

# Publicações da Escola da AGU

---

## Encontro Nacional dos Advogados Públicos da Previdência

Edição especial

---

n. 32 dezembro 2013 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 32	p. 1-196	dezembro 2013
---------------------------------	----------	-------	----------	---------------

# Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União  
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800  
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

### ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

### EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

### COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Adriana Pereira Franco  
Juliana Sahione Mayrink Neiva  
André Luiz de Almeida Mendonça

### CONSELHO EDITORIAL

Adriana Pereira Franco; Marco Aurélio Ventura Peixoto;  
Marcelo Muniz de Queiroz; Marcelo Muniz de Queiroz

**Apoio Institucional:** Escola da AGU  
**Diagramação/Capa:** Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Encontro Nacional dos Advogados Públicos da Previdência -  
Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 32, Edição  
especial (dez. 2013).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, nº 14  
periodicidade mensal.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5  
CDU 34 (05)

# SUMÁRIO

Editorial.....	5
Regime de Previdência Complementar do Servidor Público Federal – Aspectos Constitucionais Controversos <i>Pension Scheme of the Federal Public Server - Constitutional Controversial Issues</i> <i>Adriano Cardoso Henrique .....</i>	7
A Proteção Patrimonial dos Planos de Benefícios da Previdência Complementar Fechada <i>The Asset Protection Benefit Plans Supplementary Pension</i> <i>Allan Luiz Oliveira Barros .....</i>	35
Questões Controversas Envolvendo o Conselho de Recursos da Previdência Social – o Exercício da Advocacia e a Necessidade de Observância aos Pareceres Normativos Aprovados pelo Ministro de Estado da Previdência Social <i>Controversial Issues About the Appeals Council Social Security – the Practice of Law and the Obligation of Normative Opinions Adopted by the Minister of State for Social Security</i> <i>Ana Paula Barros Edington .....</i>	63
Considerações Quanto à Viabilidade Jurídica de Adoção da Denominada “Filiação Automática” no Âmbito da Previdência Fechada <i>Considerations Regarding the Legal Feasibility of Adoption of the “Automatic Membership” Under the Closed Pension Funds</i> <i>Fabrizio Cardoso de Meneses.....</i>	83
Desafios da Procuradoria Federal Junto à Previc <i>Challenges to the Federal Prosecutors Previc</i> <i>Felipe de Araujo Lima</i> <i>Adriano Cardoso Henrique .....</i>	97
Ação Regressiva Acidentária <i>Work a Accident-related Recovery Claims</i> <i>Fernando Maciel.....</i>	117
Reflexões Sobre a Judicialização dos Conflitos em Matéria Previdenciária <i>Reflections on judicialization conflict in Social Security Matters</i> <i>Gabriela Koetz da Fonseca.....</i>	137

Os Limites da Fiscalização Exercida pela Previc  
*The Limits of Supervision Exercised by Previc*  
*Leonardo VaSsconcellos Rocha*.....155

Relevância, Organização e Desafios da Atividade Consultiva na  
Previdência Social  
*Relevance, Organization and Challenges of Consulting Activity in Social Security*  
*Marco Aurélio Ventura Peixoto* .....179

## EDITORIAL

A presente revista é uma coletânea do que foi exposto e debatido no I Encontro Nacional dos Advogados Públicos da Previdência, ocorrido no Auditório da Escola da Advocacia-Geral da União - AGU, entre os dias 04 e 05 de dezembro de 2013, e promovido pela Escola da AGU em parceria com a Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social – CONJUR/MPS, a Procuradoria Federal Especializada do Instituto Nacional do Seguro Social – PFE/INSS e a Procuradoria Federal da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PF/PREVIC.

O encontro contou com a participação de autoridades e técnicos da AGU, do Ministério da Previdência Social, do INSS e da PREVIC, inclusive do próprio Ministro de Estado da Previdência Social, Dr. Garibaldi Alves Filho, e teve como público alvo os advogados públicos (Advogados da União e Procuradores Federais) que lidam com a matéria previdenciária, quer no âmbito da previdência social, quer na seara da previdência complementar.

Fazia-se importante que as equipes jurídicas, que atuam por todo o país, desempenhando atividades de consultoria e atuando no árduo trabalho contencioso, pudessem trocar experiências, a fim de contribuir para a melhoria na atuação dos respectivos órgãos. Daí a relevância deste encontro, que cumpriu o seu papel integrador e difusor do conhecimento.

Nesta revista, há artigos com temas da mais profunda relevância para a previdência social, a exemplo da judicialização dos conflitos em matéria previdenciária, as ações regressivas acidentárias e a atuação do Conselho de Recursos da Previdência Social, bem como para a previdência complementar, a exemplo dos aspectos controversos do novo regime de previdência complementar do servidor público federal, os limites da fiscalização exercida pela PREVIC, a proteção patrimonial dos planos de benefícios da previdência complementar fechada e a filiação automática no âmbito da previdência fechada.

A Advocacia-Geral da União vive um momento ímpar em sua história. Após pouco mais de vinte anos de sua efetiva criação, a instituição ganha maturidade e colhe respeito e reconhecimento na sociedade. Neste contexto, é importante que os membros da AGU, no exercício de função essencial à justiça, tenham em mente a necessidade de união e de fortalecimento da advocacia pública federal.

As atividades de um advogado público não podem se restringir às paredes dos órgãos em que desempenham suas funções, ou às salas e plenários dos tribunais. Do contrário, a produção acadêmica não pode, sob qualquer hipótese, ser ignorada, sob pena de vir a se tornar mero burocrata do Direito, que não produz conhecimento, não discute, não inova.

Assim sendo, a coletânea de artigos contida nesta revista cumpre o mister não apenas de materializar as exposições do I Encontro Nacional dos Advogados Públicos da Previdência, mas especialmente de contribuir, a partir das ideias e conceitos expostos, com a atuação de tantos colegas espalhados pelo país, que precisam, na atividade consultiva ou contenciosa, lidar com a sempre apaixonante temática previdenciária.

**Marco Aurélio Ventura Peixoto**

Advogado da União, lotado e em exercício na PRU/5ª Região  
Ex-Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social

---

# REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – ASPECTOS CONSTITUCIONAIS CONTROVERSOS

*PENSION SCHEME OF THE FEDERAL PUBLIC SERVER -  
CONSTITUTIONAL CONTROVERSIAL ISSUES*

---

*Adriano Cardoso Henrique  
Procurador Federal*

*Especialista em Processo Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL  
Coordenador-Geral de Estudos e Normas da Procuradoria Federal junto a Previc*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves notas acerca do regime constitucional de Previdência Complementar; 2 Das linhas gerais do Regime de Previdência Complementar do Servidor Público; 3 Da natureza pública da entidade fechada de Previdência Complementar - FUNPRESP; 4 Do Plano de Benefícios na modalidade de contribuição definida; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo possui por objetivo abordar dois aspectos constitucionais do novel regime de previdência complementar do servidor público federal e verificar a ocorrência de eventuais controvérsias jurídicas decorrentes da implantação do novo regime. Deste modo o presente texto introduzirá, ainda que de forma sucinta, os principais aspectos constitucionais do regime de previdência complementar previsto no art. 202 da Constituição Federal e seus reflexos jurídicos. Feita a abordagem geral, será examinada a natureza pública da EFPC-Funpresp e sua adequação ao caráter jurídico privado das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Na sequência, discutir-se-á a modelagem do plano de benefícios administrado pela entidade fechada de previdência complementar – Funpresp, principalmente no tocante ao regulamento do plano de benefícios ofertado e sua eventual ilegalidade em face da Lei nº 12.618 de 30 de abril de 2012.

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdência Complementar. Servidor Público. Aspectos Constitucionais. Natureza Jurídica da EFPC. Modelagem do Plano de Benefícios Ofertado.

**ABSTRACT:** This article has aimed to address two aspects of the novel constitutional scheme pension of federal public servants and verify the occurrence of any legal disputes arising implementation of the new regime. Thus this text will introduce, albeit briefly, the main aspects of the constitutional scheme pension provided for in art. 202 of the Federal Constitution and its legal consequences. After the general approach, it will be examined the public nature of CPF-Funpresp and its suitability for private legal character of Closed Pension Funds. Following discuss will be the modeling of the benefit plan administered by a closed pension - Funpresp, particularly with regard to the regulation of benefit plans offered and may be unlawful in light of Law No. 12,618 of April 30, 2012.

**KEYWORDS:** Pension. Public Servant. Constitutional Aspects. Legal Nature of CVET. Modeling the Benefits Plan Offered.

## INTRODUÇÃO

O presente texto aborda alguns aspectos jurídicos do novel regime de previdência complementar do servidor público federal com foco específico no arcabouço constitucional, em especial na modalidade do plano de benefícios<sup>1</sup> determinado pela Carta Magna, bem como a natureza pública da entidade fechada de previdência complementar que irá administrar e executar o plano de benefícios do servidor público que aderir ao novo regime jurídico.

O regime de previdência complementar possui assento constitucional no artigo 202<sup>2</sup> da Carta Magna. No dispositivo constitucional há princípios e diretrizes estruturantes do regime que é operado por entidades de previdência abertas e fechadas. No artigo em tela, trataremos especificamente do segmento das entidades fechadas, ao qual se vincula o regime de previdência complementar dos servidores públicos federais.

---

1 "Plano de benefícios, em linhas gerais, consiste no rol de benefícios previdenciários ofertados ao participante, permeado por direitos e obrigações das partes envolvidas, materializadas no regulamento de tais planos". ROCHA, Leonardo Vasconcelos (Coord.). *O Patrocínio Público na Previdência Complementar Fechada*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p.28.

2 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Em face do advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998<sup>3</sup>, possibilitou-se a implantação do regime de previdência complementar para servidores titulares de cargo efetivo dos quatro entes federativos, com algumas nuances próprias decorrentes das regras e princípios de direito administrativo que regem a relação laboral do servidor público. Destarte, ao arcabouço constitucional da previdência complementar já previsto no art. 202, agregam-se os dispositivos que tratam especificamente da aplicação deste regime previdenciário aos servidores públicos.

Deve, portanto, o novo cenário constitucional da previdência complementar para o servidor público ser avaliado e analisado sob a ótica da teoria da unidade da constituição, buscando uma leitura uniforme e uníssona com os preceitos constitucionais que o antecederam.

Em decorrência da necessidade da leitura acima indicada, certos aspectos da relação previdenciária complementar do novel regime para o servidor deve ser objeto de uma análise mais detida.

Assim, como primeiro ponto, abordar-se-á a inusitada natureza pública da entidade de direito privado que administrará e executará o plano de benefícios ofertados àqueles servidores optantes pelo regime de previdência.

Num segundo momento, avaliar-se-á a questão do plano de benefícios ofertado ao servidor público que se torna participante<sup>4</sup>, o qual a Constituição Federal determinou a adoção da modalidade de Contribuição Definida para tais planos. Neste ponto, além das razões

---

3 Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).

4 "Participante é a pessoa física ou jurídica que adere a um plano de previdenciário privado, por meio de contrato de adesão, devendo se submeter ao regulamento específico do plano. É o equivalente ao segurado da Previdência Social". WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. *Previdência Privada – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 90.

que levam a adoção de tal modalidade, mais importante dar-se-á na verificação da correta adequação da lei e do próprio regulamento do plano de benefícios ao comando constitucional.

## 1 BREVES NOTAS ACERCA DO REGIME CONSTITUCIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

O regime de previdência complementar veio a obter disciplinamento constitucional analítico tão somente com o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que modificou o regime de previdência complementar.

Anteriormente a previdência privada possuía esteio constitucional tão somente em alguns esparsos dispositivos constitucionais. Conforme apontamentos de Daniel Pulino<sup>5</sup>, a própria posição topográfica do dispositivo constitucional indicava previdência privada como integrante do sistema financeiro nacional, o que por vezes poderia dar azo a um disciplinamento legal oposto à configuração jurídica atual. De sorte que o constituinte derivado corrigiu o equívoco, a meu ver, quanto à natureza ontológica da previdência privada, realocando-a devidamente no Título da Ordem Social e no capítulo concernente à Seguridade Social. Tal mudança abranda o caráter privatístico e contratual da previdência complementar, indicando claramente seu viés social, todavia, sem descuidar da natureza privada do regime e sua subsunção a aspectos regulatórios.

Assim, com o advento da art. 202 da Constituição Federal, as características do regime foram claramente delimitados no plano constitucional: complementariedade, autonomia em relação ao regime geral de previdência social, facultatividade, contratualidade e regulação por lei complementar.

A primeira característica, complementariedade, diz respeito à própria essência do regime previdenciário privado que vem a assegurar, de forma securitária, as necessidades ou riscos sociais não albergados pelo regime geral de previdência - RGPS. Deste modo, aqueles que possuam níveis salariais ou remuneratórios que excedam o teto máximo de benefícios que o RGPS, podem buscar na previdência complementar uma maior cobertura social para os eventos programados ou de riscos. Nos dizeres de Juliano Sarmiento Barra<sup>6</sup>:

A Previdência Privada nasce com o escopo de atender àqueles trabalhadores que, com seus esforços, conseguiriam se situar acima

5 PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p.100.

6 BARRA, Juliano Sarmiento. *Fundos de Pensão Instituídos na Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 2008. p. 100-101.

das faixas mínimas de proteção social, requerendo uma segunda cobertura social, a qual, ainda que de caráter privado, é balizada pelos limites regulatórios e fiscalizadores do Estado.

Quanto à autonomia entre o regime complementar e os regimes oficiais de previdência (RGPS e RPPS), este princípio indica desnecessidade de vinculação entre os regimes previdenciários, principalmente no que concerne ao custeio e a concessão dos benefícios. Nas lições de Luís Carlos Cazetta<sup>7</sup>:

A autonomia do regime de previdência privada compreende não só a segregação das suas relações jurídicas e patrimoniais das que são atinentes ao regime geral de previdência, como também daquelas que decorrem dos contratos de trabalho: o regime previdenciário complementar não guarda relação de dependência com o regime geral de previdência social (inclusive, em regra, quanto à atribuição e gozo de benefícios), assim como não se subordina ou se vincula às regras que disciplinam o contrato de trabalho mantido entre o empregado (participante) e o empregador (patrocinador), cuja disciplina jurídica não altera em qualquer aspecto.

Destarte, conforme apontado acima, e trazendo para a realidade da relação laboral/estatutária do servidor público, a autonomia do regime complementar não se altera por força das normas de direito público aplicáveis ao servidor. Todavia, digno de nota se faz a previsão legal do art. 12 da Lei 12.618<sup>8</sup>, de 30 de maio de 2013, que vincula a concessão de benefícios não programados (aposentadoria por invalidez, pensão

---

7 CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência Privada – O regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 27-28.

8 Art. 12. Os planos de benefícios da Funpresp-Exe, da Funpresp-Leg e da Funpresp-Jud serão estruturados na modalidade de contribuição definida, nos termos da regulamentação estabelecida pelo órgão regulador das entidades fechadas de previdência complementar, e financiados de acordo com os planos de custeio definidos nos termos do art. 18 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, observadas as demais disposições da Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001.

§ 3º Os benefícios não programados serão definidos nos regulamentos dos planos, observado o seguinte:

I - devem ser assegurados, pelo menos, os benefícios decorrentes dos eventos invalidez e morte e, se for o caso, a cobertura de outros riscos atuariais; e

II - terão custeio específico para sua cobertura.

§ 4º Na gestão dos benefícios de que trata o § 3º deste artigo, as entidades fechadas de previdência complementar referidas no art. 4º desta Lei poderão contratá-los externamente ou administrá-los em seus próprios planos de benefícios.

§ 5º A concessão dos benefícios de que trata o § 3º aos participantes ou assistidos pela entidade fechada de previdência social é condicionada à concessão do benefício pelo regime próprio de previdência social.

por morte, etc.) no regime de previdência complementar à concessão de iguais benefícios no regime próprio de previdência do servidor público. De imediato a leitura açodada do dispositivo pode levar a conclusão da inexistência ou mitigação da autonomia entre os regimes previdenciários complementar e próprio. Entretanto, tal regra se faz necessária em virtude do componente atuarial de tais benefícios, que indicam a necessidade de sincronia quando da concessão destes benefícios em particular. Ademais, tal previsão legal repete a já existente determinação do art. 3º da Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001<sup>9</sup>.

No que diz respeito à facultatividade do regime previdenciário complementar esta decorre diretamente da própria natureza supletiva do regime, bem como da natureza privada/contratual do regime complementar, ao contrário dos regimes oficiais (RGPS e RPPS) cuja vinculação é obrigatória por lei. Desta forma, aquele que deseja ingressar no RPC o fará com a plena autonomia de decidir sua vinculação, não havendo qualquer obrigatoriedade legal.

Assim, a adequada natureza contratual da previdência complementar, que a seguir será explicitado, por si só contribui para a facultatividade do regime. Daniel Pulino<sup>10</sup> assim explica tal característica:

O princípio da facultatividade (ou voluntariedade, espontaneidade) é expressão, no regime de previdência privada, da livre iniciativa que fundamenta o campo das atividades econômicas, particularmente num de seus desdobramentos, que é a liberdade das pessoas para contratar ou não, ou seja, para vincularem-se, livremente e por contrato, com outrem.

Cuida-se de característica oposta ao caráter obrigatório, imperioso, dos regimes básicos de proteção previdenciária (RGPS ou qualquer RPPS), relativamente ao trabalhador, em nosso sistema previdenciário, considerado em sua totalidade.

---

9 Art. 3º Observado o disposto no artigo anterior, os planos de benefícios das entidades de que trata esta Lei Complementar atenderão às seguintes regras:

I – carência mínima de sessenta contribuições mensais a plano de benefícios e cessação do vínculo com o patrocinador, para se tornar elegível a um benefício de prestação que seja programada e continuada; e  
II – concessão de benefício pelo regime de previdência ao qual o participante esteja filiado por intermédio de seu patrocinador, quando se tratar de plano na modalidade benefício definido, instituído depois da publicação desta Lei Complementar.

10 PULINO, op. cit., p.261.

A contratualidade é característica constitucional expressa do regime de previdência complementar e faz par com a facultatividade anteriormente delimitada. A opção do constituinte de deixar explícita tal natureza induz necessariamente que o contrato, com muito mais razão em decorrência de sua inserção na ordem social, observe e aplique indiscriminadamente o princípio da função social do contrato<sup>11</sup>.

Destarte, as entidades fechadas de previdência complementar tem no contrato previdenciário o principal instrumento para viabilização de seu maior objetivo: a instituição e execução de planos de benefícios de caráter previdenciário. A previsão de natureza contratual da relação previdenciária privada albergada pela Constituição Federal já estava sedimentada na doutrina especializada. Neste diapasão Manoel S. Soares Póvoa<sup>12</sup> conceitua o contrato previdenciário privado:

Contrato previdenciário é ato jurídico bilateral pelo qual uma pessoa – o participante, querendo garantir-se e aos seus contra as consequências da materialização de certos riscos sociais, acorda com pessoa legalmente autorizada a efetuar, no domínio privado, a compensação desses riscos – a entidade, mediante o pagamento (único ou continuado) de uma importância – a contribuição, recebe por ele ou pelas pessoas que designou como beneficiário a respectiva compensação ou reparação, na forma de benefícios pecuniários ou de serviços previdenciários. [...] A bilateralidade tem sido objeto de especulação intelectual, pois se afirma que, como em muitos casos, se só o sujeito ativo tem sempre obrigações, o contrato não é bilateral. Em nosso entender, a bilateralidade é *sui generis* e está em harmonia com a qualidade *sui generis* dele; se o fundamento da instituição seguradora é a compensação dos riscos a que um conjunto de pessoas está sujeito, compensação essa que é feita por uma organização específica, com personalidade jurídica, chamada entidade, a obrigação desta, não tem qualquer equivalência com a obrigação do sujeito ativo. Ambos os sujeitos têm direitos e obrigações, só que o direito do sujeito ativo, só

---

11 “Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas. [...] Combinado aos demais princípios [...], o princípio da função social importa redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual.”

12 PÓVOA, Manoel S. Soares. *Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. FUNENSEG, 1985. p.203-4.

se objetiva com a materialização do risco, ou mais explicitamente no caso do contrato previdenciário, com a verificação do evento que, nos termos contratuais, dá ao sujeito ativo o direito de receber o benefício, e ao sujeito passivo a obrigação de o proporcionar.

Por fim, como característica derradeira trazida pelo texto constitucional temos a necessária regulação<sup>13</sup> deste regime pelos parâmetros e determinações contidas nas duas leis complementares específicas, as quais a própria emenda constitucional nº 20, de 1998, determinou a edição das mesmas<sup>14</sup>.

Desta forma, temos na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, o arcabouço jurídico geral do regime de previdência complementar, operado tanto por entidades abertas, como por entidades fechadas de previdência. O referido diploma legal traz ainda os princípios aplicáveis ao regime, estrutura de governança, formas de intervenção do órgão fiscalizador, processo administrativo sancionador dentre outros temas estruturantes do regime.

No que diz respeito à outra Lei Complementar de nº 108<sup>15</sup>, de mesma data, aqui nós temos um diploma voltado especificamente para as nuances próprias da relação jurídica do Estado, por meio dos entes que compõem a administração direta e indireta, enquanto patrocinadores de planos de benefícios administrados por entidades fechadas de previdência complementar. Grande parte das disposições desta lei se aplica ao novo regime previdenciário do servidor público, sendo certo que, por força constitucional, o novel regime possui nas leis complementares as balizas legais de observância obrigatória.

Ademais, repisando novamente a característica privada e contratual do regime de previdência complementar, não se pode olvidar de todo a cenário de normas de regulação expedidas pelo órgão regulador<sup>16</sup> do regime aplicável às entidades fechadas.

---

13 Digno de nota se faz destacar que a regulação a que faz alusão o texto constitucional não se confunde com o poder normativo do Poder Executivo em editar diplomas normativos por agências reguladoras e de observância obrigatória por determinado setor regulado.

14 Art. 7º - Os projetos das leis complementares previstas no art. 202 da Constituição Federal deverão ser apresentados ao Congresso Nacional no prazo máximo de noventa dias após a publicação desta Emenda.

15 Art. 1º A relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, e suas respectivas entidades fechadas, a que se referem os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal, será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar.

16 Art. 13. O Conselho de Gestão da Previdência Complementar, órgão da estrutura básica do Ministério da Previdência Social, passa a denominar-se Conselho Nacional de Previdência Complementar, que exercerá a função de órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar. (Lei Nº 12.154, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2009).

Além das características insculpidas no caput do art. 202 da Carta Magna, outros princípios como a transparência nas informações e a paridade contributiva no patrocínio público são temas importantíssimos, todavia, foge ao escopo do presente trabalho uma abordagem específica dos mesmos.

## **2 DAS LINHAS GERAIS DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDOR PÚBLICO**

Feitos os apontamentos iniciais no tocante ao regime de previdência privada estabelecido no art. 202 da Constituição Federal, passa-se a tratar especificamente do regime aplicável ao servidor público e inaugurado com o advento da lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012.

Inicialmente, há que se destacar que o regime de previdência complementar para o servidor público federal deve necessariamente observar os parâmetros e diretrizes legais estatuídos nas duas leis complementares que regulam o regime. Desta maneira, acaso haja qualquer antinomia entre a lei ordinária e a lei complementar esta deve se sobrepor, seja em razão do princípio da hierarquia, seja em face da especialidade conforme ensina a hermenêutica jurídica.

Importante ressaltar que a adoção do regime complementar acarreta dupla vinculação previdenciária, pois aos servidores que ingressarem após a instituição deste, ou fazerem a opção pelo regime no casos dos servidores antigos, a concessão de benefícios até o limite máximo dos benefícios concedidos pelo RGPS fica a cargo do regime próprio, e além deste teto, o novel RPC passa a realizar cobertura previdenciária destes servidores.

Pois bem, o primeiro destaque para os contornos deste diploma legal diz respeito ao objetivo da instituição do regime para o servidor, que difere das necessidades que justificaram a previdência complementar para os demais trabalhadores do setor privado. Na origem<sup>17</sup>, a previdência privada resultava da busca pela complementação da renda e cobertura de riscos não contemplados no regime geral, sendo este o motivo ensejador para criação da previdência privada. No caso do regime aplicável aos servidores públicos federais a busca pelo equacionamento do déficit

17 “No Brasil, a instituição do sistema legal baseado na Lei 6.435 de 15 de julho de 1977 correspondeu, em primeiro lugar, a uma necessidade disciplinadora, pois a liberdade com que se atuava neste domínio, sobretudo por parte de alguns responsáveis pelas sociedades mútuas abertas, ameaçava acabar, como de resto vinha acontecendo, com as expectativas dos respectivos associados, e, em segundo lugar, a uma necessidade estrutural, na medida em que o desinteresse por parte das seguradoras pelo seguro de vida individual, deixava abandonado um vasto campo, que só um novo quadro de operadoras, tinha possibilidade de ocupar, em termos efetivos e produtivos, isto é, com real interesse para todos os envolvidos no processo previdenciário privado.” PÓVOA, op. cit. p.34.

da previdência própria dos servidores ensejou a criação do regime. A própria leitura do dispositivo constitucional deixa claro que a instituição do regime, com plano de benefícios na modalidade contribuição definida, possibilitava aos entes federativos adotar o limite máximo para os benefícios concedidos pelo regime geral de previdência.

Buscando albergar a situação de eventuais servidores públicos que queiram aderir ao novo regime foi criado o instituto do benefício especial<sup>18</sup>. Tal benefício nada mais é que proporcionalização do benefício programado principal (aposentadoria) baseado nas contribuições vertidas anteriormente ao regime próprio, até a efetiva adesão deste servidor ao novo regime previdenciário voluntário. Assim, o servidor receberá do RPPS: um benefício limitado ao teto do RGPS e o benefício especial referente às contribuições efetuadas por este e pela União até a data citada.

O diploma legal também determinou a criação de três entidades fechadas<sup>19</sup>, uma para cada Poder da República, ou seja, uma entidade para os servidores do Executivo, outra para o Legislativo e uma terceira para o Judiciário. No projeto original havia a previsão de somente uma EFPC, tendo em vista o ganho de escala e a diminuição de custos decorrente da centralização em uma única EFPC.

A natureza jurídica das entidades também inovou o ordenamento jurídico, e como veremos a frente, acarretou um hibridismo jurídico

---

18 Art. 3º Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei no 10.887, de 18 de junho de 2004, aos servidores e membros referidos no caput do art. 1º desta Lei que tiverem ingressado no serviço público:

[...]

§ 1º É assegurado aos servidores e membros referidos no inciso II do caput deste artigo o direito a um benefício especial calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observada a sistemática estabelecida nos §§ 2º a 3º deste artigo e o direito à compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição Federal, nos termos da lei.

19 Art. 4º É a União autorizada a criar, observado o disposto no art. 26 e no art. 31, as seguintes entidades fechadas de previdência complementar, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário nos termos das Leis Complementares nos 108 e 109, de 29 de maio de 2001:

I - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Executivo, por meio de ato do Presidente da República;

II - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas da União e para os membros deste Tribunal, por meio de ato conjunto dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; e

III - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo e para os membros do Poder Judiciário, por meio de ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

justificado, segundo os debates anteriores à aprovação da lei, como necessário para colmatação de interesses públicos e o viés privatístico característicos dos Fundos de Pensão.

Também no que concerne ao plano de benefícios, um dos objetos centrais do presente estudo, houve inovações técnicas ao criar o Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários (FCBE). Tal artifício contábil permite o pagamento de benefícios de forma diferenciada a determinadas classes de participantes (mulheres, professores, policiais e etc), inserindo desta forma, como também veremos a frente, um mutualismo<sup>20</sup> característico de planos classificados como de contribuição variável.

### **3 DA NATUREZA PÚBLICA DA ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - FUNPRESP**

Um dos pontos mais controvertidos que o novo regime de previdência complementar, diz respeito à natureza jurídica das EFPC – Funpresp Executivo, Legislativo e Judiciário.

A controvérsia foi gerada em decorrência da atribuição de natureza pública determinada pela Constituição, em contraponto com a natureza privada que ostentam todas as entidades fechadas de previdência complementar, inclusive aquelas com patrocínio público e regidas pela LC nº 108/2001.

Desta maneira, necessário demonstrar o panorama histórico das entidades fechadas desde o advento da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977 até a lei que instituiu a Funpresp. Assim já preconizava a antiga lei orgânica da previdência privada:

Art. 1º Entidades de previdência privada, para os efeitos da presente Lei, são as que têm por objeto 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.

[...]

Art. 5º As entidades de previdência privada serão organizadas como:

---

<sup>20</sup> “O mutualismo objetiva, também, a compensação dos efeitos do acaso sobre o patrimônio das pessoas, só que considera essa compensação dentro de um critério de interesses recíprocos, com força suficiente para levar essas pessoas a estabelecerem, entre elas, um pacto, em que se obrigam a indenizar aquela ou aquelas atingidas pela materialização dos riscos nele considerados, tomando cada um, portanto, ao mesmo tempo, a posição de segurador e a de segurado.” PÓVOA. op. cit. p. 314.

I - sociedades anônimas, quando tiverem fins lucrativos;

II - sociedades civis ou fundações, quando sem fins lucrativos.  
(Destaquei)

Pois bem, as entidades de previdência complementar, sejam fechadas ou abertas, sempre ostentaram a natureza jurídica privada enquanto pessoas jurídicas que desenvolvem como atividade principal a administração de planos de benefícios. Desta maneira, a revogada Lei nº 6.435/77 apenas distinguia as modalidades de entidades no aspecto da busca de lucro, sendo as fechadas organizadas nas formas de sociedades civis ou fundações.

Tal cenário jurídico perdurou durante quase 25 anos até o advento das Leis Complementares nº 108 e 109 de 2001, que passaram a reger o regime de previdência complementar. A responsável pelas linhas gerais do regime, LC nº 109/2001, assim definiu as entidades fechadas:

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

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e

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

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

Verifica-se que a atual legislação manteve a modalidade jurídica de fundação ou sociedade civil para as entidades fechadas.

Como já dito acima, a Emenda Constitucional nº 20/1998 determinou no texto do § 15 do art. 40 que as entidades fechadas terão “natureza pública”. Portanto, coube ao diploma legal de criação da Funpresp a especificação da característica singular destas novas entidades.

Antes de adentrar especificamente na lei do Funpresp, torna-se indispensável analisar o projeto de lei que originou o diploma no ponto específico da natureza pública destas EFPCS. O Projeto de Lei nº 1.992 de 2007, em sua redação original, assim dispunha:

Art. 8º A natureza pública das entidades fechadas a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição consistirá na:

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

II - realização de concurso público para a contratação de pessoal;

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

Após todos os debates travados quando da tramitação do projeto de lei acima, o texto legal adotou a seguinte redação:

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

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

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

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

complementar, na forma das Leis Complementares n<sup>os</sup> 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

Comparando os dois textos, tanto da propositura inicial quanto da redação legislativa final, verificamos que não houve alterações substanciais nos incisos que caracterizam a natureza pública das entidades. Entretanto, a redação final foi mais incisiva quanto a imperatividade de submissão da EFPC às outras normas de direito público decorrentes de sua instituição como fundação de direito privado. Desta forma além de verificarmos pontualmente cada característica trazida pelos incisos do dispositivo legal, imperativo ainda delimitar quais seriam eventualmente as demais normas que se aplicam em virtude da Funpresp ser uma fundação de direito privado integrante da administração indireta da União.

As fundações de direito privado instituídas pelo poder público são objeto de regulamentação pelo Decreto-lei n<sup>o</sup> 200, de 25 de fevereiro de 1967, com redação dada pela Lei n<sup>o</sup> 7.596, de 10 de abril de 1987:

II - o art. 5<sup>o</sup> fica acrescido de um inciso e um parágrafo, a serem numerados, respectivamente, como inciso IV e § 3<sup>o</sup>, na forma abaixo:

Art. 5<sup>o</sup> .....

.....

IV -Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

.....

§ 3<sup>o</sup> As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.

Comentando o conceito legal acima, José dos Santos Carvalho Filho<sup>21</sup> tece esclarecimentos acerca do dispositivo normativo:

21 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 2012. p.518.

Não parece haver dúvida de que o legislador tinha em mente a já consolidada ideia relativa às fundações instituídas pelo Poder Público, como pessoas jurídicas de direito privado, dotada de muitos pontos de assemelhação com as fundações criadas pela iniciativa privada, inclusive quanto à aquisição da personalidade jurídica através do registro do ato constitutivo. Desse modo, é indiscutível que as entidades introduzidas na Administração Indireta se caracterizam como fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado e com sua configuração estrutural básica regulada pelo Direito Civil.

A Constituição de 1988 por várias vezes se referiu às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, mas em nenhum momento tratou de sua personalidade jurídica. Sendo assim, tem-se que as fundações públicas de direito privado, previstas no Decreto-lei nº 200/1967, não guardam qualquer incompatibilidade com as regras constitucionais, o que permite inferir que a regra que as definiu tem inteira eficácia.

Afiliando-me à corrente doutrinária<sup>22</sup> acima, parece-me então não remanescer dúvidas quanto à possibilidade de uma fundação pública ostentar a condição de pessoa jurídica de direito privado.

Apesar de posicionamentos defendendo a necessidade de a “natureza pública “da Funpresp ser traduzida no formato de autarquia, entendo que a construção legal introduzindo a EFPC como fundação pública de direito privado e submetidas a rigorosas regras de direito público atende ao comando constitucional. Não se pode olvidar que os dispositivos constitucionais referentes ao RPC do servidor público deve necessariamente serem lidos numa leitura sistêmica com as disposições

---

22 Em sentido contrário: *“em rigor as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias às quais foi dado a designação correspondente à base estrutural que têm. É que, como se sabe, as pessoas jurídicas sejam elas de direito público, sejam de direito privado, são classificáveis em dois tipos, no que concerne ao “abstracto básico” sobre que assentam: pessoas de base corporativa [corporações, associações, sociedades] e pessoas de base fundacional [fundações]. Enquanto as primeiras tomam como substrato uma associação de pessoas, o substrato das segundas é, como habitualmente se diz, um patrimônio personalizado ou, como mais corretamente dever-se-ia dizer, a personalização de uma finalidade.” [Prossegue] ...” a Constituição referiu-se às Fundações Públicas em paralelismo com as Autarquias, portanto, como se fossem realidades distintas porque, simplesmente existem estes nomes diversos, utilizados no direito brasileiro para nominar pessoas estatais. Seus objetivos foram pragmáticos. Colhê-las seguramente nas dicções a elas reportadas, prevenindo que, em razão de discussões doutrinárias e interpretações divergentes pudessem ficar à margem dos dispositivos que as pretendiam alcançar.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: RT, 1995. p. 226.*

constitucionais do art. 202 da Constituição Federal e demais dispositivos das leis complementares nº 108 e 109 de 2001.

Desta forma, a adoção do modelo autárquico para Funpresp, como defendem alguns, acarretaria distorção no próprio modelo de fiscalização das entidades fechadas. Assim determina a LC nº 109/2001:

Art. 72. Compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas zelar pelas sociedades civis e fundações, como definido no art. 31 desta Lei Complementar, não se aplicando a estas o disposto nos arts. 26 e 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário.

Como claramente se observa na norma, a tutela das EFPC instituídas como fundações ou sociedades civis compete, atualmente, tendo em vista a cisão entre regulação e fiscalização, ao órgão fiscalizador - Previc. Acaso se outorgasse a roupagem jurídica de fundação de direito público (fundação autárquica) ou autarquia propriamente dita, tal EFPC afrontaria o comando da norma legal complementar, bem como, traria distorções jurídicas à sua submissão ao poder regulatório do Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC. O tema foi objeto de análise jurídica judiciosa por parte de Daniel Pulino<sup>23</sup>, que dessa maneira dissertou:

Finalmente, ainda quanto às hipóteses de patrocínio governamental, cumpre ao menos registrar – [...] – que mesmo nos casos em que o patrocinador seja a própria Administração direta, autárquica ou fundacional, estabelecendo plano de benefícios da chamada previdência complementar do servidor público – leia-se: servidores públicos titulares de cargos efetivos ou os chamados membros de Poder –, prevista particularmente nos §§ 14 a 16, do art. 40 da Constituição, entendemos que, em que pese à referência feita pontualmente no art. 40, § 15 (com a redação imposta pela Emenda Constitucional n. 41, de 2003), a entidades fechadas “de natureza pública”, tais entidades haverão de apresentar personalidade jurídica de direito privado, submetendo-se, inclusive, essencialmente ao regime jurídico privado (não se podendo, portanto, apreender em sentido técnico-jurídico a citada expressão “natureza pública”) imposto pelo art. 202 da Constituição e disciplinado pelas Leis Complementares ns. 108 e 109, de 2001, como, em geral, ocorre com as demais entidades fechadas já existentes e que se acham sob a

23 PULINO, op. cit. p.226.

disciplina da Lei Complementar n. 108, 2001, ainda que uma ou outra diferença de regime possa vir a ser estabelecida para a disciplina dessas entidades (p. ex., a exacerbação das regras de transparência e a incidência de alguns princípios do art. 37 da Constituição, como os da publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência).

Desta feita, entendo que, neste ponto, em que pese argumentos contrários, não há nenhum vício de inconstitucionalidade ou antinomias com o regime jurídico das entidades fechadas ao atribuir-se natureza jurídica de direito privado à Funpresp, ressalvadas, notadamente, os requisitos que a caracterizam como de “natureza pública”.

#### **4 DO PLANO DE BENEFÍCIOS NA MODALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO DEFINIDA**

A reforma constitucional da previdência, no aspecto de criação do regime de previdência complementar para os servidores públicos, teve como objetivo principal, anteriormente já mencionado, a contenção do déficit das contas públicas com pagamento de benefícios previdenciários aos trabalhadores do setor público<sup>24</sup>. Tanto assim se comprova que a própria redação do § 14 inicia o comando constitucional impondo como condição para estabelecimento do teto previdenciário do regime geral aos benefícios previdenciários concedidos aos servidores públicos, que seja instituído o regime complementar de previdência para tais trabalhadores públicos.

Porém, não bastava tão somente a limitação ao teto do RGPS. Conforme veremos adiante, há modalidades de planos de benefícios que podem gerar déficits previdenciários, surgindo assim a responsabilidade pelo equacionamento destes tanto por patrocinadores quanto por participantes e assistidos. Destarte, necessário seria que a própria Constituição determinasse especificamente a adoção da modalidade de contribuição definida para os planos de benefícios a serem ofertados aos integrantes do novo regime, afastando assim a responsabilidade do patrocinador (entes públicos).

A Constituição Federal assim determina a adoção da modalidade do plano de benefícios:

---

<sup>24</sup> 2. O objetivo básico do Projeto de Lei é implementar o regime de previdência complementar para o servidor público federal, dando sequência à reforma da previdência iniciada com a aprovação da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, viabilizando a recomposição do equilíbrio da previdência pública e garantindo sua solvência no longo prazo, isto é, a existência dos recursos necessários ao pagamento dos benefícios pactuados. (Exposição de Motivos - EMI nº 00097/2007/MP/MPS/MF).

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que *oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida*. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003) (Destaquei)

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

No art. 202, também da Carta Magna, não há menção às modalidades de planos de benefícios que possam ser adotados. Somente na Lei complementar nº 109, de 2001, coube determinar expressamente quais as modelagens destes planos e a expressa necessidade de normatização destes pelo órgão regulador, senão vejamos:

Art. 6º As entidades de previdência complementar somente poderão instituir e operar planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador, conforme disposto nesta Lei Complementar.

Art. 7º 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.

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas *modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável*, bem como outras formas de planos de

benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar.

A princípio, o diploma legal complementar definiu três modalidades de planos de benefícios: benefício definido, contribuição definida e contribuição variável. De forma salutar ainda fez constar cláusula legal aberta no sentido de possibilitar a normatização de outras modelagens que venham a surgir, permitindo desta maneira a evolução constante do regime previdenciário.

Atendendo ao comando legal acima transcrito, o então órgão regulador editou a Resolução CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005, definindo normativamente cada modalidade:

Art. 1º As entidades fechadas de previdência complementar deverão observar, na identificação da modalidade dos planos de benefícios de caráter previdenciário que administram e executam, o disposto na presente Resolução.

Art. 2º Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na *modalidade de benefício definido* aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o *custeio determinado atuarialmente*, de forma a assegurar sua concessão e manutenção.

Parágrafo único: Não será considerado para fins da classificação de que trata o caput o benefício adicional ou acréscimo do valor de benefício decorrente de contribuições eventuais ou facultativas.

Art. 3º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na *modalidade de contribuição definida* aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente *ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante*, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.

Art. 4º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na *modalidade de contribuição variável* aquele cujos benefícios programados apresentem a *conjugação das características* das modalidades de contribuição definida e benefício definido. (Destaquei)

Conforme se percebe acima, a resolução é direta e clara ao apontar quais as características principais que definem a modalidade do plano de benefícios adotado. Deste modo, podemos de forma introdutória indicar que a modalidade de benefício definido (BD) possui aspectos atuariais inerentes à composição do custeio do plano e definição do valor do benefício previdenciário a ser concedido. Para melhor fixação colaciona-se as seguintes definições doutrinárias:

BD é a modalidade de plano em que o benefício complementar é estabelecido no momento da adesão do participante ao plano com base em valores pré-fixados ou em fórmulas de cálculo previstos em regulamento. Para proporcionar o benefício acordado o plano recolhe contribuições, determinadas atuarialmente, que podem variar no curso do tempo.<sup>25</sup>

Como a própria denominação sugere, os planos de benefício definido (ou “planos BD”, como costumam ser chamados) são aqueles em que se conhecem previamente os valores dos benefícios futuros de aposentadoria. As contribuições dos participantes e das pessoas jurídicas são capitalizadas em padrões pré-fixados, de forma a alcançar os benefícios futuros.

Porém, eventualmente, as metas fixadas para capitalização dos recursos do participante podem não ser alcançadas, o que acaba gerando descompasso financeiro para o plano estruturado nesta modalidade. Nestes casos, o plano poderá apresentar déficit que, em médio prazo, pode comprometer os benefícios assegurados aos participantes.”<sup>26</sup>

Na modalidade de contribuição definida (planos CD) não há vetores atuariais determinantes, tendo em vista que o valor do benefício reflete diretamente os valores constantes no saldo de conta individualizado de cada participante. Desta maneira, o participante contribui para a formação de uma reserva, que irá variar de acordo com a rentabilidade dos investimentos efetuados, para ao final do período contributivo e início do período de percepção do benefício previdenciário, este se reverta

---

25 CONDE, Newton Cezar; ERNANDES, Ivan Sant’Ana. *Atuária para Não atuários*. São Paulo, ICSS-SINDAPP, 2007. p. 34.

26 BALERA, Wagner (Coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada – LC 109/2001*. SÃO PAULO: Quartier Latin, 2005. p. 69.

em prestações periódicas conforme estipulado no regulamento do plano. Nas lições de Newton C. Conde<sup>27</sup>:

É a modalidade de plano em que o benefício complementar é estabelecido no momento da sua concessão, com base no montante das contribuições previamente fixadas e vertidas ao plano durante a fase contributiva.

