

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Carlos Renato Lonel Alva Santos

**A relação da previdência privada fechada
com a assistência à saúde**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2020

Carlos Renato Lonel Alva Santos

**A relação da previdência privada fechada
com a assistência à saúde**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Previdenciário, sob a orientação do Prof. Dr. Wagner Balera.

**São Paulo
2020**

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos a reprodução total ou parcial desta Dissertação de mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: 28/10/2020

E-mail: carloslonel@adv.oabsp.org.br

S532

Santos, Carlos Renato Lonel Alva.

A relação da previdência privada fechada com a assistência à saúde. – São Paulo: [s.n.], 2020.

155 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-graduados em Direito, 2020.

Orientador: Prof. Dr. Wagner Balera

1. Previdência privada. 2. Saúde suplementar. 3. Contrato de previdência privada. 4. Autogestão em saúde. I. Balera, Wagner. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-graduados em Direito. III. Título.

CDD 340

Carlos Renato Lonel Alva Santos

**A relação da previdência privada fechada
com a assistência à saúde**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Previdenciário, sob a orientação do Prof. Dr. Wagner Balera.

BANCA EXAMINADORA

*À Isabela, pequerruchinha, que me
faz amar grandemente.*

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não teria se concretizado se não fossem Alexandra Leonello Granado, Diretora Presidente do Metrus – Instituto de Seguridade Social e Janaina Schoenmaker, Conselheira do Metrus, a quem agradeço a oportunidade que me foi conferida, de percorrer os trilhos da previdência privada, quando pensaram em mim para agregar os trabalhos do Metrus e, com isso, colaborar com o desafio imposto à Alexandra, no início de 2016, de conduzir os trabalhos dessa Entidade Fechada de Previdência Privada, à época, presidindo o seu Conselho Deliberativo.

Também merece meus agradecimentos Cicera Simoneide Figueiredo Carvalho que, à frente da gestão corporativa do Metrus, incentivou a minha qualificação profissional, endossada pelo então Diretor Presidente Rubens Pimentel Scaff Júnior, a quem também agradeço, não só pelo endosso, mas também pela compreensão de algumas ausências matutinas do assessor jurídico do Instituto, decorrentes do cumprimento de créditos do curso.

Devo gratidão a Cesar Augusto Alckmin Jacob, que também influenciou no meu contato com a previdência privada, ao me integrar à sua equipe junto à patrocinadora do Metrus, a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô.

Agradeço a Fábio Barbalho Leite. Foi como seu aluno na graduação e como seu estagiário e sócio na advocacia que consegui extrair ensinamentos fundamentais para a minha carreira profissional de advogado. Também agradeço a Léo Meirelles do Amaral, pelas sólidas amizade e parceria ao longo desses anos.

Meus agradecimentos ao Professor Daniel Pulino, que iniciou a minha orientação, transmitindo conhecimento e experiência.

Também aos amigos que fiz no mestrado, Fabio Vinicius Maia (que semanalmente me dava carona, ao final das aulas), Guilherme Casado Gobetti de Souza (apoiou-me com importantes palpites para nortear este trabalho), Rômulo Saraiva (que me ofertou palavras de apoio em momentos de angústia) e Ronaldo Guimarães Gallo, a quem agradeço juntamente com a Professora Ana Paula Oriola de Raeffray porque ambos, gentilmente, me envolvem em projetos e também em eventos em prol do sistema de previdência privada.

Agradeço ao Professor Ionas Deda Gonçalves pela oportunidade de ter estagiado ao seu lado na atividade docente.

Sou grato aos Professores Miguel Horvath Júnior e Eduardo Dias de Souza Ferreira pelas valorosas contribuições ao trabalho, por meio das críticas e sugestões lançadas durante a banca de qualificação.

Ao meu Orientador, Professor Wagner Balera, agradeço pela orientação tranquila e substancial, também por ter ministrado aulas com maestria ímpar e, ainda, principalmente, por toda a sua produção acadêmica, de alta carga de intelectualidade jurídica e cultural, a qual, durante a minha pesquisa, por diversas vezes, proporcionou reflexão salutar para o meu amadurecimento profissional e como homem de bem.

Encerro agradecendo à minha família, desculpando-me pelo abandono momentâneo.

SANTOS, Carlos Renato Lonel Alva. *A relação da previdência privada fechada com a assistência à saúde*. 2020. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

A pretensão desta dissertação de mestrado é a de enxergar, por meio do ordenamento jurídico, uma relação de complementaridade recíproca entre a previdência privada fechada e a assistência à saúde. O objetivo é demonstrar que o Sistema de Seguridade Social – muito bem ensinado pelo Professor Wagner Balera, em obra que leva esse nome –, é constitucionalmente tão coeso que permite admitir uma interdependência entre a atividade de previdência privada fechada e a atividade de assistência à saúde, para fins de se aumentar a proteção social do participante. Será feito um breve enquadramento do Sistema de Seguridade Social para que a relação dos institutos ventilados neste estudo seja corroborada. Portanto, o desafio da dissertação será o de demonstrar a pertinência jurídica dessa relação, à luz do artigo 194 da Constituição Federal de 1988, sobretudo considerando o bem-estar do ser humano “participante” dos planos de benefícios previdenciários ou “beneficiário” dos planos assistenciais à saúde. O trabalho foi elaborado partindo do direito posto, ou seja, do ordenamento jurídico vigente, com análise de doutrina, aplicando-se os métodos de raciocínios lógicos dialético e hipotético-dedutivo no curso da pesquisa científica, além da própria hermenêutica jurídica para interpretar as normas jurídicas. A jurisprudência não foi considerada por inexistir formação neste tema. Com efeito, a relação entre as atividades de previdência privada fechada e de saúde suplementar ainda não ensejou controvérsia a ponto de se valer do Poder Judiciário para fins de resolução. A conclusão comprovará o acerto do raciocínio de se concluir pela razoabilidade da execução dessas duas atividades em função da afinidade de ambas, à luz do interesse do participante dos planos de benefícios.

Palavras-chave: previdência privada; saúde suplementar; contrato de previdência privada; participante; direito social; proteção social; Entidade Fechada de Previdência Privada; autogestão em saúde.

SANTOS, Carlos Renato Lonel Alva. *The closed private pension's relation with the health care*. 2020. 155 f. Dissertation (Master's degree) – Pontifical Catholic University of São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

This masters' dissertation claims to see, through the legal order, a relation of reciprocal complementarity between the closed private pension and the health care. The aim is to demonstrate that the Social Security System – very well taught by Teacher Wagner Balera, in an oeuvre that bears that name – is constitutionally so cohesive that allows admitting an interdependence between the closed private pension activity and health care activity, for the purpose of increasing the participant's social protection. A brief framework of the Social Security System will be done so that the relation of the ventilated institutes in this study be corroborated. Therefore, the dissertation's challenge is to demonstrate the legal pertinence of this relation, in light of Article 194 of the Federal Constitution, withal considering the human being's welfare "participant" of the pension benefit plans or "beneficiary" of health care plans. The work was elaborated starting from the right post, i.e., from the current legal order, with doctrine analysis, applying the dialectical logical reasoning methods and hypothetical-deductive in the course of scientific research, beyond the legal hermeneutics itself to interpret the legal standards. The jurisprudence was not considered because there is no existing formation of this theme. In fact, the relation between the activities of closed private pension and supplementary health has not yet given rise controversy to the point of taking advantage of Judiciary for resolution purposes. The conclusion will prove that the reasoning of concluding by the reasonableness of those two activities' execution due to the affinity of both was correct, in the light of the interest from the benefit plans' participant.

Keywords: private pension; supplementary healthcare; supplementary pension plan; pension fund participant; social rights; social protection; pension fund; self-management in health.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRAPP	Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar
ANS	Agência Nacional de Saúde
Art.	Artigo
BD	Plano de Benefício Definido
CAPESESP	Capesesp – Caixa de Previdência e Assistência dos Servidores da Fundação Nacional de Saúde
CC	Código Civil
CD	Plano de Contribuição Definida
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal de 1988
CGPC	Conselho de Gestão da Previdência Complementar
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNPC	Conselho Nacional de Previdência Complementar
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CONSU	Conselho de Saúde Suplementar
CPC	Código de Processo Civil
CRM	Conselho Regional de Medicina
CRO	Conselho Regional de Odontologia
CRPC	Câmara de Recursos da Previdência Complementar
CV	Plano de Contribuição Variável
DL	Decreto-Lei
EAPC	Entidade Aberta de Previdência Complementar
EAPP	Entidade(s) Aberta(s) de Previdência Privada

EC	Emenda Constitucional
ECONOMUS	Economus – Instituto de Seguridade Social
EFPC	Entidade Fechada de Previdência Complementar
EFPP	Entidade(s) Fechada(s) de Previdência Privada
EPC	Entidade de Previdência Complementar
FUNCEF	Fundação dos Economiários Federais - FUNCEF
FUNCESP	Fundação CESP
LC	Lei Complementar
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
METRUS	Metrus - Instituto de Seguridade Social
OABPREV-SP	Fundo de Pensão Multipatrocinado da Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil e da CAASP – Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo – OABPREV-SP
PETROS	Fundação Petrobras de Seguridade Social (Petros)
PGA	Plano de Gestão Administrativa
PL	Projeto de Lei
PLP	Projeto de Lei Complementar
POSTALIS	Instituto de Previdência Complementar
PREVIC	Superintendência Nacional de Previdência Complementar
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
RN	Resolução Normativa
SABESPREV	Fundação Sabesp de Seguridade Social - Sabesprev
SPC	Secretaria de Previdência Complementar
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1 - O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	17
1.1 Breves reflexões sobre o conceito de sistema	17
1.2 Contextualizando a Ordem Social	24
1.2.1 O objetivo de promover bem-estar social	26
1.2.2 Alcance da justiça social	27
1.3 Compreendendo o Sistema de Seguridade Social	30
1.3.1 A expressão “conjunto integrado de ações”	31
1.3.2 Os Poderes Públicos responsáveis pela operação do Sistema de Seguridade Social	33
1.3.2.1 O Poder Executivo e suas atividades voltadas para o Sistema de Seguridade Social	35
1.3.2.2 O Poder Legislativo e o Sistema de Seguridade Social	40
1.3.2.3 O Poder Judiciário e o Sistema de Seguridade Social	43
1.3.3 O papel da sociedade no Sistema de Seguridade Social	46
1.3.3.1 A sociedade e a diversidade da base de financiamento da Seguridade Social (CF, art. 194, parágrafo único, VI), as modalidades de planos oferecidos por EFPP	48
1.3.3.2 O caráter democrático e descentralizado da gestão da Seguridade Social (CF, art. 194, VII). Os órgãos colegiados que ditam políticas públicas da previdência privada (CNPB) e da saúde suplementar (CONSU)	54
1.3.3.3 Demais formas de participação da sociedade na Seguridade Social	59
1.4 O direito social à saúde suplementar	62
1.4.1. A saúde suplementar oferecida na modalidade de autogestão, por operadoras de planos de saúde	65

1.5 O direito social à previdência privada.....	72
1.5.1. Características constitucionais da previdência privada	74
CAPÍTULO 2 - AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA	82
2.1. Conceito e características de Entidade Fechada de Previdência Privada	82
2.1.1 Da finalidade exclusiva de fazer gestão de planos de benefícios de natureza previdenciária. Segregação de atividade de previdência privada e vedação da prestação de serviço assistencial à saúde	83
2.1.2. Características da Entidade Fechada de Previdência Privada que presta serviço de assistência à saúde desde antes da edição da LC 109/01 ...	84
2.1.3. A nova redação do art. 194, VI da CF, alterado pela Emenda Constitucional 103/2019. Rubricas contábeis específicas para as receitas e despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência. Aplicação aos sistemas de previdência privada fechada e de saúde suplementar	87
2.1.4. Dos órgãos de governança da EFPP	89
2.2. Diferenças regulatória e legal da EFPP em relação à Entidade Aberta de Previdência Privada	92
CAPÍTULO 3 - A PESSOA HUMANA PARTICIPANTE	99
3.1 O participante de planos de benefícios previdenciários da Entidade Fechada de Previdência Privada	101
3.2 O assistido de planos de benefícios previdenciários da Entidade Fechada de Previdência Privada	103
3.3 O beneficiário de planos de benefícios previdenciários da Entidade Fechada de Previdência Privada	106
3.4 O beneficiário de planos assistenciais à saúde oferecidos por Entidade Fechada de Previdência Privada	107
CAPÍTULO 4 - AS ATIVIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E DE SAÚDE SUPLEMENTAR NA SOCIEDADE DE RISCO	114
4.1. Delimitando o conceito de sociedade de risco, sob a óptica de Ulrich Beck...	115
4.2. A previdência privada na sociedade de risco	120
4.3. A saúde suplementar na sociedade de risco.....	125

4.4. A proteção do risco saúde por meio de atuação da EFPP e a minoração dos riscos previdenciários do participante integrante da sociedade de risco	127
--	-----

CAPÍTULO 5 - A RELAÇÃO DA PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA COM A ASSISTÊNCIA À SAÚDE 129

5.1. O conteúdo do artigo 76 da Lei Complementar 109/2001	129
---	-----

5.2. O artigo 76 da LC 109/01. Análise sobre a possibilidade de adesão apenas à atividade assistencial à saúde.....	137
---	-----

5.3. O ordenamento jurídico sob a óptica de Hans Kelsen e o sopesamento dos artigos 32, <i>caput</i> e parágrafo único e 76 da LC 109/01 com a Constituição Federal de 1988	139
---	-----

5.4. Efeitos pragmáticos da não conformidade constitucional do artigo 32, <i>caput</i> e parágrafo único e art. 76 da Lei Complementar. Dificuldade para o acesso à proteção social	142
---	-----

CONCLUSÃO 147

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 150

INTRODUÇÃO

A previdência privada é uma conquista do trabalhador. No Brasil, os fundos de pensão são administrados por Entidades Fechadas de Previdência Privada. Nas décadas de 1970, 1980 e 1990 muitas entidades foram constituídas por empresas públicas e sociedades de economia mista (PETROS, FUNCEF, POSTALIS, FUNCESP – atual VIVEST –, METRUS, SABESP, REAL GRANDEZA etc.), e algumas trouxeram no bojo de suas atividades outras além da previdência, tais como atividades assistenciais, inclusive à saúde.

Vem crescendo o número de Entidades Fechadas de Previdência Privada constituídas por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial. A OABPREV-SP é um caso de sucesso, constituída inicialmente pela Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil e da CAASP – Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo, hoje conta com mais 8 Seccionais da OAB e suas Caixas de Assistência (Bahia, Alagoas, Amazonas, Ceará, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe).

Algumas entidades mais antigas (METRUS, FUNCESP – atual VIVEST –, Fundação COPEL, CAPESESP, ECONOMUS, REAL GRANDEZA, dentre outras) constituídas antes de 30 de maio de 2001, data da publicação edição da Lei Complementar 109/01, têm em seu portfólio as atividades assistenciais à saúde. As entidades constituídas depois de 30 de maio de 2001 só podem oferecer aos seus participantes e assistidos planos de benefícios previdenciários.

As constituídas antes da referida data operam planos de saúde por conta do permissivo esculpido no artigo 76 da Lei Complementar 109/2001, segundo o qual, “as entidades fechadas que, na data da publicação desta Lei Complementar, prestarem a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.”

Nota-se na leitura do texto legal que não há fixação de prazo para que as entidades continuem a prestar serviços assistenciais à saúde, tampouco há maiores informações sobre os participantes que poderão ter direito à assistência saúde.

O texto legal não explica se se trata somente de participante/assistido que na data da publicação da LC 109/01 já era beneficiário da atividade de assistência à

saúde ofertada pela entidade ou se também está contemplado participante que, posteriormente à publicação da LC 109/01, aderiu a um plano de benefício previdenciário ofertado pela entidade e por isso teria a opção de ser beneficiário do plano de assistência à saúde.

