, para apuração de ilícitos administrativos e, se for o caso, também comunicar o fato ao Ministério Público para que este tome providências necessárias para a apuração de eventuais crimes ocorridos.” (MEIRELLES, 1996, p. 141).

A coercibilidade caracteriza o grau de imperatividade dos atos de polícia. A Administração não pode curvar-se ao interesse do particular de prestar ou não obediência às imposições. Faz-se oportuno explicitar, contudo, que a força pública deve ser empregada de forma proporcional à resistência enfrentada e à sua adequação com o ordenamento jurídico.

3.2.2 Poder de polícia e estado democrático de direito

O poder de polícia resulta da qualidade inerente à Administração de executora das leis. O dever de agir do Estado pode levar a diversas conclusões, fazendo com que alguns doutrinadores questionem o termo *poder de polícia* no Estado Democrático de Direito.

O doutrinador Augustin Gordillo opina sobre a inaplicabilidade do termo poder de polícia em um Estado de Direito:

No Estado de Polícia falava-se de um “poder de polícia” que era um poder estatal juridicamente ilimitado de coagir, ditar ordens, para realizar o que o soberano entendia conveniente; ao passar-se para o Estado de Direito a noção foi limitada quanto ao emprego limitado da coação, mas de todos os modos se mantém como instrumento jurídico não fundado conceitualmente e que frequentemente desemboca em abusos. (GORDILLO, 1977, p. 32).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

A expressão “poder de polícia” traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do “Estado de Polícia”, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do “príncipe” e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma “natural” titularidade de poderes

em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato “poder de polícia”. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 708).

Por outro lado, ao delimitar a natureza do Estado Democrático de Direito, o mestre Tércio Sampaio Ferraz defende a submissão dos indivíduos ao império da lei, mas da lei que assegura os princípios constitucionais. Sobre o tema:

A atual contradição do Estado contemporâneo é que, ou preserva o máximo a liberdade dos indivíduos, custe o que custar, ou, em alguns casos, cresce desproporcionadamente ao concentrar os poderes necessários para realizar a tarefa de distribuição das comodidades materiais necessárias à vida digna do indivíduo. (FERRAZ JR, 1994, p. 123).

Desse modo, ainda conforme Ferraz JR (1994), o Estado Democrático de Direito transforma através da vinculação não só do legislador, mas de todo o conjunto da administração aos preceitos programático-diretivos da Constituição. A Constituição, como norma suprema, não é válida ou inválida, mas sim legítima ou ilegítima, e a medida de sua legitimidade é a prática constitucional de todos os agentes que a ela se submetem.

A realidade é que o poder de polícia não pode ser encarado como uma faculdade administrativa ligada à limitação dos direitos individuais, mas sim como uma administração ordenadora desenvolvida com o uso do poder da autoridade, para disciplinar o comportamento do particular, nos termos e para os fins que a lei propõe.

3.3 Fiscalização

A atividade de fiscalização das entidades de previdência complementar está expressamente prevista no art. 3º, inciso V, da Lei Complementar nº 109/01, compreendendo as seguintes ações estatais: a fiscalização propriamente dita, as operações e a aplicação de penalidades nas entidades de previdência complementar.

Além da LC nº 109/01, a Constituição Federal determina a competência fiscalizatória da União em relação à previdência privada, prevista em seu art. 21, inciso VIII:

Art. 21. Compete à União:
[...]

VIII – administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada.

É certo que a operação da previdência complementar cabe à iniciativa privada, mas tendo-se em vista a relevância e o interesse social envolvido nesta atividade, a ação estatal deverá buscar e garantir a legitimação dos objetivos constitucionais na regulação desse regime.

Nesse sentido, o autor Raul Teixeira reafirma a importância da fiscalização estatal nas EAPC, mas cujos dizeres também se aplicam às EFPC:

Neste ponto, é importante chamar atenção para o fato de que o seguro, e aí incluímos o resseguro, a capitalização e a previdência privada aberta, pela relevância social que representam, particularmente no que concerne à capacidade de poupança interna, é tratado pelo texto constitucional como matéria de ordem pública, sendo esta entendida como a que afeta a toda coletividade e não apenas a determinados grupos de interesses. (TEIXEIRA, 2002, p. 7)

Por outro lado, o doutrinador Wladimir Novaes Martinez entende que quanto menor a presença do Estado nas atividades de previdência complementar, melhor será. Assim afirma:

A regulação dos dois segmentos de previdência complementar, o fechado e o aberto, suscita a normatização da ordem de procedimentos que tornem possível a realização dos objetivos do regime complementar, resumidos como supervisão superior das ações particulares sem interferência desmesurada naquilo que faz parte da liberdade da iniciativa privada (se as coisas caminharem bem, quanto menor a presença do Estado, melhor) [...]. (MARTINEZ, 2003, p. 39).