Ilustrativo o posicionamento doutrinário<sup>28</sup> acerca da diferença entre os planos CD e BD:

Tais planos diferem dos anteriormente descritos (planos BD), em razão de o participante não conhecer, previamente, a renda a ser paga a título de aposentadoria, no futuro. O que há, nestes planos, é uma expectativa de renda, que será determinada apenas quando alcançado o período de gozo do benefício, ou seja, a base de cálculo do valor do benefício de aposentadoria programável corresponderá à totalidade das contribuições vertidas para o plano de benefícios.

Nos planos CD, em geral, a reserva é individualizada por participante, de forma que as provisões técnicas de um não impliquem diminuição ou majoração das provisões técnicas mantidas para outro participante do mesmo plano.

Por fim, encerrando a tríade das modalidades de planos, regulados até o momento, aplicáveis ao regime de previdência complementar, temos os chamados plano de contribuição variável ou plano misto.<sup>29</sup> Nesta modalidade há um sincretismo ou hibridismo dos modelos anteriores, gerando assim uma combinação de características de um ou outro modelo. Felinto Sernache<sup>30</sup> assim define a modalidade de contribuição variável:

Os planos de contribuição variável conjugam as características encontradas nos planos de contribuição definida e benefício definido.

---

27 CONDE, op. cit. p. 34.

28 BALERA, op. cit. p.78.

29 CONDE, op. cit.

30 COELHO FILHO, Felinto Sernache. Planos de Benefícios: Características, Equilíbrio e Custeio. In: *Seminário – A Previdência Complementar Fechada no Brasil: perspectivas e aspectos legais*. Colégio Permanente de Presidentes de tribunais de Justiça do Brasil. Foz do Iguaçu, 2010. p.36.

Em geral, são planos com característica de contribuição definida durante a fase de atividade do participante, mas que se convertem em benefício definido quando este se aposenta, pois oferecem rendas vitalícias como uma das formas de pagamento de benefícios previstas no regulamento.

Neste sentido, os planos CV respeitam o princípio do mutualismo somente a partir da data de aposentadoria, caso o participante tenha optado por receber benefício mensal de renda vitalícia.

Pois bem, feitos os apontamentos doutrinários, necessários para o correto entendimento de cada modalidade de plano, passa-se a verificar na lei de criação da Funpresp e respectivo regulamento a adequação da modalidade do plano à determinação constitucional. Antes porém, vale ressaltar que tomar-se-á como objeto de análise o regulamento do plano de benefícios do Funpresp-EXE. Assim determina a Lei nº 12.618/2012:

Art. 12. Os planos de benefícios da Funpresp-Exe, da Funpresp-Leg e da Funpresp-Jud serão estruturados na modalidade de contribuição definida, nos termos da regulamentação estabelecida pelo órgão regulador das entidades fechadas de previdência complementar, e financiados de acordo com os planos de custeio definidos nos termos do art. 18 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, observadas as demais disposições da Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001.

§ 1º A distribuição das contribuições nos planos de benefícios e nos planos de custeio será revista sempre que necessário, para manter o equilíbrio permanente dos planos de benefícios.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 18 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, o valor do benefício programado será calculado de acordo com o montante do saldo da conta acumulado pelo participante, devendo o valor do benefício estar permanentemente ajustado ao referido saldo.

§ 3º Os benefícios não programados serão definidos nos regulamentos dos planos, observado o seguinte:

I - devem ser assegurados, pelo menos, os benefícios decorrentes dos eventos invalidez e morte e, se for o caso, a cobertura de outros riscos atuariais; e

II - terão custeio específico para sua cobertura.

§ 4º Na gestão dos benefícios de que trata o § 3º deste artigo, as entidades fechadas de previdência complementar referidas no art. 4º desta Lei poderão contratá-los externamente ou administrá-los em seus próprios planos de benefícios.

§ 5º A concessão dos benefícios de que trata o § 3º aos participantes ou assistidos pela entidade fechada de previdência social é condicionada à concessão do benefício pelo regime próprio de previdência social.

Art. 13. Os requisitos para aquisição, manutenção e perda da qualidade de participante, assim como os requisitos de elegibilidade e a forma de concessão, cálculo e pagamento dos benefícios, deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, observadas as disposições das *Leis Complementares n.ºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001*, e a regulamentação do órgão regulador das entidades fechadas de previdência complementar.

Da leitura do dispositivo legal acima, constata-se que, no plano formal, a lei seguiu a determinação constitucional. Todavia, no campo do regulamento do plano de benefícios, contrato previdenciário por excelência, a criação de fundos mutualistas e a previsão de pagamento de benefício de renda vitalícia, distorceu a modelagem do plano de benefícios de contribuição definida, tornando-o plano de benefícios na modelagem de contribuição variável. Vejamos as principais cláusulas do regulamento que sustentam a tese ora esposada:

Art. 1º. O presente Regulamento tem por finalidade dispor sobre o plano de benefícios previdenciários denominado Plano Executivo Federal, doravante designado Plano, estruturado na modalidade de contribuição definida, destinado aos servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Executivo Federal e seus respectivos beneficiários.

[...]

Art. 2º. Para os fins deste Regulamento, as expressões, palavras, abreviações ou siglas a seguir indicadas deverão ser grafadas com a primeira letra maiúscula e correspondem aos seguintes significados:

[...]

XIII - CONTRIBUIÇÃO DEFINIDA: Modalidade deste plano de benefícios, em que os benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do Participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.

[...]

Art. 18. As contribuições destinadas ao custeio dos benefícios do Plano serão convertidas em cotas e segregadas nas seguintes reservas, contas e fundos:

[...]

VIII - Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários – FCBE, *de natureza coletiva*, a ser contabilizado no âmbito das Provisões Matemáticas de Benefícios a Conceder e das Provisões Matemáticas de Benefícios Concedidos, conforme o caso, correspondente aos compromissos do Plano relativos ao:

[...]

Art. 20. O Plano oferecerá aos seus Participantes e Beneficiários os seguintes Benefícios, observadas as condições estabelecidas neste Regulamento:

I - Aposentadoria Normal;

II - Aposentadoria por Invalidez;

III - Pensão por Morte do Participante Ativo Normal e do Participante

Autopatrocinado;

IV - Pensão por Morte do Participante Assistido;

*V - Benefício por Sobrevivência do Assistido;*

## VI - Benefício Suplementar.

Art. 25. O Benefício por Sobrevivência do Assistido será concedido ao Assistido que sobreviver ao prazo de pagamento da Aposentadoria Normal, da Aposentadoria por Invalidez, da Pensão por Morte do Participante Ativo Normal e do Participante Autopatrocinado ou da Pensão por Morte do Participante Assistido, conforme o caso.

§ 1º O Benefício por Sobrevivência do Assistido corresponderá a uma *renda vitalícia*, baseada em parcela do FCBE, com valor inicial equivalente a 80% (oitenta por cento) da última prestação mensal percebida pelo Assistido relativa à respectiva Aposentadoria Normal, Aposentadoria por Invalidez, Pensão por Morte do Participante Ativo Normal e do Participante Autopatrocinado, ou Pensão por Morte do Participante Assistido, conforme o caso.

Como dito acima, e agora com a previsão contratual demonstrando, podemos perceber que a inserção de renda vitalícia em benefício programado, aliado ao fundo de natureza coletiva, implanta cláusula mutualista típica de planos de contribuição variável. Se não temos o benefício definido, temos todavia um benefício (renda vitalícia) que carece de estudos atuariais complexos para manutenção do custeio deste por período indeterminado, contrariamente ao previsto para os planos de contribuição onde o prazo de recebimento do benefício é plenamente identificado.

Ademais, a inserção da renda vitalícia induz necessariamente que o benefício torna-se definido, pois corresponderá, no caso do benefício por sobrevivência, a 80% (oitenta por cento) do benefício programado de aposentadoria, e ainda por período incerto (característica básica da vitaliciedade).

Neste diapasão, podemos constatar que a modelagem do plano de benefícios da Funpresp utiliza-se de características de plano de contribuição definida na fase cumulativa (porte de contribuições para formação de reserva) e na fase de percepção do benefício temos um plano de benefício definido haja vista a inserção do benefício de renda vitalícia e valor fixo.

A questão fulcral, portanto, que se põe em discussão, e já dito alhures, é que a inserção do mutualismo, utilizando-se de readequações sucessivas do plano de custeio para cobrir eventuais déficits (ausência de cobertura para pagamento de benefícios) que venham a surgir, irá sobrecarregar tão somente os participantes. O patrocinador do plano, União, estará isento de também colaborar de forma extraordinária

(observada, em evidente, a paridade contributiva) com eventuais distorções atuariais decorrentes da concessão de renda vitalícia. Tal modelagem, em face do arranjo técnico-atuarial, transferiu para tão somente os participantes o ônus social de arcar com riscos sociais que deveriam ser compartilhados com o Estado, ou no mínimo, ser alocado em seguradoras que, mediante pagamento de anuidades, poderiam suportar o risco da longevidade dos assistidos.

Logo, ainda que não se possa falar em inconstitucionalidade da Lei do Funpresp, tendo em vista que esta replicou a determinação constitucional da modalidade de contribuição definida, temos, a meu ver uma flagrante ilegalidade do regulamento do Funpresp por afronta à lei e não observância do disposto em resolução do órgão regulador das EFPCs.

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como escopo maior possibilitar um debate jurídico acerca de possíveis soluções para as controvérsias, apontadas acima e outras decorrentes, no novel regime de previdência complementar do servidor público.

Todos nós sabemos da importância do equilíbrio fiscal das contas públicas, e a própria ideologia de isonomia dos trabalhadores públicos e privados. Todavia, a criação de um regime previdenciário e sua devida instrumentação jurídica deve necessariamente pautar-se por uma aparato jurídico técnico escorreito, observando estritamente as determinações constitucionais.

As controvérsias neste artigo discutidas devem, portanto, ensejar um debate jurídico que possa apresentar soluções que contemplem as reais necessidades de adequações à realidade jurídica presente, não podendo ser olvidada a missão do Estado quanto à tutela de participantes e assistido do regime previdenciário complementar.

## REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner (Coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada – LC 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: RT, 1995.

BARRA, Juliano Sarmento. *Fundos de Pensão Instituídos na Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência Privada – O regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

COELHO FILHO, Felinto Sernache. Planos de Benefícios: Características, Equilíbrio e Custeio. In: *Seminário – A Previdência Complementar Fechada no Brasil: perspectivas e aspectos legais*. Colégio Permanente de Presidentes de tribunais de Justiça do Brasil. Foz do Iguaçu, 2010.

CONDE, Newton Cezar; ERNANDES, Ivan Sant’Ana. *Atuária para Não atuários*. São Paulo: ICSS-SINDAPP, 2007.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÓVOA, Manoel S. Soares. *Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. FUNENSEG, 1985.

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

ROCHA, Leonardo Vasconcelos (Coord.). *O Patrocínio Público na Previdência Complementar Fechada*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

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

---

# A PROTEÇÃO PATRIMONIAL DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA

*THE ASSET PROTECTION BENEFIT PLANS SUPPLEMENTARY  
PENSION*

---

*Allan Luiz Oliveira Barros*

*Procurador Federal da Advocacia-Geral da União - Previc*

*Membro da Câmara de Recursos da Previdência Complementar (CRPC) Pós-  
Graduado em Direito Constitucional e Direito Previdenciário. Master en Dirección y  
Gestión en Fondos de Pensiones pela Universidade de Alcalá-Madrid (cursando)  
Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Previdenciário do Centro de Ensino  
Renato Saraiva*

SUMÁRIO: Introdução; I Os riscos jurídicos na gestão dos regimes previdenciários; II A necessidade da separação dos patrimônios dos sujeitos da relação jurídica de previdência complementar fechada; III Definição da natureza jurídica do patrimônio do plano de benefícios e sua proteção pela legislação; IV Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O patrimônio dos planos de benefícios é constantemente alvo de decisões judiciais que criam verdadeiro risco jurídico sobre os recursos afetados ao pagamento dos benefícios previdenciários. O presente trabalho busca, por meio da fixação dos conceitos e institutos da relação jurídica de previdência complementar, firmar a necessária proteção do patrimônio individual dos participantes e assistidos, seja para evitar sua destinação para fins diversos do pagamento do benefício contratado, seja para evitar a comunicação ou confusão patrimonial em relação a obrigações de outra natureza.

**PALAVRAS-CHAVE:** Proteção. Patrimônio. Plano. Benefícios. Previdência Complementar.

**ABSTRACT:** The equity benefit plans is constantly the target of judicial decisions that create real legal risk on the resources allocated to the payment of social security benefits. The present work, by setting the concepts and institutions of the legal relationship of pension, establish the necessary protection of the individual assets of the participants and beneficiaries, is to avoid allocation to purposes other than payment of the contracted benefit, is to avoid communication or confusion assets for obligations of another nature.

**KEYWORDS:** Protection. Heritage. Plan. Benefits. Pensions Supplementary.

## INTRODUÇÃO

A previdência complementar fechada no Brasil é um ramo do direito previdenciário que ainda nos dias atuais se apresenta como algo novo, em processo de descoberta pela doutrina tradicional e pela jurisprudência.

Não raras são as decisões judiciais que confundem os conceitos, a natureza jurídica das instituições, as relações intersubjetivas entre as pessoas físicas e jurídicas envolvidas e o papel do Estado na regulação e fiscalização desse regime previdenciário.

Para alguns doutrinadores a previdência complementar sequer estaria inserida no sistema de Previdência Social, embora atualmente tal afirmação não mais se justifique diante da previsão da matéria no art. 202 da Constituição Federal, que faz parte da Seção III da Previdência Social, Capítulo II da Seguridade Social e Título VIII da Ordem Social, a partir da nova redação da Emenda Constitucional nº 20/1998.

Mas a previdência complementar não é fenômeno novo no Brasil.

As primeiras entidades privadas destinadas à proteção social dos trabalhadores datam do século XIX, quando em 1835 foi criado o Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado – MONGERAL.

No direito infraconstitucional existe regulamentação da matéria desde o ano de 1977, com a Lei nº 6.435/77, posteriormente revogada pela Lei Complementar nº 109/2001.

A ausência de desenvolvimento do estudo científico da matéria, o que até pouco tempo também permeava o direito previdenciário como um todo, pois sequer existia disciplina própria obrigatória nas grades curriculares das faculdades de direito, muitas vezes deve-se ao fato da abordagem multidisciplinar do tema, exigindo do profissional a busca por conhecimentos não somente jurídicos, mas também nas áreas de finanças, atuária e contabilidade, o que aumenta o grau de dificuldade para o domínio da matéria.

Outro ponto fundamental para a incorreta compreensão da relação jurídica de previdência complementar é a tradição brasileira dos serviços previdenciários estar associada a um *agir* do Estado, em que este seria o provedor exclusivo das necessidades sociais da população, respondendo pelo custeio dos serviços e prestações previdenciárias, mesmo que, eventualmente, não existam recursos disponíveis no fundo previdenciário.

Não que se deva afastar qualquer obrigação do Estado em relação ao seu corpo social. Sempre boa a lembrança de que os objetivos de nossa República previstos na Constituição Federal estão associados

à erradicação da pobreza e ao bem-estar e desenvolvimento sociais<sup>1</sup>, sendo um dever constitucional do Estado a criação de políticas e ações destinadas a minorar os riscos sociais da população menos favorecida economicamente.

Ocorre que um Estado que tem como fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, protegendo a propriedade privada e estimulando a livre concorrência, deve também prover as condições necessárias para garantir o planejamento previdenciário de seus cidadãos, oportunizando o crescimento da qualidade de vida do segurado e de sua família.

A mudança do quadro social do Brasil nos últimos tempos, com estabilidade financeira e aumento do nível de renda da população, tem intensificado a importância da previdência complementar para a sociedade, considerando que o modelo de Estado Social (*welfare state*) não mais tem suportado custear sequer as necessidades mais prementes da população, como emprego, saúde, educação e segurança pública.

Essa é uma realidade mundial.

Vários países da Europa, a exemplo daqueles que integram a zona do Euro (França, Espanha, Portugal, Grécia, para ficar apenas naqueles que estão nos noticiários recentes), tem sofrido com os altos custos para a manutenção das ações sociais do Estado, o que tem exigido desses países alterar a estrutura jurídica dos seus sistemas previdenciários, seja para excluir benefícios previstos pela legislação, seja para incluir no cálculo desses benefícios um fator de proporcionalidade entre o tempo de contribuição/idade do segurado e o valor do benefício pago, ou para implementar regimes previdenciários públicos ou privados que adotem o modelo financeiro de capitalização, em substituição ao modelo de repartição, este último com altos custos sociais para sua manutenção<sup>2</sup>.

A participação de entidades privadas na prestação de serviços previdenciários faz parte dessa evolução em busca da ampliação da proteção social dos cidadãos.

---

1 Constituição Federal: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

2 O modelo financeiro de capitalização se caracteriza pela prévia constituição de reservas para o pagamento de benefícios futuros, com base em estudos atuariais previamente realizados. Já o modelo de repartição, utilizado pela previdência pública no Brasil (RGPS e RPPS), embora os custos das prestações sejam (ou devam ser) dimensionados com base em estudo atuarial, as despesas são quantificadas para o mesmo exercício financeiro ao qual se refere, não existindo poupança prévia. Os atuais contribuintes vertem valores ao fundo previdenciário para pagamento dos atuais beneficiários (solidariedade intergeracional), enquanto no modelo de capitalização as reservas são acumuladas para pagamento dos futuros beneficiários.

É sempre bom realçar que a participação de pessoas jurídicas de direito privado na execução dos serviços de previdência não descaracteriza o seu caráter social, considerando que esse modelo de atuação paralela de entes públicos e privados está presente em outros serviços essenciais à população, como a saúde, educação e assistência social, serviços estes que historicamente são aceitos como socialmente úteis à coletividade, de interesse público, atuando o Estado ora como agente promotor do segmento econômico, realizando atividades de fomento (concessão de isenções ou imunidades tributárias, repasse de dinheiro público para a execução de atividades de interesse público<sup>3</sup>, etc.), ora como agente regulador e fiscalizador do sistema, nos termos do art. 174 da carta constitucional (*como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*).

Ao lado dos regimes previdenciários públicos e obrigatórios, atualmente vocacionados à proteção previdenciária social básica, limitado até determinado montante pecuniário, vem crescendo a cultura da administração privada de recursos financeiros destinados a ampliar o âmbito de proteção previdenciária dos cidadãos, onde o limite do nível de proteção social é a capacidade financeira de poupança de cada integrante do corpo social.

E esse quadro de ampliação da proteção previdenciária é um movimento sem retorno. As necessidades humanas são ilimitadas. À medida que o nível social e econômico das pessoas se amplia, também se descortinam para o homem e sua família outras necessidades que o inspiram a realizar projetos pessoais e o respectivo planejamento financeiro.

Para fazer valer essa necessidade da máxima proteção social, a legislação brasileira põe à disposição dos cidadãos um sistema previdenciário de caráter paralelo, em que coexistem sistemas públicos e privados, complementares e não excludentes entre si.

A seguir, em breve resumo, o *sistema previdenciário brasileiro* é composto por dois *subsistemas*<sup>4</sup>, os quais se desdobram em regimes previdenciários:

---

3 Exemplo clássico das entidades que compõem o terceiro setor (Ex: Sistema S, ONGs, OSCIPs, etc.).

4 Preferimos neste trabalho utilizar a denominação de “subsistemas”, em vez de “pilares”, como usualmente utilizado pela doutrina especializada de previdência complementar, por entender a ausência de rigor científico, bem como por inexistir uma uniformidade de critérios que justifiquem a adoção dessa expressão por aqueles que adotam tal nomenclatura. Alguns autores utilizam o primeiro pilar como sendo o nível assistencial não-contributivo, outros como sendo o regime público previdenciário. Outros separam (ou

- Subsistema previdenciário público, composto por: *Regime Geral de Previdência Social*, destinado a todos os trabalhadores que exercem atividade remunerada, correspondendo a um regime público, administrado por ente estatal (INSS) e obrigatório, aplicável independentemente do concurso da vontade do trabalhador, utilizando o regime financeiro de repartição simples (pacto solidário intergeracional); *Regimes Próprios de Previdência Social*, destinados aos servidores públicos efetivos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, também com características de um regime público e obrigatório, administrado por órgão ou entidade vinculada à pessoa política estatal, utilizando o regime de repartição simples.
- Subsistema previdenciário privado: *Regime de Previdência Complementar Fechado* é um regime previdenciário privado, pois administrado por pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (fundações privadas<sup>5</sup>) denominadas Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC<sup>6</sup> e regido por normas do direito civil, embora o contrato sofra forte regulação do Estado; de caráter facultativo, já que os possíveis participantes não são obrigados a aderir aos planos

---

não) em “pilares” diferenciados a previdência complementar aberta da previdência complementar fechada. Entendemos que a utilização da expressão subsistema público e subsistema privado, reforça o sentido de unidade que deve se dar à Previdência Social brasileira, exigindo dos estudiosos um esforço metodológico para compreendê-la como um fenômeno integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade (utilizando a expressão do art. 194 da CF).

- 5 Embora a Lei Complementar nº 109/2001 trate no seu §1º, art. 31 que as entidades fechadas de previdência complementar serão constituídas sob a personalidade jurídica de *fundação* ou *sociedade civil*, sem fins lucrativos, com o advento do Código Civil apenas é possível sua criação sob a forma de fundação, considerando que a natureza jurídica das sociedades passou a ter um tratamento no art. 981 do estatuto civil como sendo aquelas pessoas jurídicas que exercem atividade econômica (sociedades empresárias), o que contraria a ausência de finalidade lucrativa desses entes previdenciários. Então, consideremos que as entidades fechadas são constituídas como fundação de direito privado, sem fins lucrativos, com o traço diferencial de que a fiscalização e a supervisão não será exercida pelo Ministério Público como previsto no art. 66 do Código Civil, mas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, conforme art. 72 da Lei Complementar nº 109/2001 (compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas zelar pelas sociedades civis e fundações, como definido no art. 31 desta Lei Complementar, não se aplicando a estas o disposto nos arts. 26 e 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário). O artigo transcrito da LC 109/2001 fazia referência aos artigos do revogado Código Civil de 1916, razão pela qual deve o dispositivo ser interpretado segundo o novo panorama normativo do direito civil.
- 6 No Brasil, essas EFPC também ficaram conhecidas como fundos de pensão, certamente sob a influência do pension funds do direito norte-americano.

de benefícios oferecidos pelos empregadores (patrocinadores dos planos), pelas associações e cooperativas (instituidores dos planos, nos planos oferecidos aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial) ou pelo ente público ao qual o servidor público encontra-se vinculado (previdência complementar do servidor público). Este regime adota o regime financeiro de capitalização, em que as contribuições vertidas pelos participantes e pelos patrocinadores do plano são convertidas em ativos que, somados aos rendimentos obtidos pela aplicação desses ativos no mercado financeiro ou em razão da valorização do bem adquirido, integram os recursos que serão destinados para o pagamento dos benefícios contratados. A fonte normativa primária é o art. 202 da Constituição Federal e as Leis Complementares nº 108/2001 e nº 109/2001, editadas na mesma data (29/05/2001); *Regime de Previdência Complementar Aberto*, com as mesmas características descritas nos planos das EFPC, com o diferencial de que os planos são oferecidos a quaisquer pessoas físicas, indistintamente, e administrados por entidades de direito privado denominadas Entidades Abertas de Previdência Complementar – EAPC, constituídas na forma de sociedades anônimas com fins lucrativos, as quais possuem autorização da Administração Pública Federal para operar planos de benefícios previdenciários, sem a necessidade da existência de prévio vínculo jurídico entre o pretense participante do plano e a entidade aberta. As normas básicas que regulamentam o subsistema de previdência complementar aberta constam na Lei Complementar nº 109/2001 e no Decreto-lei nº 73/66.

E dentro dessa perspectiva quadripartite das técnicas de proteção previdenciária é que deve ser entendido o sistema previdenciário brasileiro.

## I OS RISCOS NA GESTÃO DOS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

O principal desafio de todo sistema previdenciário, seja qual for o tratamento jurídico dado aos modelos previdenciários adotados, é garantir que todos os benefícios e serviços previstos por lei ou contrato, e prometidos aos segurados e seus dependentes, sejam efetivamente fornecidos aos seus beneficiários.

A credibilidade do sistema previdenciário perante a sociedade é diretamente proporcional ao efetivo cumprimento das regras estabelecidas na lei ou no contrato previdenciário.

E como toda relação jurídica de longo prazo várias são as vicissitudes que podem incidir sobre as regras postas, que põem sob ameaça o cumprimento dos direitos subjetivos previdenciários dos cidadãos – são os *riscos* da proteção previdenciária.

Os riscos podem ser interpretados como o nível de incerteza associado a um acontecimento (evento) previsível ou não previsível<sup>7</sup>.

Merece transcrição a análise do tema por Flávio Martins Rodrigues:

O tema, de imediato, remete a saber o que, afinal, é risco sob uma perspectiva de índole mais geral e também com o foco jurídico. A palavra “risco” se origina da expressão italiana *riscare* (essa, de sua vez, derivada do baixo latim *risicu, riscu*) que significa *ousar*, ou seja, ter uma atitude (comissiva ou omissiva) capaz de colocar-se em perigo. Essa dimensão da expressão demonstrou-se limitada, pois os riscos não derivam de atos ousados, muitos riscos são suportados em função de fatos externos, que não se pode controlar.

[...]

Como se disse, temos tido a oportunidade de refletir sobre esse tema, sobretudo com suas vinculações com os regimes de previdência. É curioso, porque as prestações previdenciárias compõem regimes voltados para atender as pessoas em situações de “risco social”. Assim, por exemplo, quando não se pode trabalhar em função de um acidente (percebe-se o auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) ou de idade avançada (percebe-se a aposentadoria por idade), as prestações previdenciárias atuam como “seguradoras” desses riscos. Deve-se perceber que os regimes previdenciais também suportam riscos, que precisam ser aferidos e controlados.

Deve-se perceber que o risco não é um destino traçado pelos deuses, mas uma dimensão que pode ser medida, com alguma dose de acerto<sup>8</sup>.

[...]

7 ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. 10. ed. São Paulo. Atlas. 2011. p. 238.

8 RODRIGUES, Flávio Martins. Previdência Complementar e os Riscos de Natureza Jurídica. In: *Revista de Previdência nº 9*. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED). Rio de Janeiro: Gramma. 2010. p. 95 a 114.

Na previdência complementar não é diferente. Os riscos incidentes sobre o contrato previdenciário são de diversas ordens e matizes, e põem sob ameaça a sustentabilidade financeira do plano de benefícios, sendo possível destacar como os principais entraves para o cumprimento das obrigações de natureza previdenciária:

- *riscos jurídicos*: são os riscos derivados da tributação, riscos judiciais (prestação jurisdicional), riscos decorrentes da própria legislação, etc.
- *riscos econômicos*: associados às alterações nos índices da economia dos países, níveis de emprego, renda, inflação, câmbio, produção, exportação e importação, etc.
- *riscos atuariais*: relacionados ao cálculo matemático prévio realizado para dimensionar o montante necessário para o custeio dos benefícios e serviços previdenciários.
- *riscos demográficos*: ligados aos fatores de crescimento populacional, natalidade, mortalidade, envelhecimento e migração populacional<sup>9</sup>.

O Dicionário de Termos e Conceitos mais usados no Regime de Previdência Complementar elaborado pelo Ministério da Previdência Social<sup>10</sup> traz alguns conceitos de riscos que expõem o contrato previdenciário, entre os quais:

- **RISCO BIOMÉTRICO**. Consiste na probabilidade passível de cálculo atuarial de perda ou ganho numa decisão de investimento ou de desvio em relação à meta atuarial.
- **RISCO DE CONTRAPARTE**. Risco de um devedor ou tomador deixar de cumprir os termos de qualquer contrato com a entidade ou de outra forma deixar de cumprir o que foi acordado.

---

9 Na verdade, esses riscos demográficos influenciam diretamente no cálculo atuarial elaborado em relação a cada plano de benefícios ou, no caso do subsistema público, os próprios regimes previdenciários. Exemplo ilustrativo é o do envelhecimento da população e sua repercussão nos regimes previdenciários que adotam o modelo financeiro de repartição. Nesses casos, com o passar do tempo, menor número de pessoas passará a contribuir para o sistema, o que exigirá, com o passar dos anos, um maior aporte no custeio pelo Estado.

10 Acesso pelo endereço eletrônico: <[http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3\\_111006-094552-172.pdf](http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_111006-094552-172.pdf)>.

- **RISCO DE CRÉDITO.** Associado à possibilidade de inadimplência por parte do agente devedor em uma operação de crédito.
- **RISCO DE LIQUIDEZ.** Risco de perda resultante da falta de recursos necessários ao cumprimento de uma ou mais obrigações da entidade em função do descasamento de atribuições e aplicações.
- **RISCO DE MERCADO.** Risco de que o valor de um instrumento financeiro ou de uma carteira de instrumentos financeiros se altere, em função da volatilidade das variáveis existentes no mercado, causada por fatores adversos, políticos ou outros.
- **RISCO LEGAL.** Possibilidade de perdas decorrentes da inobservância de disposições legais, estatutárias e regulamentares e de procedimentos necessários à formalização de operações desenvolvidas, bem como da insolvência da contraparte em negócios realizados.
- **RISCO OPERACIONAL.** Risco de perda resultante de falhas de processos internos, de pessoas ou de sistemas inadequados, ou ainda da ocorrência de eventos externos.

A presença dessas situações de risco no contrato previdenciário impõe como desafio a constante realização de estudos técnicos e a elaboração de instrumento jurídicos de proteção patrimonial dos recursos destinados ao pagamento dos benefícios, para prevenir sua ocorrência ou, no caso de resultado financeiro deficitário, a promoção de medidas visando readequar o montante de recursos garantidores disponíveis a níveis de integral cobertura dos compromissos previdenciários assumidos pelo plano.

Contornar esses riscos, superando quaisquer obstáculos que repercutam negativamente para o cumprimento das cláusulas do contrato previdenciário, é o objetivo que se busca em todo sistema de previdência complementar.

O importante é a presença constante nas EFPC da cultura da prevenção de riscos, há muito enraizada na iniciativa privada, criando instrumentos de controle interno baseado em informações atuariais, financeiras e contábeis que contribuam com o processo decisório da

entidade na área de investimentos, sendo também relevante a atuação preventiva das instituições de controle externo, como a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc<sup>11</sup>, autarquia que fiscaliza o regime fechado de previdência complementar.

No que interessa ao presente estudo, o patrimônio dos planos de benefícios de previdência complementar são submetidos a uma série de riscos jurídicos, cabendo destaque aqueles relacionados a decisões judiciais equivocadas que põem em risco a solvência financeira dos planos.

## II A NECESSIDADE DA SEPARAÇÃO DOS PATRIMÔNIOS DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA

Importa, neste momento, para o fim do desenvolvimento deste trabalho, tecer algumas considerações sobre o risco jurídico da utilização dos recursos que compõem as reservas de poupança individual dos participantes para a satisfação de outras obrigações, sejam aquelas contraídas pela EFPC que administra o plano de benefícios, sejam obrigações outras contraídas pelos participantes, assistidos, patrocinadores ou por outro plano de benefícios administrado pelo mesmo fundo de pensão.

É o que a doutrina especializada tem chamado de *independência patrimonial dos planos de benefícios*<sup>1213</sup> ou, como preferimos, por representar um objeto de análise mais abrangente, de *proteção ou blindagem patrimonial dos planos de benefícios*, que envolve, além da separação patrimonial, a efetiva proteção legal dos recursos financeiros destinando-os a sua finalidade contratual.

- 
- 11 A Previc tem atuado na área de fiscalização com base na Supervisão Baseada em Riscos. A SBR “verifica a exposição a riscos e os controles sobre eles exercidos, atua de forma prudencial sobre as origens dos riscos e induz uma gestão proativa das entidades. A análise e avaliação das adversidades e das oportunidades, observadas em cenários futuros, contribuem para a formação de uma visão ampla do sistema de previdência complementar fechado e do ambiente em que este se insere, visando assim a estabilidade e a solidez do sistema” (in Guia Previc - Melhores Práticas em Fundos de Pensão). Acesso em: <[http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3\\_101112-163932-055.pdf](http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_101112-163932-055.pdf)>.
  - 12 TÔRRES, Maurício Corrêa Sette; FILHO, Ivan Jorge Bechara Filho. Independência Patrimonial dos Planos de Previdência Complementar. In: *Revista de Previdência nº 5*. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED). Rio de Janeiro. Gramma. 2006. p. 03 a 30.
  - 13 MESSINA. Independência Patrimonial dos planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar: uma realidade! In: *Fundos de Pensão – aspectos jurídicos fundamentais*. (Organizador: Adacir Reis). São Paulo. ABRAPP/ICSS/SINDAPP. 2009. p.137 sa 159.

O professor Wagner Balera tingiu com cores fortes a necessidade da preservação da destinação específica dos recursos financeiros vertidos aos planos de benefícios:

Em consonância com os aspectos que se entrelaçam, devem, os recursos alocados ao plano, a um só tempo, garantir a renda que cumpra a sua finalidade institucional e, também, proporcionar equilíbrio financeiro ao patrimônio coletivo.

Disso decorre que a importância vertida para o plano pertence, concomitantemente, à coletividade dos participantes e a cada pessoa individualmente considerada, nos termos contratuais, constituindo verdadeiro bem comum<sup>14</sup>.

A doutrina clássica, representada por Orlando Gomes, já de há muito reconhece a possibilidade da existência de um patrimônio especial afetado a uma finalidade específica e sobre o qual se estabelecerão relações jurídicas.

A tese da unidade do patrimônio confunde duas noções distintas: a de patrimônio e a de personalidade. O patrimônio seria a aptidão para ter direitos e contrair obrigações, tornando-se, assim, um conceito inútil.

Contra esse subjetivismo, nascido de preocupações lógicas, levanta-se a doutrina moderna, que justifica a coesão dos elementos integrantes de uma universalidade de direito pela sua destinação comum. O vínculo é objetivo. Patrimônio será, desse modo, o conjunto de bens coesos pela afetação a fim econômico determinado. Quebra-se o princípio da unidade e indivisibilidade do patrimônio, admitindo-se um patrimônio geral e patrimônios especiais.

No patrimônio geral, os elementos unem-se pela relação subjetiva comum com a pessoa. No patrimônio especial, a unidade resulta objetivamente da unidade do fim para o qual a pessoa destacou, do seu patrimônio geral, uma parte dos bens que o compõem, como o dote e o espólio.

A ideia de afetação explica a possibilidade da existência de patrimônios especiais. Consiste numa restrição pela qual determinados bens se

---

<sup>14</sup> BALERA, Wagner. *Sistema da seguridade social*. 4. ed. São Paulo. Ltr. 2006. p. 80.

dispõem, para servir a fim desejado, limitando-se, por este modo, a ação dos credores<sup>15</sup>.

No âmbito das fundações esse conceito de afetação patrimonial é algo inerente, considerando a própria expressão do Código Civil (art. 62) que “para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la”.

Não é necessário que o patrimônio seja designado no ato da instituição da fundação, mas deve haver a promessa da destinação em momento futuro, como leciona Pontes de Miranda<sup>16</sup>:

5. Patrimônio. A dotação de bens somente é pressuposto quanto à segurança de que esses bens podem ser aumentados e bastariam à manutenção da fundação, ou quanto a virem a pertencer, com segurança, à fundação. Essa a razão por que o pressuposto está satisfeito se há promessa, que as circunstâncias tenham por promessa de adimplemento seguro.

No caso específico das fundações criadas para administrar os planos de benefícios de previdência complementar fechada, a maior parte dos recursos vertidos pelos patrocinadores e participantes é direcionado para a constituição das reservas matemáticas para pagamento de benefícios, sendo destinada apenas uma pequena parcela para o custeio do funcionamento administrativo da pessoa jurídica.

Para o custeio de outras despesas, que não as despesas de natureza previdenciária, são destinados recursos que compõem o Plano de Gestão Administrativa - PGA. Esses recursos do PGA, embora não afetados ao pagamento de benefícios, não são atualmente registrados contabilmente como patrimônio da fundação (EFPC), embora esta seja, no nosso entender, a medida mais adequada sob o aspecto formal e jurídico, considerando que não existe fundação, conforme dizer do próprio Código Civil, sem patrimônio que garanta o seu funcionamento.

Assim, podemos, em resumo, identificar na estruturação da previdência complementar, um patrimônio das entidades fechadas, formado pelo PGA e/ou demais receitas e despesas não afetadas ao pagamento dos benefícios, e o patrimônio especial pertencente ao plano de benefícios que,

---

15 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995. p. 203.

16 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Campinas. Bookseller. 2000. p. 528.

ao final e ao cabo, pertencem individualmente aos participantes e assistidos na proporção dos valores vertidos às contas individuais.

E essa individualização patrimonial das reservas matemáticas deve ser considerada independentemente de como se mantém estruturados os benefícios ofertados (benefício definido, contribuição definida, contribuição variável ou outras formas criadas pela legislação), já que o titular final do direito de propriedade, ou seja, quem possui personalidade jurídica para ser sujeito de direitos e obrigações em relação às prestações previdenciárias, é a pessoa física (participante, beneficiário ou assistido) e não o plano de benefícios, que é uma universalidade de direito criada para congregaer subjetivamente os interesses de várias pessoas físicas que se encontram ligadas a uma relação jurídica comum (plano de benefícios), disciplinada pelo regulamento.

No estágio atual da previdência complementar busca-se solidificar a proteção dos recursos das reservas individuais para que estas não fiquem suscetíveis a decisões judiciais ou administrativas que venham a realizar atos de constrição patrimonial para pagamento de dívidas de outra natureza.

Elencamos as seguintes situações hipotéticas que podem repercutir negativamente no equilíbrio financeiro do contrato previdenciário:

- a utilização da reserva de poupança individual dos participantes para pagamento de valores pleiteados por outros participantes do mesmo ou de plano de benefícios diverso administrado pela mesma entidade;
- a utilização da reserva de poupança individual dos participantes para pagamento de dívidas contraídas pela entidade fechada; e
- a utilização da reserva de poupança individual dos participantes para pagamento de dívidas contraídas pelo patrocinador.

Em todas as situações descritas parte dos recursos afetados ao pagamento dos benefícios serão direcionados ao adimplemento de obrigação de natureza diversa, reduzindo a reserva matemática individual do participante e, por consequência, o valor da futura renda mensal prevista no plano de benefícios.

Entendamos melhor a estruturação da relação jurídica de previdência complementar fechada.

A atividade de previdência complementar fechada é um serviço privado de interesse público<sup>17</sup>.

17 PULINO, Daniel. *Previdência Complementar - Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 222.

O conceito de relação jurídica de previdência complementar gira em torno do conceito de plano de benefícios, por ser este o ponto central por onde gravitam os direitos subjetivos dos destinatários da proteção social. Um grupamento social pode ser destinatário da proteção previdenciária complementar prescindindo da criação, por iniciativa própria ou de seu empregador ou associação, de uma pessoa jurídica (EFPC), utilizando-se de uma entidade em funcionamento, mas jamais prescindirá da existência do plano de benefícios.

*Plano de benefícios* é o patrimônio jurídico coletivo formado pelas reservas matemáticas individuais dos destinatários da proteção social, e valores direcionados a custear o funcionamento da pessoa jurídica responsável pela gestão dos recursos financeiros, onde estarão dispostos os direitos e obrigações da coletividade tutelada em relação ao plano. A validade jurídica do plano de benefícios dependerá de prévia aprovação do seu regulamento pelo órgão supervisor e fiscalizador da previdência complementar fechada, atualmente a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, criada pela Lei nº 12.154/2009.

A administração desse patrimônio compete a uma pessoa jurídica denominada *Entidade Fechada de Previdência Complementar - EFPC*, criada sob a forma de fundação civil sem fins lucrativos, que recebe licença do Estado para atuar no segmento econômico de previdência privada. Essas pessoas jurídicas podem ser criadas por empresas ou por entes estatais (fundos de pensão patrocinados), aos seus empregados ou servidores públicos<sup>18</sup>, ou por associações e cooperativas (fundos de pensão instituídos, sem patrocínio ou aporte de recursos pelo instituidor), para os associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

Os *participantes* são os destinatários da proteção social e que figuram como parte na relação contratual. São os segurados, utilizando-se da expressão do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Se estiverem em gozo de benefício são denominados de *assistidos*. No contrato previdenciário também podem figurar os *beneficiários* (dependentes), que são aqueles indicados pelos participantes como destinatários da proteção social, em relação a riscos sociais que geralmente afetam o sustento da família do participante (ex: óbito e a concessão da pensão por morte). Não

---

18 A criação de fundos de pensão para a concessão de benefícios de previdência complementar para os servidores públicos foi uma inovação da EC 20/98 que alterou o art. 40 da CF (§§ 14, 15 e 16) para prever a possibilidade das entidades públicas limitarem os benefícios concedidos aos seus servidores em valor equivalente ao valor-teto do salário-de-benefício pago pelo RGPS aos trabalhadores da iniciativa privada.

é demais a lembrança que, por não possuírem vinculação com o RGPS<sup>19</sup>, o regulamento do plano de benefícios poderá não prever prestações aos beneficiários, mas apenas aos próprios participantes enquanto estiverem em vida (ex: benefício de aposentadoria).

O *patrocinador* é aquele que, além de promover a criação da EFPC, vincula-se ao plano de benefício por ela administrado, realizando aportes financeiros direcionados aos seus empregados. Nada impede que o patrocinador realize aportes financeiros em EFPC já existente e criada por outras pessoas jurídicas, celebrando com essa entidade fechada *convênio de adesão* para patrocínio de plano de benefícios específico para seus empregados.

*Instituidores* são aqueles que criam as entidades fechadas para que esta ofereça plano de benefícios para seus associados (ex: OABPrev), sem possuir obrigação contratual contributiva para o plano de benefícios.

O liame jurídico entre a EFPC e o patrocinador do plano de benefícios estará disciplinado no Convênio de Adesão, que é o instrumento jurídico que detalhará os direitos e obrigações do patrocinador em relação a cada plano administrado pela entidade fechada.

Uma EFPC poderá administrar um ou vários planos de benefícios, quando passa a denominar entidade de *plano comum* ou de *multiplano*, respectivamente. Neste último caso, nas entidades *multiplano*, os patrimônios de cada plano de benefícios permanecerão contabilmente segregados, sendo possível visualizar a individualização da poupança ou reserva individual de cada participante em relação ao plano de benefícios<sup>20</sup>.

A EFPC será conhecida como *singular*, quando estiver vinculada a apenas um patrocinador ou instituidor; e como *multi-patrocinadas*, quando

---

19 A autonomia da previdência privada fechada em relação ao RGPS é apenas uma faculdade legal, o que não impede a presença no regulamento do plano de benefícios de exigência contratual que condicione a concessão do benefício complementar à concessão prévia do benefício pelo regime público previdenciário. Em uma situação específica essa relação de dependência se realiza obrigatoriamente, no caso previsto no art. 3º, II da LC 108/2001, a qual condiciona a concessão do benefício pela EFPC com patrocínio público a anterior concessão de benefício pelo regime de previdência ao qual o participante esteja filiado por intermédio de seu patrocinador, quando se tratar de plano na modalidade benefício definido, instituído depois da publicação da referida Lei Complementar.