Ainda com relação à clareza da lei, verifica-se que também há dúvida se uma pessoa elegível a participante de um plano de benefício previdenciário de entidade que também presta assistência à saúde poderia optar por contratar somente o plano de saúde.

O presente trabalho estuda como essa vedação legal se consolidou na atual legislação, haja vista que a Lei 6.435 de 15 de julho de 1977 permitia à EFPP oferecer atividades assistenciais à saúde aos seus participantes.

Esta dissertação levará em conta o atual ordenamento jurídico constitucional, para localizar, topograficamente, os institutos previdência privada fechada e saúde suplementar, demonstrando que se trata de um arcabouço que traz o direito complementar aos sistemas de previdência social e de saúde pública (Sistema Único de Saúde – SUS), mas que, mesmo assim, são direitos sociais do cidadão. Este será o ponto do primeiro capítulo.

Encontrada a georreferência jurídica desses institutos, o segundo capítulo explicará com mais detalhes o que é a Entidade Fechada de Previdência Privada, ao passo que o capítulo terceiro abordará a figura do participante, no sentido de se descobrir quem pode se inscrever em um plano de benefícios previdenciários e ser elegível ao recebimento de benefícios, bem como quem pode ser um beneficiário das atividades assistenciais à saúde.

Firmados os sujeitos que integram o cenário da previdência privada fechada e a base normativa constitucional que fundamenta a validade desses institutos, o quarto capítulo do trabalho passará à análise da disponibilização da faculdade do exercício desses direitos aos participantes, no seio de uma sociedade que acumula riscos provocados pela natureza e riscos decorrentes de suas próprias atividades. Tais institutos serão sopesados com a sobrevivência da pessoa na “sociedade de risco”, cujo conceito será mais bem explicado adiante.

Finalmente, o último capítulo versará sobre a relação da atividade privada e da assistência suplementar à saúde. Se há efetivamente uma relação e se o ordenamento jurídico posto fomenta ou não a coexistência dessas atividades, no bojo de uma EFPP.

CAPÍTULO 1 - O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Enquanto sistema, a seguridade é um todo incindível que só pode ser compreendida em seu conjunto, constituindo na mais importante ferramenta de proteção social erigida pelo constituinte de 1988.

Ainda que a normativa constitucional e seus naturais desdobramentos legislativos tenham, ao longo dos quase trinta anos de vigência da Lei Magna, sido submetidos a inumeráveis modificações, permanece íntegro o ideário do sistema, posto a serviço da universalidade da cobertura e do atendimento.

Resulta da análise empreendida, a partir do método sistemático, que a seguridade social está capacitada a cumprir as funções para as quais foi concebida e estruturada.

Munido de objetivos, ambiente, componentes, recursos e estrutura com teores de densidade suficiente, o sistema de seguridade social está posicionado para dar efetividade à Ordem Social e garantir um futuro de bem-estar e justiça a toda a sociedade.

Wagner Balera¹

1.1 Breves reflexões sobre o conceito de sistema

Para a compreensão do conceito de Sistema de Seguridade Social é imperioso que se faça, inicialmente, a identificação da palavra “sistema” e a forma como ela é empregada no ordenamento jurídico.

A investigação do significado da palavra tem razão de ser. Os vocábulos, não raro, podem ter mais de uma significação. Por isso, aliás, a Linguística cunhou de polissêmicas as palavras com múltiplas significações. A título de exemplo, sistema, pelo dicionário Houaiss², pode ser considerado “‘*software*’ que controla a operação de ‘*hardwares*’ e outros ‘*softwares*’ instalados no computador”.

Mattia Persiani³, ao tratar de sistema previdenciário, revela que “o sistema jurídico da previdência social deve ser entendido como o conjunto das várias relações existentes entre os sujeitos que, de uma maneira ou outra, participam da efetivação da tutela previdenciária”. O vocábulo “sistema”, empregado pelo jurista italiano, foi

¹ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. Contracapa.

² HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 719.

³ PERSIANI, Mattia. *Direito da Previdência Social*. Trad. coord. por Wagner Balera. Tradutor Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 83.

utilizado para transmitir a significação de “conjunto de elementos” (no caso da lição, conjunto de relações entre sujeitos da relação previdenciária: Estado, instituto de previdência, beneficiário). A tônica exegética, portanto, foi o significado “conjunto” revelado por essa palavra.

Mas não se trata de um conjunto qualquer. Com efeito, para que um conjunto de quaisquer elementos seja considerado sistema é necessário que a conjunção seja coesa no que diz respeito às partes que a formam. Rogério Moreira Orrutea⁴ ensina que “o vocábulo sistema vem do grego (systema) e tem o alcance de sugerir um conjunto de elementos materiais e mesmo ideais nos quais podemos definir ou encontrar um método, um processo, ou uma relação”.

As partes de um sistema devem se inter-relacionar, contudo, não podem perder suas características peculiares, em detrimento do todo. A relação entre si deve ser ordenada e ao mesmo tempo preservar os seus traços de individualidade. No ponto, confira-se a lição de Fábio Lopes Vilela Berbel⁵:

A ideia de sistema pressupõe ordem. A estruturação coordenada e harmônica entre os elementos do repertório. Essa tarefa, sobremaneira complexa, é atribuída às regras estruturais que sistematizam os elementos, maximizando a influência do sistema. A coordenação ordena a relação entre os dados do repertório, coexistindo-os formal e finalisticamente. A ordem disciplina a presença dos elementos, atribuindo a cada parte uma missão perante o todo, sem que isso implique em autonomia excessiva à descaracterização da unidade.

A palavra “sistema”, empregada no presente trabalho, contemplará os dois significados forjados na lição de Wagner Balera⁶, ao definir em sua obra *Sistema de seguridade social* o conceito de sistema, quais sejam, o de conjunto normativo e o de método sistemático de investigação do Direito:

O vocábulo sistema é polissêmico e será utilizado, aqui, em dois sentidos diferentes, que desde logo explicitamos.

Com efeito, fala-se em sistema enquanto conjunto normativo e, também, como método, “como instrumento metódico do pensamento, ou melhor, da ciência jurídica”.

O Sistema Nacional de Seguridade Social surge aos nossos olhos como conjunto normativo integrado por sem número de preceitos de diferente hierarquia e configuração.

E o método sistemático de investigação científica nos permite recolher esse acervo de normas como proposta teórica de análise.

⁴ ORRUTEA, Rogério Moreira. *O Direito como sistema fechado e sua efetividade jurídica*. 2016. 226 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 22.

⁵ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria geral da previdência privada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 28.

⁶ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 11.

Para desvendar o conceito da expressão Sistema de Seguridade Social, portanto, adotaremos o significado de sistema vinculado ao primeiro sentido apontado na lição de Wagner Balera, acima citada, qual seja, sistema como um conjunto de normas jurídicas.

E ao tratá-lo como tal, vem à tona a questão de Hans Kelsen⁷ a respeito do fundamento de validade desse sistema de normas:

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: o que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?

Em resposta, Hans Kelsen explica que o sistema de normas jurídicas encontra validade no seu próprio conjunto de normas, organizado de forma hierárquica, vale dizer, norma inferior encontra fundamento de validade na norma superior. Para tanto, Hans Kelsen sustenta que em determinado momento há que se estancar o encontro do fundamento da validade da norma, haja vista o fato de não se tratar de um sistema infinito. Sustenta o doutrinador alemão que o fundamento de validade de todas as normas é uma norma pressuposta e de natureza hipotética, capaz de conferir validade às normas constituídas formalmente de acordo com o ordenamento:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito⁸.

Sobre a norma pressuposta de Hans Kelsen, Mario G. Lozano⁹ registra que

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 215.

⁸ *Ibid.*, p. 217.

⁹ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução Luca Lamberti. Vol. 2. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 54.

não se trata de norma imposta pelo legislador. Cuida-se de norma imaginária extraída das conclusões do operador do direito. A norma pressuposta e que fundamenta todo o ordenamento jurídico é subjetiva:

O direito é unitário porque todo o ordenamento deriva de uma única norma fundamental. Tal norma fundamental não é uma norma estatuída (ou posta) pelo legislador, mas imaginada por quem examina o ordenamento; é uma norma pressuposta, mas não posta, e, como tal, é uma norma não conforme a definição kelseniana de norma. Obviamente, ela está no centro de infinitas discussões. Isso não exime, todavia, que a norma fundamental seja a arquitrave da teoria pura do direito, porque somente ela atribui unidade ao ordenamento jurídico.

Ao discorrer sobre o sistema de normas jurídicas, Hans Kelsen ainda faz menção a dois tipos de sistemas de normas: sistema estático e sistema dinâmico. Com relação ao sistema estático, Hans Kelsen ensina que ele estrutura a norma jurídica sob o ponto de vista do dever ser, da conduta tida como devida e esperada do sujeito, uma vez que seu conteúdo expressa a determinação ordenada não apenas em uma determinada norma, mas em todo o sistema jurídico no qual ela se apoia:

Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo estático e um tipo dinâmico. As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral.¹⁰

Por sua vez, o sistema de normas dinâmico compreende o processo normativo competente, responsável por instruir as atividades de produção e de introdução de normas válidas dentro do ordenamento:

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. [...] Com efeito, a norma fundamental limita-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema¹¹.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 217.

¹¹ *Ibid.*, p. 219.

Prosseguindo, o sistema normativo é formado por um conjunto de proposições criadas a partir de linguagem textual¹². Não basta apenas a reunião de normas jurídicas para se configurar o Sistema que se pretende investigar. Para que ele seja eficaz, as normas que perfazem o conjunto – assim como quaisquer elementos que integram um sistema – devem encontrar afinidade entre si e inter-relação que permitam atingir uma determinada finalidade. Nesse sentido, confira-se a lição de Marcelino Alves de Alcântara¹³:

Ao se catalogar, criar ou compor um sistema, é importante atentar-se à perspectiva unitária que serve de vetor ao mesmo, mediante inafastável respeito à sistemática que os engendrou. Isto porque, um sistema só pode ser assim considerado, quando os elementos que o compõem, encontram-se harmonizados de forma tal que, o fim almejado é comum.

Eros Roberto Grau¹⁴ reforça essa compreensão de sistema, ao asseverar que as normas se relacionam substantiva e formalmente, tal como os sistemas estático e dinâmico de Hans Kelsen, formando partes de um todo:

Desde essas verificações e com esse significado é que devemos reconhecer o direito como um sistema, o que transforma em objeto de um pensar sistemático, ou seja, sistematicamente. Ademais, o direito é também, no plano inferior ao dos princípios, onde se realiza como sistema, sistema de normas. Sistema de normas no sentido de que elas se relacionam substantiva e formalmente. Assim, cada norma é parte de um todo, de modo que não podemos conhecer a norma sem conhecer o sistema, o todo no qual estão integradas.

Essa afinidade de normas jurídicas que formam o sistema muito tem a ver com a atividade de se extrair do texto normativo o substrato que perfaz o vínculo inerente a elas. A bem da verdade, é a conjugação desses substratos que forma as proposições normativas que constroem o sistema, tal como expõe Paulo de Barros Carvalho¹⁵:

¹² Segundo Paulo de Barros Carvalho, a norma jurídica decorre do juízo de valor extraído do texto normativo (símbolo linguístico): “A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador. Ao enunciar juízos, expedindo as respectivas proposições, ficarão registradas as discrepâncias de entendimento dos sujeitos, a propósito dos termos utilizados”. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8).

¹³ ALCÂNTARA, Marcelino Alves de. *O princípio da equidade na forma de participação no custeio*. 2010. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 36.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23.

¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 10.

Se pudermos reunir todos os textos do direito positivo em vigor no Brasil, desde a Constituição Federal até os mais singelos atos infralegais, teremos diante de nós um conjunto integrado por elementos que se inter-relacionam, formando um sistema. As unidades desse sistema são as normas jurídicas que se despregam dos textos e se interligam mediante vínculos horizontais (relações de coordenação) e liames verticais (relações de subordinação-hierarquia).

António Menezes Cordeiro¹⁶, jurista português, que escreveu o capítulo *Introdução à edição portuguesa da obra pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, de Claus-Wilhelm Canaris, registra, todavia, que o sistema visto como um conjunto de normas, levando em conta para a sua aplicação as normas do próprio conjunto normativo pura e simplesmente, leva a um formalismo que, por vezes, não atende às necessidades práticas:

[...] A tendência, ainda hoje flagrante, de difundir exposições jurídicas pejudicadas de definições abstractas e de conexões amparadas apenas nos conceitos definidores de que provêm, ilustra, de modo eloquente, a implantação profunda do formalismo jurídico.

III. As codificações, essencialmente redutoras e simplificadoras, provocam, num primeiro tempo, atitudes positivistas. Trata-se de uma conjunção facilmente demonstrada na França pós-1804, na Alemanha pós-1900 e em Portugal pós-1966. As fronteiras do positivismo vão, no entanto, bem mais longe do que o indiciado pelos exegetismos subsequentes às codificações. Os positivismos jurídicos, seja qual for a sua feição, compartilham o postulado básico da recusa de quaisquer <<referências metafísicas>> – ou <<filosóficas>> (HECK) – alarga-se com a intensidade do positivismo: são, sucessivamente, afastadas as considerações religiosas, filosóficas, e políticas, num movimento que priva, depois a Ciência do Direito de vários dos seus planos. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas.

Claus-Wilhelm Canaris desenvolveu uma teoria de sistema jurídico interno, que leva em conta o objeto em si considerado – o ordenamento jurídico – para encontrar a melhor aplicação ao caso concreto. Essa teoria de sistema interno parte dele próprio como solução do caso concreto. É uma contraposição ao sistema externo, que considera o direito como resultado do conhecimento científico extraído do sistema, pelo operador. É o que se depreende da lição de Jacqueline Sophie P. Guhur Frascati¹⁷:

¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução António Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. XIII-XIV.

¹⁷ FRASCATI, Jacqueline Sophie P. Guhur. O sistema jurídico para aplicar o direito, segundo Canaris. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 43, 2015.

O sistema de Canaris se afasta do sistema externo ao pressupor a existência de outros modos de achamento da solução jurídica para além, especialmente, da operação lógica-dedutiva de conceitos jurídicos-abstratos, própria do formalismo científico (o sistema conceitual-abstrato é o último modelo de sistema externo); e se caracteriza como sistema interno enquanto nele sobressai a busca pela estrutura no interior do direito.

Para levar em conta o próprio direito como forma de resolução de casos concretos, a teoria de sistema de Canaris¹⁸ é tida por ele como uma ferramenta, que aplica o próprio direito por meio de sopesamento (adequação) de valores que o informam, integrando uma unidade coesa e instruindo o ordenamento jurídico. O objeto Direito emana de sua própria estrutura e torna-se apto a ser aplicado:

Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a *segurança jurídica*, aponta na mesma direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. Assim, o pensamento sistemático radica, de facto, imediatamente, na ideia de Direito (como o conjunto dos valores jurídicos mais elevados). Ele é, por consequência, imanente a cada Direito positivo porque e na medida em que este represente uma sua concretização (numa forma teoricamente determinada) e não se queda, por ser como mero postulado, antes sendo sempre, também pressuposição de todo o Direito e de todo o pensamento jurídico e ainda que a adequação e a unidade também com frequência possam realizar-se de modo fragmentado.

Desta forma, o objeto Direito não tem como fonte exclusivamente as normas jurídicas. Claus-Wilhelm Canaris¹⁹ sustenta que ele é informado por normas, princípios de direito, costumes e jurisprudência. Vale dizer, todavia, que essas fontes – ou critérios de validade extra-positivos, segundo o jurista – formam a unidade adequada à consecução do objeto Direito:

Poder-se-á dizer, em semelhantes casos, que os valores de base já

¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução António Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 22-23.