O fato é que não cabe às entidades de previdência complementar a função de regular, como bem entenderem, todos os aspectos de sua relação com os participantes. Portanto, dado o elevado grau de importância que as entidades privadas assumem para uma grande parcela da população, fosse ela deixada livre ao mercado e imune ao Estado, muitas distorções poderiam ocorrer no que se refere ao caráter previdenciário dos planos de benefícios.

A atividade de fiscalização advém do poder de polícia do Estado. José Cretella Jr. elenca três elementos que devem constar de um conceito de polícia:

[...] o elemento subjetivo, ou seja, a fonte de que provém tal poder, o Estado, ficando de lado qualquer proteção particular; o elemento de natureza teleológica, a partir do qual é lícito dizer que não existe poder de polícia se o fim a que este se propõe não for assegurar, de algum modo, a paz, a tranquilidade ou a ordem legal para os membros da comunidade e o elemento objetivo, que diz respeito, *in concreto*, às limitações a qualquer

tipo de atividade que possa perturbar a vida em comum. (CRETELLA JÚNIOR, 1968, p. 30-31).

A atividade de fiscalização será exercida através do livre acesso pelo órgão fiscalizador às entidades de previdência, podendo requisitar e apreender seus livros, notas técnicas e quaisquer documentos, requisitando informações e esclarecimentos das pessoas físicas ou jurídicas submetidas ao regime da LC nº 109/01, conforme o art. 41 e seus parágrafos.

Desta feita, esteja o Estado disciplinando; supervisionando; determinando padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial; ou coordenando as atividades de previdência complementar, o objetivo sempre deve ser a proteção dos interesses dos participantes e assistidos desse regime de previdência complementar.

Os autores Correia e Villela complementam esse entendimento:

A aferição de lucros pelas entidades de Previdência Complementar é, neste sentido, algo de segunda importância que foi permitido e institucionalizado para que as empresas, grupos, instituições *et cetera* que disponham da suficiente viabilidade econômica para criar e manter entidades de Previdência Complementar se interessem em fazê-lo. Pôr a rentabilidade dos planos de benefícios em primeiro lugar, discussão que exsurge com mais frequência quando falamos das entidades abertas de Previdência Complementar, é distorcer todo o sistema. (CORREIA; VILLELA, 2004, p. 149)

Por fim, embora o Estado busque a proteção dos interesses dos participantes das entidades de previdência, não há de se falar em proteção ilimitada. É importante salientar que as atividades do Estado deverão ser realizadas nos limites da lei e de acordo com os regulamentos dos órgãos fiscalizadores. Porém, sempre visando os interesses dos participantes, este é o objetivo que permeia toda ação estatal.

3.3.1 Dos órgãos fiscalizadores

O art. 5º da LC nº 109/2001 prevê a criação de um ou mais órgãos estatais para desempenhar o papel de Estado regulador. Já no art. 74 da mesma lei, estão previstas as atividades de fiscalização e regulação exercidas por esses órgãos:

Art. 74. Até que seja publicada a lei de que trata o art. 5º desta Lei Complementar, as funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador serão exercidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas, e pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em relação, respectivamente, à regulação e fiscalização das entidades abertas.

Em relação às entidades fechadas, foi editada a Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, que criou a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC e deu nova denominação ao Conselho de Gestão de Previdência Complementar – CGPC, passando a denominá-lo Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC. No tocante às EAPC, vem sendo plenamente aplicado o art. 74 da LC nº 109/01.

Assim, as EFPC são fiscalizadas pela PREVIC, autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social e reguladas pelo CNPC. Já as EAPC são fiscalizadas pela SUSEP, vinculada ao Ministério da Fazenda e reguladas pelo CNSP.

Destaca-se a organização duplamente segmentada, isto é, com previsão de órgão regulador diverso daquele incumbido da fiscalização. Ademais, utilizou-se da classificação das entidades de previdência complementar em abertas e fechadas para conferir tais poderes a diferentes órgãos e entidades da administração pública.

3.3.2 Fiscalização nas entidades fechadas

Como exposto anteriormente, a função de órgão fiscalizador da EFPC é exercida pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC. Trata-se de autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social, com sede em Brasília, capital federal, com atuação em todo território nacional, de acordo com a Lei nº 12.154/09.

Conforme a Lei nº 12.154/09, a Previc atua como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das EFPC e de execução das políticas para o regime de previdência operado pelas entidades fechadas.