20 Esta é uma realidade que, na prática atual, apenas está sendo aplicada nos planos de benefícios com modelagem de contribuição definida, em que os valores das poupanças individuais são individualizados. Em relação aqueles planos de benefícios modelados como benefício definido, em razão da característica mutualista, em que os recursos são carregados para um fundo de socialização dos riscos, não é feita essa individualização das reservas, embora cremos seja possível, considerando que assim ocorre nas situações de saída do participante do plano no momento do resgate da sua reserva matemática.

congregarem mais de um patrocinador ou instituidor. Essa a dicção do art. 34 da LC 109/2001.

Já a relação jurídica entre a EFPC e os participantes em relação ao plano de benefícios estará disciplinada no *regulamento*. Neste instrumento jurídico estarão dispostos os direitos e obrigações das partes em relação ao plano de benefícios, os requisitos para concessão dos benefícios e a forma como os recursos serão vertidos e capitalizados no fundo. O regulamento nada mais é que um contrato previdenciário, regido pelo direito privado, mas cujo conteúdo sofrerá forte dirigismo (poder regulatório) do Estado, inclusive quanto à presença de cláusulas obrigatórias para preservar os interesses dos participantes e assistidos, a exemplo das cláusulas exigidas pelo art. 14 da LC 109/2001 (benefício proporcional diferido, portabilidade, resgate e autopatrocínio)<sup>21</sup>.

Sob uma outra perspectiva, podemos dizer que a relação jurídica de previdência complementar é triangular<sup>22</sup> (participantes, patrocinadores e EFPC) e composta por uma relação jurídica prestacional (pagamento de benefícios) e uma relação jurídica de custeio (arrecadação de recursos financeiros), disciplinadas no Regulamento. A relação jurídica de patrocínio é disciplinada no Convênio de Adesão.

### III DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO ESPECIAL DO PLANO DE BENEFÍCIOS E SUA PROTEÇÃO PELA LEGISLAÇÃO

Um sistema de proteção social será considerado exitoso se forem cumpridas integralmente as obrigações previstas em lei ou no contrato previdenciário.

No âmbito da previdência complementar o que garantirá o pagamento desses benefícios, com a concretização do princípio do *pacta sunt servanda*, é o planejamento atuarial e a boa gestão dos recursos que integram o plano de benefícios, com a criação de mecanismos legais e contratuais que garantam o cumprimento dos compromissos previdenciários assumidos pelo fundo de pensão.

21 Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador: I - benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido quando cumpridos os requisitos de elegibilidade; II - portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano; III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e IV - faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares.

22 CAZETTA, Luís Carlos. *O regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006.

De nada adiantaria a boa gestão dos planos de benefícios se não existisse um marco legal adequado para incentivar o crescimento da atividade de previdência complementar.

Para a segurança jurídica do sistema de previdência complementar é indispensável a existência de ambiente normativo que proteja os recursos garantidores destinados ao pagamento dos benefícios contratados.

A proteção patrimonial dos planos de benefícios deve ser realizada sobre os recursos contabilizados em nome de cada participante, afastando qualquer tentativa de destinação patrimonial para adimplemento de outras obrigações, de qualquer natureza que seja, a não ser para o pagamento das prestações contratadas.

Como visto, a relação jurídica de previdência complementar envolve a participação de pessoas físicas e jurídicas distintas, bem como um patrimônio jurídico afetado a um fim específico, destinado ao pagamento das prestações previstas no contrato previdenciário. O patrimônio do plano de benefícios é composto pelas reservas matemáticas pertencentes individualmente aos participantes e assistidos, na medida das contribuições vertidas por estes e pelos patrocinadores, deduzidas as despesas administrativas para manutenção do plano.

Parte dos recursos vertidos ao plano de benefícios é destinada à formação do patrimônio da EFPC, compondo o Plano de Gestão Administrativa – PGA, para custeio das despesas administrativas, separado do custeio das despesas previdenciárias. Das contribuições vertidas a legislação permite que até 1% do montante dos recursos garantidores do plano de benefícios, existentes no último dia do exercício a que se referir, sejam recolhidos à entidade fechada a título de *taxa de administração* e até 9% (nove por cento), percentual incidente sobre a soma das contribuições e dos benefícios dos planos no exercício a que se referir, a título de *taxa de carregamento*.

Segundo a Resolução CGPC nº 29/2009, as despesas administrativas envolvem os gastos realizados pela EFPC na administração de seus planos de benefícios e as despesas de investimentos. Integram o PGA, como possíveis fontes de custeio administrativo, além da contribuição dos participantes, assistidos e dos patrocinadores e instituidores, outras receitas como o reembolso dos patrocinadores e instituidores, o resultado dos investimentos, as receitas administrativas, o fundo administrativo, a dotação inicial, e eventuais doações.

Sempre salutar a lembrança que as EFPC, por não possuírem finalidade lucrativa, devem mensurar as fontes de custeio administrativo na proporção do seu custo operacional, sem distribuição de eventuais excedentes para seus dirigentes, invertendo eventuais sobras de caixa

para a redução dos custos de funcionamento dos planos de benefícios que administra.

No tocante a essa matéria, a legislação ainda é omissa em vários pontos. Primeiro, em relação à própria possibilidade das fundações criadas para administrar planos de benefícios poderem ter patrimônio próprio contabilizado, separado dos planos de benefícios que administra. Segundo, quais seriam os limites para a formação desse patrimônio da EFPC, evitando a destinação de montante considerável para a entidade que traduzisse em atividade lucrativa, ou destinando eventuais excessos financeiros para fins diversos que não para a redução do custeio de funcionamento da entidade. Terceiro ponto, a inexistência de regramento sobre qual seria a destinação de eventuais sobras financeiras nos casos em que a EFPC não mais administre planos de benefícios, como ocorre nos casos de extinção da pessoa jurídica pelo esgotamento do seu objetivo estatutário.

Alguns autores veem no patrimônio dos planos de benefícios um condomínio especial, a exemplo da estruturação jurídica dos fundos de investimento. Temos uma certa resistência em admitir a natureza condominial para essa universalidade de bens despersonalizada denominada *plano de benefícios*. É que, segundo o Código Civil e a doutrina<sup>23</sup>, o condomínio pode ser formado em decorrência de lei ou da vontade das partes (condomínio necessário ou voluntário), presumindo a existência de um patrimônio comum e um patrimônio individual de cada condômino. Ocorre que há, por força de lei, limitações ao exercício dos direitos de propriedade (uso, gozo e disposição) no caso de condomínio, quando os condôminos não podem transferi-lo a terceiros sem a anuência dos demais condôminos (*nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros* – parágrafo único, art. 1.314 do CC), o que não ocorre nos planos de benefícios em que é possível a destinação dos recursos em benefício de terceiros (beneficiários) e até mesmo realizar a movimentação das reservas matemáticas individuais para outro plano de benefício (portabilidade) ou alterar sua destinação mediante o resgate dos valores, independentemente do concurso da vontade dos demais participantes do plano. A questão é complexa e mereceria uma maior reflexão, fugindo do objetivo deste trabalho.

Definida a separação dos patrimônios da EFPC e do plano de benefícios (universalidade de bens que reúne os patrimônios individuais dos participantes e assistidos), passa-se a discorrer sobre o atual estágio de proteção legal desse patrimônio de afetação dos planos de benefícios.

23 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. v.5, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 339.

A necessidade de proteção do patrimônio formado nos planos de benefícios de previdência complementar deriva da própria Constituição Federal ao descrever no art. 202 que o regime de previdência privada será baseado na *constituição de reservas que garantam o benefício contratado*, não possuindo tais reservas financeiras qualquer vinculação com o contrato de trabalho eventualmente vigente entre o participante e o patrocinador do plano de benefícios<sup>24</sup>.

Nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. ADESÃO FACULTATIVA. PAGAMENTO DE VERBA NÃO PREVISTA NO REGULAMENTO DO PLANO E SOBRE A QUAL INCIDIA CONTRIBUIÇÃO APENAS PARA A PREVIDÊNCIA OFICIAL. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA SER DESPESA NÃO ABRANGIDA PELO PLANO CONTRATADO E SEM A NECESSÁRIA E CORRESPONDENTE FONTE DE CUSTEIO.

1. As entidades de previdência privada administram os planos, mas não lhes pertence o patrimônio acumulado, que é constituído com o objetivo de assegurar o custeio das despesas comuns. Portanto, a

concessão de verba não prevista no contrato de adesão, em prejuízo de terceiros, é providência vedada pelos artigos 3º, I, da Lei 6.435/77 e 3º, VI, da Lei Complementar 109/2001, que impõem ao Estado proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

2. *De fato, em relação às verbas da denominada “gratificação de produtividade” recebidas pelos trabalhadores em atividade, incide apenas contribuição para a previdência oficial, sendo certo que não há dependência da previdência privada, que constitui regime jurídico próprio, com regramento específico.* Desse modo, como o sistema de capitalização constitui pilar do regime de previdência privada, evidentemente a eventual inobservância ao equilíbrio atuarial, em contrariedade ao pactuado, colocará em risco o interesse de terceiros.

---

24 Essa ausência de vinculação entre o contrato previdenciário e o contrato de trabalho em algumas situações é apenas parcial, já que a própria legislação em algumas situações exige que para a retirada ou transferência dos recursos (resgate, portabilidade e benefício proporcional diferido) haja a rescisão do vínculo laboral. Vide Resolução CGPC nº 06/2003.

3. A imposição, pelas instâncias ordinárias, da extensão da intitulada “gratificação de produtividade”, sem que houvesse a sua previsão no contrato de adesão e, por conseguinte, fosse contemplada nos cálculos atuariais - efetuados por ocasião da instituição do plano de benefício -, resultou em violação aos artigos 3º, 40 e 43 da Lei 6.435/77.

4. Recurso especial provido.

(STJ. 4ª turma. REsp 1006153 / SP. 2007/0268004-2. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Decisão: 02/04/2013).

De nada adiantaria a legislação prever a separação patrimonial dos bens da EFPC e dos participantes se não houvesse na legislação limitações ao uso, gozo e disposição desse patrimônio de afetação para garantir que esses recursos financeiros sejam direcionados para o fim colimado na carta magna.

Surge como premissa necessária firmar o entendimento de que a proteção patrimonial deve envolver tanto os recursos vertidos pelo patrocinador e participante na fase de acumulação dos recursos (contribuições + rendimentos dos ativos financeiros), quando ainda não há benefício concedido, quanto na fase de gozo das prestações.

A LC nº 109/2001 padeceu de certa timidez ao prever apenas no art. 34<sup>25</sup> que, nas entidades multiplano, aquelas que administram plano ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, existiria a independência patrimonial entre planos, quando sabemos que o risco jurídico da comunicação patrimonial não somente se encontra na assunção de obrigações de um plano de benefícios em relação a outro plano de benefícios, retirando parcela dos recursos da poupança individual de uma coletividade para um ou alguns participantes de outro plano, mas também em eventuais obrigações contraídas pela EFPC e

---

25 Art. 34. As entidades fechadas podem ser qualificadas da seguinte forma, além de outras que possam ser definidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

I - de acordo com os planos que administram:

- a) de plano comum, quando administram plano ou conjunto de planos acessíveis ao universo de participantes; e
- b) com multiplano, quando administram plano ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, *com independência patrimonial*;

II - de acordo com seus patrocinadores ou instituidores:

- a) singulares, quando estiverem vinculadas a apenas um patrocinador ou instituidor; e
- b) multipatrocinaadas, quando congregarem mais de um patrocinador ou instituidor.

demais pessoas físicas que compõem a relação jurídica previdenciária (participantes, assistidos e patrocinadores).

A mesma Lei, em outra passagem, prescreveu que (art. 22) “*ao final de cada exercício, coincidente com o ano civil, as entidades fechadas deverão levantar as demonstrações contábeis e as avaliações atuariais de cada plano de benefícios, por pessoa jurídica ou profissional legalmente habilitado, devendo os resultados ser encaminhados ao órgão regulador e fiscalizador e divulgados aos participantes e aos assistidos*”, o que evidencia que cada plano de benefícios é visualizado isoladamente para fins de registro contábil e avaliação atuarial. E não poderia ser diferente já que cada plano de benefícios possui características populacionais específicas que levarão a análises técnicas e atuariais diversas, que permitirá uma estruturação financeira aderente ao perfil dos participantes, permitindo um futuro financeiro sustentável ao plano.

Em relação a eventuais outros serviços prestados pela EFPC, quando autorizado pela legislação (vide art. 76 da LC 109/2001), também é indispensável que o patrimônio previdenciário seja mantido segregado dos recursos destinados ao custeio dos serviços assistenciais à saúde e dos programas assistenciais de natureza financeira.

Na tentativa de promover a separação patrimonial dos recursos pertencentes às pessoas físicas e jurídicas envolvidas na relação jurídica de previdência complementar foi criado o Cadastro Nacional de Planos de Benefícios – CNPB (Resolução CGPC nº 14/2004) que permitiu separar os planos de benefícios administrados pela EFPC e individualizar as reservas matemáticas pertencentes a cada participante e assistido em relação ao plano de benefício como um todo, promovendo-se uma separação patrimonial sob a perspectiva contábil e administrativa.

O art. 3º do referido ato normativo previu que:

Cada plano de benefícios possui independência patrimonial em relação aos demais planos de benefícios, bem como identidade própria quanto aos aspectos regulamentares, cadastrais, atuariais, contábeis e de investimentos, cujos recursos de um plano de benefícios não respondem por obrigações de outro plano de benefícios operado pela mesma EFPC.

A criação do Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - CNPB foi um avanço sob o aspecto da gestão operacional dos recursos garantidores, já que permitiu uma melhor individualização de recursos de origem diversas, principalmente se considerado o crescente mercado de fundos

multipatrocinados, em que uma única entidade fechada é responsável pela gestão de vários planos de benefícios oferecidos a empregados vinculados a diversos patrocinadores.

Outro aspecto importante e que reflete na proteção jurídica do patrimônio dos planos de benefícios é a impossibilidade da realização de constrição judicial sobre os recursos garantidores para o adimplemento de outras obrigações.

Enquanto no RGPS existe dispositivo expresso (art. 114 da Lei nº 8.213/91<sup>26</sup>) que garante a impenhorabilidade e indisponibilidade do benefício previdenciário, na previdência complementar, por ausência de previsão legal expressa em lei especial, tem sido utilizada a previsão geral do art. 649, IV do Código de Processo Civil que estabelece a impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, prestações de natureza previdenciária.

*CPC:*

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

O código civil prescreve no art. 794, quando trata do seguro de pessoas, aplicável subsidiariamente à previdência complementar, que *“no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito”*, criando regra específica de impenhorabilidade e afetação patrimonial no seguro privado.

Observa-se, assim, a existência de previsão legal que impede a constrição do patrimônio dos planos de benefícios, considerando que,

---

<sup>26</sup> Lei nº 8.213/91: Art. 114. Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento.

em última análise, os valores poupados durante longo período a título de previdência complementar é destinado a garantir a manutenção da qualidade de vida do trabalhador, após acometido dos riscos sociais protegidos pelo contrato previdenciário.

Recentes decisões judiciais do STJ, órgão jurisdicional responsável pela uniformização da legislação infraconstitucional, têm reconhecido a impenhorabilidade sobre os recursos garantidores do plano de benefícios:

**PROCESSO CIVIL. PENHORA. DEPÓSITO BANCÁRIO DECORRENTE DE PENSÃO. IMPOSSIBILIDADE.**

Os depósitos bancários provenientes exclusivamente da pensão paga pelo INSS e da respectiva complementação pela entidade de previdência privada são a própria pensão, por isso mesmo que absolutamente impenhoráveis quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família.

Recurso conhecido e provido.

(STJ. 4ª turma. REsp 536760 / SP. 2003/0062329-9. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Decisão: 07/10/2003).

**DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTA-CORRENTE. PROVENTOS APOSENTADORIA. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO.**

- Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde

houve desconto integral dos proventos de aposentadoria depositados em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum.

- Os proventos advindos de aposentadoria privada de caráter complementar têm natureza remuneratória e se encontram expressamente abrangidos pela dicção do art. 649, IV, CPC, que assegura proteção a “vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

- Não é lícito ao banco reter os proventos devidos ao devedor, a título de aposentadoria privada complementar, para satisfazer seu crédito. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo.

- Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes.

Recurso Especial provido.

(STJ. 3ª turma. REsp 1012915 / PR. 2007/0288591-9. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJe 03/02/2009).

A distinção dos patrimônios das pessoas físicas e jurídicas também tem sido reconhecida pelo STJ, como se observa pela seguinte transcrição jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. INSTITUIÇÃO PATROCINADORA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. PATRIMÔNIO E PERSONALIDADE JURÍDICA. AUTONOMIA. QUESTÕES SUSCITADAS NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Não há litisconsórcio passivo necessário do fundo de previdência complementar com a instituição patrocinadora, em face da autonomia de patrimônio e de personalidade jurídica própria do ente previdenciário. Precedentes.

2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 282/STF quando as questões suscitadas no recurso especial não tenham sido debatidas no acórdão recorrido.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ. 4ª turma. AgRg no Ag 1030415 / SC. 2008/0064272-5. Ministro João Otávio de Noronha. Decisão: 06/08/2009).

PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL. EXTENSÃO DE ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE APOSENTADOS E

PENSIONISTAS DA PREVIDÊNCIA PÚBLICA A BENEFICIÁRIOS DE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA QUE, DESDE A ADESÃO DOS PARTICIPANTES, PREVIA A CONTRIBUIÇÃO. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO AO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO DISPOSTO NO ART. 1º DA LEI 7.485/86. IMPOSSIBILIDADE. PREVIDÊNCIA PÚBLICA E PRIVADA COMPLEMENTAR. VÍNCULOS JURÍDICOS DE NATUREZA DISTINTA. 1. O artigo 1º, da Lei 7.485/86, restringe seu comando normativo aos “aposentados e pensionistas do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social- SINPAS”, daí porque incabível a pretendida isenção de contribuição para o âmbito do sistema de previdência privada. 2. Embora as regras aplicáveis ao sistema de previdência social oficial possam, eventualmente, servir como instrumento de auxílio à resolução de questões relativas à previdência privada complementar, na verdade são regimes jurídicos diversos, com regramentos específicos, tanto de nível constitucional, quanto infraconstitucional. 3. *As entidades de previdência privada fechada administram os planos, mas não são as detentoras de seu patrimônio, que é constituído com o objetivo de assegurar o custeio das despesas comuns, de sorte que a indevida isenção de contribuição, em prejuízo de terceiros, é providência vedada pelo artigo 3º, VI, da Lei Complementar 109/2001, que impõe ao Estado proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.* 4. *Recurso especial improvido.* (STJ. 4ª turma. RESP 200600200485 - 814465. Relator: Luis Felipe Salomão. Decisão: 17/05/2011).

Não obstante o enorme avanço jurisprudencial quanto ao conhecimento da matéria *previdência complementar* no âmbito da corte especial, algumas decisões judiciais do judiciário ainda põem em risco a sustentabilidade financeira dos planos de benefícios, o que vem a exigir uma constante vigilância das entidades para a proteção do patrimônio especial afetado ao pagamento dos benefícios previdenciários.

#### IV CONCLUSÕES

À guisa de conclusão, as reservas matemáticas que pertencem aos participantes dos planos de benefícios formam um patrimônio especial de afetação, vinculado ao pagamento dos benefícios previdenciários, não podendo servir de garantia ao adimplemento de qualquer outra espécie de obrigação contratual ou extracontratual (dívidas trabalhistas, tributárias, civis, etc.), seja aquela contraída pela entidade que administra o plano, seja a contraída pelos demais participantes ou patrocinadores.

A legislação atual garante a proteção patrimonial dos planos de benefícios, embora existam iniciativas embrionárias para a criação de leis específicas destinadas a regulamentar a proteção do patrimônio especial dos planos de benefícios, com o fim de evitar interpretações jurídicas em sentido contrário.

A proteção patrimonial incide não somente sobre os recursos utilizados para pagamento dos benefícios previdenciários contratados (período de gozo), mas também sobre os recursos do período de acumulação das reservas matemáticas individuais, quando as contribuições são vertidas ao plano pelos participantes e patrocinadores.

Embora atualmente não haja definição normativa sobre a possibilidade da escrituração contábil de patrimônio pertencente às EFPC, não afetados ao pagamento de benefícios, entendemos que tal medida é indispensável para a defesa da tese da independência patrimonial dos planos de benefícios, aprimorando os mecanismos de proteção do patrimônio de afetação.

## REFERÊNCIAS

- ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2011.
- BALERA, Wagner. *Sistema da seguridade social*. 4. ed. São Paulo: Ltr. 2006.
- BARROS, Allan Luiz Oliveira. Previdência complementar como direito fundamental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3443, 4 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23151>>. Acesso em: 5 ago. 2013.
- CASSA, Ivy. *Contrato Previdenciário*. Disponível em: <[http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/1\\_121003-143814-557.pdf](http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/1_121003-143814-557.pdf)>.
- CAZETTA, Luís Carlos. *O regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GUIA PREVIC. *Melhores Práticas em Fundos de Pensão*. Disponível em: <[http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3\\_101112-163932-055.pdf](http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_101112-163932-055.pdf)>.
- MESSINA, Independência Patrimonial dos planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar: uma realidade! In: *Fundos de Pensão – aspectos jurídicos fundamentais* (Organizador: Adacir Reis). São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2009.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Dicionário de Termos e Conceitos mais usados no Regime de Previdência Complementar*. Disponível em: <[http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3\\_111006-094552-172.pdf](http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_111006-094552-172.pdf)>.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2000.

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

RODRIGUES, Flávio Martins. *Previdência Complementar e os Riscos de Natureza Jurídica*. In: *Revista de Previdência nº 9*. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED). Rio de Janeiro: Gramma, 2010.

TÔRRES, Maurício Corrêa Sette; FILHO, Ivan Jorge Bechara Filho. *Independência Patrimonial dos Planos de Previdência Complementar*. In: *Revista de Previdência nº 5*. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED). Rio de Janeiro: Gramma, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. v. 5, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

---

**QUESTÕES CONTROVERSAS ENVOLVENDO O CONSELHO  
DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – O EXERCÍCIO  
DA ADVOCACIA E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS  
PARECERES NORMATIVOS APROVADOS PELO MINISTRO  
DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

---

*CONTROVERSIAL ISSUES ABOUT THE APPEALS COUNCIL SOCIAL  
SECURITY – THE PRACTICE OF LAW AND THE OBLIGATION OF  
NORMATIVE OPINIONS ADOPTED BY THE MINISTER OF STATE FOR  
SOCIAL SECURITY*

*Ana Paula Barros Edington  
Advogada da União  
Especialista em Direito Público pela UnB*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O Processo Administrativo Previdenciário em matéria de benefício e a atuação do Conselho de Recursos da Previdência Social; 2 O exercício da advocacia pelos membros do Conselho de Recursos da Previdência Social; 3 O limite jurídico das decisões proferidas pelo Conselho de Recursos da Previdência Social; 4 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é analisar a participação do Conselho de Recursos da Previdência Social no processo administrativo previdenciário em matéria de benefícios e duas questões polêmicas a respeito da sua atuação: o exercício da advocacia pelos seus conselheiros e a necessidade de observância pelo colegiado dos pareceres do Advogado-Geral da União, aprovados pelo Presidente da República, e da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social, aprovados pelo Ministro de Estado titular da Pasta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conselho de Recursos da Previdência Social. Processo Administrativo. Benefícios Previdenciários. Advocacia. Pareceres. AGU.

**ABSTRACT:** The objective of this study is to analyze the participation of the Appeals Council Social Security in pension administrative process for benefits and two controversial issues regarding its performance: the practice of law by his advisers and the need to respect the opinions of the collegiate Advocate General of the Union, approved by the President, and General Counsel to the Ministry of Social Security, approved by the Minister of State administering Folder.

**KEYWORDS:** Appeals Council Social Security. Administrative Process. Pension Benefits. Advocacy. Legal Opinions. AGU.

## **INTRODUÇÃO**

O objetivo do presente artigo é tratar a respeito de algumas questões polêmicas envolvendo o Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, órgão colegiado que compõe a estrutura do Ministério da Previdência Social, responsável pelo julgamento dos recursos interpostos contra as decisões proferidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, nos processos de interesse dos beneficiários e contribuintes da Seguridade Social.

O colegiado é responsável pelos julgamentos de recursos interpostos por segurados e contribuintes da Previdência Social na segunda fase do processo administrativo previdenciário, que se inicia justamente a partir da irresignação em face de uma decisão do INSS.

Cumprе ressaltar que o processo administrativo previdenciário pode envolver a discussão relativa a benefícios ou ao custeio da Previdência Social, sendo que, no presente trabalho, o foco é o processo administrativo previdenciário em matéria de benefício.

O ponto de partida, portanto, será o estudo do próprio CRPS, sua composição, estrutura, atribuições dos seus órgãos no transcurso do processo administrativo previdenciário.

Na sequência, serão vistas algumas questões polêmicas atualmente em voga envolvendo o CRPS e os seus membros: a possibilidade de exercício da advocacia pelos seus Conselheiros e a necessidade de observância aos pareceres normativos aprovados pelo Ministro de Estado da Previdência Social.

Os argumentos favoráveis e desfavoráveis tanto ao exercício da advocacia quanto da submissão àqueles pronunciamentos jurídicos serão estudados para, ao final, apresentarmos as conclusões extraídas dessa discussão.

## **1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO EM MATÉRIA DE BENEFÍCIO E A ATUAÇÃO DO CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

O processo administrativo previdenciário em matéria de benefício é deflagrado a partir do requerimento do segurado, dependente ou seu representante (interessado em geral), perante uma das agências do INSS. É a fase não litigiosa do processo, que pode encerrar-se com o deferimento da solicitação ou com o seu indeferimento. Neste último caso, contudo, a legislação confere ao interessado o direito de interpor recurso a um órgão específico, que compõe a estrutura do Ministério da Previdência Social, o Conselho de Recursos da Previdência Social.

Essa previsão consta do *caput* do art. 126, da Lei n. 8.213/91, segundo o qual das decisões proferidas pelo INSS nos processos administrativos envolvendo benefícios caberá recurso ao Conselho de Recursos da Previdência Social. Eis o teor do dispositivo:

Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento

O § 3º daquele dispositivo, inclusive, dispõe que a propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto. O mesmo comando é encontrado no art. 307, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99.

É que não haveria sentido em manter a tramitação simultânea de um processo administrativo e outro judicial contendo as mesmas partes, causa de pedir e pedido, quando há a prevalência da instância judicial em face da administrativa.

São dois os recursos cabíveis no âmbito do CRPS, que gozam dos efeitos devolutivo e suspensivo: o recurso ordinário, cuja competência é atribuída às Juntas de Recursos e o recurso para uma das Câmaras de Julgamento. Em ambas as hipóteses o prazo para apresentação da insurgência é de trinta dias, sendo idêntico o prazo para apresentação das contra-razões.

O INSS poderá reformar a sua decisão a qualquer tempo, sendo-lhe vedado a negativa de cumprimento a qualquer diligência solicitada pelo Conselho, bem como deixar de dar cumprimento às suas decisões definitivas, reduzir ou ampliar o seu alcance ou executá-las de modo que contrarie ou prejudique seu evidente sentido.

É essa, em apertada síntese, a tramitação do processo administrativo previdenciário em matéria de benefício, que deve se encerrar com a decisão proferida pela Câmara de Julgamento do CRPS.

Vejamos então qual a composição e competência dos órgãos que integram o CRPS.

De acordo com o art. 303, do RPS, o CRPS é um colegiado integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social que exerce o controle jurisdicional das decisões do INSS nos processos referentes a benefícios a cargo da Autarquia.

A sua composição observa a disciplina do art. 10, da Constituição Federal que reza: *Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e*

*empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.*

É por essa razão que o Conselho é composto por representantes do Governo, dos trabalhadores e das empresas. A sua estrutura comporta vinte e nove Juntas de Recursos, quatro Câmaras de Julgamento e um Conselho Pleno.

As Juntas são responsáveis pelo julgamento em primeira instância dos recursos interpostos contra as decisões prolatadas pelos órgãos regionais do INSS, enquanto as Câmaras, com sede em Brasília, são competentes para julgar, em segunda instância, os recursos especiais manejados contra as decisões proferidas pelas Juntas de Recursos que infringirem a lei, o regulamento, enunciado ou ato normativo ministerial.

Note-se de que nos recursos especiais a insurgência do recorrente deve ser fundamentada na existência de infringência à lei, regulamento, enunciado ou ato normativo ministerial, não podendo ser alegada toda e qualquer matéria em direito admitida.

Excepcionalmente, contudo, as Juntas de Recursos detém competência para julgamento, em única instância, a chamada “alçada exclusiva”, prevista nos incisos I e II, do art. 18, do Regimento Interno do CRPS, aprovado pela Portaria MPS n. 323, de 27 de agosto de 2007:

Art. 18. Constitui alçada exclusiva das Juntas de Recursos, não comportando recurso à instância superior, as seguintes decisões colegiadas:

I – fundamentada exclusivamente em matéria médica; e

II – proferida sobre reajustamento de benefício em manutenção, em consonância com os índices estabelecidos em lei, exceto quando a diferença na Renda Mensal Atual – RMA decorrer de alteração da Renda Mensal Inicial – RMI.

[...]

Ao Conselho Pleno, por sua vez, compete uniformizar a jurisprudência previdenciária mediante enunciados, podendo ter outras competências definidas no Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social.

As Câmaras e Juntas são compostas cada um por quatro membros, todos denominados Conselheiros, nomeados pelo Ministro de Estado da Previdência Social. São dois membros representantes do Governo, um

dos trabalhadores e outro dos empregadores para um mandato de dois anos, sendo possível a recondução.

Os representantes do Governo devem ser escolhidos dentre servidores públicos federais, preferencialmente do Ministério da Previdência Social e do INSS, com curso superior completo, notório conhecimento da legislação previdenciária e que prestarão serviços exclusivos ao Conselho, sem prejuízo dos direitos e vantagens do cargo de origem. O presidente do CRPS, de cada Câmara e Junta serão necessariamente representantes do Governo.

Os representantes classistas, por sua vez, devem ter nível superior, exceto se representantes dos trabalhadores rurais, que deverão ter o nível médio, e serão escolhidos em lista tríplice elaborada pelas entidades de classe ou sindicais e manterão a qualidade de segurados do Regime Geral de Previdência Social.

O recurso ordinário, interposto perante uma das Juntas de Recursos, é exclusivo dos beneficiários prejudicados com as decisões do INSS. Da decisão das Juntas, contudo, poderá ser interposto recurso para uma das Câmaras de Julgamento por qualquer das partes, ou seja, tanto pelo beneficiário quanto pelo próprio INSS.

Interessante observar que, durante todo o processo administrativo previdenciário em matéria de benefício tramitando perante o CRPS, admite-se a reforma da decisão pelo INSS, extinguindo-se, assim, o processo. Por outro lado, como vimos, caso o beneficiário ingresse simultaneamente com ação judicial de teor idêntico ao processo administrativo, o seu recurso será extinto.

Assim é que, excetuando-se as hipóteses em que haja alçada exclusiva, reforma da decisão pelo INSS ou ajuizamento de ação judicial com idêntico teor, o processo administrativo em matéria de benefício passará pela sua fase não litigiosa, perante a agência da Previdência Social, e, em havendo indeferimento do benefício e interposição de recurso ordinário pelo beneficiário, pelo CRPS, encerrando-se, via de regra, em uma das Câmaras de Julgamento. Caberá ao INSS dar cumprimento à decisão.

O Conselho Pleno não tem competência para julgar recursos, portanto, não resolve lides previdenciárias, mas sim uniformiza a jurisprudência previdenciária por meio de enunciados.

## **2 O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PELOS MEMBROS DO CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

A primeira questão polêmica que chama a atenção no estudo do Conselho de Recursos da Previdência Social é aquela que se refere à possibilidade do exercício da advocacia privada pelos Conselheiros.

O art. 28, inciso II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Lei n. 8.906/94), diz expressamente que o exercício da advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as atividades dos membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta. Eis o teor do dispositivo:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

[...]

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta;

Por sua vez, o art. 8º, do Regulamento Geral do Estatuto da OAB dispõe que a incompatibilidade prevista no referido art. 18, inciso II, do Estatuto da OAB não se aplica àqueles advogados que participam dos órgãos de deliberação coletiva como representantes dos advogados, sejam eles suplentes ou titulares.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, interpretando a legislação sobre o tema, já decidiu que a existência de impedimento ou incompatibilidade é matéria de competência da própria OAB, não sendo permitido que o órgão de deliberação obrigue o integrante a suspender a sua inscrição na entidade de classe. O caso, no entanto, envolveu o Tribunal de Impostos e Taxas – TIT. Eis o que restou consignado no voto do Ministro Mauro Campbell:

Não assiste razão à parte agravante.

Com efeito, verifica-se que as razões apostas no presente regimental não são capazes de infirmar as conclusões obtidas pelo decisório agravado, o qual bem aplicou o direito à espécie. Para melhor entendimento da questão, transcrevo os termos em que foi prolatado:

Nas razões do recurso especial, interposto com base na alínea “a” do permissivo constitucional, a ora agravante aponta violação ao art.

28, II, da Lei 8.906/94, por entender que não há incompatibilidade para o exercício profissional do advogado que integre, na qualidade de membro, o Conselho de Contribuintes.

Não foram apresentadas contrarrazões.

O recurso foi inadmitido pela decisão de e-STJ fls. 476/477 cujos fundamentos foram impugnados por meio do presente agravo.

É o relatório. Passo a decidir.

A recorrente impugnou devidamente os fundamentos adotados na decisão agravada, mostrando-se preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade do presente recurso, razão pela qual passa-se ao exame do recurso especial.

Consta do acórdão recorrido (e-STJ fl. 459):

O Tribunal de Impostos e Taxas tem por atribuição específica processar e julgar os recursos administrativos, de natureza tributária opostos pelos contribuintes.

A sua natureza é de órgão julgador no plano administrativo ou extrajudicial. Recebem do Estado o munus de julgadores e, portanto, juízes de investidura temporária.

Ora, a advocacia é incompatível com o exercício das atividades de membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas e, segundo a dicção do art. 28, II, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB), “de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta”.

E exatamente a hipótese dos autos.

Portanto, essa incompatibilidade somente estaria superada se integrantes do Tribunal de Impostos e Taxas estivessem com sua inscrição suspensa durante o período em que exerceram as funções de julgadores.

Não é, entretanto, o que ocorreu, como se verifica nas certidões abroqueladas aos autos.

À época do julgamento do recurso administrativo do recorrido estavam inscritos na OAB e, portanto, aptos (de acordo com o órgão de classe) para o exercício da advocacia, não obstante as funções que lhes foram cometidas para integrar o TIT exsurgissem como impedimento absoluto para aquele exercício.

Nula, portanto, a decisão proferida por aquele Tribunal administrativo em razão do impedimento de um ou mais de seus integrantes”.

Verifica-se que o exame da matéria demandaria o exame de legislação estadual, o que é inviável nesta via, nos termos da Súmula 280 do STF: - Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário. Isto porque, embora o recorrente tenha indicado afronta ao art. 28, II, da Lei 8.906/94, a argumentação recursal é destinada a demonstrar que “a lisura dos atos praticados no contencioso administrativo paulista é regida pela legislação própria (Lei Estadual 10.941/2001 e respectivo Decreto regulamentar n.º 46.674/2002)”, de forma que não há incompatibilidade entre o exercício da função de juízes administrativos e a respectiva inscrição na OAB.

Nesse sentido:

[...]

Diante do exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, “b”, do CPC, conheço do agravo para NEGAR SEGUIMENTO ao recurso especial.

Para fundamentar seu pedido de reforma da decisão monocrática, sustenta a agravante que (e-STJ fl. 503), “não há dúvida de que a questão discutida nos autos cinge-se à violação da legislação federal (artigo 28, II, do Estatuto da OAB), motivo pelo qual o recurso deve ser recebido com fundamento na alínea ‘a’, afastando-se a aplicação da Súmula 280 do STF”.

Ocorre que a despeito de a recorrente apontar a violação ao artigo 28, II, da Lei 8.906/94 para fundamentar seu inconformismo, verifica-se que a determinação da incompatibilidade ou não para a atuação dos membros, inscritos na OAB, no Tribunal de Impostos e Taxas, demanda a análise dos dispositivos de regência do processo administrativo tributário paulista e do Regimento Interno do próprio órgão administrativo.

Contudo, tal providência não é possível em sede de recurso especial. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 280/STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.”

Nesse sentido:

[...]

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Bem de ver que, não obstante tenha decidido que matéria versada nos autos envolveria a análise de legislação local, o Ministro consignou que as razões apostas no regimental não seriam capazes de infirmar as conclusões obtidas pelo decisório agravado, o qual bem teria aplicado o direito à espécie, sinalizando, assim, o possível posicionamento.

Da mesma forma, o STF teve a oportunidade de externar o seu posicionamento sobre o inciso II, do art. 28, do Estatuto da OAB quando do julgamento da ADI 1127/DF, manejada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

Na oportunidade, o Colendo Tribunal assentou o seguinte entendimento: *A incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juízes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na Constituição.*

O julgamento afastou o impedimento à advocacia pelos juízes eleitorais que compõem o Tribunal Superior Eleitoral por entender que a própria Constituição Federal em seu art. 119, II, exigiria para a escolha dos magistrados que os indicados fossem advogados, de maneira que seria incongruente com a própria exigência constitucional que a legislação ordinária afastasse o juiz justamente da atividade que serve de pressuposto para a sua participação no Tribunal.

Também o Conselho Federal da OAB manifestou-se sobre a interpretação do inciso II, do art. 28, do Estatuto da OAB em duas oportunidades, respectivamente, em 2005 e 2013.

Em 2005, a decisão do Conselho levou em consideração diversos aspectos a respeito das atividades desenvolvidos pelo advogado no conselho respectivo, senão vejamos:

Consulta 0002/2004/OEP. Origem: Presidência do Conselho Federal da OAB. Assunto: Advogado. Membro do Conselho de

Contribuintes. Incompatibilidade ou Impedimento para o exercício profissional. Relator: Conselheiro Federal José Paiva de Souza Filho (AM). Relator p/ o acórdão: Conselheiro Federal Marcelo Lavocat Galvão (AC). Ementa: 24/2005/OEP. CONSULTA. MEMBROS DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. FUNÇÃO DESPROVIDA DE REMUNERAÇÃO. ARTIGO 28, I, DO ESTATUTO DA OAB. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO DIPLOMA. INCOMPATIBILIDADE INEXISTENTE. I - O integrante do Conselho de Contribuintes não recebe remuneração fixa por sua atuação no colegiado, devendo manter-se em atividade profissional para sua subsistência. II - Ofende o princípio da proporcionalidade vedar-se a uma só categoria profissional o acesso ao Conselho, notadamente àquela que, por sua formação técnica, apresenta-se como a mais habilitada para analisar estões referentes a tributos federais. III - O artigo 28, inciso I, do Estatuto da OAB e da Advocacia deve ser interpretado de acordo com comandos constitucionais maiores, evitando-se que sua aplicação venha a malferir princípios de isonomia e justiça. IV - Ao membro do Conselho de Contribuintes não se aplica a incompatibilidade para a advocacia, restando somente impedido de atuar em processos administrativos fiscais perante o próprio Conselho, bem como de patrocinar causas judiciais cujo conteúdo possa ser objeto de apreciação por parte daquele Colegiado. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros integrantes do Órgão Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por maioria de 14 votos (AC, AL, MG, MT, PA, PB, PR, RN, RO, RS, SC, SP, SE, TO) a 4 (AM, BA, MS, PE), vencido o Relator, em responder a consulta nos termos do voto do Conselheiro Marcelo Lavocat Galvão (AC), afastando a incompatibilidade para o exercício profissional do advogado que integra, na qualidade de membro, o Conselho de Contribuintes. Brasília, 21 de fevereiro de 2005. Aristoteles Atheniense, Presidente. Marcelo Lavocat Galvão, Relator p/ acórdão. DJ, 17.06.2005, p. 1141/1142, 2005.)

Em 2013 o entendimento do Conselho Federal da OAB não foi alterado, tendo o órgão decidido no seguinte sentido:

CONSULTA n. 49.0000.2013.007132-1/OEP. Assunto: Consulta. Participação de advogados em órgãos de julgamento de processos administrativos. Exercício da advocacia. Demanda judicial.

Administração Pública. Ato ilícito. Julgamento que envolve participação de advogado. Código de Ética e Disciplina. Consultente: Movimento de Defesa da Advocacia (Representante legal: Marcelo Knoepfelmacher - Diretor Presidente). Relator: Conselheiro Federal Marcelo Lavocat Galvão (DF). EMENTA n. 0156/2013/OEP: CONSULTA. ADVOGADO INDICADO COMO MEMBRO DO TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. FUNÇÃO DESPROVIDA DE REMUNERAÇÃO. EXIGÊNCIA DE CONHECIMENTO EM DIREITO TRIBUTÁRIO. INDICAÇÃO DE ENTIDADES JURÍDICAS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ARTIGO 28, II, DO ESTATUTO DA OAB. INCOMPATIBILIDADE AFASTADA. IMPOSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DO ADVOGADO QUE POSTULA A NULIDADE DOS JULGAMENTOS PROFERIDOS COM VOTO DE ADVOGADOS INTEGRANTES DO COLEGIADO. I - O integrante do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo tem que possuir conhecimento comprovado em direito tributário e não recebe remuneração fixa por sua atuação no colegiado, devendo manter-se em atividade profissional para sua subsistência. II - Em que pese o teor da norma, o artigo 28, inciso II, da Lei nº 8.906/94 não se aplica a advogados que integram, de forma temporária e não remunerada, o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, máxime quando indicados por entidades representativas da advocacia, devendo ser observada, todavia, a limitação imposta pela legislação à atuação profissional dos juízes que compõem aquele colegiado. Aplicação do precedente firmando na Consulta nº 002/2004-OEP. III - O artigo 28, inciso II, do Estatuto da OAB e da Advocacia deve ser interpretado de acordo com comandos constitucionais maiores, evitando-se que sua aplicação venha a malferir princípios de isonomia e razoabilidade. IV - Na ausência de pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre o tema, devem prevalecer a liberdade e a independência profissionais do advogado, que não pode ser punido por defender em juízo a nulidade de decisões administrativas perpetradas em colegiado composto por juízes que exercem a advocacia. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB, por unanimidade, em responder à consulta, nos termos do voto do Relator, que integra o presente julgado. Brasília, 6 de agosto de 2013. Claudio Pacheco Prates Lamachia - Presidente. Marcelo Lavocat Galvão - Relator. (DOU, S.1, 11.09.2013, p. 115)

É possível perceber que na Consulta datada de 2005, o advogado em questão havia sido indicado para participar do antigo Conselho de Contribuintes, atual Conselho de Administração de Recursos Fiscais (CARF), que levantou a dúvida quanto à existência ou não de incompatibilidade da atividade de conselheiro com o exercício da advocacia.

A OAB, contudo, entendeu que não haveria incompatibilidade mas mero impedimento. Isso porque o conselheiro não receberia remuneração fixa pela sua atuação, apresentando-se, ainda, como o profissionais mais habilitado para analisar as questões referentes a tributos federais, que são complexas e demandam conhecimentos específicos.