¹⁹ *Ibid.*, p. 118-119.

estivessem imanentes à nossa ordem jurídica e tenham, apenas, sido descobertos, tratando-se, portanto, também aqui, apenas de modificações no sistema científico, mas não no objetivo? A resposta só se obtém quando se pergunte por que razão aqueles valores, apesar de não constarem da *lei*, devem ser ainda parte do *Direito*, isto é, quando se coloque, de novo, a questão do seu fundamento de validade. E porque a lei e o costume, tendo em conta a especialidade do enquadramento do problema, se colocam, de antemão, de parte, surge, obrigatoriamente, a necessidade de uma reformulação das tradicionais fontes do Direito, a qual pode, no essencial, seguir apenas duas direcções: ou se decide elevar a jurisprudência à categoria de fonte autônoma do Direito, junto da lei e costume, ou se devem reconhecer *critérios de validade* <<extra-positivos>>, oferecendo-se, então, como tais e antes de tudo, a <<ideia de Direito>> e a <<natureza das coisas>>.

Essas ponderações a respeito do conceito de sistema serão fundamentais para a correta compreensão do significado de Sistema de Seguridade Social.

O mesmo se diga com relação ao Sistema de Previdência Privada Fechada, objeto de interesse do presente trabalho, o qual, a bem da verdade, é um subsistema do Sistema de Seguridade Social.

Para a sua compreensão, passemos, pois, a estudar a forma como a reunião de elementos normativos, com afinidade entre si, perfaz o denominado Sistema de Seguridade Social.

1.2 Contextualizando a Ordem Social

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 193, dispõe sobre a Ordem Social, registrando que ela “tem como base o primado do trabalho e, como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. O conceito de Ordem se assemelha ao de Sistema, ou seja, também pode ser entendido como um conjunto de elementos que guardam relação entre si. Por Ordem, entenda-se “como sendo um sistema de princípios e de normas”, assim como Bianca Casale Kitahara²⁰ o fez, em capítulo de sua pesquisa que foi destinado a explicar a Ordem Social, concluindo que a finalidade da Ordem Social está concatenada com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a saber, o da dignidade da pessoa humana.

²⁰ KITAHARA, Bianca Casale. *A estrutura social na perspectiva da Constituição de 1988*. 2014. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 66, 69 e 70.

Não obstante a premissa adotada por este estudo tratar a Ordem Social como um conjunto de normas jurídicas voltado à prioridade do trabalho, como base para atingir o bem-estar e a justiça sociais, convém trazer à baila o ponto de vista agregador de Amílcar de Castro²¹ – com grande afinidade à teoria de sistema de Claus-Wilhelm Canaris –, que admite ser a Ordem Social muito mais que um conjunto de normas jurídicas (dogmática jurídica), para abarcar o próprio bem comum, ou seja, um conjunto de valores vigentes em determinado momento da sociedade e que, inclusive, motiva (abarca, em suas palavras) a própria produção normativa:

A ordem social não é compreendida pelo direito; ao contrário: abarca-o. Transcende os confins da dogmática jurídica, atinge as condições de vida, envolvendo todos os fins sociais, não apenas regras jurídicas desta ou daquela, espécie. Ordem social são os preconceitos informativos do viver de um grupo, ou patrimônio espiritual inquebrantável de um povo, como reflexo de seus costumes e suas tradições, de suas idéias políticas, econômicas, morais, religiosas, jurídicas, em determinada época. É o bem comum.

O conceito de Ordem Social trazido por Amílcar de Castro extrapolaria os limites do positivismo jurídico se, seja na sua época, seja atualmente, se buscasse fundamento de validade jurídica de Ordem Social em outro lugar que não na norma constitucional. Mas não se olvide que o sistema Ordem Social transcende. Aliás, a LINDB permite que o operador do direito, notadamente o juiz, lance mão dos costumes para integrar o direito, nos casos em que a lei for omissa, assim como também prescreve que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (arts. 4º e 5º do DL 4.657/42).

Portanto, parece que a pretensão de Amílcar de Castro foi a de encontrar a conformidade da norma constitucional Ordem Social trazida pelo constituinte junto ao mundo fático, de forma a tornar efetiva a aplicação do direito. Isso nada mais é do que praticar hermenêutica jurídica, já que, conforme ensina Maria Helena Diniz²², “interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica. Devido à ambigüidade do texto, imperfeição e falta de terminologia técnica, má redação, o aplicador do direito, a todo instante, está interpretando a norma, pesquisando seu verdadeiro significado”.

²¹ CASTRO, Amílcar. Ordem Social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, ano XI, p. 29, out., 1959.

²² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 1: *Teoria geral do direito civil*. 24 ed. rev. e atual., de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64.

Corroborar o raciocínio supracitado a explicação de Maria Helena Diniz²³ a respeito da técnica de interpretação sociológica ou teleológica, quando conclui o seguinte:

Os fins sociais e o bem comum são, portanto, síntese ética da vida em comunidade, por pressuporem uma unidade de objetivos do comportamento humano social. Os fins sociais são do direito; logo, é preciso encontrar no preceito normativo o seu *telos* (fim). O bem comum postula uma exigência, que se faz à própria sociabilidade; portanto, não é um fim do direito, mas da vida social. O sentido normativo requer a captação dos fins para os quais se elaborou a norma.

A importância de se contextualizar a Ordem Social constitucional está no fato de que, como explica Daniel Pulino²⁴, é neste cenário “que deve ser entendida a seguridade social: suas ações, quaisquer que sejam, os modos peculiares de seu regime de desenvolvimento, precisam estar *sempre direcionadas à garantia do bem-estar social e da justiça social.*”

1.2.1 O objetivo de promover bem-estar social

O objetivo da Ordem Social de promover bem-estar é bem explicado na Carta Encíclica *Pacem in Terris* do Papa João XXIII²⁵:

Direito à existência e a um digno padrão de vida

11. E, ao nos dispormos a tratar dos direitos do homem, advertimos, de início, que o ser humano tem direito à existência, à integridade física, aos recursos correspondentes a um digno padrão de vida: tais são especialmente o alimento, o vestuário, a moradia, o repouso, a assistência sanitária, os serviços sociais indispensáveis. Segue-se daí que a pessoa tem também o direito de ser amparada em caso de doença, de invalidez, de viuvez, de velhice, de desemprego forçado, e em qualquer outro caso de privação dos meios de sustento por circunstâncias independentes de sua vontade.

Wagner Balera²⁶ explica que o “digno padrão de vida”, referido na carta do Papa João XXIII, é a noção de bem comum, prestigiada pela Constituição Federal de

²³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 1: *Teoria geral do direito civil*. 24 ed. rev. e atual., de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 66.

²⁴ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 27.

²⁵ Disponível em: http://www.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html#_ftn2. Acesso em: jul.2020.

²⁶ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 24.

1988:

Na *Pacem in Terris*, o Beato JOÃO XXIII salienta que esses direitos proporcionarão ao ser humano o digno padrão de vida.

O bem-estar, no Texto Fundamental de 1988, quer significar o bem de todos (art. 3º, IV).

A Constituição do Brasil retoma, no particular, a antiga noção de bem comum.

Ana Paula Oriola de Raeffray²⁷ corrobora esse raciocínio de bem-estar ser um conjunto de ações e direitos voltado a propiciar condições para o gozo de uma vida boa e segura pela pessoa, inclusive em seu convívio com a sociedade:

O Estado de bem-estar significa, então, uma proposta institucional nova de um Estado que pudesse implementar e financiar programas e planos de ação destinados a promover os interesses sociais coletivos dos membros de uma determinada sociedade.

Portanto, a consecução do bem-estar depende de Estado e sociedade trabalharem em conjunto para ofertar²⁸ condições adequadas de vida, que permitam à pessoa viver o cotidiano despreocupada com os requisitos basilares do cotidiano.

1.2.2 Alcance da justiça social

No que diz respeito ao objetivo de se alcançar a justiça social e ainda na esteira da lição de Wagner Balera²⁹, a consecução desse objetivo depende da efetiva aplicação dos direitos constitucionais, quaisquer óbices a essa busca, portanto, violarão a justiça social:

A justiça social não é algo definível de modo abstrato. Em nosso direito, a concretização ocorre com a efetiva aplicação de cada um dos direitos consagrados na Lei Maior.

Todos aqueles que renegam ou criam obstáculos à implementação dos direitos sociais inscritos na Lei Magna – estejam eles na posição de legisladores, de simples partícipes da cena social ou na de agentes externos – estarão violando a justiça social.

²⁷ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *O Bem Estar Social e o Direito de Patentes na Seguridade Social*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 36.

²⁸ É o que ensina Manuel Soares Póvoas, ao afirmar que “o futuro do trabalhador e do homem ativo, em termos de bem estar social para conseguir um nível de vida digno, sem soluções de continuidade, vai depender da motivação que a sociedade, através da sua representatividade política, seja capaz de instituir, na medida em que, o custo desse bem-estar, terá de ser suportado, direta ou indiretamente por eles próprios...” (POVOAS, Manuel Soares. *Na rota das instituições do bem-estar: seguro e previdência*. São Paulo: Editora Green Forest do Brasil, 2000. p. 393.)

²⁹ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 46.

Nessa ambiência principiológica, decorrem da Ordem Social constitucionalmente estabelecida, em 1988, os direitos sociais da pessoa humana, os quais estão elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

Norberto Bobbio³⁰ explica que:

Em oposição aos direitos individuais, por ‘direitos sociais’ entende-se o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos.

O direito social confere à pessoa humana “uma dupla dimensão, objetiva e subjetiva, podem ser objeto de tutelas de demandas judiciais e/ou administrativas individuais ou coletivas”³¹. Essas dimensões social e individual indisponível dos direitos sociais foi confirmada por precedente do Supremo Tribunal Federal, que versou sobre o direito social à saúde:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL. REFERENDO DA TURMA. INCISOS IV E V DO ART. 21 DO RI/STF. **SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL DE DUPLA FACE (SOCIAL E INDIVIDUAL INDISPONÍVEL)**. TEMA QUE SE INSERE NO ÂMBITO DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESPERA PELO JULGAMENTO QUE PODE ACARRETAR GRAVES PREJUÍZOS À SAÚDE DO INTERESSADO. Decisão singular concessiva da antecipação dos efeitos da tutela recursal. **Constitucionalmente qualificada como direito fundamental de dupla face (direito social e individual indisponível)**, a saúde é tema que se insere no âmbito de legitimação do Ministério Público para a propositura de ação em sua defesa. Espera pelo julgamento de mérito do recurso extraordinário que pode acarretar graves prejuízos à saúde do interessado. Presença dos pressupostos autorizadores da medida. Questão de ordem que se resolve pelo referendo da decisão concessiva da antecipação dos efeitos da tutela recursal. (AC 2836 MC-QO, Segunda Turma, Ministro Relator Ayres Britto, Julgamento: 27/03/2012, Publicação: 26/02/2012 - grifamos).

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p 501.

³¹ BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; MACHADO, Guilherme Pavan. *O Reconhecimento dos Direitos Sociais como Fundamentais no Brasil*. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ – Rio de Janeiro, n. 34, dez., 2018.

José Afonso da Silva³² critica o distanciamento topográfico entre as disposições constitucionais relativas aos direitos sociais e as disposições concernentes à Ordem Social que, não obstante, permite a possibilidade de se analisar, de uma extremidade, o conteúdo desses direitos propriamente ditos, e de outra, os aspectos organizacionais para a consecução de tais direitos.

A Ordem Social constitucional está calcada em 7 (sete) pilares que consistem nos capítulos II a VIII do Título VIII da Constituição Federal de 1988, que versam sobre: (ii) Seguridade Social; (iii) Educação, Cultura e Desporto; (iv) Ciência, Tecnologia e Inovação; (v) Comunicação Social; (vi) Meio Ambiente; (vii) Família, Criança, Adolescente, Jovem e Idoso; (viii) Índios.

Aqui também é digna de nota a lição de José Afonso da Silva³³, que entende ter havido açodamento do texto constitucional ao se conferir uma gama de assuntos muito grande sob o guarda-chuva da Ordem Social:

Mas é preciso convir que o título da ordem social misturou assuntos que não se afinam com essa natureza. Jogaram-se aqui algumas matérias que não têm um conteúdo típico da ordem social. Ciência e tecnologia e meio ambiente só entram no conceito de ordem social, tomada essa expressão em sentido bastante alargado. Mesmo no sentido muito amplo, é difícil encaixar a matéria relativa aos índios no seu conceito.

Interessa para o estudo em comento o capítulo II da Ordem Social plasmada na Constituição Federal de 1988, que versa sobre a Seguridade Social.

³² “A Constituição de 1988 traz um capítulo próprio dos *direitos sociais* (capítulo II do título II) e, bem distanciado deste, um título especial sobre a *ordem social* (título VIII). Mas não ocorre uma separação radical, como se os direitos sociais não fossem algo ínsito na ordem social. O art. 6º mostra muito bem que aqueles são conteúdo desta, quando diz que são *direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*. Esta *forma* é dada precisamente no título da ordem social. Cindindo-se a matéria, como se fez, o constituinte não atendeu aos melhores critérios metodológicos, mas dá ao jurista a possibilidade de extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deles tratando aqui, deixando para tratar, na *ordem social*, de seus mecanismos e aspectos organizacionais. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e atual. até EC n. 62, de 9.11.2009. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 285).

³³ *Ibid.* p. 828-829.

1.3 Compreendendo o Sistema de Seguridade Social

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 194, descreve a Seguridade Social como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Em seu parágrafo único, o artigo 194 elenca um rol contendo 7 (sete) objetivos (princípios) que devem pautar a organização da seguridade social, *in verbis*:

CAPÍTULO II

DA SEGURIDADE SOCIAL

SEÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

É importante para essa fase do estudo compreender o conteúdo do *caput* do artigo 194. Os princípios constitucionais da Seguridade Social plasmados nos incisos do parágrafo único do artigo 194 não serão todos enfrentados neste trabalho em razão de haver doutrina³⁴, teses e dissertações abalizadas a respeito do assunto.

Enfrentaremos os princípios que entendemos que guardam uma afinidade

³⁴ Para tanto, recomendamos as obras *Noções Preliminares de Direito Previdenciário* de Wagner Balera e *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas* de Daniel Pulino, ambas referenciadas nas referências bibliográficas da presente dissertação.

maior com a previdência privada e que, portanto, subsidiarão a compreensão do *caput* do artigo 194 sob a óptica do que interessa para a presente dissertação³⁵. Esses princípios são (i) o da diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social e (iii) o do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Para iniciar a compreensão do *caput* do art. 194 da Constituição Federal de 1988, vale lançar mão de esclarecedora doutrina de Wagner Balera³⁶ a respeito do Sistema de Seguridade Social:

A seguridade social – combinação da igualdade com a solidariedade – é o sistema jurídico apto a conferir equivalente quantidade de saúde, de previdência e de assistência a todos quantos necessitem de proteção. O respectivo objetivo, a justiça social, se tornará realidade quando a promoção do bem de todos deixar de ser mero programa.

O objetivo de propiciar justiça social por meio de saúde, previdência e assistência deve ser alcançado mediante um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade. Nesse compasso, é importante entender melhor o que se compreende por esse comando.

1.3.1 A expressão “conjunto integrado de ações”

A primeira parte da prescrição do art. 194, *caput* da CF, a saber, “conjunto integrado de ações”, compreende uma série de atitudes interligadas e com o propósito de atingirem o mesmo objetivo. Com efeito, “integrado” é um adjetivo que qualifica o substantivo “conjunto”, conferindo-lhe as características de coesão, união – no caso, de ações –, formando um todo harmonioso.

O antônimo de integrado é o adjetivo desintegrado, que deriva do verbo

³⁵ Ronaldo Guimarães Gallo aponta em sua obra o trabalho que a doutrina tem em cotejar os princípios do art. 194, parágrafo único da CF com a previdência privada: “*Tal raciocínio também possibilita explicar uma série de pseudocomplicações que são foco doutrinário há muito tempo, como, e.g., o modo pelo qual referidos princípios do art. 194 poderão iluminar os contornos da previdência privada, haja vista a disparidade de regimentos e, consequentes, características*”. (GALLO, Ronaldo Guimarães. *Previdência Privada e Arbitragem*. Bahia: JusPodivm, 2019. p. 55).