Em relação às competências da Previc, o art. 2º da Lei nº 12.154/09, determina:

Art. 2º Compete à Previc:

I - proceder à fiscalização das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de suas operações;

II - apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis;

III - expedir instruções e estabelecer procedimentos para a aplicação das normas relativas à sua área de competência, de acordo com as diretrizes do Conselho Nacional de Previdência Complementar, a que se refere o inciso XVIII do art. 29 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003;

IV - autorizar:

a) a constituição e o funcionamento das entidades fechadas de previdência complementar, bem como a aplicação dos respectivos estatutos e regulamentos de planos de benefícios;

b) as operações de fusão, de cisão, de incorporação ou de qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas de previdência complementar;

c) a celebração de convênios e termos de adesão por patrocinadores e instituidores, bem como as retiradas de patrocinadores e instituidores; e

d) as transferências de patrocínio, grupos de participantes e assistidos, planos de benefícios e reservas entre entidades fechadas de previdência complementar;

V - harmonizar as atividades das entidades fechadas de previdência complementar com as normas e políticas estabelecidas para o segmento;

VI - decretar intervenção e liquidação extrajudicial das entidades fechadas de previdência complementar, bem como nomear interventor ou liquidante, nos termos da lei;

VII - nomear administrador especial de plano de benefícios específico, podendo atribuir-lhe poderes de intervenção e liquidação extrajudicial, na forma da lei;

VIII - promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, bem como dirimir os litígios que lhe forem submetidos na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996;

IX - enviar relatório anual de suas atividades ao Ministério da Previdência Social e, por seu intermédio, ao Presidente da República e ao Congresso Nacional; e

X - adotar as demais providências necessárias ao cumprimento de seus objetivos.

No tocante à fiscalização *in loco* das EFPC, embora a Superintendência Nacional de Previdência Complementar possua quadro próprio de servidores, ela é

realizada por auditores fiscais da Receita Federal que atuam na Previc. Sobre tal atribuição de competência, a Lei nº 11.457/07 em seu art.11, parágrafo 3º, dispõe:

Art. 11. [...]

§ 3º Os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil a que se refere o § 2º executarão, em caráter privativo, os procedimentos de fiscalização das atividades e operações das entidades fechadas de previdência complementar, de competência da Previc, assim como das entidades e fundos dos regimes próprios de previdência social.

Conforme art. 3º da Lei nº 12.154/09, a Previc está estruturada por uma Diretoria Colegiada, Coordenações-Gerais, Procuradoria Federal, Ouvidoria e Corregedoria. Em relação à Diretoria Colegiada ela é composta por um diretor-superintendente e outros quatro diretores. As diretorias subdividem-se em: Diretoria de Análise Técnica - DITEC, Diretoria de Fiscalização - DIFIS, Diretoria de Assuntos Atuariais, Contábeis e Econômicos - DIACE e Diretoria de Administração - DIRAD.

Em artigo escrito por Ricardo Pena Pinheiro e Luis Ronaldo Martins Angoti, intitulado “A Fiscalização da Previdência Complementar”, a fiscalização da Previc pode ser dividida em fiscalização prévia, fiscalização indireta e fiscalização direta, conforme afirmam:

[...] O primeiro, similar a uma supervisão prévia, é realizado nos atos constitutivos das entidades de previdência, por meio de convênio de adesão, quando um patrocinador quer instituir um novo plano, por intermédio do estatuto na forma de organização dessa entidade, ou no próprio contrato, que é o regulamento, e nas suas alterações. Esse monitoramento passa ainda pelas autorizações de fusão, cisão, incorporações, retiradas de patrocínio e transferências de grupos de participantes, de planos e de reservas, adotando, para tanto, os princípios contidos na Constituição Federal e nas Leis Complementares nº 108 e 109, ambas de 2001, e subsidiariamente à Lei nº 9.784, de 1999, que trata do processo administrativo federal.

Em um segundo momento, figura o monitoramento contábil, atuarial e de investimentos dos planos de benefícios, exercido por sistemas informatizados, que realizam a fiscalização indireta. Essas ações são realizadas por meio de informações recebidas das EFPC, de outras autoridades supervisoras e de atores relacionados (CETIP, BM&F, CBLC, ANBID e SELIC), com a finalidade de identificar operações que possam implicar riscos para o regime e que demandam ação interventiva por parte do órgão fiscalizador. Ademais, essa atividade, além de subsidiar o desenvolvimento da supervisão direta, serve como sinalizador de eventuais necessidades de ajustes no programa anual de fiscalização, como base para desenvolvimento de estudos, pesquisas, atualizações regulatórias e para produção de relatórios gerenciais.