Nessa situação, no entanto, o advogado estará impedido de atuar em processos perante o referido Conselho ou cujo conteúdo possa ser objeto de apreciação pelo órgão colegiado do qual faz parte.

Em 2013, por sua vez, a Consulta envolveu a participação de advogado no Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (caso semelhante àquele decidido pelo STJ).

Na Consulta, inclusive, consta que o Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo – TIT/SP estaria declarando a nulidade das execuções fiscais cujo julgamento tivesse contado com a participação de advogados.

Decidindo a questão, o Conselho entendeu que também nessa situação a incompatibilidade estaria afastada, uma vez que a indicação para integrar o TIT é feita por entidades jurídicas; os seus juízes devem possuir conhecimento do Direito Tributário, além de cinco anos de prática na matéria; os julgadores não recebem salários, mas apenas uma ajuda de custo.

Volvendo as atenções para o Conselho de Recursos da Previdência Social, à vista dos argumentos anteriormente levantados para defender a inexistência de incompatibilidade entre a advocacia e a atividade desenvolvida pelos seus conselheiros, é possível chegar a algumas conclusões.

A primeira delas é no sentido de que, ao contrário do que aconteceu quanto ao TIT, no âmbito do CRPS, não haveria a necessidade inarredável de conhecimento jurídico por parte dos conselheiros para a sua indicação e nomeação sequer para os representantes do Governo, para os quais exige-se apenas o conhecimento da legislação previdenciária e a preferência por servidores federais de nível superior, integrantes dos quadros do Ministério da Previdência Social e do INSS.

Da mesma forma, a indicação dos conselheiros não seria feita por entidades jurídicas.

Por outro lado, os conselheiros do CRPS não receberiam salário mas apenas gratificações por relatoria dos processos, definida pelo

Ministro da Previdência Social, assemelhando-se aos conselheiros do TIT e do Conselho de Contribuintes.

Seguindo essa linha de entendimento, recentemente o Conselho Federal da OAB apreciou a querela envolvendo os conselheiros do CRPS posicionando-se pela inexistência de incompatibilidade mas de mero impedimento para o exercício da advocacia pelos conselheiros. Eis a ementa do julgamento:

CONSULTA N. 49.0000.2013.000511-8/OEP. Assunto: Consulta. Exercício da advocacia. Cargo de Conselheiro do Conselho de Recursos da Previdência Social/CRPS. Consulente: Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social - Manuel de Medeiros Dantas. Relator: Conselheiro Federal Walter Cândido dos Santos (MG). EMENTA N. 099/2013/OEP. Consulta. Cargos de Conselheiro do Conselho de Recursos da Previdência Social. Incompatibilidade com o exercício da advocacia. Inexistência. Configuração do impedimento previsto no art. 30, inciso I, do Estatuto da Advocacia e da OAB. Aplicação do art. 8º do Regulamento Geral do EAOAB. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB, à unanimidade, responder à consulta, nos termos do voto do Relator, que integra o presente julgado. Brasília, 9 de junho de 2013. Walter Cândido dos Santos - Relator. Claudio Pacheco.

Assim é que os conselheiros do Conselho de Recursos da Previdência Social não estão impedidos de exercer a advocacia, porém não podem atuar nos processos de competência do órgão colegiado que integram.

### **3 O LIMITE JURÍDICO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Outra questão interessante envolvendo o Conselho de Recursos da Previdência Social e que tem gerado polêmica diz com os limites da decisão proferida pelos conselheiros.

Como vimos anteriormente, o Conselho é um órgão deliberativo jurisdicional, que aplica, portanto, o direito ao caso concreto, sendo que a decisão da Câmara de Julgamento encerra a instância administrativa, não cabendo qualquer outro recurso desse julgamento. Consequentemente, o INSS deve cumprir a decisão nos seus exatos termos.

Essa atividade jurisdicional, no entanto, é atípica, uma vez que somente a jurisdição exercida pelo Estado-Juiz seria uma autêntica

atividade jurisdicional típica, dotada da nota da definitividade, capaz de conferir força própria de coisa julgada às decisões por ela proferidas.

É por isso que se diz que, a bem da verdade, não existiria a “coisa julgada administrativa”, mas apenas uma decisão que tramitou o máximo possível no âmbito administrativo, impassível de discussão nesta seara.

Ocorre que o Conselho de Recursos é também um órgão integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social e, como tal, submete-se ao que dispõe o art. 42, da Lei Complementar n. 73, de 1993, que assim dispõe:

Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas

Em sendo assim, os pareceres normativos elaborados pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social e aprovados pelo Ministro de Estado da Pasta devem ser observados nos julgamentos do Conselho.

Além disso, a teor do §1º, do art. 40 daquela norma, o parecer elaborado pelo Advogado-Geral da União, aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Não se pode olvidar que o Advogado-Geral da União fixa a interpretação da lei, da Constituição Federal, dos tratados e atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal, na forma do inciso X, do art. 4º, da Lei Complementar n. 73, de 1993.

Da mesma forma, consoante visto anteriormente, um dos fundamentos para a interposição de recurso especial pelo beneficiário ou pelo INSS perante uma das Câmaras de Julgamento é justamente a infringência a ato normativo ministerial, gênero que abarca aqueles pareceres normativos.

Essas regras não podem, contudo, ser interpretadas como uma ingerência nas atribuições do Conselho de Recursos da Previdência Social.

Note-se que as questões submetidas à apreciação tanto da Consultoria Jurídica quanto do Advogado-Geral da União são de natureza jurídica e não envolvem a solução do caso concreto, ou seja, o mérito administrativo. Assim, os pronunciamentos emitidos por ambos os órgãos não tratariam da questão de fundo a cargo do Conselho, respeitando-se, assim, a sua competência jurisdicional atípica.

Igualmente não se está a falar de revisão pelo Presidente da República ou do Ministro de Estado das decisões proferidas no Conselho de Recursos da Previdência Social, até mesmo porque o art. 309, do RPS, que previa a possibilidade de avocação e revisão de ofício dos atos ou decisões proferidas no contencioso administrativo previdenciário foi alterado pelo Decreto n. 3.452, de 2000.

De se registrar, inclusive, que o atual art. 309, do RPS disciplina a hipótese de solução de controvérsia na aplicação de lei ou ato normativo entre órgãos do Ministério da Previdência Social ou entidades vinculadas e ocorrência de questão previdenciária de relevante interesse público ou social pelo Ministro da Previdência Social.

A previsão aplica-se, sem sombra de dúvidas, aos processos que estejam a cargo do Conselho de Recursos da Previdência Social, porém a decisão ministerial não versará sobre a questão em concreto posta para julgamento, mas sim sobre a matéria controvertida envolvendo a lei ou ato normativo ou a questão previdenciária de relevante interesse público. Tanto é assim que o §1º, do art. 309, do RPS determina que a controvérsia na aplicação de lei ou ato normativo seja relatada *in abstracto*, uma vez que, após a solução ministerial, o processo deverá ser julgado pelo órgão colegiado.

Cumpra ainda advertir que parcela da doutrina defende a impossibilidade de ajuizamento de ação judicial pela Fazenda Pública quando houver decisão a ela desfavorável na seara administrativa. Esse posicionamento envolve as decisões de natureza fiscal exaradas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Rodolpho Pandolfi Damico<sup>1</sup> cita o posicionamento de diversos autores sobre a questão, senão vejamos:

O que muito se discute é o fato de uma decisão administrativa desfavorável à fazenda pública, que tenha tomado força de irreformável, fundamentar ação judicial com fins de desconstituí-la. Permitir que a fazenda pública recorra à via judicial com tal finalidade é desacreditar na própria efetividade de suas decisões, o que coaduna no menosprezo dos Princípios da Segurança Jurídica e da boa-fé, conforme assevera MELLO (1998).

Para TORRES (2002) não existe previsão legal no que tange a uma possível ação da fazenda pública recorrer ao judiciário para desconstituir sua própria decisão. Já para MARTINS (2002), garantir à fazenda pública o direito de se “autocontestar” por suposta lesão que teria quando

---

1 DAMICO, Rodolpho Pandolfi. *Irreformabilidade das decisões administrativas fiscais favoráveis ao contribuinte*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8761](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8761)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

reconheceu que não sofria nenhum dano, é garantir extrema insegurança jurídica ao contribuinte.

Adiante, o professor Eduardo Sabbag menciona que a fazenda pública não poderá se valer de ação anulatória pelos seguintes motivos:

A máquina judiciária pode ser movimentada pelo contribuinte que se mostre irredimido diante dos atos praticados pelo Fisco, por meio de um processo judicial (conhecimento), ainda que já tenha ocorrido processo administrativo. Por sua vez, o Fisco pode buscar a tutela judicial quando detentor de crédito, utilizando-se do processo de execução ou do processo cautelar, visando assegurar o pagamento posterior.

Corroborando com o posicionamento do professor Eduardo Sabbag, Dejalma Campos afirma que se o Fisco vencido na esfera administrativa não poderá contestar na via judicial o crédito fruto da contenda, podendo somente exigí-lo, caso vencedor na esfera administrativa, conforme podemos ver:

“Mesmo vencido na fase administrativa o contencioso fiscal, o sujeito passivo da obrigação tributária (contribuinte ou responsável) pode impetrar judicialmente ações para garantia de seus direitos. Já o sujeito ativo dessa mesma obrigação (o Estado), tendo sido vencido na fase administrativa, não mais pode pleitear o crédito fruto da contenda. Se vencedor, vai utilizar-se do Judiciário para recebê-lo”.

É válido ressaltar que para Eduardo Sabbag, “configuram ações exclusivas do Fisco: a execução fiscal e a cautelar fiscal. Em contraponto, configuram ações exclusivas do contribuinte: a ação anulatória de lançamento tributário (ou de débito fiscal), a ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária, a ação de consignação em pagamento, a ação de repetição de indébito e o mandado de segurança”.

Imaginando a remota possibilidade do Fisco contestar judicialmente sua própria decisão, urge ressaltar o problema inicial à propositura de sua ação, indicar quem seria o réu. Compartilho do entendimento do professor Hugo de Brito Machado, vejamos:

“É sabido que o réu é aquele que resiste à pretensão do autor, fazendo nascer a lide. A pretensão, no caso, é a anulação da decisão administrativa. Assim, se a ação proposta contra o contribuinte favorecido com a decisão

administrativa, poderá este alegar ilegitimidade passiva, porque não está resistindo à pretensão da Fazenda – vale dizer, nada está fazendo para impedir a anulação daquela decisão. E o Conselho de Contribuintes também não poderá ser o réu, porque sequer tem personalidade jurídica”.

Outrossim, devemos ressaltar que o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal não respalda a administração pública, tendo em vista que este se encontra inserido no Título que trata dos direitos e das garantias fundamentais individuais, ou seja, não abrangeria o Fisco.

O Superior Tribunal de Justiça também se já me manifestou a respeito:

TRIBUTÁRIO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – TRIBUTÁRIO  
– RECURSO DE OFÍCIO: FINALIDADE – REVISÃO  
ADMINISTRATIVA DA DECISÃO DO CONSELHO DE  
CONTRIBUINTES.

1. O Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro permitia o chamado recurso hierárquico (art. 266, § 2º da Lei 3.188//99), plenamente aceito pelo STJ (precedente da 1a. Seção, relator Min. Humberto Gomes de Barros)

2. O recurso hierárquico permite ao Secretário da Fazenda rever a decisão do Conselho de Contribuintes e impugná-la se eivada de vícios ou nulidades patentes e devidamente identificadas.

3. O recurso hierárquico não rende ensejo a que a autoridade administrativa, por deleite ou por mero capricho, venha a desfazer a decisão do colegiado.

4. Recurso ordinário provido. (RMS 16.902, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 04.10.2004)

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA –  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES – DECISÃO IRRECORRIDA –  
RECURSO HIERÁRQUICO – CONTROLE MINISTERIAL – ERRO  
DE HERMENÊUTICA.

I - A competência ministerial para controlar os atos da administração pressupõe a existência de algo descontrolado, não incide nas hipóteses em que o órgão controlado se conteve no âmbito de sua competência e do devido processo legal.

II - O controle do Ministro da Fazenda (Arts. 19 e 20 do DL 200/67) sobre os acórdãos dos conselhos de contribuintes tem como escopo e limite o reparo de nulidades. Não é lícito ao Ministro cassar tais decisões, sob o argumento de que o colegiado errou na interpretação da Lei.

III - As decisões do conselho de contribuintes, quando não recorridas, tornam-se definitivas, cumprindo à Administração, de ofício, exonerar o sujeito passivo “dos gravames decorrentes do litígio” (Dec. 70.235/72, Art. 45).

IV - Ao dar curso a apelo contra decisão definitiva de conselho de contribuintes, o Ministro da Fazenda põe em risco direito líquido e certo do beneficiário da decisão recorrida. (MS 8.810, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 06.10.2003)

É certo que o Conselho de Recursos da Previdência Social não se confunde com o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mas com ele se assemelha em diversos aspectos, razão pela qual nada obsta seja esse entendimento estendido para alcançar as decisões aquele órgão colegiado.

Assim, caso se entenda que o INSS não poderá ajuizar ação judicial para contestar a decisão proferida pelo Conselho de Recursos da Previdência Social, com ainda mais razão se defenderia a necessidade de observância pelo órgão recursal dos pronunciamentos jurídicos emanados da Presidência da República e da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência.

Nesse contexto, não parece haver qualquer interferência na atividade jurisdicional atípica exercida pelo Conselho de Recursos da Previdência Social a necessidade de observar os pareceres normativos elaborados pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social e aprovados pelo Ministro titular da Pasta, assim como os pareceres elaborados pelo Advogado-Geral da União e aprovados pelo Presidente da República.

#### **4 CONCLUSÕES**

É possível perceber que, em razão da relevância ocupada pelo Conselho de Recursos da Previdência Social no processo administrativo previdenciário em matéria de benefício, algumas questões polêmicas envolvendo o órgão e seus conselheiros trouxeram à tona a necessidade de aprofundamento do seu estudo.

Duas delas, que estão atualmente em voga, são aquelas que referentes ao exercício da advocacia pelos conselheiros do colegiado e a limitação de ordem jurídica às decisões por ele proferida, abordadas no presente trabalho.

Quanto ao exercício da advocacia, vimos que a OAB recentemente manifestou-se a respeito por meio de consulta direcionada ao seu Conselho Federal. Na oportunidade, seguindo a linha de entendimento já externada em relação a outros órgãos de julgamento e deliberação da Administração Federal (CARF e TIT/SP), decidiu o Conselho Federal que os conselheiros do Conselho de Recursos da Previdência Social estão apenas impedidos de advogar perante este órgão, de maneira que o exercício do *múnus* que lhe foi conferido por ato de nomeação do Ministro de Estado da Previdência Social não se mostra incompatível com o exercício da advocacia.

No que se refere à limitação de ordem jurídica afeta às decisões do Conselho de Recursos da Previdência Social, que deve observar o parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República e o parecer da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social aprovado pelo Ministro titular da Pasta, vimos igualmente que inexistente qualquer interferência na atividade jurisdicional atípica exercida pelo Conselho de Recursos da Previdência Social, tratando-se de um controle legitimado pela legislação de regência.

## REFERÊNCIAS

DAMASCENO, Adelson Barbosa. *Decisões dos Conselhos de Contribuintes no Processo Administrativo Tributário: Eficácia Preclusiva das Decisões Contrárias à Fazenda Pública e a sua Revisão pela Via Judicial*. Disponível em: <[http://www.ribeiroedamasceno.com.br/i\\_pag/artigos/ARTIGO%20PROCESSO%20TRIBUT\\_RIO\\_2.pdf](http://www.ribeiroedamasceno.com.br/i_pag/artigos/ARTIGO%20PROCESSO%20TRIBUT_RIO_2.pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. *Manual de Direito Previdenciário*. 9. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

ROCHA, Daniel Machado; JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social: Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991 atualizada até a MP n. 529, de 7 de abril de 2011*. 10. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

---

## CONSIDERAÇÕES QUANTO À VIABILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO DA DENOMINADA “FILIAÇÃO AUTOMÁTICA” NO ÂMBITO DA PREVIDÊNCIA FECHADA

---

*CONSIDERATIONS REGARDING THE LEGAL FEASIBILITY OF ADOPTION OF THE “AUTOMATIC MEMBERSHIP” UNDER THE CLOSED PENSION FUNDS*

*Fabício Cardoso de Meneses*

*Procurador Federal em exercício na Procuradoria Federal junto à Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Natureza jurídica das relações de previdência complementar fechada; 2 O elemento volitivo como pressuposto constitucional indispensável nas relações de previdência complementar fechada; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O princípio da facultatividade está expresso no art. 202, *caput*, da Constituição Federal, constituindo elemento essencial do regime de previdência complementar. A relação estabelecida entre a entidade fechada de previdência complementar e o participante possui natureza negocial. A vontade livre constitui requisito de validade dos negócios jurídicos, não podendo o silêncio ser utilizado para suprir a falta de manifestação expressa, como se extrai do artigo 101 do Código Civil. A filiação automática, ainda que com a opção de saída, presume a vontade do agente de aderir à previdência complementar, não se coadunando com o ordenamento jurídico pátrio. Há, também, o risco de atração de aplicação dos artigos 39, inciso III, e 42 do Código de Defesa do Consumidor, face ao teor da Súmula nº 321 do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, a necessidade de autorização prévia e por escrito do empregado quanto a descontos em seu rendimento está expressa na Súmula 342 do Tribunal Superior do Trabalho. Ainda que se admita a possibilidade de adesão automática, haveria a necessidade de definição de determinados parâmetros, como limite máximo de contribuição do participante, opção por perfil de investimento, escolha de regime tributário, entre outras opções padrão, de forma a suprir a falta de manifestação de vontade do participante. Conclui-se, assim, que a utilização do aludido mecanismo poderá gerar efeitos em sentido inverso ao almejado, causando danos à higidez do sistema de previdência complementar fechada, dentre eles a obrigatoriedade de devolução em dobro, ao participante compulsório, de todo o montante recolhido automaticamente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdência Complementar. Princípio da Facultatividade. Inscrição Automática.

**SUMMARY:** Free will is a requisite of validity of legal transactions. Assuming the possibility of automatic membership, would be the need to define certain parameters. We conclude, therefore, that the use of the aforementioned mechanism may generate effects in the opposite direction desired, causing damage to the health of the pension fund system closed.

**KEYWORDS:** Closed Pension Funds. Fundamental of Facultatividade. Automatic Enrollment.

## INTRODUÇÃO

O regime de previdência complementar fechada encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 202.

Dada à importância de seu disciplinamento, pede-se *venia* para transcrevê-lo *in totum*:

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 entidade 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.

Inicialmente, observa-se que, conforme o *caput* do artigo 202, o regime de previdência privada, de caráter complementar, é autônomo em relação ao regime geral de previdência social, bem como facultativo quanto à sua adesão.

Tal facultatividade está prevista também na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, a qual dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências.

Segundo a referida Lei Complementar, repetindo o disposto na Constituição Federal, o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício. Ainda conforme a LC nº 109, de 2001, os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, *oferecidos* a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores, devendo ser facultativa a adesão aos mencionados planos.

Vale registrar, ademais, a previsão constante no § 2º do artigo 202 da Constituição Federal, no sentido de que 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.

Ante os dispositivos acima transcritos, tem-se um delineamento legal acerca do regime de previdência complementar pátrio.

## **1 NATUREZA JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA**

Primeiramente, explicitado está a natureza negocial, a ser instaurada entre a entidade fechada de previdência complementar - EFPC, de um lado, e o participante, de outro.

Deduz-se que a natureza jurídica do liame existente entre a EFPC e o respectivo participante consiste em um negócio jurídico contratual. Trata-se, portanto, de uma obrigação bilateral firmada entre dois particulares.

Com relação à natureza jurídica de direito privado das entidades fechadas de previdência complementar, transcreve-se manifestação veiculada no Parecer nº 03/2005/DEJUR/SPC, subscrito pelo Procurador Federal *Ivan Jorge Bechara Filho*.

30. A LC n. 109, que contém disposições gerais sobre a previdência complementar, é expressa ao estabelecer que as entidades fechadas organizam-se sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, e que as entidades abertas sejam constituídas sob a forma de sociedades anônimas (art. 31, § 1º, e art. 36, *caput*). Portanto, as entidades que operam planos de previdência complementar possuem natureza de pessoas jurídicas de direito privado.

31. A relação entre essas entidades e os participantes de seus planos de benefícios constitui uma relação de direito privado, de natureza contratual e desvinculada da relação laboral, como estatuído pelo próprio artigo 202 da Constituição Federal e pelas leis de regência.

32. Para Wladimir Novaes Martinez, *'nada obstante o leviatânico intervencionismo estatal, a previdência complementar é relação jurídica estabelecida no âmbito do direito privado. A adesão ao seguro firmado entre o participante e o fundo de pensão, no caso da fechada, bem como no da aberta, pertence à esfera do Direito Civil, e por ele é regulada. A supervisão do Estado e sua enorme presença, bem como a regulação da matéria (maior ou menor, conforme a vontade política do momento) e mesmo a semelhança de objetivos não chegam a submeter a relação às normas de direito público'*.

33. É verdade que tem aumentado a presença do Estado nas relações de direito privado, marcada pela edição de normas imperativas ou cogentes, de observância obrigatória e inderrogáveis pela vontade dos particulares. Isto, porém, não descaracteriza o regime jurídico aplicado a tais relações quando, não obstante, continuam preponderando as normas de caráter privado.

Dessarte, por força do que dispõe o artigo 31, § 1º, da LC nº 109, de 2001, pode-se concluir que as entidades fechadas de previdência complementar devem possuir personalidade jurídica de direito privado.

Na relação previdenciária complementar, os agentes são: a EFPC, o patrocinador ou instituidor e o particular que, ao aderir a um plano, passa a ser denominado de participante.

A relação existente entre a entidade patrocinadora ou instituidora e a respectiva EFPC é estabelecida por meio de instrumento convencional, conforme se depreende do artigo 13 da multicitada LC nº 109.

A presente análise, no entanto, circunscrever-se-á ao instrumento negocial firmado entre a EFPC e o participante.

O ordenamento jurídico consiste em um sistema, portanto, pressupõe a existência de uma lógica coordenação entre suas partes integrantes, sob pena de não se verificar a desejável organicidade. Sendo assim, plenamente possível, aliás, necessário, que o operador do direito utilize-se, subsidiariamente, de outros ramos jurídicos, a fim de emprestar a indispensável completude ao ordenamento. Desse modo, ante a omissão, com relação a alguns pontos, das normas diretamente aplicáveis ao regime previdenciário complementar fechado, necessária a aplicação, por exemplo, do direito civil, do direito consumerista, dentre outros.

Portanto, lançando-se mão dos princípios, regras e institutos civilistas, afigura-se salutar perquirir os elementos essenciais que deverão estar presentes no negócio jurídico e, via de consequência, no contrato previdenciário, a fim de que seja considerado plenamente existente. Nesse ponto, de acordo com a teoria criada por Pontes de Miranda, são elementos indispensáveis à existência dos negócios jurídicos: os agentes; o objeto; a vontade e a forma. Para o eminente jurista, tais elementos encontram-se no 1º degrau da escada ponteana, a qual diz respeito, justamente, ao plano de existência.

Desse modo, para que um negócio jurídico seja tido por existente, indispensável a presença dos agentes, de um objeto, da vontade e de uma forma por meio da qual o instrumento se exteriorizará.

Conforme já referenciado, os agentes da relação negocial previdenciária complementar são a EFPC e o participante.

Por sua vez, o objeto, por óbvio, deve dizer respeito à relação de previdência complementar a ser estabelecida entre os contraentes.

Com relação à forma, esta deve ser apta a regular o liame obrigacional de previdência complementar.

Por fim, quanto à vontade, deve estar inequivocamente presente, a fim de que o contrato previdenciário seja considerado existente.

Contudo, não basta que o negócio jurídico seja existente, faz-se necessário que ele seja também válido, sob pena de não atingir sua função social, princípio alçado a pilar da nova metodologia do direito privado denominada de Direito Civil Constitucional.

Segundo o artigo 104 do novel código civil, a validade do negócio jurídico requer agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou

determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Embora não esteja expressamente prevista no dispositivo citado, a vontade livre também consiste em requisito de validade dos negócios jurídicos, conforme se extrai do ordenamento jurídico nacional.

O negócio jurídico funda-se em uma relação bilateral, na qual há como conteúdo uma declaração de vontade, afigurando-se, portanto, como indispensável a capacidade das partes emitentes da declaração, sob pena de sua invalidade.

De um lado, a EFPC deve estar perfeitamente constituída e representada. Por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, organizada sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, necessária é a observância dos requisitos previstos na legislação de regência, a fim de que preencha todas as exigências para a sua plena constituição e funcionamento.

O participante, pessoa física ou natural, por sua vez, deve ser plenamente capaz para os atos da vida civil. Deve ser apto a manifestar vontade livre.

Por objeto lícito, possível, determinado ou determinável entende-se que somente será tido por válido um negócio jurídico que tenha como conteúdo um objeto lícito, ou seja, nos limites definidos pela lei, não contrariando os bons costumes, a ordem pública, a boa-fé e a função social ou econômica do instituto ao qual diz respeito. Outrossim, o objeto almejado deve ser possível. Em outras palavras, o negócio jurídico que tenha por objeto algo impossível, física ou juridicamente, será nulo de pleno direito. Com relação à determinação do objeto da relação negocial, o artigo 106 do Código Civil, reza que a impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que estiver subordinado.

Seguindo com a presente análise, tem-se que a forma a ser adotada na exteriorização do ato bilateral, deve ser aquela prevista ou não proibida por lei.

A princípio, a validade da declaração de vontade não depende de forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir. Dessarte, os negócios jurídicos, via de regra, são informais, conforme dispõe o art. 107 da codificação civil, o qual consubstancia o princípio da liberdade das formas.

Contudo, vale ressaltar, com fundamento no magistério de Flávio Tartuce<sup>1</sup>, que em casos especiais, visando a conferir maior certeza e segurança nas relações jurídicas, a lei disciplina a necessidade de

1 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

formalidades, relacionadas com a manifestação da vontade. O negócio, nessas hipóteses, não admitirá forma livre.

Aqui, interessante chamar atenção para as formalidades previstas na legislação previdenciária complementar. Em outros termos, há que se investigar quais as formalidades previstas nas leis que regem o sistema de previdência complementar, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições da legislação civilista, bem como de outros ramos jurídicos compatíveis e indispensáveis à organicidade do direito.

Por derradeiro e não menos importante, tem-se a vontade ou consentimento livre. A manifestação de vontade assume papel preponderante no negócio jurídico. Decorre daí a regra do código civil vigente, no sentido de que “*quem cala não consente*”: “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

## **2 O ELEMENTO VOLITIVO COMO PRESSUPOSTO CONSTITUCIONAL INDISPENSÁVEL NAS RELAÇÕES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA**

Conforme já consubstanciado, a relação previdenciária complementar estabelecida entre a EFPC e o participante consiste em uma relação jurídica contratual. Por si só tal fundamento já seria suficiente para demonstrar a indispensabilidade da vontade expressa e inequívoca dos contratantes na constituição de um negócio jurídico válido.

Ocorre que, no regime de previdência complementar fechado, a manifestação de vontade assume papel de maior relevo ainda, haja vista a disposição expressa, em texto constitucional, quanto à natureza facultativa do ingresso. Em outras palavras, o consentimento expresso assume caráter de pressuposto constitucional indispensável à plena validade do contrato de previdência complementar. Ou melhor, o consentimento inequívoco e expresso é inarredável à configuração de constitucionalidade do ato jurídico *lato sensu* em referência.

A exigência *sub lуме* foi repetida em âmbito legal, uma vez que o artigo 1º da LC nº 109, de 2001, também prevê a facultatividade de ingresso no sistema de previdência complementar.

Longe de se caracterizar como mero silogismo gramatical, necessário se atentar para a diferença substancial entre a facultatividade de ingresso, nos termos previstos pela Lei Magna, e a facultatividade de saída.

Dessarte, o momento da manifestação da vontade livre do particular deve ser o imediatamente anterior ao ingresso no sistema, até porque tal declaração, por força constitucional, repita-se, configura-se em pressuposto

indispensável à participação no regime. Sem a exteriorização da vontade, de forma livre e inequívoca, de ingressar na previdência complementar fechada, o negócio jurídico seria não só inconstitucional, mas inexistente, vedado todo e qualquer efeito jurídico daí decorrente.

De outra parte, a facultatividade de saída, na qual o particular seria automaticamente incluído no sistema de previdência complementar, devendo, caso não aquiescesse com a referida inclusão, solicitar sua retirada, presume a vontade do agente de ingressar no regime complementar, contrariando o dispositivo constitucional, bem como a regra do direito civil, já mencionada neste opinativo, de que o silêncio não pode ser entendido como consentimento.

Conforme demonstrado, na facultatividade de saída não há uma mera alteração do momento da expressão da vontade do particular, mas, ao invés, uma inversão da lógica constante no texto constitucional e lei complementar, além da não observância da regra do sistema civilista.

Os riscos resultantes de tal prática não devem ser menosprezados. Primeiramente, há que se sobrelevar a mácula inquestionável de inconstitucionalidade a tingir os negócios jurídicos que adotarem a sistemática da “adesão automática”, ainda que se preveja a possibilidade de saída posterior do participante.

Outrossim, ressalta-se a existência da súmula nº 321 do colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes. Desse modo, abstraindo-se da análise com profundidade das razões da súmula referida, há que se atentar para a possibilidade real de equiparação, pelo Poder Judiciário, do participante de previdência complementar ao consumidor, parte hipossuficiente da relação de consumo e, conseqüentemente, da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação previdenciária.

Segundo o código consumerista, consubstanciado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, tem-se que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, *asseguradas a liberdade de escolha* e a igualdade nas contratações;

[...]

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

[...]

Art. 39. *É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:*

[...]

III – enviar ou entregar ao consumidor, *sem solicitação prévia*, qualquer produto, ou *fornecer qualquer serviço*;

[...]

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. *O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. (grifos acrescidos)*

Segundo os dispositivos acima transcritos, infere-se que é, no mínimo, temerária a adoção da “filiação automática”, haja vista a equiparação do referido procedimento à prática abusiva, defesa em lei.

Ademais, deve-se levar em alta conta a viabilidade jurídica de ser exigido o montante, em dobro, acrescido de correção monetária e de juros legais, dos valores descontados a partir da prática da “filiação automática”. O que, salvo melhor juízo, poderá provocar sensível insegurança jurídica e financeira ao sistema de previdência complementar, além de potencializar a judicialização, com todos os possíveis custos daí resultantes.

No intuito de deixar demonstrada, inequivocamente, a total ausência de fundamentos jurídicos minimamente plausíveis a permitir a dispensa da manifestação expressa do particular ou seu diferimento, para efeitos de ingresso no sistema, colaciona-se a súmula nº 342, do Tribunal Superior do Trabalho.

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

Vale destacar, ainda, que a “filiação automática” encontra dificuldade à sua aplicação, inclusive, fora dos domínios eminentemente jurídicos.

Interessante a abordagem de alguns pontos contida no artigo: “Adesão automática: principais pontos para reflexão”<sup>2</sup>. Segundo a aludida manifestação, tem-se que:

[...]

Diante desses argumentos, fica evidente que a adesão automática seria bastante útil aqui, mas a sua viabilidade está condicionada a mudanças na legislação. “O Artigo 202 da Constituição Federal e o Art. 1 da Lei Complementar nº 109 dizem que a filiação é voluntária. Em princípio, tais normativos são o principal obstáculo”, explica Adacir Reis, advogado especializado em Previdência Complementar Fechada. Além disso, muitos aspectos importantes precisam ser considerados. O mecanismo se aplicaria a todos, sem distinção? Caso o participante peça a desfiliação, quais direitos teria? Como o patrocinador lidaria com o aumento do número de participantes, já que a adesão automática aumentaria muito os gastos contributivos da empresa?

[...]

#### *Faixa Etária*

Estudiosos argumentam que a adesão automática não deve ser estendida a todos os contratados por uma empresa patrocinadora. Em vez disso, é preciso considerar diferentes faixas etárias e estilos

---

<sup>2</sup> Fundos de Pensão – Revista da ABRAPP – ICSS – SINDAPP, ano XXIX, número 370, novembro de 2010, p. 51/54.

de vida a fim de que o mecanismo faça sentido para o empregador e, sobretudo, para o participante em potencial.

[...]

“O ideal seria focar apenas nos trabalhadores com faixa etária intermediária. Isso certamente permitirá que mais participantes sejam atraídos para o plano e que o mecanismo tenha sucesso”, avalia Stancombe.

[...]

#### *Estratégias de Investimento*

Muitas empresas que utilizam a adesão automática oferecem a seus funcionários uma carteira de investimento padrão predominantemente composta por fundos de moeda ou outros tipos de aplicação que visam apenas resguardar o capital ao invés de fazê-lo crescer em longo prazo.

#### *Contribuições da Patrocinadora*

De fato, alguns especialistas acreditam até que a estratégia pode funcionar como um desestímulo para que a patrocinadora mantenha ou aumente suas contribuições, já que elas tenderão a pouco influenciar os níveis de participação no programa de aposentadoria.

Conforme se observa dos enxertos colacionados há pouco, ainda que se tivesse por constitucional a prática da “adesão automática”, - o que não se verifica, ante os fartos fundamentos jurídicos constantes deste estudo, - óbices de ordem não jurídica ainda teriam que ser superados.

Some-se aos questionamentos, elencados acima, os seguintes:

- a) Como seria compatibilizada a filiação de cunho compulsório com eventual déficit futuro? Como mitigar o risco de se alegar a ausência de manifestação de vontade no momento da adesão, na hipótese de verificação de déficit?
- b) Como se daria a filiação automática para os planos instituídos? Seriam incluídos todos os filiados à entidade de classe? Ainda com relação aos instituídos, qual a solução para os casos em

que o empregador disponibilize previdência complementar para seus empregados? Seria, então, filiado compulsoriamente a dois planos de benefícios (o instituído e o patrocinado)?

- c) Quais seriam os parâmetros a serem adotados na inscrição? Haveria um limite máximo para os valores de contribuição do participante? Havendo a possibilidade de opção por perfil de investimento, seria definida uma opção padrão para todos os participantes automaticamente filiados?
- d) Por fim, ante a ausência de manifestação de vontade do participante, como seria feita a escolha pelo Regime Tributário aplicável (Progressivo ou Regressivo)?

### 3 CONCLUSÃO

Nesses termos, entende-se inviável a adoção do mecanismo da “filiação automática”, ressaltando o risco de sua utilização, dada a ausência de fundamentos jurídicos robustos a embasarem seu emprego.

Conforme se buscou demonstrar, ao longo do presente estudo, a “filiação automática” padece do vício da inconstitucionalidade, e como se não bastasse, sequer reúne os elementos necessários para sua validade, haja vista a ausência da indispensável *vontade livre*.

Ressalte-se que a utilização do aludido mecanismo poderá gerar efeitos em sentido inverso ao almejado, causando danos potencialmente vultosos à higidez do sistema de previdência complementar fechada, dentre eles a obrigatoriedade de devolução em dobro, ao participante compulsório, de todo o montante recolhido “automaticamente”.

### REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUSHIKEN, Ferrari; FREITAS, Luiz; TADEU, Augusto Wanderley. *Previdência complementar e regime próprio: complexidade e desafios*. Indaiatuba: Instituto Integrar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t.II. 4. ed. São Paulo: RT, 1974.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: MÉTODO, 2011.

Fundos de Pensão – Revista da ABRAPP – ICSS – SINDAPP, ano XXIX, número 370, novembro de 2010.

---

# DESAFIOS DA PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À PREVIC

*CHALLENGES TO THE FEDERAL PROSECUTORS PREVIC*

---

*Felipe de Araujo Lima*  
*Procurador Federal*

*Procurador-Chefe da Procuradoria Federal junto a Previc*

*Adriano Cardoso Henrique*  
*Procurador Federal*

*Especialista em Processo Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL*  
*Coordenador-Geral de Estudos e Normas da Procuradoria Federal junto a Previc*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Regime constitucional de Previdência Complementar; 2 Natureza pública da FUNPRESP; 3 Modelagem constitucional e legal do plano de benefícios; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo possui por objetivo abordar os diversos desafios vivenciados pela Procuradoria Federal junto à Previc nestes quase quatro anos de criação, assim como os prováveis desafios ainda vindouros. Destarte, o órgão de assessoramento jurídico da Procuradoria-Geral Federal atuante junto a Previc tem buscado auxiliar o gestor público nos mais diversos assuntos jurídicos aos quais é chamado para dirimir as dúvidas jurídicas ou auxiliar na melhor condução normativa das políticas públicas do setor executados pela autarquia federal. Ademais, a Procuradoria Federal se faz presente em instrumentos e órgãos indispensáveis para o equilíbrio e manutenção do regime, como podemos citar as atuações na Câmara de Recursos de Previdência Complementar e na Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Previc.

**PALAVRAS-CHAVE:** Procuradoria Federal. Aspectos Institucionais. Desafios. Assessoramento e Consultoria Jurídicos.

**ABSTRACT:** This article has aimed to address the various challenges experienced by the Federal Prosecutors with the Previc these almost four years of creation, as well as the likely challenges still to come. Thus the body of legal advice of the Attorney General acting with Federal Previc has sought to help the public manager in various legal matters to which it is called to settle any legal questions or assist in the best rules of conduct related public policies implemented by the municipality federal. Moreover, the Federal Attorney is present in organs and instruments essential to the balance and maintenance of the system, as we mention the performances of the Appeals Chamber Pension Plan and the Commission for Mediation, Conciliation and Arbitration Previc.

**KEYWORDS:** Federal Prosecutors. Institutional Aspects. Challenges. Legal Advice and Consultancy.

## **INTRODUÇÃO**

A Procuradoria Federal junto à PREVIC – PF/PREVIC é um órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal - PGF, integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União - AGU, detendo as competências especificadas no art. 21 do Anexo ao Decreto nº 7.075, de 26 de janeiro de 2010 (regulamento da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC), em consonância com o art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 e o art. 131 da Constituição Federal.

Entre as principais funções da PF/PREVIC estão: o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos da autarquia, a representação judicial e extrajudicial da PREVIC e a apuração da certeza, liquidez e exigibilidade dos créditos tributários e não tributários da Autarquia, bem como a respectiva pré-inscrição em dívida ativa, em conjunto com os órgãos de contencioso da PGF.

A PF/PREVIC também exerce, por força de disposições legal e regulamentar específicas, quais sejam, o art. 2º, inciso VIII, da Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009 e o art. 21, inciso VI, do Decreto nº 7.075, de 2010, a função de coordenar no âmbito da Autarquia a atividade de promoção da mediação e da conciliação entre entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores.

Nesses quase quatro anos de existência, a Procuradoria Federal junto à PREVIC logrou obter, em nossa modesta concepção, consideráveis êxitos e realizações, dentro dos limites de sua atuação institucional. Seja na condição de partícipes da gestão da entidade, no início, seja na gestão efetiva da unidade há cerca de dois anos e meio, acompanhamos toda a trajetória da unidade até o momento.

Neste trabalho, tentaremos expor os desafios que merecem maior destaque e que acreditamos terem contribuído tanto para o alcance de boa parte dos objetivos inerentes à missão da novel Autarquia assessorada, como para a demonstração da importância desta unidade como órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal - PGF.

Não se pode olvidar que a obtenção de bons resultados, em nosso entender, foi possível graças à experiência e arcabouço advindos da antiga equipe da Diretoria de Legislação e Normas da antiga Secretaria de Previdência Complementar - SPC, que deu início ao seu funcionamento e, principalmente, devido ao esforço e dedicação dos procuradores federais em exercício na unidade no período, equipe da qual participamos e nos orgulhamos de integrar.

A existência da Procuradoria Federal junto à PREVIC é relativamente recente, uma vez que, assim como a Autarquia assessorada, teve suas atividades iniciadas a partir da regulamentação Lei nº 12.154, de 2009, a qual criou a PREVIC como sucessora da antiga SPC, tendo como missão institucional a de fiscalizar os fundos de pensão, como são usualmente conhecidas as entidades fechadas de previdência complementar, de patrocínio público ou privado.

Preliminarmente à abordagem propriamente dita das realizações e desafios da PF/PREVIC, convém discorrer, ainda que brevemente, sobre a atividade desenvolvida pela Autarquia, bem como sobre o contexto constitucional em que se insere a previdência complementar fechada, de modo a contextualizar o leitor acerca das especificidades do ambiente próprio de previdência complementar.

Cumpra, pois, trazer esclarecimentos iniciais quanto ao Regime de Previdência Complementar Fechada e à atuação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, órgão responsável pela respectiva supervisão e fiscalização, de modo a fixar as premissas legais utilizadas e a base de atuação estatal nesse relevante papel.

## **1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PREVIC E O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA**

O Regime de Previdência Complementar compõe o Subsistema de Previdência Social vigente no Brasil (subsistema porque há identidade normativa, princípios e regras exclusivamente destinados a regular a matéria previdenciária) que, por sua vez, compõe o Sistema de Seguridade Social e encontra sua base de sustentação no art. 202 da Constituição Federal, com a redação alterada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que expressamente prevê:

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.

[...]

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Não obstante a redação original do art. 202 da Constituição Federal não versasse sobre o Regime de Previdência Complementar (antes tratado no art. 192 da Lei Maior), foi editada a Lei Complementar nº 109/2001, como lei geral de regência da previdência complementar, antecipando as atuais balizas do texto constitucional e prevendo que:

Art. 1o O regime de previdência privada, de caráter complementar é organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

Com efeito, da leitura dos dispositivos constitucional e legal acima transcritos, é possível extrair que a finalidade precípua da previdência complementar é operar planos de previdência, mediante a constituição de reservas que garantam o benefício ajustado, o que se dá mediante uma relação jurídico-previdenciária de natureza contratual, de caráter privado, caracterizada pela autonomia em relação ao regime geral, facultatividade de opção e independência em relação ao contrato de trabalho de seus participantes.

Desse modo, a previdência complementar é operada por pessoas jurídicas de direito privado (independentemente da natureza jurídica de seu patrocinador), as denominadas entidades fechadas de previdência complementar – EFPC, destinadas à instituição, administração e execução dos planos de benefícios autônomos e complementares em relação aos ofertados pelo regime geral de previdência social, de adesão facultativa por participantes e assistidos.

Ao contrário da previdência pública, prestada diretamente pelo Estado no Regime Geral de Previdência Social - RGPS e Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS, o primeiro por meio do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e o segundo pelos regimes próprios de previdência, cujo vínculo é obrigatório e a natureza é exclusivamente pública, a previdência complementar é prestada em regime de colaboração com o Estado (assim como a saúde, a assistência, etc.), de direito privado, baseado em uma relação contratual, o qual, contudo, é continuamente submetido à regulação e à fiscalização pelo poder público.

Em face disso, decorrem fundamentos e princípios próprios a essa relação jurídica, como a facultatividade, a autonomia, a independência, a transparência, liquidez e o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial do contrato, aliados à autonomia da vontade que rege as relações privadas.