³⁶ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 23.

desintegrar, o qual, por sua vez, segundo o Dicionário Houaiss³⁷, significa perder a coesão; decompor-se, desfazer(-se); separar de um todo, de um conjunto.

Verifica-se, portanto, que a expressão “conjunto integrado de ações” reforça a ideia de sistema que perfaz a Seguridade Social. Relembrando, estamos nesse capítulo da dissertação tratando “sistema” como um conjunto de elementos, especificamente, como conjunto de normas jurídicas que guardam relação entre si e que permitem extrair de sua conjugação um resultado útil, voltado à aplicação do direito da Seguridade Social.

Essa expressão tem a perspectiva material de delimitar atividades conjugadas e com a finalidade de assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.

Ainda sob essa perspectiva material, inserem-se nesse cenário as atividades de previdência privada e de saúde suplementar, que serão estudadas com mais profundidade neste trabalho. Mattia Persiani³⁸ aponta que essa integração entre saúde e previdência públicas (sociais) e a saúde e previdência privadas decorre da limitação financeira das primeiras atividades, que devem se preocupar com o combate às situações prementes de necessidade:

A função previdenciária confiada pela lei às estruturas públicas encontra necessariamente um limite no que diz respeito ao nível das prestações, especialmente aos relativos aos benefícios (cf. n. 13 e n. 93), mas também com referência à tutela da saúde (cf. n. 120 e segs.). O nível das prestações previdenciárias, com efeito, não apenas é determinado levando-se em conta recursos disponíveis (cf. n. 12), como também que sua função é a de realizar, em primeiro lugar, o atendimento do interesse público no tocante à eliminação das situações de necessidade (cf. n. 4) e, com esta, uma solidariedade abrangendo todos os cidadãos (cf. n. 5).

[...]

Em contraposição a isso, nota-se a exigência de prover, no exercício da liberdade de assistência privada (art. 38, parágrafo 5 da Constituição), mediante o recurso à mutualidade voluntária, ao atendimento do interesse privado a níveis mais elevados de proteção. Na seqüência, far-se-á um esboço das possibilidades oferecidas pela lei para integrar, voluntariamente e reconhecendo à solidariedade, também as prestações do Serviço Nacional de Saúde (cf. n. 126).

Portanto, sob o ponto de vista material, as atividades públicas e privadas

³⁷ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 246.

³⁸ PERSIANI, Mattia. *Direito da Previdência Social*. Trad. coord. por Wagner Balera. Tradutor Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 63-64.

voltadas à Seguridade Social fazem parte do conjunto integrado de ações constitucionalmente previsto, eis que atendem aos anseios da sociedade, no que diz respeito ao asseguramento dos direitos à saúde, previdência e assistência social.

Essa é, portanto, a ideia que deve ser extraída da expressão constitucional “conjunto integrado de ações”. O Sistema de Seguridade Social significa isso. Atividades relacionadas e voltadas à consecução de um resultado específico (saúde, previdência e assistência social).

O conjunto integrado de ações também tem uma perspectiva subjetiva. Com efeito, como o vocábulo “ação” tem a ver com “disposição ou capacidade para agir”³⁹, não é possível se falar em ação sem que se refira a um sujeito executor⁴⁰.

No Brasil (e sem embargo de ações oriundas de órgãos internacionais que de certa forma também integram o conjunto ora abordado)⁴¹, a Constituição Federal de 1988 indica expressamente quem são os responsáveis por executar as ações necessárias para fazer valer o Sistema de Seguridade Social. Vejamos.

1.3.2 Os Poderes Públicos responsáveis pela operação do Sistema de Seguridade Social

Firmada a premissa que identifica a primeira parte do comando do texto constitucional que explica a seguridade social, passemos ao texto complementar, ainda nessa atividade de investigar o significado jurídico da norma constitucional. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações “de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade”.

A questão que se coloca é a de saber qual é o alcance da expressão “Poderes Públicos”. De início, observa-se que o artigo 194 da Constituição Federal

³⁹ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 8.

⁴⁰ Por óbvio, está a se tratar de ação humana, uma vez que o presente trabalho tem conteúdo jurídico. Não se trata, portanto, de ações naturais, nas quais não há um sujeito executor, mas tão somente fenômenos naturais.

⁴¹ Miguel Horvath Júnior registra o fato de que “a concepção moderna de seguridade social é fruto da conjunção da opinião nacional e das ações dos organismos internacionais”. O autor cita a Declaração da Filadélfia da OIT, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10/12/1948. (HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 116).

de 1988 tratou Poder Público no plural⁴². Isto significa que a norma constitucional que estabeleceu o Sistema de Seguridade Social pretendeu abarcar a maior quantidade de poder possível, ainda que o parágrafo único do art. 194 da CF faça referência a Poder Público, quando prescreve a necessidade desse ente organizar a Seguridade Social.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 prescreve, em seu artigo 2º, que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O texto constitucional é ainda mais incisivo, a ponto de dedicar um título (Título IV) voltado à organização desses poderes e à forma como cada um exercerá suas funções. Em complemento ao trabalho investigativo, colaciona-se a explicação objetiva e contundente de Carlos Ari Sundfeld⁴³, a qual transmite a noção sobre o conceito de poder:

Os integrantes de cada grupo social – uma família, uma empresa, um clube, uma cidade, um país, um mundo – vivem sob regras comuns. O grupo social pode ser definido, portanto, como a reunião de indivíduos sob determinadas regras.

2. Para existirem tais regras, alguma força há de produzi-las; para permanecerem, alguma força deve aplicá-las, com a aceitação dos membros do grupo. A essa força, que faz as regras e exige o seu respeito, chama-se poder.

Os Poderes Públicos são, portanto, os poderes constituídos pela Constituição Federal de 1988, responsáveis pela produção e aplicação de regras à sociedade. Tais poderes e suas funções, em conjunto com a sociedade, são os responsáveis pelas ações integradas que perfazem o Sistema de Seguridade Social.

⁴² A esse respeito verifica-se que em outros pontos do texto constitucional a expressão “Poder Público”, no singular, aparece por diversas vezes (41 vezes). A expressão, às vezes, é utilizada para se referir a quaisquer funções exercidas por quaisquer entes federativos (direito de mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder estiver no exercício de atribuições do Poder Público – CF, art. 5º, LXIX); também é possível extrair a referência à Administração Direta e Indireta Federal (julgamento, pelo Congresso Nacional, com auxílio do TCU, das contas dos administradores do Poder Público Federal – CF, art. 71, II); em outra oportunidade permite concluir que está se referindo aos Poderes Legislativo e Executivo de quaisquer entes federativos, quando prescreve que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (CF, art. 97). Já no plural, a expressão “Poderes Públicos” aparece 4 vezes. Uma na norma objeto do presente estudo, ao fazer referência às ações necessárias para assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (CF, art. 194); ela também aparece para garantir o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5º XXXIV, “a”); também contempla a hipótese que descreve as funções institucionais do Ministério Público, dentre as quais a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição (CF, art. 129, II) e, por fim; a expressão também é utilizada para cunhar o plano nacional de educação e a necessidade de haver ações integradas dos Poderes Públicos das diferentes esferas federativas para a sua consecução (CF, art. 214).

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21-22.

O artigo 2º da CF ordenou as funções do poder da seguinte maneira: Legislativo, Executivo e Judiciário. A presente dissertação fará breve análise de cada uma delas, apontando os assuntos que interessam para o escopo do presente estudo. E para sustentar a linha de raciocínio do presente trabalho, a sequência estabelecida constitucionalmente será alterada. Iniciar-se-á falando das funções do Poder Executivo, para então abordar as funções do Poder Legislativo e, por fim, fechar o tema tratando das funções do Poder Judiciário. Não há o menor problema nessa estruturação, já que as funções foram elencadas de forma meramente descritiva, uma vez que são harmônicas e independentes entre si.

1.3.2.1 O Poder Executivo e suas atividades voltadas para o Sistema de Seguridade Social

O Poder Executivo, como asseverou Geraldo Ataliba⁴⁴, concentra as atribuições “classificadas em políticas e administrativas”. Com relação às “atribuições administrativas”, para esse jurista, “de modo geral, o texto da Constituição é muito claro – embora só implícito, na maioria das vezes – em dizer que essas atribuições são exercidas na forma da lei ou conforme a lei”. Com relação às “atribuições políticas”, assevera Geraldo Ataliba que “o presidente da república as desempenha à vista do texto constitucional, imediatamente, e com plenitude, sem necessidade de obediência imediata a preceitos legislativos (embora, nisso, não possa ignorar o sistema normativo como um todo)”.

Nessa quadra, compete ao Poder Executivo, notadamente no que diz respeito a sua atribuição política, dentre outras, tomar a iniciativa de lei de estabelecimento do orçamento da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, III) e elaborar a proposta de orçamento da seguridade social de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social (CF, art. 195, § 2º). Esses postulados reforçam a necessidade de o Sistema de Seguridade Social ser pautado por ações coesas e harmônicas.

A atribuição administrativa do Poder Executivo, devidamente balizada em legislação infraconstitucional, consiste em executar as regras legais que versam

⁴⁴ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 55, 58 e 60.

sobre seguridade social, previdência (social e privada), saúde (inclusive suplementar) e assistência social, seja diretamente ou indiretamente, por meio de Conselhos, Autarquias, Fundações etc., ou ainda, por meio de sujeitos que Wagner Balera⁴⁵ denomina de componentes do Sistema de Seguridade Social:

As partes integrantes, suas células ou dados fundamentais, são os componentes do sistema.

Sob o ângulo formal compõem o Sistema Nacional de Seguridade Social diferentes organismos governamentais. A estes se vinculam diversas personalidades jurídicas de direito público e de direito privado, cada qual habilitada a operar em esferas de atribuições inconfundíveis.

O Sistema não se acha revestido de personalidade própria. Mero suporte, é a figura jurídica criada para harmonizar os componentes da vasta e complexa rede de proteção social.

Pode-se afirmar que, dessa perspectiva, o Sistema Nacional de Seguridade Social é a rede de componentes que, enquanto unidade, alberga a totalidade dos esquemas e planos de proteção.

O eixo centralizador, capaz de harmonizar o todo, seja-nos permitida a comparação, confere capacidade jurídica relativa aos organismos públicos e privados que integram o sistema. As medidas de rendimento de cada componente não são relevantes. Interessa a atuação integrada de todos em prol da universalidade da proteção social da comunidade.

A atribuição administrativa de executar a lei ocorre por meio das atividades de regulação e de fiscalização. Danilo Ribeiro Miranda Martins⁴⁶ utiliza “o nome regulação àquelas situações em que a atribuição desse poder normativo é mais amplo, ultrapassando o papel de apenas garantir a fiel execução da lei”. Nesta toada, a regulação alcançaria um patamar maior, de alta carga complementar e interpretativa, lançando mão de conceitos constantes da norma, para com isso voltar-se à extração de sentido mais substancial do ordenamento jurídico, abarcando inclusive os aspectos técnicos especializados e necessários a sua efetiva aplicação.

Sobre o papel fiscalizatório do Estado, esse consiste, conforme lição de Danilo Ribeiro Miranda Martins⁴⁷, em “verificar a observância das normas constitucionais e legais, bem como as regras expedidas pelos entes reguladores, aplicando as sanções devidas em caso de inobservância desses preceitos”.

Notadamente com relação à previdência privada fechada, a atuação estatal oriunda da função desempenhada pelo Poder Executivo é feita por meio da seguinte

⁴⁵ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 89.

⁴⁶ MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. *Previdência privada: limites e diretrizes para a intervenção do estado*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 84.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 86.

estrutura administrativa:

- (i) o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, que exerce a função de órgão regulador do regime de previdência privada, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar (fundamento de validade: LC 109/01, art. 5º; Lei Federal 12.154/09, art. 13; Decreto 7.123/10, art. 2º);
- (ii) a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, atua como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução de políticas para o regime de previdência privada operado pelas entidades fechadas de previdência complementar (fundamento de validade: LC 109/01, art. 5º; Lei Federal 12.154/09, art. 1º);
- (iii) a Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC, órgão recursal colegiado com competência para apreciar e julgar, encerrando a instância administrativa, os recursos interpostos em face de decisões prolatadas pela Diretoria Colegiada da PREVIC (fundamento de validade: LC 109/01, art. 65, § 2º; Lei Federal 12.154/09, art. 15 e Decreto 7.123/10, art. 3º);
- (iv) Conselho Monetário Nacional – CMN, responsável por fixar as diretrizes para a aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos geridos pelas entidades fechadas de previdência complementar (fundamento de validade: LC 109/01, art. 9º, § 1º; Lei Federal 12.154/09, art. 15 e Decreto 7.123/10, art. 3º).

A estrutura acima, conjugada e operante, atende ao comando legal da LC 109/01 atribuído ao Estado (especificamente à função desempenhada pelo Poder Executivo), por meio do art. 3º e incisos, no sentido de (i) formular a política de previdência complementar; (ii) disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades de previdência privada, compatibilizando-a com políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico; (iii) determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial dos planos de benefícios, de forma a preservar a liquidez, solvência e equilíbrio; (iv) assegurar transparência aos participantes e assistidos⁴⁸; (v) fiscalizar as EFPP e (vi) proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

Por fim, ainda no que diz respeito à previdência privada, cite-se que com a Emenda Constitucional n. 103 de 12 de novembro de 2019, também passou a ser função do Poder Executivo tomar a iniciativa de lei de instituição do regime de previdência privada dos servidores ocupantes de cargo efetivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 40, § 14). Maiores detalhes a respeito dessa lei serão tratados no capítulo sobre a função legislativa.

⁴⁸ O art. 8º, I e II da LC 109/01 considera participante a pessoa física que aderir aos planos de benefícios e assistido, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada. Há um capítulo, na presente dissertação, para tratar exclusivamente da figura do participante.

No que diz respeito às atividades de saúde suplementar – também objeto do presente estudo –, a atuação estatal oriunda da função desempenhada pelo Poder Executivo é feita por meio da seguinte estrutura orgânica:

- (i) Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Saúde, com competência para estabelecer e supervisionar a execução política da saúde suplementar; fixar diretrizes gerais para implementar o setor de saúde suplementar sob os aspectos econômico, financeiro, contábil e atuarial (fundamento de validade: Lei Federal 9.656/98, art. 35-A);
- (ii) Agência Nacional de Saúde – ANS⁴⁹, autarquia que funciona como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (fundamento de validade: Lei Federal 9.961/00, art. 1º).

O art. 35-A, parágrafo único, da Lei 9.656/98, determina que normas sobre diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar, tais como aspectos econômico-financeiros, normas de contabilidade, atuariais e estatísticas, normas que versem sobre capital e patrimônio líquido, sobre garantias, contratação de seguro garantidor, enfim, normas que protejam o exercício da atividade de saúde suplementar na ordem econômica devem ser fixadas pela ANS e sempre de forma adequada às diretrizes gerais estabelecidas pelo CONSU.

Na prática, os trabalhos do CONSU estavam adormecidos e foram retomados em meados de 2018. Em nota à imprensa, o Governo Federal⁵⁰ informou que o CONSU se reuniu em 22 de agosto de 2018 e deliberou pela aprovação da proposta de regimento interno do conselho (a última versão havia sido editada em 1998), também deliberou pelo reestabelecimento do Ministro Chefe da Casa Civil na Presidência do CONSU. Ao final, aprovaram a criação de duas câmaras técnicas consultivas para fornecer subsídios técnicos às próximas reuniões. Uma câmara terá como finalidade a análise de resoluções pretéritas do CONSU e outra terá como objetivo estudar e propor diretrizes gerais para o setor de saúde suplementar.