A fiscalização direta, por seu turno, foi fortalecida com a criação de seis escritórios regionais nos estados de SP, RS, RJ, MG, DF e PE, com poderes para decretar intervenção e liquidação extrajudicial das entidades, bem como nomear interventor ou liquidante. (PINHEIRO; ANGOTI, 2010)

Na forma regimental, cabe ao CNPC exercer a função de órgão regulador do regime de previdência complementar, composto por oito integrantes, sendo: cinco representantes do poder público e outros três representantes, sendo um dos patrocinadores e instituidores, um das EFPC e um dos participantes e assistidos. Todos os integrantes do CNPC possuem direito a voto e mandato de dois anos, sendo permitida uma única recondução, conforme o art. 14 da Lei nº 12.154/09.

A Lei nº 12.154/09, em seu art. 15, ainda criou a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC, que se trata da instância recursal que julga as decisões da Diretoria Colegiada relativas à aplicação de auto de infração, instauração de inquérito para apuração de responsabilidades e impugnações referentes aos lançamentos tributários da Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar – TAFIC.

A Câmara de Recursos é formada por sete integrantes, com direito a voto e mandato de dois anos, permitida uma recondução, representados por: quatro servidores federais ocupantes de cargo efetivo no Ministério da Previdência ou entidades a ele vinculadas e três representantes dos patrocinadores e instituidores, das EFPC e dos participantes e assistidos, de acordo com o art. 15, §1º, da Lei nº 12.154/09.

3.3.3 Fiscalização nas entidades abertas

Em relação às Entidades Abertas de Previdência Complementar – EAPC, conforme o art. 74 da Lei nº 109/01, serão fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e reguladas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, ambos ligados ao Ministério da Fazenda.

A SUSEP é uma entidade autárquica especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, dotada de personalidade jurídica de Direito Público e de autonomia administrativa e financeira, sediada na cidade do Rio de Janeiro. Compete à SUSEP a fiscalização da constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras, de capitalização, resseguradoras e entidades abertas de previdência complementar, conforme os artigos 1º e 2º da Resolução CNSP nº 272/2012.

Conforme entendimento da Resolução CNSP nº 272/2012, que dispõe sobre o Regimento Interno da Susep, a autarquia tem por finalidade:

Art. 3º [...]

I – atuar no sentido de proteger a captação da poupança popular que se efetua por meio das operações de seguro, resseguro, retrocessão, capitalização e previdência complementar aberta;

II – zelar pela defesa dos direitos dos segurados, dos participantes de planos de previdência complementar aberta e dos detentores de títulos de capitalização;

III – promover o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos operacionais de seguro, resseguro, capitalização e previdência complementar aberta, com vistas à maior eficiência do sistema nacional de seguros privados, capitalização e previdência complementar aberta;

IV – promover a estabilidade dos mercados de seguro, resseguro, capitalização e previdência complementar aberta, assegurando sua expansão e o fortalecimento das entidades que neles operam;

V – zelar pela liquidez e solvência das sociedades e entidades subordinadas à sua esfera de atuação;

VI – estabelecer os critérios de atuação das pessoas físicas e jurídicas subordinadas à sua esfera de atribuições;

VII – coordenar a organização e o ordenamento das pessoas físicas e jurídicas que atuam nos mercados por ela supervisionados;

VIII – disciplinar e acompanhar os investimentos das sociedades e entidades por ela supervisionadas, em especial os efetuados em bens garantidores de provisões técnicas;

IX – fiscalizar e controlar as atividades das pessoas físicas e jurídicas subordinadas à sua esfera de atribuições;

X – atuar nos regimes especiais de direção-fiscal, de intervenção, de liquidação extrajudicial e demais regimes a que estão sujeitas as instituições subordinadas à sua esfera de atribuições;

XI – cumprir e fazer cumprir as Deliberações do CNSP, bem como exercer as atividades por este delegadas;

XII – cumprir e fazer cumprir as normas emanadas pelos Ministérios da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Presidência da República, na execução de suas atividades; e

XIII – prover serviços de secretaria ao CNSP e ao Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados de Previdência Complementar Aberta e de Capitalização – CRSNSP.

A Susep possui uma estrutura organizacional semelhante à da Previc e é formada por um Conselho Diretor e órgãos de assistência direta e imediata ao Superintendente. As Diretorias estão subdivididas em: Diretoria de Administração – DIRAD, Diretoria de Autorizações – DIRAT, Diretoria de Fiscalização – DIFIS e uma Diretoria Técnica – DITEC, de acordo com o art. 4º da Resolução CNSP nº 272/2012.