Todavia, tratando-se de modalidade de proteção social complementar ao nível básico de proteção oficial prestado diretamente pelo Estado, é importante referir que as características próprias da relação jurídica de previdência complementar, em especial a autonomia da vontade, convivem com o caráter social próprio dos benefícios prestados. Isso porque, em última análise, está-se falando, como já dito, em um Subsistema da Seguridade Social, por expressa escolha do legislador constituinte.

Nesse sentido já reconheceu a doutrina especializada<sup>1</sup>, valendo reproduzir abaixo citação que ilustra com clareza o posicionamento do Regime de Previdência Complementar na ordem social constitucional, *verbis*:

[...]

*Finalmente, não há como passar despercebido – conquanto possa ser questionada, isso sim, a relevância da situação que vai apontar, para fins de reconhecimento de peculiares efeitos jurídicos, como adiante teremos oportunidade de aqui discutir – que houve uma nova contextualização, um novo arranjo do ponto de vista formal e topográfico da matéria no texto constitucional, já que a disciplina (agora detalhada) da previdência complementar, passou a ser inserida praticamente toda dentro da parte da Constituição que cuida da por ela chamada ‘Ordem Social’, tendo, paralelamente, desaparecido a referência à matéria no art. 192, da Constituição, que se insere, topicamente, na parte em que esta prevê o “Sistema Financeiro Nacional”.*

Cabe destacar, ainda, que os fundos de pensão diferenciam-se dos fundos abertos (também disciplinados pela LC nº 109/2001) por não visarem ao lucro (art. 31, § 1º da LC nº 109/2001) e por operarem planos de benefícios acessíveis somente a grupos fechados, como, por exemplo, empregados de uma mesma empresa ou grupo de empresas e os membros de uma mesma classe ou profissão.

Destarte, não obstante evidenciada a natureza privada dos fundos de pensão e o caráter contratual, autônomo e facultativo da relação jurídico-previdenciária havida entre os atores envolvidos nesse sistema (patrocinadores, instituidores, participantes e assistidos), trata-se de segmento permeado pela finalidade social e, via de consequência, pela presença de interesse público, a merecer a necessária tutela estatal, por meio dos órgãos de supervisão, fiscalização, regulação e fomento da previdência complementar fechada.

<sup>1</sup> PULINO, Daniel. *Previdência Complementar – Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Modelo, 2011. p. 118.

A partir daqui, já é possível então trazer a lume as balizas legais que envolvem a atividade desenvolvida pelo órgão supervisor e fiscalizador.

Nos termos do disposto no art. 3º da LC nº 109/2001, no regime de previdência complementar fechada, a ação estatal visa os seguintes objetivos:

Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

I - formular a política de previdência complementar;

II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro;

III - determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades;

IV - assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios;

V - fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e

VI - proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

A fim de operacionalizar a ação estatal na busca desses objetivos, o art. 5º da LC nº 109/2001 estabeleceu que a normatização, a coordenação, a supervisão, a fiscalização e o controle das atividades das entidades de previdência complementar seriam realizados por órgão regulador e fiscalizador, nos termos do art. 74 do referido diploma legal.

Por sua vez, a Lei nº 12.154, de 2009, criou a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, Autarquia Federal de natureza especial vinculada ao Ministério da Previdência Social, como sucessora da então Secretaria de Previdência Complementar – SPC (extinta pelo Decreto nº 7.078, de 26 de janeiro de 2010), para o desempenho das atividades de supervisão, fiscalização e controle das atividades das EFPC.

Além disso, também foi criado pela mesma lei o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, órgão colegiado da estrutura do Ministério da Previdência Social, com a responsabilidade de exercer a regulação do Regime de Previdência Complementar (em substituição ao então existente Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC).

A esse respeito, embora extenso, é sempre relevante reproduzir o rol de competências da Autarquia disposto no art. 2º da referida lei, *verbis*:

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.

[...] (grifo nosso)

Por fim, é igualmente oportuno aludir que o legislador entendeu que a ação do órgão fiscalizador e supervisor não convive com o velamento praticado pelo Ministério Público em relação às fundações privadas, dando-lhe tratamento específico, acometendo ao órgão fiscalizador essa relevante missão de zelar pelas EFPC. É o que reza o disposto no art. 72 da LC nº 109/2001, *verbis*:

Art. 72. Compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas zelar pelas sociedades civis e fundações, como definido no art. 31 desta Lei Complementar, não se aplicando a estas o disposto nos arts. 26 e 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário.

Portanto, mediante a leitura conjunta e sistemática do rol dos objetivos da atuação estatal no Regime de Previdência Complementar, observa-se que o legislador previu órgãos e entidades complementares, dotados de competências próprias para tutelar o segmento.

Assim, conferiu-se legalmente à PREVIC tarefas de destacado relevo, consubstanciadas no acompanhamento constante de suas atividades, por ser a Autarquia o órgão supervisor e fiscalizador da previdência complementar fechada, as quais revelam a presença marcante de um dirigismo contratual, originado no caráter social dos benefícios prestados pelas EFPC.

Como visto, a atuação da PREVIC perpassa uma vasta gama de ações, que vão desde a expedição de atos normativos na sua área de competência e de autorizações de constituição, funcionamento e extinção dos fundos de pensão, passando por ações de educação previdenciária e pelo monitoramento da aplicação dos recursos garantidores dos planos,

até a apuração e julgamento de infrações à legislação de previdência complementar (regime disciplinar).

Neste sentido é imperioso destacar que uma das mais relevantes atribuições da Autarquia é a de exercer a supervisão, o controle e o monitoramento legal da complexa atividade que é a administração dos benefícios, fiscalizando as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicando penalidades. Essas atividades são garantidas, fundamentalmente, por meio dos poderes de polícia e sancionador acometidos à PREVIC, e permitem que seja exercida a missão de proteger os interesses dos participantes e assistidos e de zelar pelos fundos de pensão.

Cabe destacar que, em hipóteses excepcionais, expressamente previstas em lei, nas quais é necessário sanear situações de grave comprometimento dos benefícios contratados, a lei autoriza a PREVIC a interferir diretamente na gestão das EFPC, em face do mandamento legal de proteção dos interesses dos participantes e assistidos, por meio da administração especial, da intervenção e da liquidação extrajudicial dos planos de uma dessas entidades (art. 42 e seguintes da Lei Complementar nº 109/2001).

Resta, com isso, evidenciada a importância do aparelhamento estatal responsável pela fiscalização do Regime de Previdência Complementar, o qual busca a excelência na gestão das EFPC, como garantia de que os participantes e assistidos, destinatários que são do Subsistema de previdência social, irão receber o benefício previdenciário contratado, conforme estatui o art. 202 da Constituição Federal, cumprindo-se com isso uma das finalidades da Ordem Social, que é o bem estar social.

Cumpra lembrar, ainda, que a supervisão e fiscalização das EFPC pela PREVIC não elide o dever legal que as próprias entidades que administram e prestam os benefícios contratados têm de zelar pela adequação das atividades de gerir as reservas de recursos garantidores e pagar benefícios aos participantes dos planos por elas administrados, sob pena de responsabilização civil dos administradores, conforme preceitua o art. 63 da LC nº 109/2001.

Portanto, é dever inafastável à PREVIC exercer o papel fundamental de proteção dos interesses dos participantes e assistidos dos planos de previdência complementar fechada, como harmonizador das atividades do segmento. Isto pode traduzir-se, por exemplo, pelo zelo constante pelo equilíbrio econômico, financeiro e atuarial dos planos de benefícios e do contrato previdenciário (instrumentalizado no regulamento do plano), mediante as atividades de monitoramento e fiscalização.

Em última análise, entendemos competir à PREVIC, pois, a preservação dos valores da previdência complementar fechada, buscando coibir a prática de atos que levem ao seu risco sistêmico ou ao seu descrédito, sendo fundamental para a Autarquia, para o adequado funcionamento interno de seus órgãos administrativos e finalísticos, a prestação adequada da consultoria e assessoramento jurídicos, por meio da PF/PREVIC.

## **2 DAS REALIZAÇÕES E DESAFIOS DA PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À PREVIC**

Como já dito, julgamos bastante exitoso o trabalho da PF/PREVIC prestado à Autarquia quanto aos desafios e realizações alcançados nesses quase quatro anos de vida, o que revela a possibilidade de chances de igual resultado em relação aos desafios que estão por vir, e quiçá até superior, o que mantém a efetividade no cumprimento da missão institucional da entidade assessorada.

A importância da atuação da Procuradoria Federal junto à PREVIC já foi reconhecida formalmente por sua Diretoria Colegiada, como o foi por ocasião de pesquisa realizada pela Ouvidoria da AGU ainda em 2011, onde foi confirmada a participação ativa da PF/PREVIC em praticamente todos os debates relevantes em curso, a análise acurada dos processos e dos atos normativos submetidos a sua apreciação, suscitando-se, apenas, a necessidade de aprimoramento no tempo de resposta de consultas.

Primeiramente, do ponto de vista de gestão, em termos não apenas quantitativos, mas também qualitativos, conforme dados disponíveis internamente e em consonância com aqueles inseridos no Sistema de Consultoria da PGF - SISCON, desde a implantação da PF-Previc, já foram realizadas mais de mil e oitocentas manifestações jurídicas formais, entre pareceres, notas, informações, cotas e despachos. A esse resultado deve ser acrescido o assessoramento jurídico – mais informal – realizado por meio de correspondência eletrônica, inúmeras reuniões e participação na reunião semanal da Diretoria Colegiada da Autarquia, mediante um corpo de procuradores federais que oscilou de 8 a 14 integrantes (perfazendo hoje 11).

Conforme recomenda o Manual de Boas Práticas da Consultoria-Geral da União da AGU, de 2011 (BPC nº 10), todas as manifestações jurídicas produzidas pela PF/PREVIC constam de sistema informatizado de armazenamento da Autarquia, em arquivos em formato pesquisável, salvos em rede, disponíveis a todos os computadores dos procuradores em exercício na entidade, o que enseja a realização eficiente de pesquisas e estudos para subsidiar a elaboração de novas manifestações jurídicas,

além de permitir o controle da uniformização dos entendimentos jurídicos produzidos no âmbito da unidade.

Mais recentemente, mediante a implementação do planejamento estratégico na PREVIC, com a fixação de planos de trabalho, bem como com a criação de indicadores de desempenho e criação de metas, tornou-se possível aferir ao menos dois aspectos relevantes de nossa atuação, quais sejam, o tempo médio de resposta às consultas da Autarquia e o índice de êxito das ações judiciais movidas em face da PREVIC como um todo.

O cálculo do indicador de tempo médio total de análise (por unidade de processo) aferiu, em 2012, a média de menos de quinze dias corridos por processo analisado, média esta que vem baixando ainda mais. Já no cálculo do indicador de êxito judicial, no mesmo ano, foi apurado um percentual de mais de 65% de julgamentos favoráveis. A esse respeito, cumpre ressaltar, sem atribuir qualquer tipo de responsabilidade, que a medição do índice de sucesso na esfera judicial relaciona-se mais com o trabalho finalístico da PREVIC como um todo do que com o trabalho de consultoria jurídica prévia da PF/PREVIC, uma vez que em regra tem sido judicializadas as atividades da Autarquia cujos processos de trabalho não envolvem a Procuradoria Federal, como é o caso de alterações de regulamentos de planos de benefícios e estatutos de fundos de pensão, atos administrativos nos quais, em regra,

Uma das características predominantes da Autarquia, de operar suas atividades mediante a integração qualificada de suas diversas áreas, inserindo-se a Procuradoria Federal como participante ativa da estruturação e aperfeiçoamento do funcionamento como um todo da novel entidade, contribuiu decisivamente para que o órgão fiscalizador e supervisor do Regime de Previdência Complementar se valesse do melhor aproveitamento possível das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos prestados pela PF/PREVIC.

Em nosso sentir, o produto bem sucedido hoje alcançado é uma combinação do aspecto acima ressaltado com a atuação proativa em relação ao próprio funcionamento e Autarquia assessorada, nos limites legais de atuação dos órgãos de consultoria e assessoramento jurídico.

Para se ter uma ideia do que estamos falando, funcionam atualmente na PREVIC, afora a participação institucional nos órgãos já citados – CNPC e CRPC, diversos Comitês de Assessoramento e Consultoria Técnica, sendo exemplos importantes o Comitê Estratégico – COEST<sup>2</sup> e do Comitê de Risco – CORIS<sup>3</sup>, ambos criados no início

2 Portaria Previc nº 79, de 15 de fevereiro de 2012, que trata da criação do Comitê de Estudos Estratégicos – COEST.

3 Portaria Previc nº 78, de 15 de fevereiro de 2012, que trata da criação do Comitê de Análise de Riscos – CORIS.

do ano de 2012, estruturas compostas por membros das diversas áreas, inclusive a PF/PREVIC, tendo a finalidade de debater e qualificar previamente os temas de relevo em discussão na Autarquia.

É relevante ainda mencionar que, dos dois membros (e seus suplentes) da PREVIC na Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC, instância revisora das decisões da Diretoria Colegiada da PREVIC proferidos em sede de autos de infração ao Regime de Previdência Complementar, existente no âmbito do Ministério da Previdência Social, dois são procuradores federais em exercício na PF/PREVIC, o que avulta ainda mais o relevo de nossa participação e responsabilidade nas atividades de esferas institucionais de previdência complementar.

Por oportuno, sobre a CRPC, cumpre registrar que em processos relevantes, nos quais a Autarquia tenha identificado a necessidade de manutenção de teses institucionais consideradas estratégicas, esta PF/PREVIC tem atuado também na utilização do instrumento de sustentação oral junto à mencionada Câmara, o que já foi feito pelo menos em duas oportunidades, sendo que, recentemente, foi solicitada nova intervenção com a utilização desse mecanismo processual, em processos que serão julgados em breve pelo referido órgão colegiado.

Pode-se dizer que os bons resultados alcançados perpassam todas as vertentes típicas de atuação na área de consultoria e assessoramento jurídicos, desde a manifestação em pareceres obrigatórios em sede licitações e contratos, entre outras matérias de ordem administrativa, chegando à elaboração e estruturação, em parceria com as áreas técnicas da Autarquia, de subsídios jurídicos especializados para a defesa da Autarquia em ações judiciais, cujo estoque existente decorre, em boa parte, da sucessão processual em demandas antes movidas em face da União.

Abaixo, seguem alguns dos desafios e realizações que podem ser citadas como alcançadas com a colaboração exitosa desta PF/PREVIC, tanto do ponto de vista de área meio como de área finalística.

Na seara administrativa, esta Procuradoria Federal deparou-se, no início de seu funcionamento, com a situação excepcional de desmembramento de diversas parcelas contratuais, conforme previsão legal específica em sua lei de criação, a partir dos contratos administrativos do Ministério da Previdência Social, mediante a identificação das parcelas atribuíveis à antiga Secretaria de Previdência Complementar, herdadas pela Previc. A tarefa em questão foi realizada de modo bastante dificultoso e demorado, ensejando, ante à necessidade de identificar de forma pormenorizada as parcelas contratuais e obter a concordância das áreas respectivas do MPS, a opção por outras modalidades licitatórias.

Merece destaque igualmente o trabalho de acompanhamento e aferição de legalidade e juridicidade dos processos de identificação e proposta de funcionamento da Autarquia em sede própria, por ora por meio de locação, de realização do 1º concurso público da PREVIC, para o provimento dos cargos das novas carreiras criadas pela Lei nº 12.154, de 2009 (analistas administrativos, especialistas em previdência complementar e técnicos administrativos) e de migração e implantação de sistemas corporativos de informática necessários ao funcionamento da supervisão e fiscalização a cargo da Autarquia, sendo que hoje a estruturação já se encontra completamente efetuada, com dezenas contratos e acordos de cooperação hoje vigentes.

No âmbito da cobrança e dívida ativa, a PF/PREVIC, o desafio encontrado abrangeu tanto a migração dos créditos não tributários objeto de inscrição em dívida fruto da sucessão da União Fazenda pela PREVIC, como os novos créditos tributários e não tributários originados a partir da criação da Autarquia. Esse trabalho tem sido desenvolvido sempre em parceria com a Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação – CGCOB, órgão central de cobrança da Procuradoria-Geral Federal, mediante a edição dos atos normativos próprios de regulamentação e racionalização da atuação administrativa e o monitoramento da atualização dos créditos inscritos em dívida ativa.

Nesse particular, isto é, no assunto dívida ativa, convém destacar que a PREVIC foi uma das Autarquias precursoras na utilização do SISDAT – Sistema de Inscrição e Dívida Ativa da Procuradoria-Geral Federal.

Na área finalística, merece destaque a análise jurídica de minutas de atos de regulação de matérias relevantes junto ao Conselho Nacional de Previdência Complementar, em especial a proposta normatizar temas constantes do art. 33 da Lei Complementar nº 109, de 2001 (retirada de patrocínio e as chamadas operações societárias, entre elas as operações de fusão, cisão, incorporação, transferência de gerenciamento, etc.), as quais carecem da adequada parametrização técnica do órgão regulador, notadamente quanto o adequado tratamento do direito de participantes e assistidos. A apreciação desta PF/PREVIC foi desenvolvida com a colaboração das áreas técnicas da Autarquia, sendo que um resultado positivo já é possível visualizar. Após longo debate no órgão regulador acerca da regulação da retirada de patrocínio, cuja norma então vigente era anterior à atual Constituição Federal, sobreveio neste ano a edição da Resolução CNPC nº 11, de 11 de maio de 2013, estabelecendo regras mais modernas e consentâneas com a legislação e a nova ordem constitucional. Também merece relevo a elaboração e estruturação, sempre com a

parceria das áreas técnicas da Autarquia, da regulamentação, no âmbito da PREVIC, de utilização do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, o que se deu por meio da edição da Instrução Previc nº 03, de 29 de junho de 2010. Mediante o normativo em tela, a área de fiscalização da Previc tem podido se valer, quando cabível, do instrumento efetivo que é o TAC, ao lado de ações fiscais e autuações, afora o monitoramento à distância ou indireto, sendo a análise da viabilidade jurídica prévia pela PF/PREVIC indispensável à deliberação pela possibilidade de assinatura do TAC.

Sob a mesma ótica, em linha com a colaboração jurídica à atuação fiscalizatória da autarquia, a Procuradoria Federal também participou dos estudos para implementação, com o apoio do Banco Mundial, de nova metodologia de fiscalização denominada ‘Supervisão Baseada em Riscos’ - SBR, conforme consta de relatório publicado em periódico desse organismo internacional<sup>4</sup>.

Em poucas palavras, pode-se dizer que a supervisão baseada em risco constitui uma metodologia de supervisão que compreende a identificação, classificação e avaliação dos riscos das EFPC e respectivo gerenciamento acompanhamento, buscando assim: aplicar com mais eficiência os recursos; identificar os maiores riscos; agir proativamente; minimizar impacto negativo nos benefícios dos participantes; e manter a aderência às regras.

É importante mencionar que este enfoque, cada vez mais presente nas ações fiscais da PREVIC não se substitui ou supera o modelo de fiscalização por conformidades (conhecido como “compliance”), sendo possível afirmar que os dois modelos convivem e se complementam, como aduz a doutrina especializada<sup>5</sup>. O grande desafio, na implementação da SBR, é subsidiar a Autarquia na construção dos mecanismos de permitam a sua utilização paulatina no âmbito da fiscalização.

Do mesmo modo, também foi levado a efeito o regulamento da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem (regulamentando-se o art. 2º, inciso VIII, da Lei nº 12.154, de 2009), implementando a nova competência legalmente atribuída à Autarquia, mediante a Instrução Previc, nº 07, de 09 de novembro de 2010. Embora a atuação da Comissão dependa da iniciativa das partes, isto é, de sua escolha como canal de solução de contendas entre atores do segmento previdência complementar fechada, tendo sido pouco utilizada, já foi realizada com sucesso ao menos uma conciliação, cuja homologação por sentença arbitral foi efetuada em

4 Risk-based Supervision (RBS) of Brazilian Closed Pension Funds. Finance & Private Sector Development Latin America & the Caribbean Region. Document of the World Bank, Report nº 74907-BR, 2012.

5 Artigo “A supervisão baseada em riscos na previdência complementar do Brasil: estágio atual e perspectivas”. Ricardo Pena e Geraldo Galazzi.

06 de novembro de 2012, envolvendo patrocinadora Associação Sulina de Crédito e Assistência Rural – ASCAR e a entidade fechada de previdência complementar - Fundação Assistencial e Previdenciária da Extensão Rural no Rio Grande do Sul – FAPERS.

A PF/PREVIC também colaborou diretamente para a edição de recente alteração legal que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais, o que se deu, ainda no ano de 2011, pela apreciação do extenso Projeto de Lei nº 1992, de 2008, de autoria do Poder Executivo, contendo a proposta original, bem como pela participação em debates sobre o tema, inclusive com o Ministério da Previdência Social. Após longo debate no poder legislativo, sobreveio a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, autorizando a criação de três entidades fechadas de previdência complementar – EFPC, completando a reforma da previdência e constituindo o reflexo de um novo cenário para o Regime de Previdência Complementar.

Outro importante normativo que foi objeto de extensa análise por parte da PF-Previc, em conjunto com as demais áreas da PREVIC, em especial a Diretoria de Fiscalização, deu-se mediante a revisão do Decreto nº 4.942, de 2003, que neste ano completou 10 anos e regula a apuração de infrações e punição de dirigentes de fundos de pensão – também conhecido como regime disciplinar. A minuta do novo Decreto foi objeto de uma acurada e criteriosa atualização, mediante discussões internas na PREVIC, para o que contribuiu diretamente esta PF-Previc, tendo-se chegado, após dois anos de intensa análise, na apresentação de um texto final de novo decreto consensado com a Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social e que hoje se encontra em vias de encaminhamento à Presidência da República, para apreciação e, quiçá, a edição de novo decreto atualizado.

Em sede de temas importantes envolvendo discussões judiciais relevantes merece relevo a atuação da PF/PREVIC na defesa da Autarquia no processo movido pelo Sindicato Nacional dos Aeronautas envolvendo o fundo de pensão Instituto Aerus de Seguridade Social, que se encontra sob regime especial, cuja patrocinadora, a Viação Aérea Rio Grandense – VARIG, encontra-se em liquidação judicial.

A defesa nos referidos autos, a qual aproveita à defesa da União, em razão da época dos fatos, vem sendo feita de forma equilibrada e competente, em colaboração com os órgãos de contencioso da AGU sendo que até o presente momento, com o devido respeito aos litigantes participante e assistidos, houve importante vitória nos tribunais, com a demonstração em juízo da ausência de comprovação de responsabilidade pela situação deficitária do AERUS que pudesse imponha à União ou à

PREVIC, em sede liminar ou em caráter antecipatório, o pagamento de vultosos valores, a título de complementação das reservas matemáticas de benefícios de planos de benefícios do referido fundo de pensão.

Outra atuação relevante no campo judicial deu-se em questões jurídicas de especial significância para o Regime de Previdência Complementar, nas quais foram identificadas debates judiciais que, pelo seu caráter sistêmico e potencialidade de repercussão geral, configuram situação excepcional que atrai a formulação de pedido de ingresso sob a figura jurídica do *amicus curiae* (amigo da corte). A finalidade desses ingressos é unicamente de trazer subsídios de caráter institucional, sempre na defesa da higidez do Regime de Previdência Complementar, em conjunto com as unidades de contencioso da PGF, em processos sinalizados pelo Supremo Tribunal Federal com repercussão geral ou identificados pelo Superior Tribunal de Justiça como tendo efeito repetitivo, ou seja, cujas decisões têm aptidão para gerar efeitos sistêmicos, extrapolando a mera pretensão jurídica de direito material deduzida em juízo.

Em pelo menos duas situações, após ter a questão sido suscitadas por atores do Regime de Previdência Complementar, vislumbramos a possibilidade de participação da PREVIC como *amicus curie*, em processos versando sobre temas de interesse sistêmico.

O primeiro caso sucedeu nos autos Recurso Especial nº 1.023.053-SP (2008/0011464-0) em que se discutia, em processo concreto, porém sinalizado como sendo de efeito repetitivo, o deferimento, mediante provimento judicial, da parcela laboral cesta-alimentação a participante de plano de benefícios, cuja condenação deveria ser suportada por toda a coletividade de participantes.

Em apertada síntese, a posição institucional levada ao E. STJ, por memoriais e mediante solicitação de audiência com os Ministros responsáveis pelo julgamento, buscou demonstrar o risco a que estariam submetidos vários outros planos de benefícios de inúmeros fundos de pensão eventualmente atingidos pelo efeito repetitivo de uma decisão eventualmente condenatória, com potencial para provocar grave desequilíbrio financeiro e atuarial nesses planos de benefícios, com prejuízos para toda a comunidade de participantes e assistidos, , uma vez que em seu plano decusteió jamais teriam sido previstas tais parcelas.

Já na segunda oportunidade, desta vez em trabalho realizado em parceria com a Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, bem como com a presença, no Tribunal, de próprias autoridades do MPS e da PREVIC, verificou-se também a presença de interesse institucional ante a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal pacificar questão

de alta relevância, acerca da fixação da competência judicante para apreciar e decidir lides que tenham como objeto controvérsias ligadas à previdência complementar, se a competência em questão é pertencente à Justiça do Trabalho ou à Justiça Comum – conforme critério em razão da matéria.

A partir dos subsídios institucionais então apresentados, levou-se ao E. STF o entendimento de que a própria Lei Maior daria o caminho para a utilização de um critério seguro, sendo possível entender com base no art. 202 da Constituição que as causas envolvendo o pagamento de benefícios de natureza previdenciária complementar fechada, bem como as questões a eles correlatas, apenas se relacionam de modo indireto com o contrato de trabalho, sendo na verdade questões de índole civil, a partir do que se permite concluir que tais questões são da competência da Justiça Comum.

A importância do assentamento da tese de competência judicante na Justiça Comum reside na necessidade de dissociar a análise conjunta do contrato de trabalho do contrato previdenciário, o que na prática não vinha sendo feito em muitos casos analisados pela Justiça Laboral, tendo em vista as características distintas das respectivas relações jurídicas, a indicar uma principiologia definida para cada ramo, diminuindo-se com isso o risco de interpretações equivocadas ou distorcidas.

Em ambos os julgamentos envolvendo os processos acima, as posições adotadas pelo Colendo STJ e pelo Excelso STF acabaram convergindo, em quase todos os aspectos envolvidos, para a posição institucional levada a juízo pela PREVIC e pelo Ministério da Previdência Social, por meio de seus órgãos jurídicos, o que nos leva a crer que o trabalho de levar o entendimento oficial para a proteção do sistema foi realizado a contento.

Enfim, diversos temas caros para o aprimoramento do Regime de Previdência Complementar Fechada contaram e contam com a análise jurídica da PF/PREVIC, versando sobre a regulamentação ou alteração legislativa de questões complexas. São exemplos desse trabalho o exame dos temas: independência patrimonial de planos de benefícios; inscrição simplificada de novos participantes em planos de benefícios; a sistematização e normatização de fundos de pensão multipatrocinados e de perfis de investimento, entre outros.

Efetivamente, muitos foram os desafios já superados, sendo o resultado, em nosso entender, bastante satisfatório e benéfico para o início do funcionamento da novel Autarquia. A seguir, tentamos antever parcialmente os desafios que estão por vir. Especificamente quanto ao funcionamento da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem

(regulamentando-se o art. 2º, inciso VIII, da Lei nº 12.154, de 2009), que tem sido pouco utilizada, já que, como dito, depende da iniciativa das partes, isto é, de sua escolha como canal de solução de contendas entre atores do segmento previdência complementar fechada, já está em andamento proposta de revisitação do tema, ao menos em uma de suas frentes, qual seja, a revisão da Instrução PREVIC nº 07/2011, vigente, a fim de que possam ser aprimorados dispositivos e destravados alguns gargalos, de modo a possibilitar sua maior utilização como mecanismo de solução de conflitos.

Pretendemos, ainda, editar manual de cobrança e dívida ativa da PREVIC, a fim de orientar as atividades internas da Autarquia quanto ao tema. Bem assim, cumpre mencionar também que outras situações que ensejam novas frentes de atuação como *amicus curiae* já foram identificadas e estão sendo deflagradas, a tempo e modo próprios, estando em fase de execução.

Por derradeiro, acreditamos que estão por vir os seguintes citar desafios e debates de temas relevantes: a possibilidade de figurar como *amicus curiae* em processo no qual se discuta a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor; a possibilidade de debater com a Autarquia assessorada quanto à participação da PF/PREVIC no controle prévio de legalidade, sobretudo sob o aspecto processual, de autos de infração julgados pela Diretoria Colegiada; a possibilidade de participação prévia da PF/Previc na análise de situações complexas de alteração de regulamentos de planos de benefícios, nas quais estejam em aferição a busca da máxima preservação do direito acumulado de participantes e assistidos. Esses dois últimos pontos são sugeridos em face de termos identificado uma maior judicialização em ambos os temas, sendo o estudo da participação do controle prévio de legalidade da PF/PREVIC apenas uma das formas de buscar o aumento da segurança jurídica e maior eficiência na atuação da atividade finalística da Autarquia.

A esse respeito, não há como olvidar, um dos desafios consiste na consultoria e assessoramento da Autarquia na implementação da SBR dotando-a dos mecanismos de permitam a sua utilização paulatina no âmbito da fiscalização de modo a permitir sobretudo a identificação dos maiores riscos e a minimização do impacto negativo nos benefícios dos participantes, mantendo-se sempre a aderência às regras

Cabe mencionar, por fim, que a Procuradoria Federal junto à PREVIC, desde seu início, sempre desenvolveu diversas ações de gestão e de disseminação da cultura jurídica previdenciária, dentre as quais a participação e até mesmo a realização de um seminário de previdência complementar, tendo participado ativamente em importantes veículos

acadêmicos de produção de artigos jurídicos nas áreas de atuação finalística e administrativa da Previc, além de se fazer presente em palestras e eventos sobre o tema de previdência em geral.

### 3 CONCLUSÃO

Em linhas gerais, em nossa modesta concepção, a função acometida à PF/PREVIC pela Lei Complementar nº 73, de 1993, de consultoria e assessoramento jurídicos da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, tanto quanto ao conhecimento especializado em sede de previdência privada, quanto ao conhecimento administrativo e judicial, tem sido realizada a contento, isto é, com bons resultados, sendo que o presente trabalho buscou expor uma parte que consideramos relevante dos êxitos e realizações já alcançados, bem como enunciar, tanto quanto possível, os desafios que se encontram em curso e antever, os que ainda estão por vir.

Para que esse trabalho continue dando certo, acreditamos que será necessário manter a prestação qualificada do trabalho de consultoria e assessoramento jurídico na PF/PREVIC, mediante a continuidade do trabalho de integração já promovido pela Autarquia, associado à contínua capacitação e treinamento dos procuradores federais em exercício da unidade, o que certamente redundará no aprimoramento da gestão da unidade jurídica, cumprindo-se, ao fim e ao cabo a finalidade para a qual foi criada.

### REFERÊNCIAS

PULINO, Daniel. *Previdência Complementar – Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Modelo, 2011.

PENA, Ricardo; GALAZZI, Geraldo. *Avaliação de Riscos – Manual de Boas Práticas*. São Paulo: Abrapp/ICSS/ Sindapp, 2008.

---

# AÇÃO REGRESSIVA ACIDENTÁRIA<sup>1</sup>

## *WORK ACCIDENT-RELATED RECOVERY CLAIMS*

---

*Fernando Maciel*

*Procurador Federal*

*Coordenador-Geral de Matéria de Benefícios da PFE-INSS*

*Master em Prevenção e Proteção de Riscos Laborais pela Universidade de Alcalá-Espanha*

**SÚMÁRIO:** Introdução; 1 Conceito; 2 Fundamentos Normativos; 2.1 Fundamento constitucional; 2.2 Fundamento infraconstitucional; 2.2.1 Art. 120 da Lei 8.213/91; 2.2.2 Art. 121 da Lei 8.213/91; 2.2.3 Arts. 186 e 927 do Código Civil; 3 Pressupostos fáticos; 3.1 Acidente do trabalho; 3.1.1 Acidente do trabalho típico; 3.1.2 Acidente do trabalho atípico; 3.1.3 Acidente do trabalho por equiparação; 3.2 Prestação social acidentária; 3.3 Culpa do empregador quanto ao cumprimento e à fiscalização das normas de saúde e segurança do trabalho; 4 Objetivos; 4.1 Pretensão ressarcitória; 4.2 Pretensão punitiva; 4.3 Pretensão preventiva (ou dissuasora); 5 Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> Artigo desenvolvido com base na obra *Ação Regressiva Acidentária*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

**RESUMO:** Este artigo desenvolve uma análise crítica acerca dos aspectos materiais das ações regressivas acidentárias, instituto jurídico que vem sendo utilizado pelo INSS, representado pela Procuradoria-Geral Federal, não apenas para obter o ressarcimento das despesas com as prestações sociais acidentárias, mas principalmente para servir de medida punitivo-pedagógica que incentive os empregadores a uma cultura preventiva em matéria de saúde e segurança no trabalho contribuindo, assim, para a concretização da política pública de prevenção de acidentes do trabalho no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdência Social. Despesa com Benefícios Acidentários. Ressarcimento. Medida Punitivo-Pedagógica. Prevenção de Futuros Acidentes do Trabalho.

**ABSTRACT:** This article develops a critical analysis of the material aspects of work accident-related recovery claims, the legal institute that has been used by the INSS, represented by the Federal Attorney, not only to obtain reimbursement of the costs of security benefits, but mainly to serve as a punitive-educational measure that encourages employers to a culture of prevention in health and safety at work, thus contributing to the achievement of a public policy for the prevention of occupational accidents in Brazil.

**KEYWORDS:** Social Security. Costs of Security Benefits. Reimbursement. Punitive-Educational Measure. Prevention of Future Work Accidents.

## INTRODUÇÃO

Segundo estatísticas internacionais o Brasil é o quarto colocado mundial em número de acidentes fatais<sup>2</sup> e o 15º em números de acidentes gerais. De acordo com as informações obtidas no site da Previdência Social<sup>3</sup>, em 2011 foram registrados 711.164 acidentes e doenças do trabalho, ocorrendo cerca de 1 morte a cada 3 horas e ainda cerca de 81 acidentes e doenças do trabalho a cada 1 hora de jornada diária.

Além disso, por dia, em média 49 trabalhadores deixaram de retornar ao trabalho devido à invalidez ou morte. Registra-se que esses números ainda não refletem a exata dimensão do problema, pois em face de fenômeno da subnotificação<sup>4</sup>, inúmeros acidentes do trabalho deixam de ser comunicados à Previdência Social.

A consequência financeira desse cenário nacional também pode ser verificada a partir das informações contidas no site da Previdência Social. Se considerarmos exclusivamente o pagamento, pelo INSS, dos benefícios devido a acidentes e doenças do trabalho somado ao pagamento das aposentadorias especiais decorrentes das condições ambientais do trabalho em 2011, encontraremos um valor da ordem de R\$ 15,9 bilhões/ano. Se adicionarmos despesas como o custo operacional do INSS mais as despesas na área da saúde e afins o custo global atinge valor da ordem de R\$ 63,60 bilhões.

Em face da relevância econômico-social do tema, no ano de 2007 o Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) editou a Resolução nº 1.291, pela qual recomendou ao INSS a adoção das medidas cabíveis para ampliar a propositura de ARAs contra os empregadores considerados responsáveis pelos acidentes do trabalho, atuação essa que deveria priorizar os casos de empresas consideradas grandes causadoras de danos e também de acidentes graves dos quais tenham resultado a morte ou a invalidez dos segurados<sup>5</sup>.

2 Perdendo apenas para a china, Índia e Indonésia, segundo dados divulgados no XVII World Congress on Safety and Health at Work.

3 Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/saude-e-seguranca-ocupacional>>.

4 A subnotificação representa o descumprimento, por parte dos empregadores, do dever de comunicação dos acidentes do trabalho à previdência social, previsto no art. 22 da Lei 8.213/91.

5 Art. 1º da resolução CNPS nº 1.291/07: recomendar a Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por intermédio de Procuradoria Federal Especializada – INSS, que adote as medidas competentes para ampliar as proposições de ações regressivas contra os empregadores considerados responsáveis por acidentes do trabalho, nos termos do art. 120 e 121 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a fim de tornar efetivo o ressarcimento dos gastos do INSS, priorizando as situações que envolvam empresas consideradas grandes causadoras de danos e aquelas causadoras de acidentes graves, dos quais tenham resultado a morte ou a invalidez dos segurados.

Desincumbindo-se desse mister, o INSS, representado pela Procuradoria-Geral Federal, passou a implementar uma postura institucional de caráter proativo, representada pela intensificação do ajuizamento de AÇÕES REGRESSIVAS ACIDENTÁRIAS - ARAs, o que fez no intuito não apenas de buscar o ressarcimento dos gastos públicos com as prestações sociais acidentárias, mas, principalmente, visando a contribuir para a concretização da política pública de prevenção de acidentes do trabalho no Brasil.

A partir de agora passaremos a desenvolver uma análise dos principais aspectos materiais atinentes a esse instituto jurídico.

## **1 CONCEITO**

De forma objetiva podemos conceituar a ação regressiva acidentária como “o meio processual utilizado pelo INSS para obter o ressarcimento das despesas com as prestações sociais implementadas em face dos acidentes do trabalho, ocorridos por culpa dos empregadores que descumprem as normas de saúde e segurança do trabalho”.

Com efeito, ocorrido um acidente de trabalho por culpa dos empregadores, culpabilidade representada pelo descumprimento de alguma norma protetiva da saúde e segurança dos trabalhadores, bem como sobrevindo a implementação de alguma prestação social por parte do INSS, essa autarquia poderá voltar-se regressivamente contra o verdadeiro causador do dano, cobrando-lhe a integralidade dos gastos suportados.

## **2 FUNDAMENTOS NORMATIVOS**

### **2.1 Fundamento Constitucional**

A pretensão ressarcitória exercida pelo INSS na ARA possui fundamento no art. 7º, XXVIII, da CF/88, que além de atribuir aos empregadores o dever de custear o Seguro de Acidentes do Trabalho - SAT em prol dos trabalhadores, imputa-lhe, cumulativamente, o dever de indenizar os danos advindos dos infortúnios que decorram de sua atuação dolosa ou culposa. Eis a redação do referido dispositivo constitucional:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

[...]

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

## 2.2 Fundamento infraconstitucional

### 2.2.1 Art. 120 da Lei 8.213/91

O dispositivo legal que, de forma imediata, serve de embasamento à ARA é o art. 120 da Lei n. 8.213/91, *in verbis*:

Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Acerca desse preceito legal duas considerações merecem ser referidas. A primeira diz respeito ao caráter imperativo da propositura da ARA por parte do INSS, enquanto que a segunda consiste na preexistência do direito ressarcitório.

#### *a) Caráter imperativo da propositura da ARA pelo INSS*

O art. 120 da Lei 8.213/91 não criou um direito ressarcitório em prol do INSS, ao contrário, instituiu um dever de a Previdência Social buscar o ressarcimento das despesas suportadas em face da conduta culposa de terceiros. É o que se extrai do caráter imperativo do verbo contido no referido preceito legal (“a Previdência Social *proporá* ação regressiva contra os responsáveis”).

Destacando esse caráter imperativo da propositura da ARA o magistrado trabalhista Reginaldo Melhado<sup>6</sup> leciona que:

*A previdência social deve ingressar com ação para ressarcir-se das despesas resultantes do acidente do trabalho, consistentes dos benefícios pagos ao trabalhador. Respeitadas as normas de segurança e higiene do trabalho, o acidente também pode ocorrer. É uma fatalidade e bem por isso é coberto integralmente pelo sistema de seguro social. Porém, se*

<sup>6</sup> Acidente do Trabalho, Guerra Civil e Unidade de Convicção. Disponível em: <[http://www.anamatra.org.br/downloads/competencia\\_acidente\\_trabalho\\_parecer\\_reginaldo\\_melhado.pdf](http://www.anamatra.org.br/downloads/competencia_acidente_trabalho_parecer_reginaldo_melhado.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2009.

*as normas de segurança e higiene do trabalho (basicamente, as contidas nos art. 154 a 200 da CLT e nas portarias de regulamentação) não foram cumpridas pelo empregador, ele deve ressarcir a Previdência Social. g.n.*

Com efeito, a primeira conclusão que se deve extrair do art. 120 da Lei 8.213/91 é no sentido de que esse preceito não criou qualquer direito em prol do INSS, mas sim um dever de agir.

*b) Preexistência do direito ao ressarcimento*

O fato de o art. 120 da Lei n. 8.213/91 ter atribuído um dever ao invés de um direito não significa que somente a partir da vigência desse dispositivo é que a pretensão ressarcitória passou a ser exercitável pelo INSS. Isso porque, considerando que a ARA está embasada numa norma de responsabilidade civil, desde a vigência do Código Civil de 1916, mais especificamente na regra geral preconizada nos arts. 159<sup>7</sup> e 1.524<sup>8</sup>, o direito ao ressarcimento já poderia ser exercido pelo INSS.

Discorrendo acerca da preexistência do direito ao ressarcimento, Daniel Pulino<sup>9</sup> refere que “essa ‘inovação’ legal restringe-se apenas à específica regulamentação da matéria, já que sempre foi possível a utilização da ação regressiva”. Isso porque, “à luz do princípio do ‘tempus regit actum’ tem-se que é a lei vigente ao tempo da ocorrência do fato jurídico que deve regular a indenização a ele consequente”, de modo que “a lei aplicável ao direito de regresso será a vigente na data em que se deu o acidente de trabalho”.

Prossegue o referido autor dispondo que:

Nada impede que o INSS exercesse o direito de regresso contra empresas negligentes quanto às normas-padrão de segurança e higiene do trabalho também sob a (sic) império da antiga ordem legal.

Explica-se: o artigo 120 da Lei n. 8.213/91 apenas regula de forma específica uma hipótese que já era possível em nosso ordenamento jurídico – exercício de direito de regresso contra empresas que não seguiram à risca as normas de segurança e higiene do trabalho –

---

7 Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

8 Art. 1.524. O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago.

9 PULINO, Daniel. Acidente do Trabalho: Ação Regressiva contra as Empresas Negligentes quanto à Segurança e à Higiene do Trabalho. *Revista de Previdência Social*, nº 182, ano XX, janeiro de 1996. p. 07.

autorizada que estava, genericamente, pelos artigos 159 e 1.524 do Código Civil.

Nesse sentido o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já exarou precedente reconhecendo o art. 159 do CC/1916 como fundamento para a pretensão regressiva do INSS, o que se extrai a partir do seguinte trecho do voto proferido pelo Des. Fed. Valdemar Capeletti na AC 2001.70.03.000109-8/PR, julgada em 19/03/2009<sup>10</sup>:

Quanto ao direito de regresso em si, dispõe o art. 120 da Lei n. 8.213/91: Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

*Além desse dispositivo, o art. 159 do Código Civil de 1916 (vigente na época dos fatos) e o art. 186 do Código Civil de 2002 também amparam a pretensão do INSS. G.n.*

Sendo assim, conclui-se que nada impede que o INSS busque o ressarcimento dos prejuízos suportados em face dos acidentes ocorridos antes de 1991, ano de edição da Lei n. 8.213, ocasião em que o fundamento legal da respectiva ação regressiva será o Código Civil de 1916, mais especificamente os arts. 159 e 1.524.