Não se conhecem e tampouco se encontram informações a respeito de trabalhos realizados posteriormente à reunião de 22 de agosto de 2018. O CONSU nem sequer tem uma página eletrônica, assim como tem o Conselho Nacional de

⁴⁹ Wagner Balera reforça a finalidade da ANS ao registrar que ela “deverá cumprir funções de coordenação e adequação das atividades suplementares de saúde aos princípios da proteção social que o ordenamento constitucional impõe”. (BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 23.)

⁵⁰ Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44115-nota-a-imprensa-reuniao-do-conselho-de-saude-suplementar>. Acesso em: jun.2020.

Saúde – CNS⁵¹.

Essa inércia do aparelho estatal, ao longo do tempo, fez com que algumas normas jurídicas editadas pelo CONSU, frise-se, órgão da função Executiva do Estado, responsável por fixar diretrizes gerais e implementar o setor de saúde suplementar, fossem revogadas por meio de atos administrativos consistentes em Resoluções Normativas editadas pela ANS⁵².

E essa diminuição da competência regulatória atribuída ao CONSU foi registrada no Manual de Planos de Saúde, de autoria de Daniela Batalha Trettel⁵³, encomendado pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), o qual menciona que o CONSU foi substituído pela ANS, no que diz respeito à função jurídico-regulatória, passando a exercer papel coadjuvante no sistema regulado de saúde suplementar, com papel resumido a estabelecer a supervisão da execução de políticas e diretrizes gerais:

O CONSU antecedeu à ANS na regulação do setor de planos de saúde. Na versão original da Lei nº 9656/98, era o órgão responsável por muito do que hoje é competência da agência. A Lei de Planos de Saúde foi alterada por um total de 44 Medidas Provisórias. A vigésima primeira MP (Medida Provisória nº 1.908-20, de 25 de novembro de 1999) substituiu o CONSU pela ANS no desenvolvimento do papel regulatório.

O CONSU ainda existe, mas suas competências podem ser resumidas ao estabelecimento e supervisão da execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar e à aprovação do contrato de gestão da ANS. É formado pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República, na qualidade de Presidente, e pelos ministros da Saúde, da Fazenda, da Justiça e do Planejamento, Orçamento e Gestão. Na prática, o conselho deixou de ter atuação protagonista.

Com efeito, é indiscutível que os produtos, serviços e contratos de assistência médica, hospitalar e odontológica estão subordinados às normas e à fiscalização da ANS, por força do art. 1º, § 1º da Lei 9.656/98.

Também é inegável que na função da elaboração de políticas públicas e diretrizes gerais, o CONSU deve contar com o apoio da ANS, a qual, por estar mais próxima do cotidiano do setor de saúde suplementar, tem competência legal para propor essas políticas e diretrizes (Lei 9.961/00, art. 4º, I).

⁵¹ Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/>. Acesso em: jul.2020.

⁵² A título de exemplo: Resolução CONSU n. 9 de 3.11.98, revogada pela RN ANS n. 185 de 31.12.08; Resolução CONSU n. 10 de 3.11.98, revogada pela RN ANS 167 de 10.01.08; Resolução CONSU n. 11 de 3.11.98, revogada pela RN ANS 211 de 12.01.10; Resolução CONSU n. 12 de 3.11.98, revogada pela RN ANS n. 211 de 12.01.10.

⁵³ TRETTEL, Daniela Batalha *et al.* *Manual de planos de saúde*. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, 2014. p. 40-41.

Não obstante, é fato que se o CONSU fosse mais presente e atuante não haveria necessidade de comandos de caráter normativos plasmados em Resoluções de sua autoria serem revogados por normas expedidas por outro órgão. O próprio CONSU poderia, dentro da atividade de revisão de seus atos, sanear as normas operacionais incompatíveis com sua função de estabelecer políticas e diretrizes para o setor de saúde suplementar e excluí-las do ordenamento, permitindo que o órgão competente, a saber, a ANS, efetuasse a regulação do setor.

1.3.2.2 O Poder Legislativo e o Sistema de Seguridade Social

Verifica-se que o Poder Legislativo, responsável por produzir normas jurídicas, versando sobre matérias de competência da União (CF, art. 48), deverá dispor sobre a Seguridade Social (CF, art. 22, XXIII). A sua ação integrada a dos demais Poderes Públicos, destarte, conferirá direitos e obrigações à sociedade e ao próprio Estado, partindo do fundamento de validade constitucional que contempla a Seguridade Social como destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social da pessoa humana.

Será também responsável por realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e de suas entidades da administração direta e indireta, inclusive no que atine aos recursos e custeio do Sistema de Seguridade Social (CF, art. 70).

O Poder Legislativo é o órgão – por excelência – emanador das fontes formais do direito de Seguridade Social, tal como afirmam Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia⁵⁴:

As fontes formais seriam aquelas em que o direito se revela e se exterioriza como forma de conduta padronizada, admitida por um ordenamento jurídico. No direito da seguridade social podem ser tidos como fontes a Constituição Federal, as leis complementares, as leis ordinárias, as medidas provisórias e os atos de natureza administrativa (tais como decretos, portarias, ordens de serviço etc.). Em relação a estes últimos, como se verá, há que se tê-los com certas restrições, que poderiam, inclusive, trazer algumas dificuldades de sua aceitação como fonte de direito.

⁵⁴ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de direito da seguridade social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46-47.

A preocupação de Marcus Orione⁵⁵ reside no fato de que os atos administrativos emanados do Poder Executivo não podem extrapolar os limites balizados pela lei:

Aqui se deve ter o cuidado de observar que os atos de índole administrativa – incluindo decretos, portarias, ordens de serviço – submetem-se aos rigores legais. Assim, jamais eles podem dispor de forma contrária à lei, pois se subjugam, no direito administrativo, ao seu império, em vista de vigorar nesse ramo o princípio da legalidade.

Miguel Horvath Júnior⁵⁶ classifica tais fontes como “subsidiárias indiretas”, ensinando que elas “são secundárias porque visam desenvolver, unificar e facilitar a correta aplicação da lei, revelando uma força reflexa e derivada da lei”.

Portanto, os atos administrativos são considerados fontes formais do direito porque, segundo o próprio ordenamento jurídico, se enquadram no sistema de normas dinâmico de Hans Kelsen⁵⁷, ou seja, há fundamento de validade para delegação e competência à autoridade administrativa, conferindo a esta a prerrogativa de criar normas gerais, dentro do sistema, mas desde que respeitadas as fontes principais do Sistema de Seguridade Social, emanadas do Poder Legislativo.

Finalmente, registre-se que por força da Emenda Constitucional n. 103 de 12 de novembro de 2019, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão instituir o regime de previdência privada para servidores ocupantes de cargo efetivo, conforme a redação conferida ao art. 40, § 14 da Constituição Federal de 1988.

Foi narrado no tópico anterior que a função de iniciativa desta lei foi atribuída constitucionalmente ao Poder Executivo, mas caberá ao Poder Legislativo dos entes federativos editar essa legislação, até 13 de novembro de 2021, ou seja, 2 (dois) anos da data de entrada em vigor da emenda constitucional (que ocorreu na data de sua publicação), conforme fixado pelo art. 9º, 6º da EC 103/19.

Wagner Balera⁵⁸ ensina que com o advento da EC 103/19 a atuação dos

⁵⁵ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de direito da seguridade social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

⁵⁶ HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 79.

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 219.

⁵⁸ BALERA, Wagner. *Reforma da previdência social: comparativo e comentários à Emenda Constitucional n° 103/2019*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 37.

entes federativos no que diz respeito ao oferecimento de previdência privada ao servidor público deixou de ser opcional:

Até o advento da reforma, a criação da previdência complementar do servidor consistia em liberalidade autorizada pela Constituição Federal. Não havia obrigatoriedade na sua instituição e o ente federativo poderia condicionar sua criação à necessidade atuarial. A EC 103/2019 exige que tais regimes sejam instituídos, de arte a contemplar, ainda que de modo facultativo, quem se disponha a aderir a tal pilar da proteção previdenciária.

Passado um ano do prazo fixado constitucionalmente para os entes federativos, em breve o prazo terá se escoado integralmente. Os entes federativos que ainda não instituíram o regime de previdência privada de seus servidores devem fazê-lo o quanto antes e com as cautelas ensinadas na lição de Paulo Modesto⁵⁹:

Na regulamentação local da Emenda Constitucional 103 não é possível inovar muito, pois a disciplina permanente do regime previdenciário próprio de cada ente federativo é severamente condicionada por normas nacionais impositivas, mas há um espaço irreduzível de autonomia que não deve ser objeto de renúncia pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Esse espaço é o *domínio de transição previdenciária*, que merece ponderação e cuidado, avaliado o perfil dos contribuintes e o contexto local. Não cabe imprimir a esse debate uma urgência empobrecedora, sobretudo quando o próprio reformador nacional concedeu o prazo de dois anos para a conclusão do processo de adaptação da reforma nas unidades da Federação. Há tempo para o diálogo e o aperfeiçoamento, condições sem as quais não se conseguirá superar iniquidades constantes da própria EC 103/2019.

Questões tais como se haverá a instituição de entidade fechada de previdência privada ou se será contratado um plano instituído em entidade aberta de previdência privada (CF, art. 40, § 15) ou, ainda, se a entidade fechada de previdência privada a ser instituída será singular ou multipatrocinada (LC 109, art. 34, II, “a” e “b”) devem ser levadas em consideração pelos entes federativos tanto no momento da iniciativa da lei, quanto no momento de sua elaboração, inclusive com amplo e democrático debate, envolvendo os servidores e futuros participantes do plano de benefícios, além da própria sociedade, que também poderá vir a financiar o custeio dessa previdência, no caso de planos patrocinados.

São questões que, à luz do prazo de 2 (dois) anos fixados constitucionalmente, podem atormentar os entes federativos que postergarem o

⁵⁹ MODESTO, Paulo. *Previdência nos estados e municípios: exercício de autonomia ou reprodução?* Disponível em: <https://conjur.com.br/2020-jan-16/interesse-publico-previdencia-estados-municipios-autonomia-ou-reproducao-servil>. Acesso em: set.2020.

enfrentamento desse assunto.

Há também o fato de que a opção dos entes federativos pela instituição de previdência privada por intermédio de entidade aberta ainda depende de o Legislativo federal editar lei complementar para disciplinar essa relação. Enquanto isso não ocorrer, somente EFPP estão autorizadas a administrar planos de benefícios patrocinados por entes federativos, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas (EC 103/19, art. 33).

Isso significa que, se não bastasse a prejudicialidade eventualmente causada pela inércia de um eventual ente federativo atrasado com a edição de sua lei de instituição de previdência privada aos seus servidores, o Poder Legislativo federal, ao deixar de disciplinar a relação entre patrocinadores públicos e a entidade aberta de previdência privada (EAPP), também contribui com o prejuízo decorrente da impossibilidade de os entes federativos exercerem as autonomias de suas vontades, já que, enquanto não houver a edição da lei complementar, não poderão contratar com EAPP.

1.3.2.3 O Poder Judiciário e o Sistema de Seguridade Social

O Poder Judiciário também é parte integrante dos Poderes Públicos, aos quais, a Constituição Federal de 1988 se referiu para ser o protagonista de ações de seguridade social destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.

Não é demais lembrar que a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O comando em testilha é suficiente para deixar assente o fato de que o Poder Judiciário estará à disposição para enfrentar demandas que versem sobre direitos sociais, assim como também estará apto para analisar questões envolvendo direito público, privado, disponível ou indisponível. A propósito, estudo⁶⁰ do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), demonstra aumento de 130% de demandas judiciais relativas à saúde, no período compreendido entre 2008 e 2017, ao passo que, no total de demandas, o

⁶⁰

Disponível

em:

<http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: jun. 2020.

aumento, no mesmo período, foi de 50%. Ou seja, a atuação do Poder Judiciário, voltada à Seguridade Social, é significativa, pelo menos no que diz respeito ao direito social de saúde.

A contribuição do Poder Judiciário para a consecução da Seguridade Social pode ser encontrada na função judicante de decidir levando em consideração premissa que reverencia a pessoa humana. Livia de Paiva Ziti Afonso⁶¹ acentua que “o Poder Judiciário, em caráter excepcional, poderá intervir nas políticas públicas para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais, todas as vezes que os órgãos competentes forem omissos no cumprimento, ainda que tais direitos sejam revestidos de conteúdo programático”.

No entanto, a discussão a respeito de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas em caso de omissão dos órgãos competentes é nevrálgica. Logo, se por um lado, como vimos, há posição no sentido de se admitir essa interferência equilibrada, por outro, há quem rejeite essa possibilidade. Carlos Roberto Siqueira Castro⁶² sustenta que “as questões políticas” não podem ser objeto de controle do Poder Judiciário:

Em que pese a nossa firme convicção de que incumbe indispensavelmente ao Poder Judiciário conhecer todas e quaisquer pretensões individuais ou coletivas com o escopo de reparar lesão ou ameaça de lesão a direitos, cabendo-lhe, *et pour cause*, apreciar, no mérito, a razoabilidade e a racionalidade dos atos do Poder Público, inclusive das leis e de toda espécie de regras jurídicas, é de admitir-se, nada obstante, que determinadas questões, por sua figuração estritamente política, acham-se subtraídas ao controle dos órgãos da Justiça. Isto desde que não importem em vulneração de direitos subjetivos públicos ou privados.

O descontentamento da sociedade com as políticas públicas, de uma forma geral, vem provocando demandas judiciais que clamam por um Poder Judiciário com papel mais integrador e garantidor dos direitos fundamentais sociais. O Judiciário passa a exercer função que ultrapassa a atividade de aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto. No caso, a falta de legislação e, principalmente, a falta de políticas públicas plasmadas em atos administrativos, vêm fazendo com que a pessoa peça, ao Poder Judiciário, a supressão dessa lacuna de forma mais efetiva. Essa prática é

⁶¹ AFONSO, Livia de Paiva Ziti. *O papel do Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais sociais*. 2010. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 109.

⁶² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 255.

⁶² BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 89.

chamada pela doutrina de ativismo judicial. Sobre esse assunto, confira-se a lição de Fernanda Souza Hutzler⁶³:

Pode-se dizer que o ativismo caracteriza-se pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado, por alguns, pesadas críticas ao Poder Judiciário, em uma clara sinalização negativa à sua prática, por importarem, via de regra, na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Também, entende-se por ativismo judicial as decisões políticas tomadas pelo Poder Judiciário. O termo ativismo judicial indica que a Corte está deixando de se restringir à atividade interpretativa, para estabelecer novas condutas, criando direito novo. A tendência tem sido a de levar as questões políticas para serem debatidas no âmbito judicial, de forma que assuntos políticos passam a ser exteriorizados como jurídicos.

Conclui-se, destarte, que os Poderes Públicos constituídos exercem papel de suma importância para assegurar os direitos que performam a Seguridade Social. Desse modo, seja no exercício de suas funções, ou, ainda, exercendo funções mais alargadas, tais poderes são constitucionalmente harmônicos e a comunhão integrada de suas ações, enquadradas na moldura constitucionalmente posta, funcionam com a finalidade de movimentar o Sistema de Seguridade Social.

Acresça-se, por fim, que a referência aos Poderes Públicos constitucionais abarca os poderes Públicos de todos os entes federativos. O que significa dizer que os Poderes Legislativo e Executivo estaduais e municipais e do Distrito Federal também integram o conceito de Poderes Públicos, plasmado no artigo 194, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e, simetricamente, dentro de suas quadras constitucionais de competência, devem executar as atividades voltadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

É bem verdade que para tais Poderes Públicos o Sistema de Seguridade Social tem aspecto mais operacional, principalmente no que diz respeito às atividades de saúde e de assistência social. Há, sim, políticas regionais e locais para assegurar esses direitos da pessoa humana, mas as atuações estadual e municipal estão mais ligadas com os aspectos pragmáticos da política, executando as ações necessárias para atingir esse objetivo social.