Na Susep os próprios servidores atuam na fiscalização das EAPC, praticando todos os atos necessários para o exercício da atividade. Conforme entendimento do art. 41 da LC nº 109/01, os servidores terão livre acesso às EAPC podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e quaisquer documentos e eventualmente, aplicar sanções administrativas nos casos previstos em lei.

Quanto ao CNSP, possui as atribuições de regular a constituição, funcionamento e fiscalização das entidades abertas de previdência complementar, bem como fixar as características gerais dos contratos de previdência privada aberta e conhecer dos recursos de decisão da Diretoria Colegiada da Susep, de acordo com o art. 32 do Decreto-Lei nº 73/1966.

3.3.4 Intervenção, liquidação extrajudicial e regime disciplinar

Para resguardar os direitos dos participantes e assistidos, a atividade de fiscalização poderá resultar na administração especial, relativo a plano de benefícios específico, ou na intervenção das entidades de previdência complementar. Segundo o art. 44 da LC nº 109/01, a intervenção poderá ser decretada pelos seguintes motivos:

Art. 44 [...]

I - irregularidade ou insuficiência na constituição das reservas técnicas, provisões e fundos, ou na sua cobertura por ativos garantidores;

II - aplicação dos recursos das reservas técnicas, provisões e fundos de forma inadequada ou em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos competentes;

III - descumprimento de disposições estatutárias ou de obrigações previstas nos regulamentos dos planos de benefícios, convênios de adesão ou contratos dos planos coletivos de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar;

IV - situação econômico-financeira insuficiente à preservação da liquidez e solvência de cada um dos planos de benefícios e da entidade no conjunto de suas atividades;

V - situação atuarial desequilibrada;

VI - outras anormalidades definidas em regulamento.

Restada reconhecida a inviabilidade de recuperação ou a ausência de condição para seu funcionamento, a entidade estará sujeita à liquidação extrajudicial, ocasião na qual o liquidante, nomeado pelo órgão fiscalizador, adotará,

dentre outras, medidas com vistas à quitação dos compromissos com o quadro geral de credores, realizando seus ativos e liquidando seus passivos, conforme artigos 48 e 50 da lei nº 109/01.

Ressalte-se que os participantes que já estejam em gozo de benefício e aqueles que já tiverem adquirido este direito antes de decretada a liquidação extrajudicial da entidade, terão preferência sobre os demais participantes, porém, sem preferência sobre os créditos de natureza tributária e trabalhista, de acordo com art. 50, § 4º, da Lei nº 109/01.

Na ocasião da ocorrência de fatos supervenientes que possibilitem sua recuperação, a liquidação extrajudicial poderá ser revertida, viabilizando a continuidade das atividades da entidade, conforme disposição do art. 52 da Lei nº 109/01.

Para a efetivação da atividade de intervenção, o interventor terá amplos poderes de administração e representação e o liquidante, plenos poderes de administração, representação e liquidação, importando na perda do mandato dos dirigentes e membros dos conselhos da entidade, assim dispõem os artigos 54 e 55 da Lei nº 109/01

Na hipótese de comprovação de danos às entidades de previdência complementar, causados por ação ou omissão, os administradores e seus procuradores com poderes de gestão, os membros dos conselhos, o interventor e o liquidante, bem como os administradores dos patrocinadores e instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestam serviços técnicos à entidade poderão responder civilmente, conforme art. 63 e seu parágrafo único da LC nº 109/01.

De acordo com o art. 65 da LC nº 109/01, os responsáveis pelos danos causados estarão sujeitos às seguintes penalidades, conforme o caso e a gravidade da infração:

Art. 65 [...]

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.

Dispõe, assim, a Administração de discricionariedade, prevendo as leis de apuração de responsabilidades que, na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para a entidade.

3.4 Os limites da atuação dos órgãos fiscalizadores

A atividade de fiscalização das entidades de previdência complementar será realizada por servidores do órgão regulador e fiscalizador, que terão livre acesso às respectivas entidades. A regulamentação da fiscalização das entidades está prevista no art. 41 da LC nº 109/01.

A fiscalização, conforme entendimento dos doutrinadores Correia e Villela, poderá ser de dois tipos:

- a) Fiscalização Focada no Risco – Nesta, os órgãos reguladores e fiscalizadores e os órgãos de gestão devem desenvolver controles adequados à sua complexidade, capazes de identificar, avaliar, controlar e monitorar os riscos à saúde financeira e ao equilíbrio de seus planos de benefícios. Tais riscos são inerentes aos planos previdenciários: risco de inadimplemento da tomadora, risco de mercado, operacional, liquidez, estratégico, atuarial, legal e de reputação e imagem.
- b) Fiscalização Tradicional – Esta verifica o cumprimento das normas e tem como objetivo trazer informações tempestivas e atuar preventivamente, significando que sua principal função não é detectar a dificuldade e sim evita-la. (CORREIA; VILLELA, 2004, p. 321-322).