### 2.2.2 Art. 121 da Lei nº 8.213/91

Outro dispositivo da Lei nº 8.213/91 que serve de fundamento às ARAs é o art. 121, o qual dispõe que: *“O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidentes do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”*.

Trata-se de mais um preceito que, interpretado conjuntamente com o art. 120 da Lei nº 8.213/91, ambos com fundamento de validade

10 A partir deste precedente podemos verificar que o TRF-4 alterou o entendimento que vinha mantendo acerca da matéria. Antes disso, referido tribunal já havia se manifestado pela inviabilidade jurídica da ARA para acidentes do trabalho ocorridos antes do advento da Lei 8.213/91, o que pode ser extraído do seguinte trecho do voto também proferido pelo Des. Fed. Valdemar Capeletti na AC nº 2001.70.00.030855-4/PR: “as disposições dos arts. 120 e 121, da lei 8.213/91, não se podem aplicar ao evento danoso em questão porque tiveram início de vigência em momento posterior ao da respectiva ocasião. A Previdência Social não deve atuar de modo discricionário nem, muito menos, arbitrário, mas vinculado à lei. Por conseguinte, só lhe cumpre propor ação regressiva se e quando a lei assim o determinar; como, anteriormente a 1991, a lei não lhe ordenava essa conduta, não lhe era lícito, nessa época, ajuizar demandas de regresso.”

no art. 7º, XXVIII, da CF/88, reforça a viabilidade jurídica do direito de regresso exercido pela Previdência Social.

Destarte, ocorrido um acidente do trabalho que acarrete no implemento de alguma prestação social por parte do INSS, o cumprimento dessa obrigação previdenciária não excluirá a responsabilidade civil da empresa causadora do sinistro laboral, quer seja para reparar os danos causados aos trabalhadores, quer seja para ressarcir a despesa previdenciária que decorra de sua negligência para com o cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho.

### 2.2.3 Arts. 186 e 927 do Código Civil

Como corolário das considerações anteriormente externadas por ocasião do tópico 2.2.1, “b” (preexistência do direito ao ressarcimento), resta evidente que com o advento do Novo Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002, os seus arts. 186<sup>11</sup> e 927<sup>12</sup> também passaram a integrar o rol de preceitos normativos que fundamentam a pretensão ressarcitória veiculada pelo INSS nas ARAs.

## 3 PRESSUPOSTOS FÁTICOS

A ação regressiva acidentária pressupõe a concorrência das seguintes circunstâncias fáticas: um acidente do trabalho sofrido por um segurado do INSS; o implemento de alguma prestação social acidentária; e a culpa do empregador quanto ao cumprimento e à fiscalização das normas de saúde e segurança do trabalho.

A fim de facilitar a compreensão do instituto, vejamos cada um desses pressupostos de forma mais detida, cuja coexistência condiciona a procedência da pretensão ressarcitória exercida pelo INSS.

### 3.1 Acidente do trabalho

O primeiro pressuposto de uma ação regressiva acidentária é a ocorrência de um acidente do trabalho sofrido por um segurado do INSS.

#### 3.1.1 Acidente do trabalho típico

---

11 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

12 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nos termos do preconizado no art. 19 da Lei nº 8.213/91, acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa<sup>13</sup>, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a perda ou redução da capacidade para o trabalho, de modo temporário ou permanente, ou então a morte do trabalhador.

Tal conceituação refere-se ao que boa parcela da doutrina nacional denomina de “acidente do trabalho típico”<sup>14</sup>.

### 3.1.2 Acidente do trabalho atípico

Porém não são apenas os acidentes típicos que podem redundar numa ação regressiva acidentária. As doenças ocupacionais, gênero que abrange as espécies doenças profissionais (produzidas ou desencadeadas pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade) e as doenças do trabalho (adquiridas ou desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado), representam entidades mórbidas que, por expressa previsão normativa (art. 20 da Lei 8.213/91), se equiparam ao acidente do trabalho, de sorte que sua superveniência também pode servir de pressuposto a uma ação regressiva acidentária.

Oportuno registrar que, via de regra, para que uma determinada doença ocupacional seja considerada um acidente do trabalho, é necessário constar na relação elaborada pelo Ministério da Previdência Social (Anexo II do Decreto nº 3.048/99), conforme se extrai da parte final da redação dos incisos I e II do art. 20 da Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS).

Porém como toda regra essa também apresenta uma exceção, de modo que, na hipótese de a doença do trabalho resultar das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relacione diretamente, o acidente do trabalho deverá ser considerado pela Previdência Social mesmo que a moléstia não esteja prevista no Anexo II do RPS (art. 20, § 2º, LBPS).

### 3.1.3 Acidente do trabalho por equiparação

Várias são as hipóteses de acidentes do trabalho por equiparação. A primeira delas representa aqueles acidentes ou doenças ligadas ao trabalho que, apesar não serem a causa única (portanto, representando

13 Ou simplesmente pelo exercício do trabalho nos casos dos segurados especiais previstos no art. 11, VII, da Lei 8.213/91.

14 Por todos: GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa, in: *Acidentes do Trabalho: Doenças Ocupacionais e Nexos Técnico Epidemiológico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 17.

uma concausa), contribuem para a morte do segurado, para a redução ou perda de sua capacidade para o trabalho, ou então produza uma lesão que exija atenção médica para a sua recuperação (art. 21, I, LBPS).

Em matéria de concausalidade importante consignar que não é considerada agravação ou complicação do acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às consequências do anterior (art. 21, § 2º, LBPS).

Porém também se equiparam a acidentes laborais os infortúnios sofridos pelo segurado no local e no horário de trabalho, como por exemplo: o ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; a ofensa física intelectual, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho; o ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; o ato de pessoa privada do uso da razão; o desabamento, a inundação, o incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior, bem como a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade (art. 21, II e III, LBPS).

Merece referência o fato de que, nos períodos de refeição ou descanso, ou então para a satisfação de outras necessidades fisiológicas, o empregado é considerado no exercício do trabalho, de modo que ocorrendo algum infortúnio em algum desses momentos, o acidente do trabalho por equiparação restará caracterizado (art. 21, § 1º, LBPS).

Infortúnios sofridos pelo segurado fora do local e horário de trabalho também podem ser equiparados a acidentes laborais, como por exemplo os que ocorrem: na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa; na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado; ou então o acidente de trajeto (*in itinere*), que é aquele que ocorre no percurso da residência para o local de trabalho e vice-versa, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado (art. 21, IV, LBPS).

### 3.2 Prestação social acidentária

O segundo pressuposto da ação regressiva acidentária é o implemento de alguma prestação social em face de um acidente do trabalho, quer seja em sua natureza típica ou então equiparada (doenças

ocupacionais). Esse pressuposto representa o dano suportado pelo INSS, cujo ressarcimento é pleiteado por meio das ARAs.

Conforme preconiza o Procurador Federal João Ernesto Aragonés Vianna<sup>15</sup>, partindo de uma análise do art. 18 da Lei nº 8.213/91, “as prestações acidentárias dividem-se em benefícios e serviços. Os benefícios variam de acordo com o grau de lesão corporal ou perturbação funcional [...] Os serviços são habilitação e reabilitação profissional”.

No que se refere aos benefícios, a pretensão ressarcitória do INSS pode abranger as despesas com: aposentadoria por invalidez, nos casos de incapacidade total e permanente para o trabalho, bem como insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência do segurado; auxílio-doença nos casos de incapacidade temporária por mais de 15 dias; auxílio-acidente quando as lesões acarretarem redução permanente da capacidade laborativa; e pensão por morte nos casos de acidentes fatais.

Já com relação aos serviços, o ressarcimento dos gastos com reabilitação profissional também poderão ser objeto de uma ação regressiva acidentária, compreendendo fornecimento/reparação/substituição de aparelhos de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção, ou então os custos com o transporte com o segurado vítima de acidente do trabalho, nas hipóteses em que for necessária a realização de tratamento ou exame em localidade diversa de seu domicílio.

### **3.3 Culpa do empregador quanto ao cumprimento e à fiscalização das normas de saúde e segurança do trabalho**

O terceiro pressuposto da ação regressiva acidentária consiste na conduta culposa do empregador/contratante, que em matéria de acidentes de trabalho resulta do descumprimento e/ou da ausência de fiscalização das normas de saúde e segurança do trabalho, preceitos normativos que possuem fundamento constitucional no art. 7º, XXII, da CF/88, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Oportuno consignar que a culpabilidade por um acidente do trabalho não decorre de condutas isoladas imputadas aos empregadores,

15 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 323.

mas sim de múltiplos fatores causais que, conjugados, desencadeiam os eventos infortunisticos.

Em que pese o art. 120 da Lei nº 8.213/91 faça referência apenas à negligência enquanto modalidade de culpa capaz de gerar o direito regressivo ao ressarcimento, referida culpabilidade deve ser interpretada em seu sentido amplo, abrangendo tanto os casos de dolo como também as demais modalidades de culpa em sentido estrito, condutas que podem se materializar em ações positivas ou negativas (omissões).

A respeito do dolo Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>16</sup> leciona que “configura-se o comportamento doloso quando o patrão ou algum de seus prepostos, intencionalmente, atua para violar direito ou praticar o ato ilícito”.

Já com relação à culpa em sentido amplo, referido doutrinador preconiza que “no comportamento culposo, o empregador não deseja o resultado, mas adota conduta descuidada ou sem diligência, que pode provocar o acidente ou a doença ocupacional”.

Em outra passagem de sua obra, Oliveira refere que “na questão da segurança e saúde ocupacional, o empregador tem obrigação de adotar a diligência necessária para evitar os acidentes e as doenças relacionadas com o trabalho”.

Evidenciando a distinção entre tais comportamentos, Sérgio Cavalieri<sup>17</sup> dispõe que “no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente de falta de cuidado”.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>18</sup> também defendem o caráter amplo da culpabilidade que embasa a pretensão ressarcitória do INSS em suas ARAs. Referidos autores lecionam que a existência de responsabilidade subjetiva do empregador decorre de um ato ilícito, o qual se materializa numa conduta culposa (negligência ou imprudência) quanto ao cumprimento das normas protetivas da saúde e segurança do trabalho.

Com efeito, não obstante a redação do art. 120 da Lei 8.213/91 faça referência apenas à negligência, resta evidente que a culpabilidade a ser observada nas ações regressivas acidentárias deve ser interpretada em seu caráter *lato sensu*, abrangendo

---

16 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 158-160.

17 CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

18 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 581-582.

eventuais condutas dolosas e/ou outras modalidades de culpa em sentido estrito.

#### 4 OBJETIVOS

Por pressupor a ocorrência de uma conduta culposa, um dano e o nexo causal entre ambos, a conjugação desses elementos permite concluir que a ARA possui embasamento num dever de responsabilidade civil. Com efeito, esse instituto jurídico deve oferecer o suporte dogmático para a identificação dos objetivos perseguidos pelo INSS nessas demandas ressarcitórias.

No que se refere às funções desempenhadas pela responsabilidade civil, em seu artigo intitulado “Da responsabilidade civil no novo Código”, Eugênio Facchini Neto<sup>19</sup> dispõe que a função originária e primordial de fato seria a reparação dos prejuízos (no caso de danos materiais, ou compensação, nos casos de danos extrapatrimoniais).

Todavia, ressalta que o instituto também desempenha outras duas relevantes funções, quais sejam a punitiva e a preventiva. Discorrendo acerca das múltiplas funções da responsabilidade civil, Fernando Noronha<sup>20</sup> leciona que:

As obrigações de responsabilidade civil têm essencialmente, mas não exclusivamente, uma finalidade estática, de proteção da esfera jurídica de cada pessoa, através da reparação dos danos por outrem causados, tutelando um interesse do credor que se pode chamar de *expectativa na preservação da situação atual* (ou de manutenção do *status quo*). Contudo, se essa finalidade (dita função *reparatória, ressarcitória ou indenizatória*) é a primacial, a responsabilidade civil desempenha outras importantes funções, uma *sancionatória* (ou *punitiva*) e outra preventiva (ou *dissuasora*).

Em matéria de responsabilidade civil por acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>21</sup> ratifica a pluralidade funcional do instituto, referindo que:

---

19 NETO, Eugênio Facchini. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. organizado por Ingo Wolfgang Sarlet, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

20 NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações – Introdução à Responsabilidade Civil*. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 437.

21 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 72-73.

Onde houver dano ou prejuízo, a responsabilidade civil é invocada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por parte daquele que sofreu as consequências do infortúnio. É, por isso, instrumento de manutenção da harmonia social, na medida em que socorre o que foi lesado, utilizando-se do patrimônio do causador do dano para restauração do equilíbrio rompido. Com isso, *além de punir o desvio de conduta e amparar a vítima, serve para desestimular o violador potencial, o qual pode antever e até mensurar o peso da reposição que seu ato ou omissão poderá acarretar.* (g.n.)

Estabelecidas essas premissas, pode-se dizer que, com a propositura das ARAs, o INSS pretende alcançar três objetivos, representados pelas pretensões de natureza ressarcitória, punitiva e preventiva, as quais passarão a receber uma análise mais detida.

#### 4.1 Pretensão ressarcitória

O objetivo mais evidente da ARA, também denominado de objetivo explícito ou imediato, consiste no ressarcimento das despesas (vencidas e vincendas) relativas às prestações sociais concedidas em face dos acidentes do trabalho ocorridos por culpa dos empregadores. Acerca dessa finalidade perseguida pelo INSS, o Procurador Federal Daniel Pulino<sup>22</sup> leciona que:

a finalidade dessas ações regressivas representa, num primeiro momento, a recuperação, para os cofres públicos do seguro acidentário, daqueles recursos que passaram a ser dispendidos (sic) a partir da ocorrência dos eventos sociais acidentários, que poderiam ter sido evitados, bastando, para isso, que tivesse cumprido o dever legal de proteção ao local de trabalho.

Prossegue o referido autor dispondo que “em face do caráter público recursos administrados pelo INSS, mais do que conveniente, mostra-se mesmo necessário que sejam ressarcidas todas e quaisquer despesas havidas a partir de acidentes para os quais concorreu a inobservância, pelas empresas, de seu dever jurídico”.

Com efeito, a pretensão ressarcitória representa um objetivo explícito ou imediato, cuja relevância no cenário nacional pode ser aquilatada a partir dos expressivos gastos suportados mensalmente pela Previdência Social a título de prestações acidentárias.

<sup>22</sup> PULINO, op. cit., p. 07.

As ARAs apresentam também dois outros objetivos perseguidos pelo INSS, os quais possuem um caráter menos evidente do que o da pretensão ressarcitória, daí por que são chamados de objetivos implícitos ou mediatos. Passemos à análise de cada um deles.

#### 4.2 Pretensão punitiva

Não obstante a função punitiva seja uma característica intrínseca da responsabilidade criminal, a reparação do dano imposta ao agente infrator não representa apenas o restabelecimento do *status quo ante*, pois também possui um caráter retributivo de punição. Corroborando essa circunstância, Ana Paula Santos Machado Diniz<sup>23</sup> preconiza que:

A regra do *neminem ledere*, consoante a qual a ninguém se deve lesar, permanece íntegra ao longo dos séculos, constituindo o âmago da responsabilidade. Assume natureza eminentemente sancionadora, já que vincula o homem, induzindo-o a se abster de violar o preceito com a ameaça de mal maior do que aquele que sofreria com sua observância. A sanção objetiva, num primeiro momento, à satisfação de um interesse jurídico lesado e, de forma mediata, à recomposição do tecido social, ao restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico afetado pelo dano.

Em matéria de ARAs, a condenação ao ressarcimento dos prejuízos suportados pelo INSS também deve ser considerada como um castigo imposto aos empregadores que, por descumprirem as normas de saúde e segurança do trabalho, incorrem num ilícito que, dada a sua gravidade e os malefícios que acarretam para a vida e a integridade física dos trabalhadores, merece receber a devida punição.

#### 4.3 Pretensão preventiva (ou dissuasora)

Ao contrário das funções reparatória e punitiva, que apresentam uma eficácia retrospectiva, pois incidem sobre fatos ocorridos no passado, a função preventiva possui uma eficácia prospectiva, pois visa a evitar o cometimento de ilícitos e, por consequência, danos que possam acontecer no futuro.

---

23 DINIZ, Ana Paula Santos Machado. *Saúde no Trabalho: Prevenção, Dano e Reparação*, São Paulo: LTr, 2003. p. 145-146.

Acerca dessa circunstância Eugênio Facchini Neto<sup>24</sup> leciona que a função preventiva se distingue das demais (reparatória e punitiva) “por não ter em vista uma conduta passada, mas por buscar, ao contrário, dissuadir condutas futuras”.

Apesar desse caráter distintivo entre as funções da responsabilidade civil, não se deve olvidar a relação instrumental existente nessa múltipla funcionalidade, pois é por meio da punição imposta ao agente infrator, representada pelo dever de reparar o dano, que a função preventiva produzirá seus efeitos. Essa constatação encontra suporte na doutrina de Fernando Noronha<sup>25</sup>, o qual preconiza que “obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outros”.

Nesse mesmo sentido leciona Eugênio Facchini Neto, *in verbis*:

Na responsabilidade civil com função dissuasória, porém, o objetivo da prevenção geral, de dissuasão ou de orientação sobre condutas a adotar, passa a ser o escopo principal. O meio para alcançá-lo, porém, consiste na condenação do responsável à reparação/compensação de danos individuais.

No que se refere à pretensão preventivo-pedagógica das ARAs, o procurador do INSS aposentado Emerson Odilon Sandim<sup>26</sup> ressalta que o art. 120 da Lei de Benefícios não foi editado apenas com o intuito de contribuir com o ressarcimento do INSS, mas, sim, coibir a ocorrência de futuros acidentes do trabalho, pelo que visa a contribuir com a higidez física dos obreiros.

Com relação ao caráter pedagógico das ARAs, o qual objetiva contribuir para o surgimento de uma consciência preventiva por parte do setor empresarial, em seu artigo intitulado Ação Regressiva e o INSS, Sérgio Luís R. Marques<sup>27</sup> leciona que:

A ação de regresso que o INSS começará a propor visa, não só, reaver do responsável pelo infortúnio do trabalho o que efetivamente se

---

24 NETO, Eugênio Facchini. Da responsabilidade civil no novo Código. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. Organizado por Ingo Wolfgang Sarlet, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 184.

25 NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*: Fundamentos do Direito das Obrigações – Introdução à responsabilidade civil. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 441.

26 SANDIM, Emerson Odilon. *Princípio da Unidade de Convicção e Ação Acidentária, Carga Eficaz da Sentença Trabalhista que Reconhece o Vínculo e Reflexos Previdenciários*. Duas Angustiantes Questões para o Trabalhador Brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10511>>. Acesso em: 21 maio 2009.

27 MARQUES, Sérgio Luís R. Ação Regressiva e o INSS. In: *Revista da Previdência Social*, nº 187, 1996. p. 478.

dispendeu, mas objetiva, precipuamente, forçar as empresas a tomar as medidas profiláticas de higiene e segurança do trabalho. A fim de que a médio e curto espaço de tempo o número de acidentes de trabalho diminua. Aliás, tal meta é de interesse não só do acidentado, como de toda a sociedade, que vê estirpado de seu âmago indivíduo, muitas vezes, no limiar de sua capacidade produtiva, com prejuízos para todos.

Os expressivos números referidos na introdução deste estudo refletem o vergonhoso cenário brasileiro em matéria de acidentes do trabalho, demonstrando a urgente necessidade de serem intensificadas as políticas públicas voltadas à prevenção e proteção contra os riscos inerentes às atividades laborais, objetivos que podem ser potencializados por meio das ARAs do INSS.

Isso porque as condenações obtidas nessas ações têm servido de medida pedagógica ao setor empresarial, que se vê incentivado ao cumprimento e à fiscalização das normas de saúde e segurança do trabalho, sob pena de ter que suportar os gastos com as prestações sociais implementadas em face dos acidentes do trabalho e/ou doenças ocupacionais.

Com efeito, essas ações têm contribuído e, certamente, contribuirão ainda mais para prevenir a ocorrência dos riscos inerentes às atividades laborais, o que refletirá na redução dos alarmantes índices de acidentes de trabalho registrados em nosso país.

## 5 CONCLUSÃO

Após desenvolvido um verdadeiro voo panorâmico sobre as ARAs do INSS, com alguns “rasantes” sobre certos aspectos que têm ensejado maior controvérsia na doutrina e jurisprudência pátria, esperamos ter sido convincentes e claros no estabelecimento das seguintes conclusões pessoais acerca desse instituto jurídico:

- a) O conceito das ARAs não deve ser restrito ao seu viés ressarcitório, mas, sim, ampliado para abranger o seu principal aspecto; qual seja, o caráter de instrumento concretizador da política pública de prevenção de acidentes do trabalho;
- b) O fundamento normativo imediato das ARAs, qual seja, o art. 120 da Lei 8.213/91, não criou o direito ao ressarcimento dos gastos suportados com as prestações sociais acidentárias implementadas por culpa *lato sensu* (dolo e todas as modalidades da culpa em

sentido estrito) dos empregadores, mas, sim, impôs um dever de a Previdência Social exercer essa pretensão ressarcitória;

- c) As ARAs possuem três pressupostos fáticos cuja coexistência condiciona a procedência da pretensão ressarcitória exercida pelo INSS. São representados pela ocorrência de um acidente do trabalho com um segurado do INSS, o implemento de alguma prestação social acidentária em face do sinistro, bem como a culpa do empregador pelo acidente, culpabilidade representada pelo descumprimento e/ou ausência de fiscalização das normas de saúde e segurança do trabalho;
- d) Ao ajuizar as ARAs o INSS pretende alcançar três objetivos. O primeiro representa o ressarcimento dos gastos suportados por culpa de outrem. O segundo consiste na respectiva punição do agente infrator. O terceiro, e mais importante, almeja contribuir para a prevenção de futuros acidentes, visto que as condenações obtidas nessas ações ressarcitórias têm servido de medida pedagógica aos empregadores, os quais são incentivados ao cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, sob pena de virem a suportar os danos advindos de suas condutas culposas.

## REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Ana Paula Santos Machado. *Saúde no Trabalho: Prevenção, Dano e Reparação*. São Paulo: LTr, 2003.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Acidentes do trabalho: Doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

MACIEL, Fernando. *Ação Regressiva Acidentária*. 2. ed. revista e atualizada, São Paulo: LTr, 2013.

MARQUES, Sérgio Luís R. Ação Regressiva e o INSS. In: *Revista da Previdência Social* nº 187, 1996.

MELHADO, Reginaldo. *Acidente do trabalho, guerra civil e unidade de convicção*. Disponível em: <[http://www.anamatra.org.br/downloads/competencia\\_acidente\\_trabalho\\_parecer\\_reginaldo\\_melhado.pdf](http://www.anamatra.org.br/downloads/competencia_acidente_trabalho_parecer_reginaldo_melhado.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2009.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações – Introdução à responsabilidade civil*. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 1996.

\_\_\_\_\_. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

PULINO, Daniel. Acidente do Trabalho: Ação Regressiva contra as empresas negligentes quanto à segurança e à higiene do trabalho. *Revista de Previdência Social* nº 182, Ano XX, jan. 1996.

SANDIM, Emerson Odilon. *Princípio da unidade de convicção e ação acidentária, carga eficaz da sentença trabalhista que reconhece o vínculo e reflexos previdenciários*. Duas angustiantes questões para o trabalhador brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10511>>. Acesso em: 21 maio 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.



---

# REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

*REFLECTIONS ON JUDICIALIZATION CONFLICT IN SOCIAL SECURITY  
MATTERS*

---

*Gabriela Koetz da Fonseca  
Procuradora Federal*

*Coordenadora de Gerenciamento e Prevenção de Litígios da PFE-INSS*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Criação do programa de redução de demandas judiciais; 2 Perfil da demanda previdenciária; 2.1 Classificação por espécie de benefício; 2.2 Classificação por clientela; 3 Análise dos dados gerenciais e proposições; 3.1 Benefícios por incapacidade; 3.2 Aposentadoria por idade rural; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo analisa o perfil das ações judiciais intentadas contra o INSS (em sua maioria relativas a benefícios por incapacidade e aposentadoria por idade rural), especificando alguns entendimentos administrativos que tem acarretado o ajuizamento de demandas e propondo estratégias de atuação a serem adotadas para minimizar os danos decorrentes da judicialização das demandas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdência Social. Benefícios. Redução de Demandas Judiciais.

**ABSTRACT:** This article develops a critical analysis of the profile of lawsuits against the INSS (mostly relating to disability benefits and retirement by age rural) specifying some administrative arrangements that has caused that legal proceedings and proposing strategies and actions to be taken to minimize damage resulting from the legalization of demands.

**KEYWORDS:** Social Security. Benefits. Reduce Lawsuits.

## **INTRODUÇÃO**

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS vem sendo apontado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ como o maior litigante do país. Segundo os dados divulgados pelo órgão, a autarquia federal é responsável por, aproximadamente, 34,35% dos processos em tramitação na Justiça Federal.

A excessiva litigiosidade compromete a imagem da autarquia, porque a demora na efetivação de direitos dos segurados faz com que os serviços públicos essenciais por ela prestados sejam associados à morosidade, à ineficiência e à negação de direitos. Ademais, a judicialização dos conflitos acarreta maior dispêndio aos cofres públicos por demandar, além dos custos com a tramitação processual, o pagamento de valores superiores aos devidos com a prestação previdenciária pela inclusão de juros de mora, de custas processuais e de honorários advocatícios.

Do mesmo modo, a Procuradoria-Geral Federal - PGF vê-se assoberbada com o grande volume de demandas ajuizadas contra a autarquia ancilar, o que, associado à deficiência estrutural em algumas localidades e ao assistencialismo de parte da jurisprudência, acarreta efeitos nefastos para o desempenho do INSS em Juízo.

O presente artigo tem como principal objetivo identificar estatisticamente as matérias objeto de concessão ou reativação judicial e demonstrar, ao lado da evolução do Programa de Redução de Demandas Judiciais - PRD, que, a despeito dos esforços, medidas e projetos desenvolvidos, tem seu resultado prejudicado por alguns obstáculos de difícil resolução. São eles intransponíveis? Se intransponíveis, qual a estratégia a ser adotada pela procuradoria judicialmente?

### **1 CRIAÇÃO DO PROGRAMA DE REDUÇÃO DE DEMANDAS JUDICIAIS**

O panorama delineado determina a criação, no ano de 2008, o Programa de Redução de Demandas Judiciais – PRD, através da Portaria Interministerial nº 8/2008. O PRD tem como primordial objetivo buscar a adoção de medidas que evitem o surgimento de novos conflitos e reduzam as ações judiciais em curso, permitindo aos procuradores concentrarem os esforços nas demandas que o INSS tem chances de ganhar.

Com a criação do PRD, institui-se índice de mensuração do volume de concessões e reativações judiciais (ICRJ) para acompanhar o desempenho da autarquia judicialmente e possibilitar a identificação do foco dos conflitos previdenciários. Além disso, cria-se, no mesmo período, o Grupo de Trabalho de Prevenção de

Demandas – GTPD com o objetivo de analisar e de propor alterações nas normas que acarretam o surgimento de novos conflitos em matéria previdenciária.

O GTPD, ao final de seus trabalhos, aponta alguns temas que impactam na Redução de Demandas Judiciais. Registra, ainda, o fato de que a deficiência dos processos administrativos dificulta de forma significativa a defesa do INSS em Juízo. Sobre o relatório do GTPD, há destacar:

- a) Não acolhimento pelo Poder Judiciário da Tese do Prévio Requerimento Administrativo<sup>1</sup>;
- b) Exigência de Declaração de Sindicato para comprovação do exercício de atividade rural em regime de economia familiar;
- c) Exigência de apresentação de 3 (três) documentos para a comprovação da união estável;
- d) Interpretação Extensiva do Estatuto do Idoso pelo Poder Judiciário<sup>2</sup>;
- e) Reconhecimento da especialidade do labor por exposição a níveis de ruído acima dos limites de tolerância previstos na legislação, ainda que seja comprovada a utilização de Equipamento de Proteção Individual – EPI<sup>3</sup>;
- f) Laudos da Perícia Médica Administrativa com fundamentação insuficiente;

---

1 Matéria pendente de julgamento em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral pelo STF (RE 631240 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 09/12/2010, DJe-072 DIVULG 14-04-2011 PUBLIC 15-04-2011 EMENT VOL-02504-01 PP-00206).

2 Julgado pelo STF em 19/04/2013, reconhecendo a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso). Acórdão pendente de publicação. (RE 580963 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES)

3 Repercussão Geral Reconhecida em Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário. Pendente de Julgamento (ARE 664335 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 14/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 06-06-2013 PUBLIC 07-06-2013);

- g) Utilização de outros critérios pelo Poder Judiciário (além da renda per capita) para análise da miserabilidade<sup>4</sup>;
- h) Enquadramento do bóia-fria como empregado ou contribuinte individual, determinando a necessidade de comprovação da qualidade de segurado pela demonstração do vínculo empregatício do recolhimento de contribuições previdenciárias.

Alguns dos temas apontados tiveram sua resolução com a edição de normas regulamentadoras ou por decisões do Supremo Tribunal Federal – STF; outros estão pendentes de definição pelo STF; e alguns têm sido objeto de reiteradas discussões internas sobre a necessidade de modificação do entendimento administrativo.

A esses temas, pode-se acrescentar, ainda, como fatores de judicialização de demandas, o volume expressivo de concessões judiciais em matéria de benefícios por incapacidade e a ausência dos assistentes técnicos que acompanhavam a realização das perícias judiciais; a insuficiência da instrução dos processos administrativos; a existência de indicadores que enfatizam, em sua maioria, a resolução célere do processo; a insegurança dos servidores de serem responsabilizados pelas concessões indevidas de benefícios previdenciários; a não entrega de subsídios necessários para a defesa do INSS em Juízo (processo administrativo).

## 2 PERFIL DA DEMANDA PREVIDENCIÁRIA

A análise do perfil da demanda previdenciária terá como critério as estatísticas relativas às concessões e reativações judiciais de benefícios, extraídas do Sistema Único de Informações de Benefícios – SUIBE.

Para realizar o delineamento da demanda, opta-se por identificar os principais benefícios que tem acarretado a judicialização dos conflitos e a identificação da clientela responsável pela maior parte das ações judiciais.

---

<sup>4</sup> Julgado pelo STF em 03/09/2013, declarando-se a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. (Rcl 4374, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013 e RE 567985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

## 2.1 Classificação por Espécie de Benefício

No ano de 2013, a demanda previdenciária tem como objeto predominante os benefícios por incapacidade (48%) e aposentadoria por idade (22%). Veja-se:



Figura 1 – Gráfico baseado nos dados extraídos no SUIBE<sup>5</sup>.

Relativamente à espécie, há citar os dados gerenciais afetos ao Índice de Concessão Judicial – ICJ por espécie de benefício. O ICJ indica a representatividade das decisões judiciais para a manutenção de cada uma das espécies de benefícios previdenciários. Quanto maior o índice, maior será a discrepância entre o entendimento administrativo e o judicial. O índice tem como objetivo alertar, ainda, a PGF e o INSS sobre possíveis focos de demanda judicial, permitindo que as unidades analisem as causas concretas da judicialização e busquem a adoção de medidas corretivas que evitem o surgimento de novos conflitos. Cita-se:

<sup>5</sup> Fonte: Sistema Único de Informações de Benefícios – SUIBE

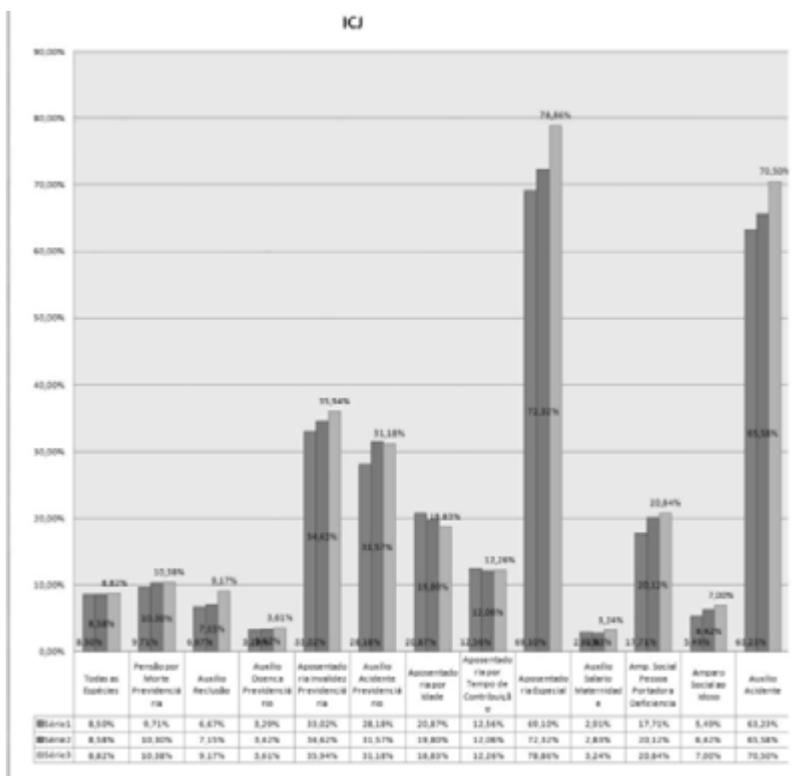


Figura 2 – Gráfico baseado nos dados extraídos no SUIBE

Pelos dados apresentados, pode-se depreender que os benefícios com maior ICJ são de aposentadoria especial (78,86%), aposentadoria por invalidez (35,94%) e auxílio-acidente (70,50%).

A esses números há acrescentar que as reativações judiciais (não consideradas no gráfico acima) também representam volume expressivo das demandas judiciais (valor igual ou superior ao número de concessões judiciais). Embora o número absoluto de reativações tenha reduzido 10% no ano de 2011, esse número voltou a aumentar no ano de 2012 e vem mantendo a tendência de crescimento no ano de 2013. Cita-se:

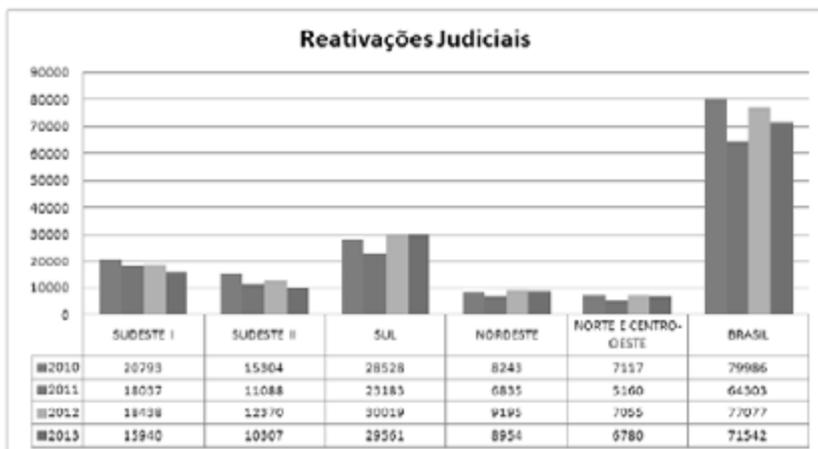


Figura 3 – Gráfico baseado nos dados extraídos no SUIBE

A análise dos números afetos a esses benefícios indica a necessidade de uma maior preocupação por parte da PGF e do INSS quanto ao entendimento administrativo e às estratégias adotadas na defesa da autarquia em Juízo, especialmente em matéria de benefícios por incapacidade, aposentadoria especial e aposentadoria por idade.

## 2.2 Classificação pela Clientela

A clientela dos serviços prestados pelo INSS é classificada no sistema em Clientela Rural e Clientela Urbana, permitindo que se analise as verdadeiras razões da judicialização das demandas em cada uma das clientelas. Com base nesses dados, aponta-se que, no ano de 2013, 40,94% dos benefícios judiciais são da Clientela Rural e 59,06% da Clientela Urbana.

**Clientela Rural:** O número de concessões judiciais da Clientela Rural é representado por 60,13% de aposentadoria por idade, 10,12% de salário-maternidade e 13,19% de pensão por morte, sendo o ICJ dessas espécies:

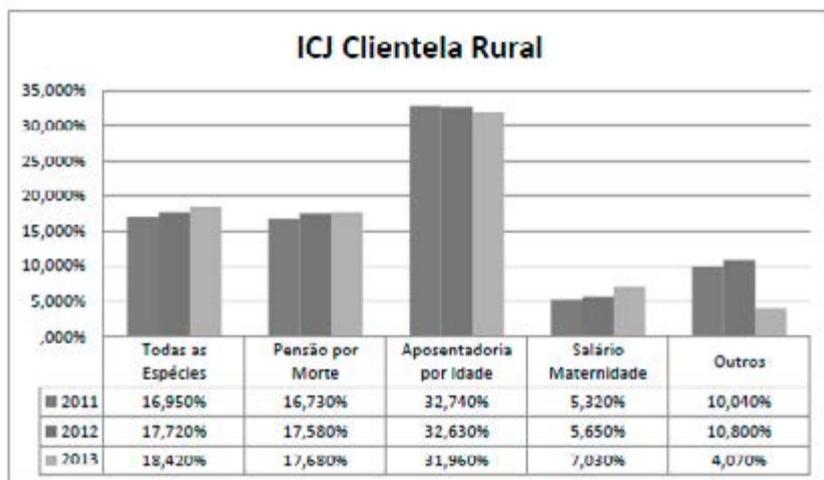


Figura 4 – Gráfico baseado nos dados extraídos no SUIBE

Vale destacar, relativamente à aposentadoria por idade, que, do total de concessões judiciais da clientela geral<sup>6</sup> (urbana + rural) do ano de 2013, 92% são relativas a benefícios da clientela rural. Ou seja, o principal motivo de judicialização dos benefícios de aposentadoria por idade envolve discussão sobre o exercício da atividade rural.

Clientela Urbana: De outro lado, o perfil da demanda previdenciária da clientela urbana é de 45% benefícios por incapacidade e 17% aposentadoria por tempo de contribuição, tendo o ICJ a evolução apresentada pelo gráfico abaixo:

6

	Nº Concessões	Percentual
Total	60248	100%
Clientela Urbana	4309	7,15%
Clientela Rural	55939	92,85%

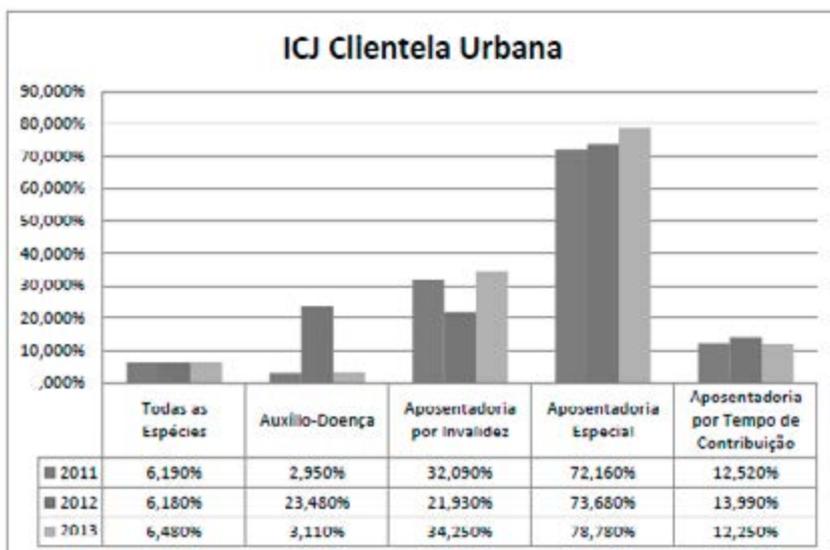


Figura 5 – Gráfico baseado nos dados extraídos no SUIBE

### 3 ANÁLISE DOS DADOS GERENCIAIS E PROPOSIÇÕES

As análises estatísticas permitem concluir que somente haverá mudança na tendência de crescimento do volume de concessões judiciais se houver melhoria no desempenho do INSS nas demandas que envolvem: (a) Benefícios por Incapacidade (48% das causas previdenciárias); (b) Aposentadoria por Idade Rural (22,36% das ações previdenciárias).

#### 3.1 Benefícios por Incapacidade

São representativos nas demandas previdenciárias os benefícios de auxílio-acidente, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Em relação ao primeiro, as demandas previdenciárias têm origem principal em duas interpretações administrativas: a) Rol do Decreto nº 3.048/1999 é taxativo; b) Auxílio-acidente deve ser precedido de auxílio-doença. Ambos os temas foram objeto de Parecer Normativo da CONJUR (Parecer nº 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU e Parecer nº 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU), sendo os atos aprovados pela Portaria nº 264/2013/MPS. Apesar da edição dos pareceres da CONJUR, a interpretação ali lançada ainda não foi operacionalizada, porque está em andamento as alterações nos sistemas informatizados.

No que se refere aos benefícios de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, é cediço que a eficiência da defesa judicial do INSS e a redução do número de processos em Juízo são proporcionais à participação dos Assistentes Técnicos na perícia judicial. Primeiro, porque a solução da lide depende de conhecimentos técnicos. Segundo, porque muitos peritos judiciais não têm familiaridade com os conceitos afetos à perícia previdenciária (diferença de incapacidade e doença, fixação da data de início de incapacidade etc), de modo que a participação do Assistente Técnico do INSS é essencial para a melhoria da qualidade da perícia judicial. Terceiro, porque as conciliações são feitas com maior segurança nesses casos.

Porém, no ano de 2011, diante do aumento expressivo do Tempo Médio de Espera pela Perícia Médica – TMEA-PM, a administração achou por bem concentrar a força de trabalho dos médicos-peritos na realização de perícias administrativas. Com isso, a Assistência Técnica restou prejudicada e, em muitos casos, foi interrompida. Esse fato impacta diretamente no desempenho do INSS em Juízo, o que pode ser demonstrado pelo fato de que o número absoluto de reativações judiciais (reduzido em 10% no ano de 2011) retomou sua tendência de crescimento no ano de 2012 e 2013.

Resta, portanto, indubitado que somente com a retomada da assistência técnica nos processos judiciais será possível a redução da litigiosidade. Além disso, há de se reconhecer que, ainda que gerasse alguns efeitos positivos, a forma como realizada a assistência técnica em algumas localidades (sem gerenciamento regional e sem estratégias coordenadas) acarretava a subutilização do trabalho dos peritos médicos do INSS e resultados não satisfatórios. Por isso, conclui-se que assistência técnica prestada nas ações judiciais que tenham por objeto benefícios por incapacidade deve ser associada à adoção de medidas macrogerenciais e de redesenho dos processos internos relacionados à atividade.