⁶³ HUTZLER, Fernanda Souza. *O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social*. 2017. 24 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 66-67.

1.3.3 O papel da sociedade no Sistema de Seguridade Social

Resta agora analisar a “sociedade”, mais um ator social que funciona como uma das engrenagens que promovem o Sistema de Seguridade Social.

A sociedade responsável por praticar atos voltados à manutenção do Sistema de Seguridade Social deve ser enxergada no seu aspecto mais abrangente possível. Essa instituição deve contemplar o conjunto de pessoas ligadas por vínculo jurídico geopolítico (Estado brasileiro), ou seja, são pessoas que integram a sociedade brasileira.

E o conceito de pessoa⁶⁴ também deve ser considerado no seu aspecto mais abrangente, levando-se em conta pessoas naturais e pessoas jurídicas que estão sujeitas a direitos e obrigações impostos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim, se por um lado soa como óbvio o fato de que a sociedade que atua no Sistema de Seguridade Social deve ser lida como o agrupamento de pessoas de variadas classes, imbuídas de uma relação patriótica (ou seja, como componentes essenciais da República Federativa do Brasil), na qualidade de destinatárias dos valores fixados pela própria sociedade⁶⁵, ao promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil, de outro lado, verifica-se que essa obviedade ainda é dotada de alta carga teórica e normativa, mas desprovida de efetividade.

Com efeito, a diferenciação de classes sociais tem arraigada em si comportamentos medievais⁶⁶ e que hoje são inadmissíveis, não apenas por uma questão humanitária, como também pelo fato de que o ordenamento constitucional

⁶⁴ Mara Helena Diniz ensina que “para a doutrina tradicional ‘pessoa’ é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. *Sujeito de direito* é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial”. (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 1: *Teoria geral do direito civil*. 24 ed. rev. e atual., de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113-114.)

⁶⁵ Esse é o raciocínio que se extrai da leitura do preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

⁶⁶ “À margem dos castelos medievais, os burgos novos ou burgos de fora (*forisburgus*, termo do qual surgiu o *fauborg* do francês atual) tornam-se, rapidamente, os locais de concentração das grandes fortunas mercantis e os centros de irradiação do primeiro capitalismo. Foi nas cidades comerciais da Baixa Idade Média que teve início a primeira experiência histórica de sociedade de classes, onde a desigualdade social já não é determinada pelo direito, mas resulta principalmente das diferenças de situação patrimonial de famílias e indivíduos”. (COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.)

posto prescreve que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º).

Ao longo do tempo, o homem sentiu a necessidade de se reunir de forma mais igualitária, comungando interesses comuns. A noção classista ou até mesmo individualista existente na sociedade foi se transformando para contemplar um querer coletivo, tal como ensina o jurista britânico Dennis Lloyd⁶⁷:

O descontentamento com a concepção puramente individualista e racionalista de sociedade já era manifesto nos escritos de Rousseau, que procurou expressar a unidade da sociedade em sua concepção de “vontade geral”, uma entidade emergente e distinta das vontades individuais dos membros da sociedade. Um pouco depois, Edmund Burke enfatizou as raízes tradicionais e históricas do organismo social e repudiou a interpretação de um Estado nacional em termos de uma sociedade num empreendimento comercial. Foi, entretanto, o filósofo alemão Hegel quem forneceu os alicerces filosóficos para o modelo de sociedade como entidade metafísica, distinta dos indivíduos que a compõem e superior a eles.

Celso Ribeiro Bastos⁶⁸, ao sustentar a importância da democracia pluralista, escreve que:

Há a plena possibilidade de os interesses organizarem-se até com o fim explícito ou implícito de influenciar o poder do Estado. Mas o Estado democrático não vê nisto qualquer ameaça à sua autoridade. Contrariamente, considera que o entrelaçamento das diversas opiniões e interesses coopera para um aprofundamento das questões debatidas e para a facilitação do processo decisório.

Ao final, conclui o memorável jurista pela importância de se esticar a roupagem da sociedade em nome de uma democracia mais efetiva, quando afirma que “há, portanto, por detrás desse modelo o pressuposto de que o bem-estar social não é fornecido graciosamente pelo Estado, mas necessita da participação intensa de toda a coletividade”.

A sociedade compreendida, portanto, como um conjunto de pessoas naturais e jurídicas que têm o mesmo objetivo (externado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988) contribui com o equilíbrio do Sistema de Seguridade Social. Essa contribuição ocorre de diversas formas.

⁶⁷ LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. 2. ed. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 251.

⁶⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 64-65.

1.3.3.1 A sociedade e a diversidade da base de financiamento da Seguridade Social (CF, art. 194, parágrafo único, VI), as modalidades de planos oferecidos por EFPP

Sem dúvida nenhuma, a forma mais importante de participação da sociedade no Sistema de Seguridade Social ocorre por meio de sua participação no custeio da Seguridade Social. A Constituição Federal de 1988, por meio do art. 194, parágrafo único, VI⁶⁹, determina que haja diversidade da base de financiamento.

Portanto, a sociedade, em sua forma mais variada, contribui com o financiamento da seguridade social. Wagner Balera⁷⁰ ensina que a diversidade é formada por contribuições dos segurados, das empresas e do próprio Estado, este último contribuindo por meio do produto de arrecadação tributária sobre a própria sociedade:

Na época em que foi concebido por BISMARCK como um seguro social, o modelo protetivo tinha como fontes de custeio as contribuições dos próprios segurados, das empresas e do Estado. Tal esquema não sofreu grandes alterações ao longo do tempo e vigorou, pelo menos no Brasil, desde a implantação do modelo previdenciário pátrio.

A contribuição tríplice figurou em preceito constitucional desde 1934. São diferentes as bases de cálculo e os percentuais de contribuição devidos por cada um dos partícipes do esquema contributivo. Enquanto a contribuição dos trabalhadores e dos empregadores incidia sobre a folha de salários, a parcela devida pela União seria cobrada do conjunto da sociedade, de modo indireto, por meio do sistema tributário e de outras fontes definidas em lei.

Essa diversidade da base de financiamento tem uma razão de ser. Por evidente que, quanto maior a quantidade de ramificações que contribuam com o patrocínio da Seguridade Social, maior será a segurança financeira do sistema, já que a eventual diminuição de recursos oriundos de uma dessas veias não afetará a sua capilaridade. Daniel Pulino⁷¹ explica com propriedade a estruturação da diversidade da base de financiamento como forma de mitigar o risco de déficit:

⁶⁹ VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social.

⁷⁰ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 122.

⁷¹ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 33.

Esse princípio reflete a preocupação de não se restringir o custeio da seguridade social a uma única base, o que poderia colocá-lo em risco se, por qualquer razão, restasse afetada a fonte única de captação dos recursos necessários para desenvolvimento de prestações tão importantes para a própria sobrevivência do corpo social. A propósito, bastaria lembrarmos que um dos fatores apontados como responsáveis para a crise que universalmente foi sentida por praticamente todos os sistemas de proteção social ao redor do mundo consiste, justamente, na retração da base sobre a qual tradicionalmente eram (e ainda são, em grande parte, inclusive no caso brasileiro) financiados os sistemas de seguridade, que é a folha de pagamentos, profundamente afetada por fenômenos como o *desemprego* e a chamada *informalidade*.

Na previdência privada, ofertada por EFPP, a diversidade da base de financiamento também assume função essencial. Face às peculiaridades do sistema de natureza privada, a óptica é outra, mas tão importante como cunhado na norma constitucional. Em razão de sua natureza privada, a previdência complementar, ofertada por EFPP, por evidente, não será custeada pela sociedade de uma forma geral e tampouco pelo Estado.

A rigor, a base de custeio consiste nas contribuições do próprio participante (figura que será estudada mais adiante, em capítulo próprio). Há casos em que o empregador também contribui. São aqueles em que os planos de benefícios geridos pelas EFPP são constituídos por patrocinadores, conforme os artigos 12 e 31, I⁷² da LC 109/01. Na hipótese de planos patrocinados, a diversidade da base de financiamento contempla dois integrantes (empregado e empregador) dos três sujeitos pilares da Seguridade Social.

Por sua vez, os planos de benefícios privados forjados por instituidores⁷³ contam com financiamento exclusivamente do participante. Neste caso, sim, a base de financiamento é restrita, não se fala em diversificação⁷⁴.

⁷² 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.

⁷³ Pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial que oferecer planos de benefícios por meio de EFPP a associados ou membros, nos termos do art. 31, II da LC 109/01.

⁷⁴ Há duas exceções à regra de que o custeio é exclusivamente do participante. Elas estão atualmente esculpidas na Resolução CGPC n. 12/02, que regulamenta a constituição e funcionamento das Entidades Fechadas de Previdência Complementar e planos de benefícios constituídos por Instituidor. A norma dispõe que para requerer autorização para constituição de EFPP, o instituidor deve apresentar plano de custeio para cobertura das despesas administrativas do plano de benefícios, para o primeiro ano de funcionamento da EFPP (art. 5º, II, b). Também prescreve que o plano pode receber aporte de terceiros, inclusive de empregadores e do próprio instituidor, em relação, respectivamente, aos seus empregados ou membros associados vinculados ao plano de benefícios (art. 10, §§ 1º e 4º).

Daniel Pulino⁷⁵, ao compatibilizar esse princípio explícito da seguridade social com a previdência complementar fechada, explica que a diversificação de investimentos dos recursos garantidores dos planos de benefícios atende a esse princípio de diversidade de base, uma vez que impede com que a aplicação de recursos em um único lugar comprometa os resultados de rentabilização:

Com efeito, se devem ser constituídas reservas garantidoras do benefício contratado (Constituição, art. 202, *caput*), e sendo autofinanciado o regime de previdência complementar (quer só pelo patrocinador, quer por este e pelos participantes, mas não havendo outros contribuintes possíveis), a diversidade da base haverá de refletir-se, propriamente, para o momento de investimento, de aplicação dos recursos, impedindo que todos eles sejam investidos numa única fonte (a qual, apresentando qualquer defeito, comprometeria a garantia dos benefícios contratados).

Tal repercussão soa, então, como uma espécie de regra de ouro de prudência, a exigir a diversificação das aplicações, dentro dos limites permitidos pelo órgão competente, que é o Conselho Monetário Nacional, à luz do art. 9º, § 1º, da Lei Complementar n. 109, de 2001.

Se não bastasse essa judiciosa posição de Daniel Pulino a respeito da diversidade de base de financiamento, fato é que, seja para planos instituídos, onde a rigor a base de financiamento é única, seja, ainda, nos planos patrocinados, onde há diversidade de benefícios porque participantes e patrocinadores participam no custeio, o princípio objetivo da diversidade da fonte de custeio da Seguridade Social aplicado na previdência privada deve ser encarado também considerando a multiplicidade de fontes de uma mesma natureza. A diversidade encarada dessa forma permite, a um só tempo, que o participante vivencie a segurança de pertencer a um grupo social e permite também que o plano de benefícios seja mais exitoso em função de seu volume.

Para explicar a importância da massa de participantes integrados no seio de um mesmo plano de benefícios, traz-se à baila ensinamento de Manuel Sebastião Soares Póvoas⁷⁶ sobre o indivíduo nos sistemas privados:

Mas não é só por isto que, aos sistemas privados, está reservado notável papel na preservação da segurança individual, mas também e principalmente, porque só eles oferecerem formas efetivas de preservação do nível de vida do indivíduo, em qualquer emergência do processo social em que esteja ou venha a estar envolvido.

Podíamos dizer, também, que qualquer emergência do respectivo processo de vida, o que da mesma forma, expressaria a realidade que

⁷⁵ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 412.

⁷⁶ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 95.

estamos expondo, mas ao referirmo-nos ao processo social, quisemos frisar que a posição desse indivíduo no grupo social em que vive, determina que ele tudo faça para a manter, não por razões exclusivas de vaidade pessoal, mas porque essa posição é o mais significativo ponto de referência que ele tem em relação à sociedade, e que se for perdida implicará a sua marginalização no grupo, com conseqüências na estabilidade da família, na manutenção do nível de residência em que viva, determinando, até, a impossibilidade de se manter nesse grupo social. É, por isso, que as ações de marketing da previdência privada poderão apoiar-se na necessidade que o indivíduo tem de se manter no grupo social em que está integrado, e que é um dos argumentos mais significativos, pois é essa integração que dá a cada integrante a força suficiente para se prevenir das possíveis emergências que podem afetar o seu nível de vida, no futuro.

Por outro lado, é exatamente essa multiplicidade de participantes que mantém o plano viável sob o ponto de vista econômico-financeiro. Deveras, por mais enxuta que seja a estrutura da EFPP responsável pela gestão de plano de benefícios, somente a multiplicidade de participantes propicia o financiamento necessário para a manutenção das atividades operacionais.

A assertiva é tão verdadeira, que a Resolução CGPC n. 12/02, que regulamenta a constituição e o funcionamento das Entidades Fechadas de Previdência Complementar e planos de benefícios constituídos por instituidor determina que o instituidor que requerer a constituição de EFPP deverá comprovar que congrega no mínimo mil associados ou membros de categoria ou classe profissional (art. 4º, I). A exigência mínima pode ser excepcionada desde que seja atestada a viabilidade econômico-financeira da EFPP (art. 4º, § 3º).

Também é da letra da Resolução CGPC n. 12/02 a disposição que prescreve que o instituidor poderá requerer adesão ou instituição de plano de benefícios em EFPP em funcionamento desde que tenha número mínimo de cem associados (art. 7º). Tais planos admitem que não só os associados do instituidor, como também membros pessoas físicas vinculadas indiretamente aos instituidores, tais como cônjuges e dependentes econômicos dos associados ou empregados do instituidor ou de pessoas jurídicas vinculadas ao instituidor (por exemplo, grupo de empresas cujos empregados e familiares são vinculados ao grêmio recreativo ou a uma associação esportiva, que funcionariam como instituidores etc.) podem aderir a um plano.

A multiplicidade de participantes, portanto, é que contribui com a base de financiamento sólida e apta a afastar o risco de escassez da fonte de custeio

necessária para a consecução dos objetivos dos planos geridos pelas EFPP.

A diversidade (sob o prisma da multiplicidade, de diversas pessoas) da base de financiamento ganha ainda mais importância quando se traz à análise o plano de benefício de caráter previdenciário na modalidade de benefício definido (BD) previsto no art. 7º, parágrafo único da LC 109/01, o qual, segundo a Resolução CGPC 16/05, é aquele “cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção”. Neste plano, o participante contribui com a finalidade de obter futuramente a percepção de um benefício definido previamente, no momento de sua adesão ao plano. Não há acumulação de valores individualmente. A constituição de reservas matemáticas⁷⁷ do participante se comunica com as reservas de toda a massa de participantes, com a finalidade de manter o equilíbrio necessário para pagar o benefício programado inicialmente. Preenchidas as condições de elegibilidade, o participante passa a ter o direito a perceber o benefício.

Na modalidade de plano BD, a multiplicidade de participantes ganha relevo ainda maior, uma vez que a reserva matemática é constituída por um fundo composto pela totalidade das contribuições devidamente rentabilizadas e não por saldos individualizados, descomprometidos com o valor do benefício. Isso significa que impactos decorrentes de alterações de premissas atuarias, inicialmente adotadas, podem dar ensejo a aumento de contribuição⁷⁸ para equacionar o resultado deficitário.

Isto não quer dizer que nos planos de contribuição definida (CD) ou de contribuição variável (CV) o mutualismo decorrente da multiplicidade de participantes imbuídos do mesmo intuito não exista. Esses planos também se consolidam nesse ambiente de multiplicidade. Antes de explicar a ambiência mutualista de ambos, se registre que, no plano CD, o participante define a contribuição que pretende pagar e, posteriormente, na fase de percepção de benefício, o faz considerando o resultado líquido de seu saldo em conta (CGPC 16/05, art. 3º).