O Estado lançou normas que devem ser obedecidas pelas entidades de previdência complementar e submeteu as atividades destas entidades ao crivo da compatibilização com as políticas previdenciária e econômica do Estado. A interligação entre as atividades de previdência complementar e a formação de poupança, a garantia de um benefício previdenciário e o bem-estar social são políticas gerais do Estado, de acordo com os ensinamentos de Ferreira (2002).

A previdência complementar, mesmo sendo de natureza privada, possui relevância pública e, dessa forma, deverá se submeter à supervisão estatal. As

entidades de previdência ficam adstritas às normas constitucionais e legais que fixam os objetivos a serem alcançados por meio da ação estatal.

O Desembargador Sérgio de Andréa Ferreira, em sua obra, afirma a importância da fiscalização:

A fiscalização é um dos pilares para a manutenção e consolidação do sistema, e esta deve conseguir atingir seus objetivos através da atuação equilibrada, dentro de seus limites, mas nunca sendo omissa. Não poderá significar a fragilização das entidades, de modo que possam, com eficiência e licitude, realizar seu escopo, qual seja, beneficiar seus participantes e assistidos. (FERREIRA, 2002, p. 99).

Quando se fala em fiscalização estatal, portanto proveniente da lei, entende-se que os limites dessa atividade sejam pautadas e limitadas pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no art. 37, *caput*, da CF/88, conjuntamente com os princípios da finalidade e motivação.

A fiscalização exercida pelo Estado no âmbito privado não pode ferir a capacidade de auto-administração das entidades delimitada por lei, somente sendo cerceada quando extrapolar os atos de controles previstos em lei. A doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro delimita a autonomia da fiscalização estatal:

[...] não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais. (DI PIETRO, 2012, p. 128-129).

O órgão fiscalizador deve vigiar a entidade para que esta mantenha a função para qual foi criada, qual seja, a previdenciária e garantidora dos benefícios contratados pelos participantes. O poder estatal, sob risco de violar os limites traçados pela Constituição, não poderá ditar comportamentos ou impor exigências sem embasamento em norma prescrita, de acordo com Ferreira (2002).

A fiscalização a cargo do Estado pressupõe também a regulamentação das entidades, pois objetiva justamente verificar o cumprimento de suas determinações. A fiscalização tem como escopo impedir as distorções internas no sistema, desvios de finalidade, ilícitos administrativos e toda e qualquer conduta que leve prejuízo aos interessados. Caso seja verificada qualquer distorção do fim

pretendido, o órgão fiscalizador poderá apurar as responsabilidades e aplicar as penalidades cabíveis.

Sobre o tema, Wladimir Novaes Martinez opina:

Isto também explica o forte tom utilizado pelo legislador ao dizer que cabe ao Estado determinar padrões mínimos, donde se conclui que os padrões mínimos serão fixados de forma nítida e clara pelo órgão regulador e devem ser rigidamente observados pelas entidades de Previdência Complementar. (MARTINEZ, 2003, p. 41).

A norma, especificamente em relação às EFPC, não exige os patrocinadores e os instituidores da supervisão sistemática das atividades de suas respectivas entidades. Observa-se que, apesar das entidades fechadas possuírem estrutura organizacional autônoma (diretoria executiva, conselho deliberativo e conselho fiscal), permanece o dever primário de supervisão dos patrocinadores e instituidores, conforme os apontamentos na obra de Martinez (2003).

Ainda nesse sentido, a supervisão será realizada com o intuito de manter a higidez dos planos de benefícios e das entidades. A Resolução MPS/CGPC nº 23/06, em seu art. 10, prevê a realização de auditorias independentes realizadas por iniciativa da própria entidade ou a pedido do órgão fiscalizador, sendo, nesse caso, realizadas a expensas das EFPC.

Retornando ao poder estatal de fiscalização, os órgãos reguladores e fiscalizadores estão sujeitos ao princípio da especialidade. A doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro entende que cada qual exerce e é especializado na matéria que lhe foi atribuído por lei. A ideia da especialização visa obter melhores resultados e impede que o órgão desvie-se dos seus fins, de acordo com Di Pietro (2012).