Nesse sentido, a PFE-INSS, em conjunto com as respectivas áreas técnicas, tem buscado, *em primeiro lugar*, a normatização do instituto no INSS e a designação de Peritos Médicos com a atribuição de coordenar as atividades de assistência técnica (definição de critérios de acompanhamento, como definição de localidades e peritos com acompanhamento prioritário etc.) e de promover atividades que minimizem o acompanhamento constante das perícias (como a realização de reuniões de alinhamento sobre os conceitos da perícia médica previdenciária entre a Perícia do INSS e do Juízo<sup>7</sup>). Em relação à normatização, é essencial

---

7 Justifica-se a necessidade de alinhamento em razão de que a atividade pericial é diversa da atividade médica usual e demanda conhecimentos específicos para sua prática (conceito de incapacidade laboral, de data de início da incapacidade etc).

que, ao lado da assistência técnica, sejam definidos os critérios de revisão administrativas dos benefícios concedidos judicialmente, de modo a evitar a repetição de demandas periodicamente (limitação da revisão ao conteúdo da decisão judicial).

*Em segundo lugar*, após a definição dos fluxos e mensuração das atividades, será possível debater qual o melhor modelo de assistência técnica (rodízio, indicação de quadro fixo de peritos etc.) e apresentar as necessidades de implementação, compatibilizadas sempre com a capacidade gerencial da Perícia Médica.

Paralelamente a isso, enquanto não fornecidas condições efetivas de acompanhamento técnico nesses processos, remanesce aos procuradores atuantes nos processos previdenciários a aplicação do Memorando-Circular nº 10/2013/CGMBEN/PFE-INSS/PGF/AGU e da Súmula nº 25 da AGU que autorizam a celebração de acordos nos casos em que, comprovados os demais requisitos e inexistindo vício na perícia, o laudo judicial atestar a incapacidade do segurado<sup>8</sup>.

### 3.2 Aposentadoria por Idade Rural

As demandas previdenciárias de aposentadoria por idade rural são, em sua maioria, decorrentes de três fatores: (a) exigência de 3 (três) documentos para caracterização do início de prova material; (b) exigência da Declaração de Sindicato Rural para o reconhecimento da atividade rural; (c) não realização de Justificação Administrativa - JA.

---

8 Parecer 118/2013/CGPL/CGMBEN/PFE-INSS/PGF/AGU: Os processos em que se discute a incapacidade laborativa tem o seu deslinde definido pelas conclusões registradas na perícia judicial. Nesse sentido, a defesa do INSS está restrita aos casos em que o Assistente Técnico participa da perícia judicial e fornece à Procuradoria Federal subsídios de defesa. Isso porque o artigo 59 da Lei nº 8.213 estabelece como devido o benefício quando comprovada a incapacidade laborativa, a qualidade de segurado e a carência. Não havendo discussões quanto ao atendimento dos requisitos objetivos, a lide será decidida exclusivamente por questões afetas ao conhecimento médico (ato médico). Entretanto, a destinação de peritos para a participação na perícia judicial como assistentes técnicos não tem sido feita na maior parte das unidades da Procuradoria Federal. Assim, o deslinde das controvérsias relativas a benefícios por incapacidades está atrelado aos laudos judiciais. Desta forma, não havendo médico assistente atuante nos processos judiciais e sendo a jurisprudência majoritária no sentido de manter as sentenças prolatadas em conformidade com os laudos judiciais, é prejudicial à autarquia previdenciária a manutenção da tramitação dos recursos. Até porque o Procurador Federal não possui conhecimentos técnicos (salvo claro a deficiência da prova técnica) aptos a avaliar a qualidade da perícia judicial e o diagnóstico apontado pelo médico do Juízo. Além disso, há destacar que, enquanto pendente de julgamento o recurso, o INSS não pode revisar e cessar os benefícios concedidos judicialmente, sendo que, nesses casos, há a agravante de que pagamentos decorrentes de tutela de urgência têm sido considerados como verba irrepetível. [...]. Acrescente-se que a medida não é nova, visto que já prevista no Enunciado nº 8 do Memorando-Circular nº 01//2008/PFE-INSS. Pelas razões expostas, a questão já tida como incontroversa desde 2008.

Inicialmente, há salientar que a aposentadoria por idade rural é benefício que depende de início de prova material. Cita-se:

Art. 55 [...]

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

A comprovação do exercício da atividade rural poderá ser feita, assim, mediante início de prova material, corroborada por prova testemunhal colhida em JA. Cita-se:

Art. 106. A comprovação do exercício de atividade rural será feita, alternativamente, por meio de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

I – contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

II – contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

III – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

IV – comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

V – bloco de notas do produtor rural; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

VI – notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

VII – documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

IX – cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

X – licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

[...]

Art. 108. Mediante justificação processada perante a Previdência Social, observado o disposto no § 3º do art. 55 e na forma estabelecida no Regulamento, poderá ser suprida a falta de documento ou provado ato do interesse de beneficiário ou empresa, salvo no que se refere a registro público.

Por início de prova material, entende a autarquia previdenciária como a comprovação do exercício da atividade através da apresentação de: 1 (um) documento que comprove o marco inicial do período, 1 (um) documento do marco final e outro intermediário (se necessário). Como visto no dispositivo mencionado, a exigência de 3 (três) documentos não tem amparo legal. Além disso, torna inviável a comprovação de atividade rural por grande parte dos trabalhadores rurais em virtude das condições precárias de trabalho, de vida e do baixo nível de instrução.

Nesse sentido, a Nota nº 236/2013/DIVCONS/CGMBEN/PFE-INSS/PGF/AGU orienta a autarquia sobre o conceito de início de prova material no sentido de que:

o início de prova material estabelece um programa probatório mínimo, na medida em que se presta a provar fato que evidencia, ainda que de forma parcial e imperfeita, a filiação de determinada pessoa à Previdência Social.

Ademais, a PFE-INSS afirma, no ato, não ser necessária a apresentação de mais de um documento pelo segurado, já que a prova documental deve ser complementada com a prova testemunhal. Por isso, havendo a apresentação de 1 (um) documento, é possível a complementação da prova documental pela a realização da JA, sendo o ato suficiente (caso determine a prova testemunhal) para demonstrar a continuidade da situação a ser comprovada<sup>9</sup>.

Apesar da manifestação jurídica, o INSS mantém vigente a exigência, o que acarreta a judicialização de demandas em massa para a comprovação do exercício de atividade rural (especialmente nas regiões Norte e Nordeste).

Além da exigência de 3 (três) documentos, é usual a praxe de exigência da Declaração de Sindicato Rural para o reconhecimento da qualidade de segurado especial. A interpretação foi, igualmente, objeto de manifestação jurídica no sentido de ser ilegal a exigência do documento, existindo inúmeras demandas judiciais com tal objeto<sup>10</sup>.

Da mesma forma, há destacar que outro fator de surgimento de demandas judiciais é a deficiência na instrução do processo administrativo pela não realização de JA nos processos afetos à concessão de benefício rural. Há destacar que, embora existam, aproximadamente, 1.200.000 requerimentos de benefícios rurais em 2012, foram realizadas apenas 56.800 Justificações Administrativas no mesmo ano.

A restrição apresentada ao ato previsto na legislação decorre da insegurança dos servidores em processar o ato administrativo, do procedimento burocrático previsto para a realização do ato e da interpretação dada ao artigo 151 do Decreto 3.048/1999. Cita-se:

Art. 151. Somente será admitido o processamento de justificação administrativa na hipótese de ficar evidenciada a inexistência de outro meio capaz de configurar a verdade do fato alegado, e o início de prova material apresentado levar à convicção do que se pretende comprovar.

O dispositivo estabelece que devem ser esgotados outros meios de prova antes de se determinar o processamento de uma JA. Entretanto, é fundamental esclarecer que, ao determinar o esgotamento dos instrumentos comprobatórios, o decreto não quis dizer que a prova somente é cabível quando caracterizada a inexistência abstrata de outro meio de prova para comprovação do direito do beneficiário, mas sim que, sendo possível o reconhecimento do direito sem a sua realização, o ato será dispensado.

9 Nota nº 236/2013/DIVCONS/CGMBEN/PFE-INSS/PGF/AGU

10 Parecer 09/2009/DIVCONS/CGMBEN/PFE-INSS/PGF/AGU, Parecer nº 73/2011/CGPL/CGMBEN/PFE-INSS/PGF/AGU e Relatório do Grupo de Trabalho de Prevenção de Demandas;

É que não se pode perder de vista que os decretos não podem restringir direitos dos administrados e, não tendo a Lei nº 8.213/1991, dado à JA caráter excepcional, não cabe ao regulamento o fazer. Outrossim, não é demais destacar que a JA é meio de prova que, como tal, se insere nos direitos fundamentais dos indivíduos, nos termos da Constituição Federal e do artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/1999, podendo somente ser indeferida caso se demonstre, por decisão fundamentada, impertinente, desnecessária ou protelatória.

De qualquer sorte, enquanto não revisada a redação dos atos normativos, a autora entende ser cabível, nesses casos, o sobrestamento do processo para fins de revisão do ato e a oportunização ao segurado da realização da JA, já que a deficiência da instrução do processo administrativo prejudica a defesa do INSS. Supre-se, assim, a perda da reserva da primeira palavra sobre o conjunto probatório em virtude do indeferimento precoce dos benefícios previdenciários<sup>11</sup>.

Embora a medida não acarrete a prevenção ao surgimento dos conflitos, melhora a imagem da autarquia perante o Poder Judiciário e permite o aumento das demandas submetidas ao procedimento de conciliação. Ademais, promoverá o fortalecimento da instrução dos processos administrativos e, assim, o desempenho do INSS em Juízo.

#### 4 CONCLUSÃO

Após a demonstração dos números afetos às demandas previdenciárias do INSS, espera-se ter instigado a reflexão sobre a postura dos advogados públicos em face aos casos de reiterada judicialização de demandas, especialmente:

- a) Os benefícios por incapacidade representam 48% das demandas previdenciárias, dependendo o resultado favorável ao INSS, nesses casos, da participação da Perícia Médica do INSS como Assistentes Técnicos nos processos.
- b) A interrupção/diminuição da assistência técnica, no ano de 2011, diante do aumento expressivo do Tempo Médio de Espera pela Perícia Médica – TMEA-PM, determinou o crescimento das reativações judiciais em 10%.
- c) Não sendo disponibilizado Assistente Técnico pelo INSS, remanesce aos procuradores atuantes nos processos

---

<sup>11</sup> O parágrafo representa posicionamento pessoal da autora.

previdenciários a aplicação do Memorando-Circular nº 10/2013/CGMBEN/PFE-INSS/PGF/AGU e Súmula 25 da AGU que autorizam a celebração de acordos nos casos em que, comprovados os demais requisitos e inexistindo vício na perícia, o laudo judicial atestar a incapacidade do segurado.

- d) As concessões judiciais em benefícios por aposentadoria por idade rural representam 22,3% e decorrem, em geral, de três fatores: (a) exigência de 3 (três) documentos para caracterização do início de prova material; (b) exigência pelo INSS da Declaração de Sindicato Rural para o reconhecimento da atividade rural; (c) não realização de JA.
- e) Para a comprovação da atividade rural, não é necessária a apresentação de mais de um documento pelo segurado, podendo a prova documental deve ser complementada com a prova testemunhal.
- f) A declaração de Sindicato Rural não é documento obrigatório para o reconhecimento da atividade rural, podendo ser substituída por outros documentos ou por JA.
- g) A JA é direito do segurado, devendo ser realizada sempre que a prova documental apresentada seja insuficiente para comprovar o exercício da atividade rural.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. DOU 05.10.1988.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. DOU 25.07.1991.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DOU 01.02.1999.

BRASIL. *Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. DOU 03.10.2003.

BRASIL. *Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. DOU 07.05.1999.



---

# OS LIMITES DA FISCALIZAÇÃO EXERCIDA PELA PREVIC

*THE LIMITS OF SUPERVISION EXERCISED BY PREVIC*

---

*Leonardo Vasconcellos Rocha*

*Procurador Federal*

*Coordenador-Geral de Representação Judicial da  
Procuradoria Federal junto à PREVIC*

SUMÁRIO: Introdução; I Caracterização do regime de previdência complementar; II Sujeitos do regime de previdência complementar; III Situações recorrente e equivocadamente enquadradas como próprias do regime de previdência complementar; IV Hipóteses excepcionais de atuação do órgão fiscalizador voltadas a atividades estranhas ao regime de previdência complementar; V Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo busca traçar parâmetros responsáveis por identificar as hipóteses em que, de fato, há espaço para a atuação fiscalizatória da Previc, por meio da correta identificação de uma verdadeira relação de previdência complementar. Para tanto, busca-se viabilizar a compreensão de elementos indispensáveis à caracterização do regime de previdência privada e, posteriormente, proceder à verificação de sua inexistência em situações que bem ilustram as principais discussões travadas no âmbito do citado órgão fiscalizador. Demonstra-se a impropriedade da noção de que toda e qualquer prestação auferida por aposentados ou beneficiários diversa dos benefícios oriundos da Previdência Social há de ser tratada de forma linear como *complementação de aposentadoria*. Tal compreensão se presta a facilitar a delimitação do escopo de atuação da Previc.

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdência Complementar. Elementos. Limites. Fiscalização. Previc.

**ABSTRACT:** The article attempts to trace parameters aimed to identify the cases in which, in fact, it is possible that Previc exert its supervisory function through the correct identification of a true relationship complementary pension. It seeks to facilitate the understanding of the elements necessary to characterize the relationship of private pension and then proceed to check its inexistence in situations that illustrate well the main discussions within the said institute supervisor. It demonstrates the inadequacy of the notion that any provision received by retirees or beneficiaries diverse to the benefits from Social Security must be treated linearly as supplementary retirement. Such understanding lends itself to facilitate the delimitation of the scope of activity of Previc.

**KEYWORDS:** Supplementary Pension. Elements. Limits. Supervision. Previc.

## INTRODUÇÃO

Criada pela Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, nos termos do parágrafo único do art. 1º deste diploma, foi idealizada como entidade de fiscalização e de supervisão das *atividades das entidades fechadas de previdência complementar* e de execução das políticas para o *regime de previdência complementar*; observadas as disposições constitucionais e legais aplicáveis.

Esse *regime de previdência complementar*, por sua vez, foi disciplinado, conforme determinação constitucional (CF/88, art. 202), por lei complementar – LC nº 109, de 29 de maio de 2001 –, que, entre outros temas, delimitou as *atividades desenvolvidas pelas entidades fechadas de previdência complementar*.

Ocorre que, não raro, a Previc é chamada a dirimir controvérsias atinentes ao pagamento de valores a título de *complementação de aposentadoria* sem que – após um exame mais acurado e nem sempre uníssono, em face das peculiaridades próprias de cada situação – detenha competência para atuar.

Isto se deve, em grande medida, à compreensão rasa, tida muitas vezes pelos próprios atores do sistema, da concepção de previdência privada idealizada pelo constituinte derivado reformador e posteriormente esmiuçada no plano infraconstitucional.

Assim, de forma equivocada, tende-se a buscar a aplicação de tratamento igualitário à sistemática adotada em toda e qualquer prestação auferida por aposentados ou beneficiários, sob a justificativa de que tudo aquilo que lhes é pago além dos benefícios oriundos da Previdência Social há de ser tratado, de forma linear, como *complementação de aposentadoria*.

Exemplos típicos e recorrentes de tal desenquadramento são as *complementações de aposentadoria* estipuladas por lei, com recursos oriundos do orçamento de entes federados – a exemplo da complementação instituída em favor dos trabalhadores da Rede Ferroviária Federal S.A. (Lei nº 8.186, de 21 de maio de 1991) e de empregados do extinto Departamento de Correios e Telégrafos, atual Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Lei nº 8.529, de 14 de dezembro de 1992) – bem como benefícios extras, pactuados no bojo de acordos coletivos de trabalho, a serem pagos na inatividade diretamente por empregadores.

Revela-se, pois, importante o exame da questão, de modo a evidenciar as hipóteses em que, de fato, se está diante de uma verdadeira relação de *previdência complementar* regulada pela LC nº 109/01, bem como de *atividades das entidades fechadas de previdência complementar*, para,

em consequência, traçar parâmetros seguros de atuação da mencionada autarquia.

Para tanto, busca-se, aqui, viabilizar a compreensão de elementos indispensáveis à caracterização do *regime de previdência privada* e, posteriormente, proceder à verificação de sua (in)existência em situações que bem ilustram as principais discussões travadas no âmbito do citado órgão fiscalizador.

Por fim, serão abordados de forma breve casos excepcionais previstos na legislação de regência, nos quais a Previc é chamada a exercer sua fiscalização em atividades estranhas ao aludido regime. Trata-se das exceções que confirmam a regra.

## I CARACTERIZAÇÃO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

De saída, há que se ter em mente a fundamentação constitucional atinente ao *regime de previdência complementar*; constante do art. 202 da 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

§ 1º *A lei complementar* de que trata este artigo *assegurar*á 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.

Os dispositivos colacionados possuem destacada relevância em relação à matéria objeto desta apreciação, uma vez que, desde logo, dão conta dos elementos que indispensavelmente hão de se fazer presentes para a caracterização de um típico regime de previdência privada: natureza privada, caráter complementar, autonomia em relação aos regimes de previdência oficial, facultatividade, operação em regime de necessária capitalização, contratualidade e independência da relação de trabalho do participante.

Atendendo ao comando inserido no *caput* do art. 202 da Constituição Federal pelo constituinte derivado reformador, por ocasião da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, o legislador infraconstitucional editou a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Responsável por regulamentar o *regime de previdência complementar* e em sintonia com os respectivos ditames constitucionais, reforçou a imprescindibilidade de tais elementos:

Art. 1º O regime de previdência *privada*, de caráter *complementar* e organizado de forma *autônoma em relação ao regime geral de previdência social*, é *facultativo*, baseado na *constituição de reservas* que garantam o benefício, nos termos do *caput* do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

Art. 2º O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo

principal instituir e executar planos de benefícios de carácter previdenciário, na forma desta Lei Complementar.

Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

[...]

IV - assegurar aos participantes e assistidos o *pleno acesso às informações* relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios;

[...]

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º *O regime financeiro de capitalização é obrigatório* para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.

[...]

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar *não integram o contrato de trabalho* dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, *não integram a remuneração dos participantes*.

§ 1º Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.

§ 2º A concessão de benefício pela previdência complementar *não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social*.

Tais aspectos caracterizadores do regime são analisados de forma pormenorizada pelo ex-Secretário de Previdência Complementar Leonardo André Paixão, sendo oportuna a reprodução de sua abordagem:

Características básicas do regime de previdência complementar:

natureza jurídica *privada*, sujeitando-se ao regime jurídico de direito privado, em que prevalece a autonomia da vontade. O princípio da legalidade, aplicado ao regime privado, significa que ‘tudo o que não está proibido está permitido’.

caráter *complementar* e *autônomo* em relação ao regime geral:

*complementar*, porque a inscrição de participante em plano de previdência complementar não o dispensa da inscrição como segurado obrigatório do regime oficial de previdência (regime geral ou, a partir da EC 41/03, regime próprio);

*autônomo* porque a percepção de benefício pago por entidade privada de previdência – salvo quando alguma vinculação for expressamente estabelecida em contrato – não depende da concessão de benefício pelo regime geral (LC 109/01, art. 68, § 2º);

autônomo também porque em princípio não existe relação entre os valores pagos por cada um destes regimes, embora possa ser estabelecida contratualmente uma relação;

esta autonomia tem uma *exceção*, pois a concessão de benefício de previdência complementar *depende de concessão* de benefício pelo regime geral ou pelo regime próprio, quando se tratar de plano de benefícios da modalidade *benefício definido e regido pela LC 108/01*, que tiver sido *instituído após 30.05.2001* (LC 108/01, art. 3º, II).

*natureza contratual*:

regulamento de um plano de previdência é um contrato, que contém cláusulas sobre contribuições, benefícios e períodos de carência, entre outras disposições;

a vinculação do participante ao plano de benefícios depende de sua inscrição voluntária (contrato celebrado com a entidade de previdência que administra o plano);

para que uma pessoa jurídica possa oferecer acesso a um plano de previdência para seus empregados, servidores, associados ou membros deve celebrar contrato com a entidade de previdência que o administra.

constituição de reservas, em *regime de capitalização*, para pagamento dos benefícios contratados (sobretudo o benefício de aposentadoria):

excepcionalmente, contudo, o regime de repartição simples pode ser estabelecido em contrato – geralmente para custear os benefícios acessórios, como auxílio-doença, pecúlio por morte, entre outros, mantida a capitalização para o benefício principal (aposentadoria);

regulamentação do regime de previdência privada reservada à *Lei complementar*.<sup>1</sup>

(grifo do autor)

Como será constatado adiante, por meio de uma análise exemplificativa, em boa parte das hipóteses em que determinada situação é indevidamente enquadrada como afeta à previdência complementar, a razão para tanto é justamente a invocação deste caráter complementar do benefício pago.

De modo geral, o recebimento de qualquer benefício *extra*, até mesmo por meios diversos que não a pecúnia, acaba por complementar, mediata ou imediatamente a renda de um trabalhador. E, quando este se encontra na inatividade, esta renda a ser complementada em regra será proveniente de uma das espécies de aposentadoria previstas no Regime Geral de Previdência Social, de modo que, em consequência, o tal benefício *extra* consistirá num *complemento* desta aposentadoria. Até este ponto, não há o que negar. Parece lógico que certa prestação que complemente uma aposentadoria seja identificada ou *batizada* de parcela de complementação de aposentadoria ou algo que o valha. Contudo, dizer que tal fato, por si só, prenuncia a existência de uma *relação de previdência complementar* é de todo precipitado.

O raciocínio há que seguir num sentido inverso. Nos termos do art. 2º da Lei Complementar 109/2001, a instituição e execução de plano de benefícios de caráter previdenciário é, de fato, o objetivo principal das entidades que operam o regime de previdência complementar. Daí ser correto afirmar que no regime de previdência complementar deve haver necessariamente o pagamento – ou, no mínimo, a expectativa – de um benefício voltado a complementar a renda de determinado indivíduo (em outras palavras um *complemento de aposentadoria*). É esta a ordem dedutiva a ser observada.

Equivocado, no entanto, é pressupor que se há o pagamento de um *complemento de aposentadoria* haverá uma *relação de previdência*

1 PAIXÃO, Leonardo. *A previdência complementar fechada: uma visão geral*. Disponível em: <[http://www.mps.gov.br/arquivos/office/3\\_081014-111321-983.pdf](http://www.mps.gov.br/arquivos/office/3_081014-111321-983.pdf)>.

*complementar*. Neste caso, estar-se-ia a ignorar a natureza da prestação, pura e simplesmente em razão da nomenclatura que lhe foi dada.

Como observado na transcrição acima colacionada, a menção ao *caráter complementar* constante da Constituição e da Lei (LC nº 109/2001) busca precipuamente ressaltar que o regime então tratado não tem o condão de eximir os participantes da inscrição no regime oficial de previdência, tampouco subtrair as responsabilidades deste para com aqueles. Neste sentido, Daniel Pulino:

É que o ordenamento jurídico brasileiro, ao qualificar de complementar o regime de previdência privada, está a determinar, positivamente, que serão necessariamente separados, sob o ponto de vista funcional, operacional, os espaços possíveis de desenvolvimento dos regimes públicos e privados de previdência.

Dessa forma, ainda que a matéria com a qual lidem todos e quaisquer regimes previdenciários seja a mesma, haverá sempre distinção funcional entre elas no sistema brasileiro (segundo, claro, a Constituição vigente), sendo incorreto, portanto, a rigor, dizer que é “idêntica” a atuação das entidades de previdência privada em relação ao INSS, ou que, a atividade de administração de planos privados de previdência “aliviaria”, juridicamente, os encargos estatais com a matéria.<sup>2</sup>

Entretanto, tal característica, por si só, não se presta a caracterizar um benefício típico do regime de previdência complementar, na medida em que a presença dos demais elementos caracterizadores há de ser igualmente constatada.

## II SUJEITOS DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Além da dificuldade relacionada à compreensão da real natureza de prestações chamadas de *complemento de aposentadoria*, a correta identificação dos sujeitos da relação também gera controvérsias diretamente relacionadas ao âmbito de atuação da Previc.

É que, uma vez identificada a efetiva existência de uma relação de previdência complementar, há que se verificar, também, quais os sujeitos nela envolvidos e se cada qual está a desenvolver as atividades que lhe são próprias.

<sup>2</sup> PULINO, Daniel. *Previdência Complementar*. Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas. São Paulo: Modelo, 2011. p. 260.

Quanto a este específico ponto, há que se lançar mão do panorama traçado de forma bastante didática por Wagner Balera, atinente aos sujeitos da relação jurídica de previdência privada:

São sujeitos da relação: a) os participantes e assistidos (sujeitos ativos quanto às prestações e sujeitos passivos quanto às contribuições, ...); b) as entidades fechadas de previdência privada (sujeitos passivos quanto às prestações e sujeitos ativos quanto às contribuições, ...); c) as empresas patrocinadoras (sujeitos passivos das contribuições); d) o Estado (ação reguladora e fiscalizadora).<sup>3</sup>

Além do inafastável papel do Estado, é preciso ter clara a noção de que a presença concomitante de participantes (e assistidos), patrocinadores e entidades de previdência é indispensável.

A leitura dos arts. 8º, 12 e 13 da Lei Complementar nº 109/2001 fornece esta noção:

Art. 8º Para efeito desta Lei Complementar, considera-se:

I - *participante*, a pessoa física que aderir aos planos de benefícios; e

II - *assistido*, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.

[...]

Art. 12. Os planos de benefícios de entidades fechadas poderão ser instituídos por *patrocinadores* e *instituidores*, observado o disposto no art. 31 desta Lei Complementar.

Art. 13. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o *patrocinador ou instituidor e a entidade fechada*, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.

A posição de participantes e assistidos, na espécie, é de compreensão relativamente simples, limitada que é ao pagamento de contribuições e

3 BALERA, Wagner (coordenação). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 96-97.

ao gozo de benefícios. Por outro lado, as obrigações e especialmente as limitações impostas pelo ordenamento a patrocinadores e entidades, nem tanto. Neste caso, duas situações merecem destaque, uma vez que configuram hipóteses emblemáticas de atuação fiscalizatória da Previc.

A primeira delas diz respeito à inobservância da exclusividade de objeto à qual estão sujeitas as entidades fechadas.

Na concepção instituída pela LC nº 109/2001, por meio do disposto em seu art. 32, são consideradas entidades fechadas aquelas cujo objeto seja “a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária”. E esta é sua única razão de ser, na medida em que lhes é vedada a prestação de quaisquer outros serviços, com a ressalva de resquícios de serviços assistenciais existentes antes do advento da vedação (art. 32, parágrafo único).

O descumprimento de tal proibição sujeita os infratores às penalidades previstas no art. 89 do Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003 – ao qual coube regulamentar o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar:

Art. 89. Prestar serviços que não estejam no âmbito do objeto das entidades fechadas de previdência complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até cento e oitenta dias.

Como se pode constatar, pela análise da hipótese descrita, há situações em que a relação jurídica de previdência complementar em si não figura como fator preponderante para atrair a competência da Previc. A atuação de um de seus protagonistas em princípio fora de seu contexto precípua pode vir a ter repercussões no âmbito da fiscalização.

É o caso, por exemplo, de entidades fechadas que, muitas vezes por falta de conhecimento de seus dirigentes, se propõem a atuar paralelamente como uma *caixa de assistência* ou instituição congênere, oferecendo benefícios estranhos ao regime, tais quais bolsas de estudo, seguros acidentários, auxílios funerários, entre outros.

Nesse casos, a Previc é chamada a atuar para impedir o exercício de uma atividade estranha ao sistema por um agente que dele faça parte – no caso, uma entidade fechada de previdência complementar.

A segunda situação merecedora de atenção especial consiste no chamado *mercado marginal*.

Ao mesmo tempo em que LC nº 109/01 veda o exercício de atividades diversas por parte das entidades fechadas de previdência – conforme pontuado anteriormente –, proíbe que outros agentes, inclusive os próprios patrocinadores, exerçam funções que lhes são próprias:

Art. 67. O exercício de atividade de previdência complementar por qualquer pessoa, física ou jurídica, sem a autorização devida do órgão competente, inclusive a comercialização de planos de benefícios, bem como a captação ou a administração de recursos de terceiros com o objetivo de, direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma, submete o responsável à penalidade de inabilitação pelo prazo de dois a dez anos para o exercício de cargo ou função em entidade de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público, além de multa aplicável de acordo com o disposto no inciso IV do art. 65 desta Lei Complementar, bem como noticiar ao Ministério Público.

E, nesse aspecto, o já referido Decreto nº 4.942/2003 foi ainda mais específico:

Art. 102. *Exercer atividade própria das entidades fechadas de previdência complementar sem a autorização devida da Secretaria de Previdência Complementar, inclusive a comercialização de planos de benefícios, bem como a captação ou a administração de recursos de terceiros com o objetivo de, direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma.*

Penalidade: multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e inabilitação pelo prazo de dois a dez anos.

Em situações tais, a Previc atua para impedir o exercício de uma atividade própria do regime de previdência complementar por outro agente que não as entidades fechadas de previdência complementar.

Traçado este panorama, é possível eleger a nomenclatura das prestações pagas e os agentes que efetuam tais pagamentos como os principais fatores responsáveis pela falsa percepção da existência de relações de previdência complementar em situações que lhe são absolutamente alheias.

O exame de algumas situações específicas a seguir descritas pode funcionar como ferramenta didática, voltada a auxiliar na tarefa de

identificação dos limites de atuação da Previc impostos pela legislação de regência.

### **III SITUAÇÕES RECORRENTE E EQUIVOCADAMENTE ENQUADRADAS COMO PRÓPRIAS DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

O primeiro exemplo de pagamento de valores adicionais a inativos que, por sua nomenclatura pode supor uma situação submetida à fiscalização da Previc são as *complementações de aposentadoria* estipuladas por lei, com recursos oriundos diretamente do orçamento de entes federados.

A título de ilustração, vale mencionar a complementação instituída em favor dos trabalhadores da Rede Ferroviária Federal S.A. pela Lei nº 8.186, de 21 de maio de 1991. Os seguintes dispositivos merecem destaque:

Art. 1º É garantida a complementação da aposentadoria paga na forma da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) aos ferroviários admitidos até 31 de outubro de 1969, na Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), constituída ex-vi da Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, suas estradas de ferro, unidades operacionais e subsidiárias.

Art. 2º Observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária, a complementação da aposentadoria devida pela União é constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o da remuneração do cargo correspondente ao do pessoal em atividade na RFFSA e suas subsidiárias, com a respectiva gratificação adicional por tempo de serviço.

[...]

Art. 6º O Tesouro Nacional manterá à disposição do INSS, à conta de dotações próprias consignadas no Orçamento da União, os recursos necessários ao pagamento da complementação de que trata esta lei.

Nos mesmos moldes é o benefício pago aos empregados do extinto Departamento de Correios e Telégrafos, atual Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, instituído pela Lei nº 8.529, de 14 de dezembro de 1992:

Art. 1º É garantida a complementação da aposentadoria, paga na forma prevista pela Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), aos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) que tenham sido integrados nos seus quadros até 31 de dezembro de 1976.

Art. 2º Observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária, a complementação da aposentadoria devida pela União é constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o valor da remuneração correspondente à do pessoal em atividade na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), com a respectiva gratificação adicional por tempo de serviço.

[...]

Art. 6º O Tesouro Nacional manterá à disposição do INSS, à conta de dotações próprias consignadas no Orçamento da União, os recursos necessários ao pagamento da complementação de que trata esta lei.

Realmente, não há como se afastar a função de complemento de renda presente nos valores pagos com base em tais diplomas. Todavia ditos pagamentos não se revestem de outros elementos integrantes da relação de previdência privada, entre os quais a autonomia<sup>4</sup> em relação à previdência básica e pública, a natureza facultativa, contratual e privada, assim como a necessária operação em regime de capitalização.

Não se vislumbra, nos pagamentos efetuados, a autonomia no tocante ao RGPS, na medida em que o benefício complementar ofertado pelo ente público é atrelado ao recebimento do benefício no RGPS, determinando o valor a ser recebido.

Igualmente ausente é o caráter facultativo, essencial no regime de previdência complementar. Afinal o empregado só adere ao plano de previdência complementar oferecido pelo empregador se quiser, não podendo ser obrigado a fazê-lo, assim como o empregador só oferece e patrocina um plano de previdência complementar para seus empregados, igualmente, a seu critério, como incremento à sua política de recursos humanos. A facultatividade existe nas duas pontas da relação, o que, tratando-se de imposição legal, não se revela possível.

4 O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula nº 92, realçou o caráter de autonomia da previdência privada: "O direito à complementação de aposentadoria, criado pela empresa, com requisitos próprios, não se altera pela instituição de benefício previdenciário por órgão oficial."

Associada à facultatividade encontra-se a natureza contratual inserida nas relações de previdência complementar, o que também não se verifica nos pagamentos aqui tratados, visto que decorrentes de lei. Ou seja, não há assinatura prévia de um contrato, mesmo que de adesão, por parte dos beneficiários.

Outro elemento inexistente e de importância fundamental para higidez do regime de previdência privada consiste na constituição obrigatória de reservas garantidoras do benefício contratado, o que implica, para os benefícios de aposentadoria, a adoção obrigatória de um regime financeiro de capitalização e do custeio compartilhado<sup>5</sup> por participantes e pela patrocinadora. Os recursos destinados aos pagamentos em apreço, nos termos das leis que os disciplinam, são oriundos de dotações próprias consignadas no orçamento do ente pagador.

Vale lembrar que a Constituição Federal estabeleceu que os planos de previdência complementar devem pautar-se pela necessária constituição de reservas. No momento em que o participante atinge a elegibilidade ao benefício, nos termos do respectivo plano, elas já deverão estar formadas, de modo a garantir o pagamento das prestações, por meio da adoção do regime financeiro de capitalização.

O artigo 18, §1º, da Lei Complementar nº 109/2001 e o item 5.1 do Anexo da Resolução CGPC nº 18, de 28 de março de 2006, preveem como obrigatório este regime financeiro de capitalização para o financiamento dos benefícios de natureza programada ou continuada, na forma de renda ou pagamento único. Em dito regime “*o dimensionamento das provisões matemáticas visa à cobertura do compromisso total da entidade com os participantes, isto é, tanto em relação aos benefícios concedidos como a conceder*”<sup>6</sup>.

Cabe assinalar que esta mesma linha de raciocínio há de ser aplicada a pagamentos efetuados diretamente por empregadores, sem a necessária presença de uma Entidade Fechada de Previdência Complementar, seja por força de previsão constante do próprio contrato de trabalho, seja em razão de acordos coletivos celebrados com uma determinada categoria de trabalhadores.

Nestes casos, onde há o pagamento direto de benefícios a trabalhadores aposentados por parte de seus ex-empregadores, ganha

5 Para Arthur Bragança de Vasconcelos Weintraub, o custeio do plano de benefícios por participantes e patrocinados consiste em uma relação de protocooperação. (WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. *Previdência Privada – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 53-57).

6 CHAN, B. L.; SILVA, F. L.; MARTINS, G. A. *Fundamentos da Previdência Complementar: da Atuação à Contabilidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 77.

relevância a ausência de outro elemento essencial ao regime de previdência complementar, qual seja, independência para com a relação de trabalho do participante. Ademais, substituindo-se o orçamento público pelo caixa da empresa responsável pelo pagamento dos benefícios, a situação em muito se assemelha à dos benefícios pagos por força de lei.

O fato é que, a despeito de as relações jurídicas aqui descritas não se sujeitarem ao crivo da Previc, conforme explicitado, é relativamente comum a formulação de consultas, denúncias e reclamações por parte de seus envolvidos, solicitando providências da autarquia acerca das mais diversas controvérsias a elas inerentes.

#### **IV HIPÓTESES EXCEPCIONAIS DE ATUAÇÃO DO ÓRGÃO FISCALIZADOR VOLTADAS A ATIVIDADES ESTRANHAS AO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Para que se compreenda a existência de casos excepcionais de atuação da Previc, há que se analisar o contexto histórico legislativo de atuação estatal no regime de previdência complementar.

Antes da vigência da LC nº 109/01, quando cabia à Lei nº 6.435/77 a tarefa de disciplinar as atividades desenvolvidas por entidades de previdência privada, havia espaço – a depender de seu caráter fechado ou aberto – para o desenvolvimento de determinadas atividades concomitantes, estranhas à execução e operação de planos de benefícios.

Além disso, esta função de operar planos de benefícios de natureza previdenciária, desde que observados certos limites, não necessariamente havia de ser desenvolvida por uma entidade de previdência privada.

Com o advento da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que dispôs sobre o regime de previdência complementar e revogou o diploma anteriormente citado, esta realidade foi sensivelmente alterada.

Atualmente não só a possibilidade deste desenvolvimento de atividades *atípicas* por parte de entidades de previdência foi abolida – ainda que com raríssimas ressalvas –, como o exercício daquelas que lhes são próprias tem agora caráter exclusivo.

Pela leitura do art. 39 da Lei nº 6.435/77, verifica-se que eram consideradas entidades fechadas de previdência aquelas que possuíam como *finalidade básica* a execução e operação de planos de benefícios. Ou seja, o simples fato de determinada pessoa jurídica oferecer, entre outros serviços, um plano de pecúlio ou de benefícios de caráter complementar a seus associados não seria suficiente para classificá-la como uma entidade fechada de previdência. Para tanto, seria necessário verificar

se a administração de planos desta natureza seria sua principal razão de existir, sua função precípua.

Este mesmo dispositivo apresenta, ainda, outro parâmetro relevante, qual seja, o de que as entidades fechadas poderiam prestar serviços alheios ao âmbito do objeto das entidades de previdência complementar. Afinal, por ter o legislador previsto a execução e a operação de planos de benefícios como *finalidade básica* das entidades fechadas, abriu espaço para que outras atividades *secundárias* fossem desenvolvidas.

A redação do art. 14 desta mesma Lei nº 6.435/77, ao apresentar o conceito de entidade aberta de previdência privada, corrobora este raciocínio:

*As entidades abertas terão como única finalidade a instituição de planos de concessão de pecúlios ou de rendas e só poderão operar os planos para os quais tenham autorização específica, segundo normas gerais e técnicas aprovadas pelo órgão normativo do Sistema Nacional de Seguros Privados.*

Como se vê, enquanto a instituição de planos de concessão de pecúlios ou de rendas é concebida como *única finalidade* (art. 14) das entidades abertas, no que tange às fechadas, a execução e operação de planos de benefícios limita-se a ser sua *finalidade básica* (art. 39).

É certo que, num primeiro momento, a Lei nº 6.435/77 preceitua que as *entidades de previdência privada* [...] são as que *têm por objeto* instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social (art. 1º). Sua interpretação sistemática, entretanto, revela que tal objeto somente seria único no caso das entidades abertas.

Em outras palavras, se uma determinada entidade, acessível a quaisquer pessoas físicas, estivesse a operar plano de concessão de pecúlios ou rendas, seria necessariamente uma entidade aberta de previdência complementar. Isto porque, no caso das abertas, este tipo de atuação não poderia se dar em conjunto com qualquer outra.

Por outro lado, o só fato de uma pessoa jurídica, acessível exclusivamente a um grupo específico de empregados ou associados, ofertar determinado plano de benefícios de natureza complementar não seria suficiente para identificá-la como uma entidade fechada de previdência complementar. Isto somente ocorreria após a constatação de que este seria seu principal objeto e não apenas uma atividade secundária.

Até aqui, dois pressupostos do raciocínio acima desenvolvido não de ser destacados: durante a vigência da Lei nº 6.435/77 (i) a operação de plano de benefícios por instituição acessível a um grupo restrito de

indivíduos, desde que não fosse sua finalidade básica, não era atividade exclusiva de entidade fechada de previdência; e (ii) às entidades fechadas de previdência complementar não era vedado prestar serviços estranhos a seu objeto principal.

Ocorre que, com o advento da Lei Complementar nº 109/01, os dois pressupostos anteriormente aventados, decorrentes da aplicação da Lei nº 6.435/77, caíram por terra.

Na nova concepção implementada pela LC nº 109, a referência à *finalidade básica* foi abandonada. Nos termos de seu art. 32, são consideradas entidades fechadas aquelas que “*têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária*”. A distinção estabelecida na revogada Lei nº 6.435/77, onde a previsão de “*única finalidade*” (art. 14) dizia respeito apenas às entidades abertas, não mais existe.

Quanto a esse aspecto, o parágrafo único do art. 32 da LC nº 109 é claro: “*é vedada às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76.*”

Em resumo, no período anterior à vigência da LC nº 109 o só fato de uma pessoa jurídica oferecer determinado benefício previdenciário não significaria necessariamente que se tratava de uma entidade de previdência complementar. Da mesma forma, o fato de uma entidade fechada de previdência complementar desenvolver outra atividade, além de executar e operar planos de benefícios, não encontrava óbice legal. Na vigência da LC nº 109, notadamente em razão do disposto no citado art. 32, esta realidade foi completamente alterada: i) a atividade própria das entidades de previdência complementar lhes é exclusiva e, ii) tais entidades, em regra, não podem prestar qualquer outro tipo de serviço.

Não por outro motivo, o Decreto nº 4.942/2003 previu as seguintes infrações cujo teor vale rememorar:

Art. 89. Prestar serviços que não estejam no âmbito do objeto das entidades fechadas de previdência complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até cento e oitenta dias.

[...]

Art. 102. Exercer atividade própria das entidades fechadas de previdência complementar sem a autorização devida da Secretaria de Previdência Complementar, inclusive a comercialização de planos de benefícios, bem como a captação ou a administração de recursos

de terceiros com o objetivo de, direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma.

Penalidade: multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e inabilitação pelo prazo de dois a dez anos.

É de se notar, ademais, que este maior rigor adotado no atual regramento da matéria fica evidente na forma mais analítica como se deu a descrição do já abordado *mercado marginal* (exercício desautorizado de funções próprias de entidade de previdência complementar).

Antes, nos termos do art. 80<sup>7</sup> da Lei nº 6.435/77, havia referência tão-somente à “*pessoa que atu[asse] como entidade de previdência privada*”, o que demandava do aplicador da norma a imprescindível interpretação de outros de seus dispositivos, aptos a fornecer a exata noção do que seria atuar efetivamente como entidade de previdência privada.

Diversamente, o art. 67 da Lei Complementar nº 109/2001 prossegue na descrição da conduta:

*O exercício de atividade de previdência complementar por qualquer pessoa, física ou jurídica, sem a autorização devida do órgão competente, inclusive a comercialização de planos de benefícios, bem como a captação ou a administração de recursos de terceiros com o objetivo de, direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma...*

Nesta nova ótica, constatado o oferecimento de um benefício previdenciário por entidade não autorizada, está caracterizada a infração. O enquadramento da entidade como fechada ou aberta, assim como o caráter primário ou secundário da atividade identificada, passam a ser fatores absolutamente irrelevantes.

Do mesmo modo, o exercício de atividade estranha à administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária por parte de uma entidade fechada de previdência complementar, por si só, configura infração. Ainda que se trate de uma atividade de menor importância, eminentemente secundária, a aplicação de penalidade é medida que se impõe.

Ocorre que o próprio parágrafo único do art. 32, ao trazer a vedação da prática de atividades *atípicas*, ressalva seu alcance em relação à situação tratada no art. 76. Este último dispositivo prevê que

---

7 Art. 80. Qualquer pessoa que atue como entidade de previdência privada, sem estar devidamente autorizada, fica sujeita à multa, nos termos do artigo 78 desta Lei, e à pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos. Se se tratar de pessoa jurídica, seus diretores e administradores incorrerão na mesma pena.

as entidades fechadas que, na data da publicação da LC nº 109/2001, prestavam a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde *poderão continuar a fazê-lo*, desde que estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos separados do plano previdenciário.