⁷⁷ “Na sua forma mais simplificada, podemos conceituar a reserva matemática, como o fundo que a entidade tem que possuir para poder cumprir integral e pontualmente os compromissos que assumiu para com a massa dos seus participantes. Este fundo é formado com a parte das contribuições que a entidade, de harmonia com regras determinadas pelo cálculo atuarial, guarda e capitaliza”. (PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 180).

⁷⁸ É a chamada contribuição extraordinária, destinada ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal, conforme art. 19, I da LC 109/01.

Por sua vez, no plano CV, os benefícios programados apresentam características de plano BD e de plano CD. Adacir Reis⁷⁹ registra que “no plano CV o valor do benefício de aposentadoria é calculado com base no saldo de conta (característica do plano CD); porém, uma vez concedido o benefício, este se torna vitalício (característica do plano BD)”. Também ilustra que o plano CV pode ser qualificado como tal quando há “previsão de um benefício mínimo, calculado atuarialmente (característica do plano BD), agregado a um benefício resultante do saldo de conta (característica do plano CD), com ou sem renda vitalícia na fase de recebimento de tais valores”, por isso, planos CV “estão sujeitos a desequilíbrios negativos (déficit) ou positivos (superávit)”.

O mutualismo também reside nessas duas modalidades de plano porque além da já citada vantagem de propiciar de forma mais pulverizada o financiamento necessário para a manutenção das atividades operacionais, a comunhão de esforços também performa o montante de contribuição. Esse montante passa a ser utilizado em favor dos participantes considerados como um todo. É esse somatório que permite que as contribuições sejam mais bem rentabilizadas, na forma de um capital fortificado e atrativo, apto para ser utilizado como investimento nos mais variados segmentos de mercado de capitais, permitidos pela regulação⁸⁰. Sobre a força do conjunto de arrecadação de contribuições, confira-se a lição de Wagner Balera⁸¹:

Recolhidas ao fundo, aquelas quantias que cada parte verteu, postas em ordem a satisfazer direitos da coletividade protegida – direitos esses cuja outorga constitui o objetivo específico da entidade – perdem totalmente a sua identidade originária. Tal cabedal somente poderá se ver utilizado, a partir de então, para beneficiar o coletivo que, no seu todo considerado, carece de proteção social.

O quinhão de cada participante está diluído em reservas diversas, mas pode ser individualizado e o será, necessariamente, quando surgir o direito previdenciário contratualmente previsto.

Portanto, é principalmente por meio do mutualismo de participantes entre si, ou, ainda, entre participantes e as patrocinadoras, que a diversidade da base de financiamento da Seguridade Social deve ser compreendida sob a óptica da previdência privada.

⁷⁹ REIS, Adacir. *Curso básico de previdência complementar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

⁸⁰ Atualmente, a aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas EFPP é balizada por diretriz fixada na Resolução CMN 4.661/18.

⁸¹ BALERA, Wagner. *Competência Jurisdicional na Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 25.

1.3.3.2 O caráter democrático e descentralizado da gestão da Seguridade Social (CF, art. 194, VII). Os órgãos colegiados que ditam políticas públicas da previdência privada (CNPc) e da saúde suplementar (CONSU)

O caráter democrático e descentralizado da administração, previsto no artigo 194, VII, da Constituição Federal de 1988, mediante prestação quadripartite, que conta com a participação dos trabalhadores, dos empregadores e dos aposentados nos órgãos colegiados é uma das formas de participação da sociedade. Além do Governo (que integra o quarto pilar dessa gestão democrática), a sociedade é subdividida em três graus de representatividade para integrar a gestão do Sistema de Seguridade Social, no que diz respeito à participação nos órgãos colegiados.

É bem verdade que esses três graus estão interligados entre si, afinal, trabalhador, aposentado e empregador são sujeitos que integram a relação contratual de trabalho, ou que, no caso do aposentado, considera essa premissa pretérita como fundamento. Por isso, verifica-se que a representação da sociedade poderia ser mais heterogênea.

Essa diversificação poderia ter contado, por exemplo, com representantes dos segurados facultativos da previdência social (que não é segurado obrigatório e, portanto, certamente não é empregado). Também poderia ter lançado mão de beneficiários de planos de saúde familiar, como forma de trazer a voz de pessoas que não estejam necessariamente olhando para esses direitos com viés laboral.

Todavia, a representatividade da sociedade por meio de empregados, aposentados e empregador guarda relação⁸² com o artigo 10 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “é assegurada a participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”.

A representatividade da sociedade, tal como lançada, tem razão histórica de ser. Wagner Balera⁸³ resgatou esses marcos históricos registrando que a participação da sociedade na seguridade social de muitos países do planeta decorre

⁸² Neste ponto lança-se mão do “método sistemático de investigação científica”, ensinado por Wagner Balera, quando explicou o uso do vocábulo sistema em dois sentidos diferentes, um como conjunto de normas e outro como método de investigação científica. (BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 11).

⁸³ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 125.

de uma conquista do trabalhador, que passou a ter ingerência sobre o Sistema de Seguridade Social ao mesmo tempo em que assumia a gestão de instituição mundial voltada à organização do trabalho:

Elemento integrante do Estado Social e Democrático de Direito, a participação da comunidade faz parte do ideário sempre presente nos sistemas de seguridade social implantados ao redor do mundo. Seu nascimento coincide com o da criação da Organização Internacional do Trabalho, a mais antiga instituição do Sistema das Nações Unidas que, como já se disse aqui, fora fruto do Trabalho de Paz da primeira guerra mundial, assinado em Versailles. A OIT seria dirigida por representantes dos três atores sociais – os trabalhadores, os patrões e os governos dos países membros daquele organismo internacional.

De qualquer forma, Miguel Horvath Júnior⁸⁴ ensina que:

A descentralização da gestão encontra-se em consonância com a finalidade da seguridade social de proporcionar o atendimento das necessidades básicas dos indivíduos relacionados com a saúde, previdência social e assistência social. Ora, não teria sentido o constituinte prestigiar valores tão importantes, como saúde, previdência social e assistência social, e deixá-los sobrestados na burocracia da Administração Pública.

Os órgãos colegiados que versam sobre os temas que serão cotejados neste estudo (previdência privada e saúde suplementar) já foram citados nesta dissertação, no ponto que trata da atribuição administrativa do Poder Executivo. Vejamos agora como a sociedade efetivamente participa dessa gestão.

O Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC tem em sua composição 8 (oito) integrantes, sendo 5 (cinco) representantes do Poder Público⁸⁵; 3 (três) indicados, respectivamente, por entidades fechadas de previdência complementar, pelos patrocinadores e instituidores e pelos participantes e assistidos (Lei Federal 12.154/09, art. 14).

Nota-se que a gestão do CNPC tem a presença da sociedade de forma mais abrangente, quando comparada com a gestão descentralizada prevista no

⁸⁴ HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 111.

⁸⁵ O Regimento Interno do CNPC (Portaria MPS nº 132, de 14 de março de 2011) elencou quem serão os 5 (cinco) representantes do Poder Público: I - representante da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC; II - representante da Secretaria de Políticas de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social; III - representante da Casa Civil da Presidência da República; IV - representante do Ministério da Fazenda; V - representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Em função da extinção de algumas pastas, nota-se que a atual composição do CNPC tem aproveitado integrantes de Secretarias e Subsecretarias constantes de Ministérios e que têm atribuições semelhantes às anteriormente desempenhadas pelos Ministérios extintos.

artigo 194, VII, da Constituição Federal de 1988. Enquanto a norma constitucional reserva a gestão da Seguridade Social aos empregados, aposentados e empregadores componentes da sociedade, a norma legal que prescreve a composição do CNPC alberga todos esses componentes e, ainda, ao permitir que haja integrante indicado por EFPP, admite que uma pessoa que não reúne as características antes citadas também integre a composição do conselho. E isso é muito salutar, já que o representante da EFPP terá expertise ímpar para contribuir com a regulação das atividades colegiadas.

Nesse diapasão, o fato de se contemplar a possibilidade de indicar integrante oriundo de entidade instituidora também contribuiu com a heterogeneidade da representatividade da sociedade no Sistema de Seguridade Social relativo à previdência privada. Com efeito, o eventual representante oriundo de entidade instituidora será um associado ou membro de pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial (art. 31, II, da LC 109/01). Não será empregado, aposentado ou empregador. Manterá vínculo associativo com a entidade instituidora.

A PREVIC será administrada por uma diretoria colegiada, composta por 1 (um) diretor-superintendente e 4 (quatro) diretores, escolhidos dentre pessoas de ilibada reputação e de notória competência, a serem indicados pelo Ministro de Estado da pasta responsável⁸⁶ e nomeados pelo Presidente da República (art. 4º da Lei 12.154/09). A possibilidade de escolher quaisquer pessoas para integrar a diretoria colegiada, sejam servidores públicos, sejam personalidades que atuam na iniciativa privada, também é uma forma de permitir a participação da sociedade. Sem embargo, melhor seria se a lei tivesse feito reserva mínima de diretoria destinada a membro oriundo da sociedade.

A Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC segue essa mesma diversificação em sua composição, no que diz respeito à heterogeneidade dos representantes da sociedade. A Câmara é formada por 4 (quatro) escolhidos entre servidores federais ocupantes de cargo efetivo em exercício no Ministério concernente ou em entidades a ele vinculadas; e 3 (três) indicados, respectivamente, pelas entidades fechadas de previdência complementar, pelos patrocinadores e

⁸⁶ A letra lei faz menção ao Ministro de Estado da Previdência Social. Ocorre que as pastas ministeriais não raro são alteradas, motivo pelo qual seria mais prudente que a lei fizesse referência à nomenclatura mais genérica, a fim de que seu texto não restasse ultrapassado a cada reforma de organização formal dos ministérios.

instituidores e pelos participantes e assistidos (Lei Federal 12.154/09, art. 15, § 1º).

Por fim, registre-se que a participação democrática e descentralizada também ocorre diretamente na estrutura de governança da EFPP, que conta com representantes dos participantes e assistidos. Wagner Balera⁸⁷ registra que “é neste norte geral de democratização do Sistema de Seguridade Social que se insere a participação dos assistidos e dos participantes no conselho deliberativo e fiscal, garantindo-lhes ao menos um terço das vagas”.

O art. 202, § 6º da CF, reforça essa atuação dos participantes/assistidos, prescrevendo a necessidade de lei complementar disciplinar a inserção de participantes de plano de benefícios nos colegiados e instâncias de deliberação da EFPP. Na tônica de explicar a sua gestão democrática e descentralizada, por ora, esse breve relato é suficiente. A estrutura organizacional da EFPP será mais bem estudada em capítulo próprio desta dissertação.

Se por um lado os órgãos colegiados do Estado que regulam e conduzem o sistema de previdência privada foram estruturados com observância ao caráter democrático e descentralizado de sua administração, com participação plena da sociedade, além do próprio Governo, por outro lado, a letra da lei não foi tão fiel à Constituição Federal de 1988 quando definiu a composição do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU).

Deveras, o art. 35-B da Lei 9.656/98 prescreve que o CONSU será integrado pelos Ministros de Estado (i) Chefe da Casa Civil da Presidência da República, na qualidade de Presidente; (ii) da Saúde; (iii) da Fazenda; (iv) da Justiça; (v) do Planejamento, Orçamento e Gestão.

A estrutura de governança do CONSU não conta com representante da sociedade. Isto significa dizer que referido órgão é desprovido do caráter democrático e descentralizado da administração, tal como se espera dos órgãos colegiados que compõem o Sistema de Seguridade Social.

Não fosse grave pelo fato de que a condução dos trabalhos do referido órgão se guiará contando exclusivamente com a óptica do Governo (já que em sua composição somente foram contemplados Ministros de Estado), a questão que atormenta e se coloca é se o CONSU, tal como criado pela legislação, possui vício

⁸⁷ BALERA, Wagner (coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 223.

de constitucionalidade⁸⁸. A inconstitucionalidade da norma de composição do órgão enseja vício em sua estrutura, além do que todo o seu trabalho estará maculado pelo fato de não ter se observado o caráter democrático e descentralizado constitucional.

Isto porque, ensina Ana Paula Oriola de Raeffray⁸⁹ que:

Os conselhos podem ser definidos como um projeto preocupado em assegurar a presença da sociedade civil, de forma realmente efetiva, participativa, na defesa dos interesses da população, na geração de políticas do setor, no acompanhamento de sua consecução e na avaliação do sistema como um todo ou em relação a programas específicos.

Em remate, registre-se ainda que o organograma atual do Governo Federal não contempla mais as figuras dos Ministros da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão. Atualmente, há uma única pasta conduzindo esses dois assuntos, sob o comando do Ministro da Economia. No ponto, o Decreto 10.236, de 11 de fevereiro de 2020, que aprovou o Regimento Interno do CONSU, acabou por legislar sobre a estrutura organizacional, dispondo que o CONSU será composto pelos Ministros de Estado (i) da Saúde, na qualidade de Presidente; (ii) de Chefe da Casa Civil da Presidência da República; (iii) da Justiça e Segurança Pública e (iv) da Economia (art. 3º do Anexo Regimento Interno). Referido ato administrativo também prescreve que o Presidente do CONSU terá o voto de qualidade em caso de empate (art. 4º, § 2º do Anexo Regimento Interno).

Note-se a inovação normativa na mudança da presidência do referido conselho (que pela lei seria do Ministro Chefe da Casa Civil e agora, pelo Decreto, é do Ministro da Saúde) e também na inserção do voto de qualidade ao Presidente do CONSU, até então inexistente porque a lei prescrevia a sua composição por meio de 5 (cinco) integrantes.

Malgrado a tentativa de tornar efetiva a atuação do CONSU, o Decreto 10.236/20 alterou conteúdo legal e, ainda assim, além de malferir a legislação, não

⁸⁸ José Afonso da Silva ensina que o vício de constitucionalidade ou inconstitucionalidade “ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e atual. até EC n. 62, de 9.11.2009. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.)

⁸⁹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 287.

serviu para atender ao comando constitucional do artigo 194, VII, no sentido de inserir no seu colegiado os representantes da sociedade, notadamente, no mínimo, vozes dos empregados, aposentados e dos empregadores.

Da forma como constituído, sem observância do princípio constitucional da gestão quadripartite, o CONSU se torna um órgão político e não de estrutura básica, desprovido de pluralidade de pensamentos e incapaz de contextualizar o cenário necessário para impulsionar as políticas públicas no setor de saúde suplementar. O fato de ser composto por Ministros de Estado contribui para o engessamento dos andamentos dos trabalhos. Melhor seria se o conjunto normativo que confere sustentação ao CONSU se aproveitasse de estrutura semelhante à do CNPC, cuja lei faz referência aos representantes do Poder Público e o Regimento Interno, por sua vez, ao elencar quem são tais representantes, nominam apenas as pastas ministeriais⁹⁰ responsáveis pela indicação, e não os cargos em si.

1.3.3.3 Demais formas de participação da sociedade na Seguridade Social

Em sua obra, *Sistema de Seguridade Social*, Wagner Balera⁹¹ situa o orçamento participativo, por meio de audiências públicas, como uma das formas de exteriorização da atuação da sociedade na Seguridade Social. Ele aponta os artigos 20 e 21 da Lei 11.653/08 (*dispõe sobre o plano plurianual do período de 2008/2011*), o art. 17, § 4º da Lei 12.017/09 (*dispõe sobre diretrizes para elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010*) e o artigo 18, § 4º da Lei 11.514/07 (*dispõe sobre diretrizes para elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2008*) como normas jurídicas produzidas nessa ambiência de justiça social e voltadas à garantia de participação da sociedade no sistema:

Revela o compromisso do legislador com essa abertura democrática do sistema o comando exarado na Lei 11.653, de 2008, que, ao fixar o Plano Plurianual para o período 2008/2011, ordena a participação social na elaboração daquele instrumento nos seguintes termos:

[...]