Os limites dos órgãos fiscalizadores perante as entidades de previdência complementar esbarram nos limites do poder de polícia. O primeiro deles situa-se nos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Para Odete Medauar, em importante lição sobre os direitos fundamentais e o poder de polícia, define:

[...] O poder de polícia pode acarretar disciplina e restrições ao exercício de um direito fundamental, em benefício do interesse público. Ao mesmo tempo, o reconhecimento de direitos fundamentais configura limite ao poder de polícia; os direitos fundamentais não podem ser suprimidos. Nem sempre apresenta-se fácil situar o ponto onde começa a violação dos direitos fundamentais pelo exercício do poder de polícia. (MEDAUAR, 2014, p. 386).

As medidas tomadas pelos órgãos fiscalizadores devem ser norteadas pelos preceitos da lei, não existindo prescrição mais importante do que a da lei. As ações devem ser pautadas no sentido de beneficiar o exercício do direito atribuído às entidades. Sendo assim, a medida de polícia deve conter três importantes regras com o intuito de não limitar os direitos fundamentais. A professora Maria Sylvia Di Pietro explica:

1. a da necessidade, em consonância com a qual a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público;
2. a da proporcionalidade, já referida, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado;
3. a da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público. (DI PIETRO, 2012, p. 129).

Outro limite dos órgãos fiscalizadores reside na legalidade dos meios e modos em que se dá a fiscalização, os quais devem estar previstos em lei. Nesse sentido, a LC nº 109/01 traz as diretrizes básicas para o procedimento de fiscalização das entidades, cabendo aos órgãos reguladores a sua normatização, por meio, por exemplo, de Resoluções que tratam das regras específicas de fiscalização.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello sugere a importante relação da polícia administrativa e o princípio da proporcionalidade, explicando:

[...] é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará a responsabilidade da Administração. Importa que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 730).

Existem, ainda, os limites que tratam das regras de competência, de forma, motivo e finalidade. A competência cabe aos órgãos criados legalmente para atuarem na fiscalização das entidades. Quanto à forma ela deve ser calcada, como condição de existência e validade, no império da lei e a sua inobservância determina a sua invalidade, conforme os apontamentos do doutrinador Carvalho Filho (2013).

Quanto aos motivos, são os pressupostos de fato e de direito que servem de fundamento para o ato de fiscalizar. O pressuposto de fato corresponde às

circunstâncias e acontecimentos que levam o Estado à prática o ato. Já o pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato da fiscalização estatal, de acordo com Di Pietro (2012).

Em relação à finalidade, o interesse público é o objetivo a ser atingido e impede que a intenção privada se sobreponha à coletividade. Considerando o papel do Estado em assegurar à sociedade um sistema sólido de seguridade social, não há como distanciar a previdência privada do sistema de seguridade social, voltada para a segurança e garantia dos benefícios previdenciários dos seus participantes e, portanto, preservando a vivência digna dessas pessoas no momento de fragilidade, seja na velhice ou na doença, de acordo com os ensinamentos de Correia e Villela (2004).

Finalmente, a observância dos objetivos específicos da previdência complementar em conjunto com os objetivos maiores do Estado, busca elevar a sociedade a um patamar mais livre, justo e solidário.

CONCLUSÃO

O estudo realizado apresentou o importante papel do Estado, imbuído de seu Poder de Polícia, na fiscalização das entidades de previdência complementar, com o fim de buscar a proteção do indivíduo e de sua família.

A previdência privada brasileira antecedeu à previdência social, passando a desempenhar um importante papel complementar ao regime básico público. Dessa forma, o crescimento da previdência complementar está diretamente associado à capacidade do Estado de prestar benefícios previdenciários em níveis capazes de atenderem às necessidades dos trabalhadores, que muitas vezes podem sofrer com a perda do poder aquisitivo em razão da limitação existente no valor máximo desses benefícios.

O sistema de seguridade social formado pela saúde, pela assistência social e pela previdência, engloba, além da previdência social, a previdência privada. O regime privado de previdência é facultativo, possui caráter complementar e é organizado de forma autônoma em relação ao regime de previdência social.

As entidades de previdência complementar, reguladas pela Lei Complementar nº 109/01, se dividem em abertas e fechadas e possuem a função de instituir e administrar os planos de benefícios contratados pelos participantes. Tais entidades possuem natureza jurídica de direito privado, portanto, cujas relações são de índole contratual, caracterizando negócios jurídicos disciplinados pelas normas de direito privado.

Por outro lado, embora possuam natureza jurídica de direito privado, essas entidades são geridas por normas definidas pelo Poder Público, que determinam as atividades de fiscalização do Estado. Dentre as prerrogativas de regulação do Estado, destaca-se a formulação da política de previdência complementar, a proteção dos direitos dos participantes e assistidos dos planos de benefícios, a fiscalização das entidades e a aplicação de sanções, quando for o caso.