É exatamente a compreensão dos estritos limites da ressalva contida no citado art. 76 e o conseqüente impacto na atividade fiscalizatória o ponto chave para que seu exercício esteja em harmonia com os parâmetros legais.

Revela-se imperioso afastar a ideia de que toda e qualquer celeuma envolvendo, de alguma forma, uma EFPC deva ser dirimida pela Previc, sob pena de delimitar-se sua competência em razão das partes envolvidas, quando, na realidade, esta se norteia pela matéria.

Conforme já mencionado nesta abordagem, a Previc deve atuar como entidade de fiscalização e de supervisão das *atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar* operado pelas entidades fechadas de previdência complementar (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.154/2009).

E estas atividades passíveis de fiscalização e supervisão consistem justamente na *administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária*, conforme esclarece o *caput* do art. 32 da Lei Complementar nº 109/2001.

Posto isto, é possível fixar dois parâmetros norteadores. O primeiro deles é que, relativamente a quaisquer outros serviços alheios ao objeto de tais entidades, a atividade fiscalizatória resume-se a uma única linha de atuação: cessar-lhes a prestação por parte das EFPCs, com esteio no parágrafo único do citado art. 32. O segundo é que não compete ao órgão fiscalizador imiscuir-se em questões de mérito, tampouco promover qualquer tipo de mediação ou conciliação no âmbito das relações decorrentes de tais atividades *atípicas*, na medida em que não se subsumem ao conceito de administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

Ao dispor o legislador que, quanto à prestação de serviços assistenciais à saúde, determinadas entidades poderiam *continuar a fazê-lo*, nada mais fez do que afastar tão-somente o primeiro pressuposto anteriormente citado. O segundo, contudo, permanece inabalado.

Desta convergência do disposto nos arts. 32 e 76 é possível extrair uma segunda linha de atuação fiscalizatória em relação aos serviços alheios ao objeto das entidades. Enquanto para as demais atividades *atípicas* a fiscalização cinge-se a cessar-lhes a prestação, no caso específico da assistência à saúde ela se concentra na verificação do cumprimento das condições previstas no art. 76, que podem ser tidas por *requisitos de tolerância* (prestação restrita a participantes e assistidos,

estabelecimento de custeio específico, bem como manutenção de contabilização e patrimônio em separado do plano previdenciário).

Noutras palavras, com relação aos planos assistenciais à saúde, cabe à Previc, quando muito, *tolerá-los*, apenas zelando pela observância das condições legais (art. 76) para a subsistência desta tolerância.

Não se pode admitir, por exemplo, sua intervenção em temas como o custeio de tratamentos ambulatoriais ou prazos de carência para seu usufruto. Além de faltar-lhe a expertise necessária para tanto, estaria a invadir a esfera de competências de estruturas governamentais criadas especificamente para tal fim.

O mesmo raciocínio é aplicável aos programas de assistência financeira em extinção mencionados no § 1º do art. 76.

Não poderia a Previc atuar, por exemplo, em discussões relativas a cláusulas contratuais, anatocismo, entre outras questões do gênero envolvendo tais financiamentos.

## V CONCLUSÃO

Compete à Previc, nos termos de sua lei de criação (Lei nº 12.154/2009), fiscalizar e supervisionar as atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar.

Em atenção ao disposto no *caput* do art. 202 da Constituição Federal, na redação dada pela EC nº 20/98, foi editada a Lei Complementar nº 109/2001 por meio da qual este regime veio a ser disciplinado.

Da análise deste arcabouço normativo, é possível extrair certos elementos indispensáveis à sua caracterização: natureza privada, caráter complementar, autonomia em relação aos regimes de previdência oficial, facultatividade, operação em regime de necessária capitalização, contratualidade e independência da relação de trabalho do participante.

Ocorre que, com certa frequência, o órgão fiscalizador em questão é demandado a atuar diante de situações indevidamente enquadradas como afetas à previdência privada. De modo geral, o recebimento de qualquer benefício *extra*, até mesmo por meios diversos que não a pecúnia, acaba por complementar, mediata ou imediatamente, a renda de um trabalhador. E, quando este se encontra na inatividade, esta renda a ser complementada em regra será proveniente de uma das espécies de aposentadoria previstas no Regime Geral de Previdência Social. Em consequência, o tal benefício *extra* consistirá num complemento desta aposentadoria.

Contudo, dizer que tal fato, por si só, prenuncia a existência de uma relação de previdência complementar é de todo precipitado. O fato é que a

invocação deste caráter complementar próprio de determinado pagamento, por si só, não é suficiente para a caracterização de uma relação de tal espécie. Não de estar presentes os demais elementos caracterizadores.

Além da dificuldade relacionada à compreensão da real natureza de prestações chamadas de complemento de aposentadoria, a correta identificação dos sujeitos da relação também gera controvérsias diretamente relacionadas ao âmbito de atuação da Previc.

Há situações em que a relação jurídica de previdência complementar em si não figura como fator preponderante para atrair a atuação da Previc. O exercício de uma certa atividade por um de seus protagonistas, em princípio fora de seu contexto precípua, pode vir a ter repercussões no âmbito da fiscalização.

É o caso, por exemplo, de entidades fechadas que, muitas vezes por falta de conhecimento de seus dirigentes, se propõem a atuar paralelamente como uma *caixa de assistência* ou instituição congênere, oferecendo benefícios estranhos ao regime, tais quais bolsas de estudo, seguros acidentários, auxílios funerários, entre outros.

Outra situação merecedora de atenção especial por parte da fiscalização consiste no chamado *mercado marginal*.

É que, do mesmo modo que a lei veda o exercício de atividades diferentes por parte das entidades fechadas de previdência, proíbe que outros agentes, inclusive os próprios patrocinadores, exerçam funções que lhes são próprias.

Em suma, ora a Previc é chamada a atuar para impedir o exercício de uma atividade estranha ao sistema por um agente que dele faça parte – no caso, uma entidade fechada de previdência complementar –, ora atua para impedir o exercício de uma atividade própria do regime de previdência complementar por um agente que lhe seja estranho.

Diante desse panorama, é possível eleger a nomenclatura das prestações pagas e os agentes que efetuam tais pagamentos como os principais fatores responsáveis pela falsa percepção da existência de relações de previdência complementar em situações que lhe são absolutamente alheias.

Há casos, por exemplo, de complementações de aposentadoria estipuladas por lei, com recursos oriundos diretamente do orçamento de entes federados. Existem, ainda, pagamentos efetuados diretamente por empregadores, sem a necessária presença de uma entidade fechada de previdência complementar, seja por força de previsão constante do próprio contrato de trabalho, seja em razão de acordos coletivos celebrados com uma determinada categoria de trabalhadores.

Em tais hipóteses, ainda que destinados a complementar uma renda, ditos pagamentos não se revestem de outros elementos integrantes da relação de previdência privada, entre os quais a autonomia em relação à

previdência básica e pública, a natureza facultativa, contratual e privada, assim como a necessária operação em regime de capitalização.

A despeito de estas relações jurídicas não se sujeitarem ao crivo da Previc é relativamente comum a formulação de consultas, denúncias e reclamações por parte de seus envolvidos, solicitando providências da autarquia acerca das mais diversas controvérsias a elas inerentes.

Outra fonte de incertezas relacionadas à atuação da Previc diz respeito à fiscalização excepcional das chamadas atividades atípicas.

Antes da vigência da LC nº 109/01, quando cabia à Lei nº 6.435/77 a tarefa de disciplinar as atividades desenvolvidas por entidades de previdência privada, o só fato de uma pessoa jurídica oferecer determinado benefício previdenciário não significaria necessariamente que se tratava de uma entidade de previdência complementar. Da mesma forma, o fato de uma entidade fechada de previdência complementar desenvolver outra atividade, além de executar e operar planos de benefícios, não encontrava óbice legal.

Na vigência da LC nº 109, notadamente em razão do disposto em seu art. 32, esta realidade foi completamente alterada: a atividade própria das entidades de previdência complementar lhes é exclusiva e tais entidades, em regra, não podem prestar qualquer outro tipo de serviço.

Nesta nova ótica, constatado o oferecimento de um benefício previdenciário por entidade não autorizada pelo órgão competente está caracterizada a infração. O enquadramento da entidade como fechada ou aberta, assim como o caráter primário ou secundário da atividade identificada, passam a ser fatores absolutamente irrelevantes.

Do mesmo modo, o exercício de atividade estranha à administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária por parte de uma entidade fechada de previdência complementar, por si só, configura infração. Ainda que se trate de uma atividade de menor importância, eminentemente secundária, a aplicação de penalidade é medida que se impõe.

Ocorre que a própria lei que trouxe tal proibição do exercício de atividades estranhas previu exceções, ao dispor, em seu art. 76, que as entidades fechadas que, na data de sua publicação, prestassem a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde poderiam continuar a fazê-lo, desde que estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que mantidos a sua contabilização e patrimônio separados em relação ao plano previdenciário.

É exatamente a compreensão dos estritos limites da ressalva contida no citado art. 76 e de seu impacto na atividade fiscalizatória o ponto chave para que seu exercício esteja em harmonia com os parâmetros legais.

E, quanto a esse específico ponto, é possível fixar dois parâmetros norteadores. O primeiro deles é que, relativamente a quaisquer outros

serviços alheios ao objeto de tais entidades, a atividade fiscalizatória resume-se a uma única linha de atuação: cessar-lhes a prestação por parte das EFPC. O segundo é que não compete ao órgão fiscalizador imiscuir-se em questões de mérito, tampouco promover qualquer tipo de mediação ou conciliação no âmbito das relações decorrentes de tais atividades *atípicas*, na medida em que não se subsumem ao conceito de administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

Desta convergência do disposto nos arts. 32 e 76 é possível extrair uma segunda linha de atuação fiscalizatória em relação aos serviços alheios ao objeto das entidades. Enquanto para as demais atividades *atípicas* a fiscalização cinge-se a cessar-lhes a prestação, no caso específico da assistência à saúde ela se concentra na verificação do cumprimento das condições previstas no art. 76, que podem ser tidas por *requisitos de tolerância* (prestação restrita a participantes e assistidos, estabelecimento de custeio específico, bem como manutenção de contabilização e patrimônio em separado do plano previdenciário).

Não se pode admitir, por exemplo, sua intervenção em temas como o custeio de tratamentos ambulatoriais ou prazos de carência para seu usufruto. Além de faltar-lhe a expertise necessária para tanto, estaria a invadir a esfera de competências de estruturas governamentais criadas especificamente para tal fim.

O mesmo raciocínio é aplicável aos programas de assistência financeira em extinção mencionados no § 1º do art. 76.

## REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner (coordenação). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CHAN, B. L.; SILVA, F. L.; MARTINS, G. A. *Fundamentos da Previdência Complementar: da Atuária à Contabilidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PAIXÃO, Leonardo. *A previdência complementar fechada: uma visão geral*. Disponível em: <[http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3\\_081014-111321-983.pdf](http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_081014-111321-983.pdf)>.

PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Modelo, 2011.

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

---

# RELEVÂNCIA, ORGANIZAÇÃO E DESAFIOS DA ATIVIDADE CONSULTIVA NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

*(RELEVANCE, ORGANIZATION AND CHALLENGES OF CONSULTING  
ACTIVITY IN SOCIAL SECURITY)*

---

*Marco Aurélio Ventura Peixoto*

*Advogado da União*

*Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social*

*Professor Honorário da ESA-OAB/PE. Professor de Direito Processual Civil da*

*Faculdade Marista do Recife e da Faculdade Estácio do Recife*

*Especialista em Direito Público pela UnB*

*Mestre em Direito Público pela UFPE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Advocacia Pública e a importância da atividade consultiva; 2 Relevância prática da presença da Advocacia-Geral da União nos Ministérios; 3 Organização da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social; 4 Desafios da atividade consultiva no âmbito da Previdência Social; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objeto destacar a importância e analisar os desafios da atividade consultiva no âmbito do Ministério da Previdência Social. Aborda conceitos da advocacia pública e a relevância da presença da Advocacia-Geral da União nos Ministérios, por meio das respectivas Consultorias Jurídicas. Expõe ainda a organização da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, com suas atribuições e áreas de atuação. Finalmente, discutem-se os desafios da atividade consultiva na Previdência Social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Atividade Consultiva. Desafios. Previdência Social.

**ABSTRACT:** This study's purpose is to highlight the importance and analyze the challenges of consultative activity within the Ministry of Social Welfare. Addresses concepts of public advocacy and relevance of the presence of the Attorney General's Office in the Ministry, through its Legal Consulting. Also exposes the organization of Legal Counsel of the Ministry of Social Security, with its duties and areas of expertise. Finally, we discuss the challenges of consultative activity in Social Security.

**KEYWORDS:** Consulting Activity. Challenges. Social Security.

## INTRODUÇÃO

Nos tempos atuais, em que a Administração Pública, por seus mais variados órgãos e atores, atua com o objetivo de propiciar aos cidadãos uma melhor qualidade de vida, com melhores serviços e políticas públicas duradouras e de qualidade, revela-se inegável a importância prática da Advocacia Pública, notadamente da atividade consultiva desenvolvida pelos advogados públicos, nos mais variados entes.

E essa atividade consultiva se manifesta nas mais distintas facetas, quer na análise prévia dos procedimentos licitatórios, contratos e convênios, quer no estudo e na confecção de atos normativos a serem editados pelo Poder Público, ou mesmo na verificação das sindicâncias e processos administrativo-disciplinares sob julgamento de uma determinada autoridade pública.

Prevista no art. 131 da Constituição Federal de 1988, a Advocacia-Geral da União – AGU – tem por função representar a União, judicial e extrajudicialmente, competindo-lhe ainda as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. A regulamentação do funcionamento da Advocacia-Geral da União se deu por meio da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, que houve por instituir a Lei Orgânica da instituição.

No âmbito da AGU, a atividade consultiva é desempenhada, sob coordenação da Consultoria-Geral da União, por uma Consultoria Jurídica presente em cada Ministério, prestando assessoramento direto aos Ministros de Estado e às demais autoridades do respectivo órgão, e contribuindo, de modo cada vez mais decisivo, para a formulação e para a garantia das políticas públicas.

O objetivo do estudo presente é apresentar a importância dessa atividade consultiva desempenhada pelos advogados públicos, especialmente no que pertine ao órgão consultivo do Ministério da Previdência Social, qual seja, a Consultoria Jurídica junto àquele Ministério, braço da Advocacia-Geral da União.

No capítulo inicial, buscar-se-á realçar a importância, de modo mais genérico, da atividade consultiva em relação à advocacia pública, destacando o papel, as funções, as garantias e os compromissos dos advogados públicos para com a proteção do Erário e a implementação das políticas públicas.

Por sua vez, no capítulo seguinte, tratar-se-á do modo como se dá a presença da Advocacia-Geral da União nos Ministérios, suas vantagens, seus obstáculos e a realidade vivenciada no cotidiano dos advogados e procuradores que desempenham tais funções.

Mais adiante, será abordada a organização, a composição e a divisão de tarefas no âmbito da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, objeto mais detido do presente estudo, expondo-se qual o papel de cada coordenação-geral e em que áreas de atuação se dão as tarefas confiadas aos advogados públicos.

No capítulo final, o objetivo será o de se tratar dos desafios colocados à atividade consultiva no âmbito da Previdência Social, não apenas em relação à Consultoria Jurídica do próprio Ministério, mas também em suas relações de parceria e integração com os demais órgãos dos entes vinculados, como é o caso da Procuradoria Federal Especializada do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e da Procuradoria Federal junto à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC.

## **1 A ADVOCACIA PÚBLICA E A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE CONSULTIVA**

Por muito tempo, a sociedade brasileira desconheceu e até mesmo tratou com preconceito a advocacia pública. Quando se falava em advogado, vinha à mente do homem comum a imagem do advogado privado, portador de inscrição nos registros da Ordem dos Advogados do Brasil, atuante em escritório próprio ou na condição de contratado, na defesa dos interesses de empresas privadas ou de pessoas físicas.

Ignorava-se, pois, que advogados também o eram aqueles que enfrentavam batalhas por vezes até mais árduas que a dos advogados privados, quais fossem, os advogados públicos, que no âmbito federal, estadual, distrital ou municipal, fazem diariamente a defesa, em juízo ou fora dele, dos entes com personalidade jurídica de direito público.

O desmerecimento em relação à advocacia pública, ao longo dos tempos, deveu-se, em grande parte, à falta de estrutura e de organização nos mais diversos entes. Prevalecia o entendimento de que a boa defesa do Erário era o prolongamento indefinido dos processos, seja pelo fato de que a defesa de mérito era deficitária e resultava quase sempre derrotada, seja pelo fato de que a Fazenda somente pagaria suas dívidas muito tempo depois<sup>1</sup>.

No âmbito federal, até a previsão do art. 131 da Constituição Federal de 1988 e a regulamentação por meio da Lei Complementar n. 73/93, a defesa da União em juízo era objeto de atuação do Ministério Público Federal, que se via em posição dúplice, às vezes até tríplice, porque atuava muitas vezes, em um único processo, como autor da ação

1 ANDRETTA JÚNIOR, Homero. Proibidade na Administração da Justiça e na Advocacia Pública: o princípio da eficiência processual. *Debates em Direito Público*. Brasília: Ano 7, n. 7, out. 2008. p. 113.

(na defesa de interesses difusos ou coletivos), como advogado da União (defendendo o polo passivo) e como fiscal da lei (emitindo parecer sobre o que entendia ser a correta aplicação da lei).

Pior que isso, em alguns Estados e na maior parte dos Municípios, até bem pouco, a defesa judicial se fazia por meio de ocupantes de cargos em comissão, sem vínculo ou compromisso com o serviço público ou por escritórios de advocacia terceirizados, contratados mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Felizmente, outra é a realidade, outro é o cenário, outros são os ventos que sopram a favor da advocacia pública nos dias atuais. Ao passo em que todos os Estados da Federação têm suas próprias Procuradorias-Gerais, com carreiras estruturadas e bem organizadas, possuindo inclusive previsão constitucional (art. 132, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98), boa parte dos Municípios mais importantes do país também estruturam Procuradorias Municipais próprias, eliminando a necessidade de contratação terceirizada ou mesmo de ocupantes de cargos em comissão. T tamanha é a importância conferida às procuradorias no âmbito municipal, que já que se encontra em tramitação no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 17/2012), que reconhece e institui a carreira de procurador municipal, inserindo-a no texto constitucional.

Por seu turno, na esfera federal, como dito, a dubiedade que havia quando a defesa judicial da Fazenda Pública era realizada pelo Ministério Público Federal já não mais existe. O texto constitucional de 1988 trouxe a previsão, em seu art. 131, de que a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A atuação da AGU, pelo que se depreende do próprio texto constitucional, a exemplo do que ocorre nos Estados e Municípios que detêm procuradorias próprias, dá-se pela via contenciosa – na defesa dos interesses da Fazenda Pública em juízo, mas também pela consultiva, no desempenho das atividades de assessoramento jurídico ao Poder Executivo.

E esse papel, desempenhado por advogados de carreira, concursados, com independência técnica, revela-se bem diverso do que se havia por observar em outros tempos, quando exercida por ocupantes de cargo em comissão, cujo único compromisso era para com aquele que o nomeou, não se preocupando em demonstrar zelo com o Erário e com a coisa pública.

Quando se tem independência técnica e se é ocupante de cargo de carreira pública, o gestor passa, mas o advogado público, atuante na área consultiva, fica. Busca-se, nessa linha de raciocínio, o exercício de uma

advocacia de Estado e não simplesmente de Governo. O advogado público não se coloca em posição de fragilidade, como sói ocorrer com ocupantes de cargos em comissão. Não está inserido na estrutura da Administração Pública para tão somente legitimar os atos administrativos dos gestores, independentemente de estarem ou não estes eivados de ilegalidade ou imoralidade. Do contrário, é seu papel presente, à luz da lei e dos princípios norteadores do Direito Administrativo, analisar os atos a serem praticados, apontando-lhes os defeitos e sugerindo providências para que venham a ser efetivados com correção, viabilizando a política pública desejada.

Segundo bem ressaltou Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior, há que se afastar o mito de que, de um lado, para os gestores, os advogados públicos são formalistas em excesso e impedem a execução das políticas públicas; e, de outro, para os advogados públicos, importa por de lado a ideia de que somente eles, técnicos do Direito, detêm o monopólio da virtude e da moralidade pública<sup>2</sup>.

De todo modo, e isso é algo que ainda está em construção, urge que o advogado público tenha a consciência de que, não obstante a sua posição de independência em relação à autoridade assessorada, não deve se colocar na posição de adversário. O advogado público deve se ter, acima de tudo, como um parceiro, não necessariamente de tal ou qual dirigente, mas sim um parceiro da Administração Pública. Se há vícios, equívocos, ilegalidades a serem apontadas, que sejam. Mas que não fique nisso. O apontamento do defeito pode impedir a irregularidade, mas pode também inviabilizar a política pública que se pretende implementar. Assim, essa parceria deve ser revelada com o apontamento de caminhos, passos e soluções a serem objeto de opção pelo administrador, a fim de que, com segurança, possa dar efeito aos seus projetos e às obras, serviços e contratações públicas.

É fato, pois, que a Advocacia Pública, cuja função foi consagrada pelo constituinte como essencial ao bom andamento da justiça, tem um vasto escopo no cenário jurídico brasileiro, tendo em conta que a atuação dos seus membros se torna cada vez mais visível, tanto pelo amadurecimento da instituição como pela conscientização dos advogados públicos quanto à sua real função constitucional<sup>3</sup>.

---

2 VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas*: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília, Ano VIII, n. 19, jan./mar. 2009. p. 40.

3 GOMES, Antonio Cavaliere. Da atuação da advocacia pública no contexto brasileiro de ativismo judicial – o exemplo do caso Raposa Serra do Sol. *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília: Ano X, n. 28, abr./jun. 2011. p. 115.

## 2 RELEVÂNCIA PRÁTICA DA PRESENÇA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NOS MINISTÉRIOS

A Advocacia-Geral da União encontra-se estruturada nos termos da Lei Complementar n. 73/93, por seu art. 2º, possuindo como órgãos de direção superior, o Advogado-Geral da União (que tem o seu Gabinete como órgão de assistência direta e imediata), a Procuradoria-Geral da União – PGU e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, a Consultoria-Geral da União, o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União e a Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

Por sua vez, como órgãos de execução, o mesmo dispositivo elenca que são as Procuradorias Regionais da União e as da Fazenda Nacional e as Procuradorias da União e as da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal e as Procuradorias Seccionais destas; a Consultoria da União, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior das Forças-Armadas.

Há, pois, uma divisão de funções estabelecida para ditos órgãos, no seio desta instituição. Cumpre à Procuradoria-Geral da União e, por conseguinte, às Procuradorias Regionais, Procuradorias da União nos Estados e às Procuradorias Seccionais da União a defesa e a representação judicial da União perante os órgãos da Justiça Federal, inclusive nos tribunais superiores, ressalvada a competência do próprio Advogado-Geral da União para atuação junto ao Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, como já estatuído na Constituição Federal e replicado na aludida Lei Orgânica, cumpre à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, às Procuradorias-Regionais, às Procuradorias da Fazenda Nacional nos Estados e às Procuradorias Seccionais da Fazenda Nacional apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial; representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário; examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial; e representar a União nas causas de natureza fiscal. A PGFN vive uma situação de duplicidade no que toca à subordinação, visto que é subordinada administrativamente ao Ministro de Estado da Fazenda, e tecnicamente ao Advogado-Geral da União.

Realce-se que, não obstante inexistir expressa previsão da Procuradoria-Geral Federal – PGF como integrante formal da estrutura da AGU na Lei Complementar n. 73/93, esta foi criada pela Lei n. 10.480,

de 02 de julho de 2002, como ente vinculado à Advocacia-Geral da União. À PGF compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

À Corregedoria-Geral da AGU compete a fiscalização das atividades funcionais dos seus respectivos membros, a realização de correições nos órgãos jurídicos, a apreciação de representações relativas à atuação dos membros da AGU, dentre outras atribuições. De outra sorte, ao Conselho Superior da AGU, órgão colegiado de deliberação, que conta inclusive com representantes eleitos das carreiras, compete propor, organizar e dirigir os concursos de ingresso, organizar listas de promoção e remoção e decidir sobre a confirmação no cargo ou exoneração dos membros.

Mas, e a atividade consultiva? Esta fica a cargo, a nível central, da Consultoria-Geral da União, a quem incumbe colaborar com o assessoramento jurídico ao Presidente da República, na produção de pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo Advogado-Geral da União. Nos Estados, o assessoramento dos órgãos federais é feito, também de forma centralizada, pelas Consultorias Jurídicas da União (CJU's) – antigos Núcleos de Assessoramento Jurídicos (NAJ's) –, que se responsabilizam pela confecção de pareceres e informações estritamente aos órgãos da Administração Pública Federal direta que se localizem na respectiva jurisdição.

No entanto, o maior trabalho da atividade consultiva ocorre mesmo no âmbito dos Ministérios e nas Secretarias da Presidência da República que possuam este status. Atualmente, a Administração Federal conta com 39 (trinta e nove) Ministérios e, em cada um destes, há uma estrutura da Advocacia-Geral da União, que são exatamente as Consultorias Jurídicas. Ditas Consultorias Jurídicas, nos termos do art. 11 da Lei Complementar n. 73/93, têm por função assessorar os Ministros de Estado; exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União; elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo; assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua

coordenação jurídica; e examinar, prévia e conclusivamente, os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados e os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

E é inegável a importância prática da presença da AGU em cada Ministério. Se a atividade consultiva de todos os Ministérios estivesse concentrada e centralizada na Consultoria-Geral da União, certamente as demandas demorariam bem mais para serem analisadas, bem como haveria o comprometimento no aspecto das relações do órgão jurídico com as autoridades, assim como também no tocante à especialização de matérias.

Da forma em que se está organizado, há a presença da AGU na estrutura de cada pasta ministerial, inclusive com a lotação permanente de advogados públicos, com o objetivo de prestar, de modo mais direto e efetivo, o assessoramento aos Ministros, Secretários-Executivos e demais autoridades daquela pasta, contribuindo ativamente na formulação, defesa e implementação das políticas públicas.

Na estrutura das Consultorias Jurídicas dos Ministérios, algumas atividades são mais frequentemente demandadas. Dentre elas, pode-se destacar a análise prévia dos editais de licitação, contratos e congêneres, bem como os atos pelos quais se vá reconhecer a dispensa ou a inexigibilidade de licitação. Não fosse a atuação séria e coesa dos advogados públicos, certamente seriam mais frequentes as licitações viciadas, dirigidas e em contraposição aos mais basilares princípios do Direito Administrativo. As manifestações dos advogados públicos, nesses casos, contribuí muito para cercear subjetivismos, limitar a discricionariedade do administrador e impedir vícios que acabariam tornando o procedimento vulnerável à corrupção<sup>4</sup>. As Consultorias Jurídicas conseguem apontar, com antecedência, os equívocos em tais situações, permitindo-se assim ao administrador o saneamento dos procedimentos, com vistas à adequação aos termos da lei.

Ademais, também de suma importância, no que toca à atuação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios, é a análise prévia e, muitas vezes até mesmo a confecção, dos instrumentos normativos, como projetos de lei, decretos, medidas provisórias, portarias, resoluções e instruções normativas. A atuação dos advogados públicos, ao analisarem instrumentos normativos, acaba por contribuir até mesmo para a própria proteção de direitos fundamentais, impedindo a edição de atos que os contrariem ou que façam restrições descabidas, que atinjam o seu núcleo

4 SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. *Revista da Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília: Ano VIII, n. 20, abr./jun. 2009. p. 87.

essencial<sup>5</sup> Não fosse a competente atuação dos advogados públicos, certamente seriam ignorados vícios de inconstitucionalidade formal ou material, ilegalidade e tantos outros defeitos que podem macular a aplicação e a interpretação das normas no sistema jurídico brasileiro.

Os órgãos consultivos servem ainda como importante elo de ligação entre as respectivas pastas ministeriais em que se inserem e os órgãos que atuam na defesa da União em juízo. Diariamente, em função das demandas judiciais ajuizadas pela e especialmente contra a União, em todo o território nacional, as Procuradorias da União necessitam solicitar elementos de fato e de direito que possam embasar os argumentos a serem utilizados nas peças judiciais. E as Consultorias Jurídicas nos Ministérios fazem exatamente essa tarefa de, junto às mais diversas secretarias e departamentos de um ministério, solicitar, obter e interpretar essas informações, municiando o advogado público atuante no contencioso para que melhor faça a defesa da União no processo judicial.

Por essas razões, revela-se inquestionável a importância prática da presença da AGU em cada Ministério. Mesmo se levando em conta o tamanho da máquina pública, e a natural complexidade que é atuar no assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal, a atuação da AGU nos Ministérios tem contribuído, de modo cada vez mais decisivo, para uma administração mais proba e para a implementação mais eficiente das políticas e das ações públicas.

### **3 ORGANIZAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Como não poderia ser diferente, a organização e o quantitativo de advogados/procuradores lotados é diverso em cada Consultoria Jurídica, até mesmo porque cada Ministério tem sua particularidade e diversidade na quantidade e na complexidade das demandas submetidas aos seus respectivos órgãos de assessoramento jurídico.

No âmbito da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, a estrutura é atualmente regida pelo Decreto n. 7.078, de 26 de janeiro de 2010, que aprovou a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e de funções gratificadas do Ministério da Previdência Social.

O art. 6º do anexo I do aludido decreto prevê que à Consultoria Jurídica, órgão setorial da Advocacia-Geral da União, compete assessorar o Ministro de Estado em assuntos de natureza jurídica;

5 ALMEIDA, Lilián Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos direitos fundamentais. *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília: Ano XI, n. 32, abr./jun. 2012. p. 42.

exercer a coordenação das atividades jurídicas do Ministério; exercer a supervisão das atividades jurídicas das entidades vinculadas; fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a serem uniformemente seguidos em sua área de atuação e coordenação, quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União; elaborar estudos e preparar informações, por solicitação do Ministro de Estado; assistir o Ministro de Estado no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ele praticados ou já efetivados e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, os textos de edital de licitação, assim como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados, bem como os atos pelos quais se vão reconhecer os casos de dispensa e as situações de inexigibilidade; e cumprir e fazer cumprir a orientação normativa emanada da Advocacia-Geral da União, nos termos da lei.

O detalhamento das atividades da Consultoria Jurídica, por sua vez, está estatuído em seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria n. 751, de 29 de dezembro de 2011, em seu Anexo III. Em tal regimento, consta a disciplina das competências e atribuições de cada coordenação-geral da Consultoria Jurídica, bem como a forma por meio do qual a Consultoria Jurídica será provocada e responderá às consultas que eventualmente lhe forem dirigidas.

As consultas dirigidas à Consultoria Jurídica são encaminhadas pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Executivo, pelos Secretários, Subsecretários, Diretores de Departamento e Chefe de Gabinete do Ministro, ou mesmo por seus substitutos eventuais, devidamente autuados em processo administrativo e instruídos com uma exposição clara do assunto, manifestação da área técnica e descrição do objeto de indagação jurídica, sendo facultado à Consultoria Jurídica restituir à origem os processos insuficientemente preparados pelo órgão responsável.

Atualmente, há três coordenações gerais na Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, quais sejam, a Coordenação-Geral de Direito Previdenciário, a Coordenação-Geral de Direito Administrativo e a Coordenação-Geral de Processo Administrativo-Disciplinar.

Compete à Coordenação-Geral de Direito Previdenciário, nos termos do art. 4º do Anexo III da citada portaria, assessorar o Consultor Jurídico na orientação dos dirigentes dos órgãos do Ministério e das entidades vinculadas, em questões jurídicas de natureza previdenciária; coordenar, orientar e revisar a emissão de pareceres em matéria previdenciária, a serem submetidos à aprovação do Consultor Jurídico;

examinar Projetos de Lei, de Medida Provisória, de Decreto e outros atos normativos que envolvam matéria previdenciária, inclusive no que se refere a convenções, tratados e demais atos normativos internacionais; coordenar e orientar a preparação de informações a serem prestadas em Juízo ou à Advocacia-Geral da União para defesa da União, em sua área de competência; e elaborar estudos sobre temas previdenciários, por solicitação do Consultor Jurídico.

Já à Coordenação-Geral de Direito Administrativo compete, conforme o art. 7º, assessorar o Consultor Jurídico na orientação dos dirigentes dos órgãos do Ministério e das entidades a ele vinculadas em questões jurídicas de legislação de pessoal, licitações, contratos, convênios e outros instrumentos congêneres; coordenar, orientar e revisar a emissão de pareceres em matéria administrativa, a serem submetidos à aprovação do Consultor Jurídico; examinar projetos de atos normativos que envolvam matéria de sua competência; coordenar e orientar a preparação de informações a serem prestadas à Advocacia-Geral da União e ao Poder Judiciário para defesa da União, em sua área de competência; manifestar-se sobre a legalidade das justificativas para os casos de dispensa e para as situações de inexigibilidade de licitação; elaborar estudos sobre temas de direito administrativo, por solicitação do Consultor Jurídico; e examinar as propostas de regimentos internos do Ministério e das entidades vinculadas.

Por sua vez, à Coordenação-Geral de Processo Administrativo Disciplinar cabe assessorar o Consultor Jurídico na orientação dos dirigentes dos órgãos do Ministério e das entidades a ele vinculadas em questões jurídicas de natureza disciplinar; coordenar, orientar e revisar a emissão de pareceres e de informações em matéria disciplinar a serem submetidos à aprovação do Consultor Jurídico; pronunciar-se sobre a legalidade de procedimentos administrativos disciplinares e de sindicância, pedidos de reconsideração e revisão, recursos hierárquicos e outros atos administrativos disciplinares a serem decididos pelo Ministro da Previdência Social ou outras autoridades competentes do Ministério; coordenar e orientar a preparação de informações a serem prestadas à Advocacia-Geral da União e ao Poder Judiciário para defesa da União, em sua área de competência; coordenar o exame de ordens e sentenças judiciais relativas à matéria disciplinar e orientar quanto ao seu exato cumprimento; elaborar e examinar portarias e outros atos que tratem de matéria disciplinar, a serem assinados pelo Ministro ou outras autoridades competentes do Ministério; e elaborar estudos e preparar informações, por solicitação do Consultor Jurídico.

Há uma plena delimitação da especialização técnica em cada coordenação-geral, a fim de que as matérias, tão logo cheguem à Consultoria Jurídica, sejam distribuídas pelo Consultor Jurídico a uma das coordenações-gerais, de modo a serem redistribuídas pelos respectivos coordenadores-gerais a um dos advogados/procuradores lá lotados, obedecendo a critérios quantitativos, mas também de experiência e conhecimento em determinadas questões jurídicas. Uma vez confeccionados os pareceres – que rotineiramente são previamente discutidos em equipe ainda na fase de elaboração –, estes são submetidos aos respectivos coordenadores temáticos e, em sequência, aos coordenadores-gerais para que, após aprovação destes, sejam submetidos à análise e aprovação do Consultor Jurídico do Ministério.

Em função da independência técnica possuída por cada Advogado/Procurador, ainda que haja qualquer tipo de discordância por parte dos Coordenadores-Gerais ou do Consultor Jurídico em relação à fundamentação ou conclusão do parecer, assegura-se que este fique nos autos, nos exatos termos elaborados, de modo que a discordância – situação rara na Consultoria Jurídica da Previdência Social, diga-se de passagem – deverá ser justificada em despacho apartado.

Como bem lembram Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Torres, a discordância ou a complementação, expressa pelo superior hierárquico quanto à manifestação jurídica do subordinado, apoiada por lições da doutrina e pela jurisprudência dos tribunais judiciais e/ou de contas, é salutar por consignar a existência de questão duvidosa ou controvertida e a variação de entendimento jurídico em relação a ela, possibilitando-se ao gestor público conhecê-las na tomada de decisão<sup>6</sup>.

Ressalte-se, por fim, que nos termos do previsto no art. 42 da Lei Complementar n. 73/93 e no art. 19 do Regimento Interno da Consultoria Jurídica, os pareceres aprovados pelo Ministro de Estado da Previdência Social obrigatoriamente vinculam o entendimento jurídico no âmbito do Ministério, assim como também dos órgãos subordinandos e das entidades vinculadas. Essa faculdade tem sido bem utilizada no âmbito da Previdência Social, porque é vista como uma importante ferramenta de redução da litigiosidade e da uniformização de entendimentos na aplicação das normas previdenciárias, notadamente dada a capilaridade de um dos seus órgãos vinculados, no caso, o Instituto Nacional do Seguro Social. Em regra, abre-se amplo debate entre os mais variados setores, órgãos e departamentos envolvidos, colhendo-se impressões e opiniões, a fim de se construir um

6 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade da Assessoria Jurídica no Processo Administrativo das Licitações e Contratações. *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília: Ano X, n. 29, jul./set. 2011. p. 140-141.

parecer normativo que efetivamente retrate o ânimo da pasta ministerial em relação a um determinado tema dotado de maior sensibilidade.

#### **4 DESAFIOS DA ATIVIDADE CONSULTIVA NO ÂMBITO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Não são poucos e nem pequenos os desafios da atividade consultiva no âmbito da Previdência Social. Trata-se, sem dúvida, de uma das mais sensíveis áreas da Administração Federal, como o são também a saúde e os transportes.

Um dos maiores desafios, sem dúvida, reside na análise dos inúmeros processos administrativo-disciplinares, em razão da competência do Ministro de Estado para demitir servidores do Instituto Nacional do Seguro Social. Segundo dados da Controladoria-Geral da União – CGU, no ano de 2012, o Ministério da Previdência Social respondeu por aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) das demissões na Esplanada dos Ministérios. Com o fortalecimento dos instrumentos de controle e investigação, e como fruto das parcerias com a própria CGU e com o Departamento de Polícia Federal, cada vez mais são identificadas fraudes na concessão de benefícios previdenciários, acarretando na conseguinte apuração em sede administrativa e levando muitas vezes à proposta de demissão de servidores.

Ademais, o deficitário sistema previdenciário, quer no regime geral, quer nos regimes próprios, leva à constante necessidade de alterações normativas, demandando a vigilância e a atenção permanente da Consultoria Jurídica, participando de reuniões, grupos de trabalho, oficinas e analisando diariamente dezenas de minutas de projetos de emendas constitucionais, leis, decretos, portarias, dentre outros atos.

Como se não bastasse, muito embora as demandas contra a União (administração direta), em matéria previdenciária, não representem o maior quantitativo das ações em curso na Justiça Federal, o INSS, autarquia vinculada ao MPS, é o maior litigante, quer da Justiça Federal (43,12%), quer do Poder Judiciário como um todo (22,33%), conforme dados do ano de 2011, do Conselho Nacional de Justiça<sup>7</sup>. Sendo assim, como o Ministério da Previdência Social é o responsável pela formulação das políticas previdenciárias, indiretamente cumpre a ele contribuir para a redução da litigiosidade.

Nesse aspecto, aliada à já citada colaboração na confecção de atos legais e infra-legais, os pareceres normativos, assegurados pelo art. 42 da

7 100 Maiores Litigantes – Conselho Nacional de Justiça. Brasília: março de 2011. Disponível em: <[www.s.conjur.com.br](http://www.s.conjur.com.br)>. Acesso em: 01 out. 2013.

Lei Complementar n. 73/93, representam importante ferramenta para se uniformizar a atuação dos vários órgãos da Previdência Social no país e, em especial, para se reduzir a propositura de ações contra o INSS. Apenas nesta atual gestão, iniciada em janeiro de 2011, o Ministro da Previdência Social aprovou nove pareceres da Consultoria Jurídica, a maior parte deles sobre regime geral de previdência social, e que foram construídos com ampla discussão no âmbito desta pasta ministerial.

Finalmente, importa realçar que, para que se tenha um assessoramento de qualidade, tanto melhor que os órgãos jurídicos que atuem na área da Previdência se integrem. E isto tem acontecido com frequência, já que a Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social e as Procuradorias Federais do INSS e da PREVIC têm mantido freqüentes contatos, quer telefônicos, quer virtuais, quer presenciais em reuniões, oficinas, encontros ou seminários, compartilhando experiências e unindo esforços em prol de um fim comum.

Não são poucos os desafios, mas não é pequena a disposição. Ainda que não se tenha o quantitativo de Advogados ideal, o comprometimento da equipe, aliada à qualidade das manifestações que são produzidas, revela a certeza de que a atividade consultiva, no âmbito da Previdência Social, continuará sendo bem desempenhada por muito tempo.

## 5 CONCLUSÃO

Como se pôde depreender ao longo deste estudo, não há como se escapar à importância prática da atividade consultiva dos advogados públicos, manifestada na análise prévia dos procedimentos licitatórios, contratos e convênios, no estudo e na confecção de atos normativos a serem editados pelo Poder Público e na verificação das sindicâncias e processos administrativo-disciplinares sob julgamento.

A Advocacia-Geral da União, como sabido, tem sua atividade consultiva coordenada pela Consultoria-Geral da União, apresentando uma Consultoria Jurídica em cada Ministério, a fim de assessorar diretamente os Ministros de Estado e as demais autoridades do respectivo órgão, e contribuindo para a formulação e para a garantia das políticas públicas.

Neste estudo, além do destaque necessário para a importância da atividade consultiva no âmbito dos Ministérios, apresentou-se a organização, a composição e a divisão de tarefas no âmbito da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, esclarecendo-se os papéis e as atribuições de cada setor.

Desafios, pois, não faltam aos órgãos que desempenham o consultivo no âmbito da Previdência, em especial no que pertine à redução de demandas,

por ser o INSS o maior litigante da Justiça Brasileira. É de se pensar que a utilização de ferramentas como os pareceres normativos, aliada à crescente integração entre os advogados públicos e respectivos órgãos consultivos, apresentem como produto final uma atuação mais uniforme e, em especial, o atendimento do fim maior da Administração, que é o interesse público.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos direitos fundamentais. *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília: Ano XI, n. 32, abr./jun. 2012.

ANDRETTA JÚNIOR, Homero. Proibição na Administração da Justiça e na Advocacia Pública: o princípio da eficiência processual. *Debates em Direito Público*. Brasília: Ano 7, n. 7, out. 2008.

GOMES, Antonio Cavaliere. Da atuação da advocacia pública no contexto brasileiro de ativismo judicial – o exemplo do caso Raposa Serra do Sol. *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília: Ano X, n. 28, abr./jun. 2011.

HAUSHILD, Mauro Luciano; GUEDES, Jefferson Carús; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (coord). *Conclusões do II Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado*. Brasília: IP, 2011.

MACEDO, Rommel. *A Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTR, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade da Assessoria Jurídica no Processo Administrativo das Licitações e Contratações. *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília: Ano X, n. 29, jul./set. 2011.

SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília: Ano VIII, n. 20, abr./jun. 2009.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília, Ano VIII, n. 19, jan./mar./2009.



Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional  
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília – DF  
Tiragem: 1.500 exemplares