No exercício do poder de polícia estatal, os órgãos responsáveis pela regulação e fiscalização das entidades são: a SUSEP, responsável pela fiscalização das entidades abertas e que atua conjuntamente com o CNSP, responsável pela criação das normas a serem aplicadas às entidades; e a PREVIC, que fiscaliza as entidades fechadas, e o CNPC, que cria as normas de regulamentação dessas entidades. Importante salientar que as atividades desenvolvidas por esses órgãos serão sempre pautadas por lei e, principalmente, pelos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A atividade fiscalizatória do Estado esbarra em alguns limites que devem ser respeitados, pois se trata de interferência na esfera privada. Esses limites são os mesmos aplicados no âmbito do poder de polícia, que englobam o reconhecimento dos direitos fundamentais; a legalidade dos meios e modos do exercício da atividade de fiscalização; as regras de competência, forma, motivo e principalmente, o fim de interesse público.

Por fim, é evidente a relevância da fiscalização estatal nas entidades de previdência complementar. Quando tempestiva e eficiente evita práticas ilegais ou abusivas, garantindo padrões mínimos de segurança econômico-financeira dos planos de benefícios e, conseqüentemente, a manutenção da proteção dos interesses dos participantes.

REFERÊNCIAS

AMARAL FILHO, Léo do. **Previdência privada aberta**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência privada aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr, 2004.

BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Direito previdenciário**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Federal. Recurso Extraordinário nº 586453. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508195/recurso-extraordinario-re-586453-se-stf>>. Acesso em: set. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 11. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2009.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; VILLELA, José Corrêa. **Previdência privada: doutrina e comentários à Lei Complementar n. 109/01**. São Paulo: LTr, 2004.

COSTA, Eliana Romeiro. **Previdência complementar na seguridade social: o risco velhice e a idade para aposentadoria**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. Tendências do sistema de previdência social. **Revista de Previdência Social**. São Paulo: Editora Previdenciária, n. 252, p. 790-794, nov. 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. São Paulo, v. II, 1968.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 2, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. – (séries provas e concursos)

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Sérgio de Andréa Ferreira. **Previdência complementar: os limites de fiscalização e de regulação**. Brasília: Brasília Jurídica, p. 99-109, 2002.

FUNDAÇÃO ANFIP, de Estudos da Seguridade Social. **Coletânea de monografias**: Fundação ANFIP, 2005.

FORTES, Simone Barbisan. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2005.

GONÇALVES, Odonel Urbano. **Manual de direito previdenciário**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GORDILLO, Augustin. **Princípios gerais de direito público** (trad. De Marco Aurélio Greco). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

HOEFLING, César José Dhein. **Os fundos de pensão e a obrigação do patrocinador no resultado deficitário do Plano de Benefício Definido (BD): as experiências norte-americana e brasileira**. São Paulo: LTr, 2008.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. In *Jornal do 3º Congresso Brasileiro de Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 2003, pp. 53/54.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JULIÃO, Pedro Augusto Musa. **Curso básico de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. Salvador – Bahia: Júris Podivm, 2007.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. **Regulação e previdência complementar fechada**. São Paulo: LTr, 2004.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Subsídio à pré-história da previdência social brasileira. *Revista da Previdência Social*. São Paulo: Editora Previdenciária, n. 16, p. 37-59, 1980.

_____. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996.

_____. **Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Portabilidade na Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 2004.

_____. **Aposentadoria especial**. São Paulo: LTR, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014l.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENTE, Paulo. **A previdência privada fechada**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.

NEVES, Ilídio das. **Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

OLIVEIRA, Lamartino França de. **Previdência privada complementar. Incompetência da justiça do trabalho. Revista da Previdência Social**. São Paulo, ano XXVI, n. 255, p. 94-98, fev. 2002.

PINHEIRO, Ricardo Pena; Luis Ronaldo Martins Angoti. **A fiscalização da previdência complementar**. Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/4_101130-153919-067.pdf. Acesso em: set. 2014.

PÓVOAS, Manuel Soares. **Previdência privada – planos empresariais**. Fundação Escola Nacional de Seguros, vols. I e II, 1991.

PULINO, Daniel. **Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

REIS, Adacir. **Temas Centrais da Nova Legislação**. In REIS, Adacir. **Fundos de pensão em debate**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. **Fundos de Pensão – Aspectos jurídicos fundamentais**. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2009.

ROMITA, Aryon Sayão. **Estrutura da relação previdência privada (entidades fechadas)**. **Revista da Previdência Social**. São Paulo, n. 252, p. 773-783, nov. 2001.

SANTOS, Jerônimo Jesus. **Previdência privada**. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TEIXEIRA, Raul. **Seguro, previdência privada e capitalização: uma visão institucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. **Previdência privada – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.