A seguir-se com essa permanente expansão da diretriz da publicidade, é natural que a comunidade participe, igualmente, na elaboração do

⁹⁰ Conforme já narrado neste trabalho, a extinção de alguns Ministérios do Governo Federal levou a atual composição do CNPC a aproveitar integrantes de Secretarias e Subsecretarias constantes de Ministérios e que têm atribuições semelhantes às anteriormente desempenhadas pelos Ministérios extintos.

⁹¹ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 44-45.

Plano de Custeio que, juntamente com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias, configura o arcabouço essencial da normatividade no financiamento da seguridade social.

A movimentação do corpo social em lugares nos quais já opera o chamado “orçamento participativo”, método que leva em conta os anseios sociais, definido a partir de reuniões, de plenárias, de assembleias e de audiências públicas é modelo que bem poderia servir para a elaboração da peça orçamentária de cada um dos setores da seguridade social.

A análise do ordenamento orçamentário, atualmente vigente, demonstra um retrocesso legislativo. A Lei 13.971/19 (*que dispõe sobre o plano plurianual da União para o período de 2020 a 2023*) e a Lei 13.978/20 (*que estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2020*) não previram o orçamento participativo, afastando a sociedade da confecção das peças orçamentárias que contemplam a Seguridade Social.

A lei de plano plurianual da União 2020/2023 prevê a hipótese de audiência pública para avaliar os resultados e as recomendações do órgão central do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, a respeito do relatório anual de monitoramento do PPA e do relatório do Poder Executivo de resultado e recomendações das avaliações do relatório de monitoramento (art. 17 da Lei 13.971/19). Ainda assim, fica aquém do esperado, no que diz respeito à democratização participativa na construção do orçamento da Seguridade Social.

E por falar em retrocesso, também se colhe da lição de Wagner Balera o amesquinamento da participação da sociedade, ao se revogar o dispositivo legal que previa os Conselhos Estaduais e Municipais da Previdência Social:

Rebela-se, porém, contra referida diretriz a Medida Provisória n. 2.143-34, de junho de 2001.

Com efeito, sem maiores explicações, o art. 7º da Lei 8.213, de julho de 1991, que instituiu os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, foi revogado.

Trata-se de manifesta afronta ao propósito descentralizador engendrado pelo constituinte.

A norma revogada permitia à sociedade, de forma institucional, o acompanhamento e a avaliação sistemática da gestão previdenciária, além de propor planos e programas voltados à Previdência Social.

Diante desse desamparo legislativo, cabe à sociedade contribuir com a Seguridade Social atuando de forma proba. Em uma primeira análise, parece que aferir a higidez da conduta da pessoa teria mais a ver com questões sociológicas.

Entretanto, a ideia aqui é a de cotejar os atos praticados pela sociedade à

luz do comando objetivo do artigo 194, *caput* da Constituição Federal de 1988, que determina que a sociedade exerça ações destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Ora, se se trata de uma imposição constitucional é imperioso que seja levada a efeito. A legislação (pobre no sentido de conferir poderes de atuação à sociedade) será a norteadora das atividades da sociedade voltadas à consecução do objetivo plasmado no art. 194 da CF, sobretudo porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II da CF) e também porque deve haver o respectivo sancionamento, eventualmente operável como consequência da conduta reprovada.

A título de exemplo do alcance da imposição constitucional de se exigir condutas probas da sociedade, neste ano de 2020, o mundo vem passando pela pandemia do coronavírus (COVID-19). No Brasil, essa pandemia deu ensejo à edição do Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020, reconhecendo a ocorrência de estado de calamidade pública. Também ensejou a Lei Federal 13.979/20, que dispõe sobre medidas de enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Esse cenário influenciou no cenário econômico mundial. No Brasil, a Medida Provisória 927/20 reconheceu que a pandemia de COVID-19 configura “força maior”, na forma do artigo 501, da CLT, introduzindo uma série de medidas para reduzir o custo da folha de pagamento, de forma a proteger o empregado e ao mesmo tempo evitar que o desemprego cause ainda maior impacto na economia.

O desemprego e o abalo econômico são inevitáveis. Para fortalecer o sistema de proteção social, o Governo Federal instituiu o Auxílio Emergencial (Lei 13.982/20) consistente em um benefício financeiro (inicialmente de R\$ 600,00) destinado a trabalhadores informais, microempreendedores individuais, autônomos e desempregados, com o objetivo de fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do COVID 19.

O Tribunal de Contas da União⁹² apurou que aproximadamente 6 milhões de pessoas podem estar recebendo indevidamente o auxílio emergencial, por conta de riscos na definição do público-alvo e de dificuldade para verificação da composição familiar, dos vínculos de emprego e de renda.

⁹² Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-a-implementacao-do-auxilio-emergencial.htm>. Acesso em: jun.2020.

São em situações como esta que também devem incidir as ações da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à assistência social, nos moldes fixados pelo comando constitucional esculpido no art. 194 da CF. Seria com a finalidade de assegurar a assistência social, por meio de contribuição ao Estado, no sentido de permitir que ele canalize esse benefício emergencial a quem for efetivamente elegível ao benefício. Essa seria uma forma de operacionalização do conteúdo do referido artigo: o cumprimento do dever cívico com a coletividade, por meio da prática de ato social responsável.

Neste caso utilizado como exemplo, o Governo Federal criou meio de se devolver voluntariamente o auxílio emergencial recebido indevidamente, por pessoa que não tem direito. E o que se espera do cidadão que percebeu o benefício indevidamente é que ele o restitua voluntariamente. Espera-se mais, que o recebimento não tenha nem sequer ocorrido por conta de falsidade de informações no curso do preenchimento do cadastro, o que ensejaria até mesmo as eventuais consequências criminais concernentes. Esse é o espírito da norma esculpida no Sistema de Seguridade Social constitucional.

1.4 O direito social à saúde suplementar

Considerando que o escopo do presente trabalho é analisar a relação da previdência privada fechada com a assistência à saúde, mister se faz compreender como a saúde é organizada no ordenamento jurídico vigente e de que forma a relação ora estudada se consuma.

Chegamos até esse ponto da dissertação trilhando caminho demonstrando que a Constituição Federal de 1988 tem como uma de suas colunas de sustentação, no seu Título VIII, a Ordem Social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais por meio do primado do trabalho (CF, art. 193). Essa condição de uma vida boa e segura para a pessoa, no seio de sua sociedade, pode ser alcançada por meio de alguns programas que contribuem com a consecução de direitos sociais previstos no art. 6º da CF, dentre os quais o direito à saúde. Nessa quadra, dentro do Título VIII – da Ordem Social, há um capítulo (Capítulo II) versando sobre o Sistema de Seguridade Social, que consiste em um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à

saúde, à previdência e à assistência social (CF, art. 194).

Por sua vez, dentro do Capítulo II – da Seguridade Social, constam quatro seções, a saber: (i) Disposições Gerais; (ii) da Saúde; (iii) da Previdência Social e (iv) da Assistência Social.

Na Seção II – da Saúde, há os artigos 196 a 200, que versam sobre as características desse programa social e a forma como ele é operado na sociedade.

O artigo 196 da CF prescreve que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. As ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, nos termos do art. 197 da CF.

Sobre o termo “saúde”, Fernanda Schaefer⁹³ traz a preocupação a respeito de sua abrangência, demonstrando que a Constituição Federal de 1988 se preocupa não apenas com a redução do risco de doença, como também com outros meios que propiciem condições favoráveis ao equilíbrio físico, mental e social da pessoa:

Contudo, não se pode falar em direito à saúde sem se indagar o que significa o termo saúde. O primeiro conceito de saúde é atribuído ao poeta satírico Juvenal, que viveu em Roma entre os anos 42 e 130 d.C.: “*mens sana in corpore sano*”. O poeta quis dizer “*Alma sã num corpo são*”. Não basta a saúde da alma; é necessária também a saúde do corpo, que é garantida não apenas por ações curativas, mas, em especial, por ações preventivas (lazer, saneamento básico, água tratada etc.).

Na sociedade contemporânea, conceituar o significado de saúde como o fizeram os romanos não é uma tarefa fácil, pois se trata de termo extremamente impreciso e de difícil delimitação. Atenta a essa imprecisão, a Constituição Federal não só a define como ausência de doença (visão organicista) como a relaciona com o meio ambiente e qualidade de vida, atendendo também ao conceito pouco operacional criado em 1946, pela Organização Mundial da Saúde, que reconheceu a saúde como direito fundamental do ser humano (art. 25, item I, da Declaração dos Direitos do Homem), conceituando-a como completo e prioritário bem-estar físico, mental e social, não sendo apenas ausência de doenças ou seus agravos.

Léo do Amaral Filho⁹⁴ ensina sobre a importância dos artigos 196/200 da CF, considerando o fato de que essas normas impõem ao Estado – compreendido nos seus níveis federal, estadual e municipal –, obrigação jurídica de fornecer serviços de saúde a todos os brasileiros:

⁹³ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil dos planos & seguros de saúde*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 23.

⁹⁴ AMARAL FILHO, Léo do. *Previdência Privada Aberta*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 122.

As disposições constitucionais dos arts. 196 a 200 têm relevante importância na conceituação da seguridade social. Isto porque o legislador constitucional fez questão de consignar no texto maior do ordenamento jurídico a preocupação em estabelecer uma relação jurídica entre brasileiros e residentes no País em face do Estado, segundo o qual os primeiros têm a exigir do Estado que lhes preste ou forneça serviços de saúde, bem como atribuir expressamente o caráter de *relevância* pública, que envolve as esferas federal, estadual e municipal de governo. Por outro lado, o Estado tem a obrigação de efetivar ditas prestações, o que se constitui um seu dever jurídico.

As ações e serviços públicos de saúde devem constituir um “sistema único”, organizado de acordo com as diretrizes de descentralização às esferas de governo e direção única em cada uma delas; atendimento integral, priorizando atividades preventivas e serviços assistenciais e com participação da comunidade (CF, art. 198).

Novamente ganha relevo a noção de sistema. Pontifica Wagner Balera⁹⁵ que o sistema de saúde se trata de um subsistema no interior do sistema constitucional mais abrangente:

É necessário entender que, como premissa do raciocínio, o tema e o problema da saúde só podem ser interpretados no contexto mais abrangente da seguridade social, tal como definida pelo constituinte, em 1988. De fato, assim como resulta proclamado pela Constituição que saúde é configurada em sistema único, é fora de dúvida que a mesma nada mais é do que um subsistema no interior do sistema constitucional mais abrangente – o verdadeiro eixo constitutivo da proteção social que é a seguridade social.

Wagner Balera⁹⁶ ainda ensina que a relevância pública das ações e serviços de saúde deve levar em conta as necessidades da sociedade como um todo considerada. É o interesse coletivo que deve se sobrepujar e não o interesse individualizado:

O sistema de saúde deve ser considerado como operador estratégico em favor dos usuários e a ele deve ser permitido programar as demandas a partir de necessidades do coletivo. O indivíduo, nas suas naturais e respeitáveis aflições.

Neste sentido, é importante destacar que a integralidade deve andar sempre acompanhada da prudência, uma vez que deve se diferenciar a utilização indiscriminada de tecnologias de diagnóstico precoce, que apenas têm utilidade para expandir o consumo de bens e serviços, da utilização das mesmas tecnologias com a perspectiva de assegurar o direito do usuário do sistema público à saúde através de uma demanda programada para responder às necessidades coletivas. Não é possível abandonar o coletivo em favor do indivíduo ou de grupos.

⁹⁵ BALERA, Wagner. O Superior Tribunal de Justiça e o direito humano à saúde. *Revista do Advogado*, ano XXXIX, n. 141, p. 217, abr., 2019.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 221.

Com base nessas premissas de acesso universal e atendimento integral, por meio de atividades descentralizadas do Poder Público, é que foi editada a Lei 8.080/90, com a finalidade de dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Referida lei dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), fixando objetivos, atribuições, princípios e diretrizes. O Decreto 1.651/95 vem em reforço às disposições legais, para regulamentar o SUS.

Sobre a participação dos entes federados em ações descentralizadas e concatenadas, Wagner Balera⁹⁷ registra a importância da reunião de esforços institucionais, inclusive com o apoio da iniciativa privada:

De fato, é de toda a conveniência que haja cooperação entre as diferentes unidades de governo, nos diversos níveis, para que se evite a dispersão de recursos e para que haja complementação de esforços naquelas políticas que abrangem mais de um Estado ou mais de um Município.

Organização regionalizada e hierarquizada, o Sistema Único de Saúde – SUS – forjará modelos jurídicos modernos de articulação intragovernamental e entre os Poderes Públicos e as entidades privadas.

Essa configuração somente é possível porque o art. 199 da CF permitiu à iniciativa privada a execução de atividades de assistência à saúde. O particular participará de forma complementar ao SUS e seguindo as mesmas diretrizes assistenciais.

1.4.1. A saúde suplementar oferecida na modalidade de autogestão, por operadoras de planos de saúde

O Sistema Único de Saúde (SUS), por excelência, já consiste em um subsistema do Sistema de Seguridade Social. Não obstante, conforme observa Miguel Horvath Júnior⁹⁸, “nosso ordenamento prevê a possibilidade da participação da iniciativa privada no sistema de saúde, através da medicina de grupo, seguro saúde ou cooperativas médicas. O sistema privado é controlado e fiscalizado pelo Poder Público”.

Verifica-se, portanto, que o SUS se divide ainda em (sub)sistemas com

⁹⁷ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 98.

⁹⁸ HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 131.

estruturas jurídicas peculiares, a despeito de interligadas. É o que ensina José Luiz Toro da Silva⁹⁹:

Defendemos que na realidade existem três sistemas de saúde: a) o estatal, que é aquele que estabelece o dever do Estado, previsto no art. 196 da Constituição Federal e nas Leis 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.142, de 28 de dezembro de 1990, exercido pela União, pelos Estados e pelos Municípios; b) o da saúde suplementar, que é justamente objeto da presente tese, pois se refere às operadoras de planos privados de assistência à saúde e os seus contratos de planos e seguros privados de saúde, referidos pelas Leis nº 9.656, de 1998, e 9.991, de 2000; c) e o particular puro que é aquela contratação que o particular ou o próprio Estado realiza junto a prestadores de serviços, com contratos regidos pelo Código Civil e/ou Código de Defesa do Consumidor. Seguindo a lição de Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 25), há que se distinguir, portanto, as esferas de interesses abrangidas por cada um desses sistema de saúde, bem como harmonizá-las dentro de um Estado Democrático de Direito.

Fixadas essas premissas, o presente trabalho se debruçará sobre o sistema de saúde suplementar, pelo fato de que algumas EFPP oferecem atividades de assistência à saúde aos seus participantes, nos termos do art. 76 da LC 109/01. Esse permissivo legal, com esboço constitucional, deve ser lido em conjunto com o artigo 20 da Lei 8.080/90, que determina que os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

O marco regulatório das atividades de assistência à saúde executadas pela iniciativa privada foi cravado pela Lei 9.656, de 3 junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. O seu art. 1º, II, define como Operadora de Plano de Assistência à Saúde a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de “plano privado de assistência saúde”¹⁰⁰.

Nildeval Chianca Júnior¹⁰¹ explica que as operadoras exploram atividade

⁹⁹ SILVA, José Luiz Toro da. *Planos de Saúde: Limites ao Poder de Regular*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 51-52.

¹⁰⁰ Lei 9.656/98, art. 1º, I: Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

¹⁰¹ CHIANCA JUNIOR, Nildeval. Ponderações sobre a Vinculação Direta das Operadoras de Planos de

econômica no setor da Saúde Suplementar, em um ambiente jurídico regulado pela ANS, com pouca margem para exercer livremente sua vontade privada, haja vista o fato de que os contratos (ou regulamentos) privados de planos assistenciais à saúde, firmados com os seus beneficiários, devem ser confeccionados observando-se as diretrizes estabelecidas pela ANS:

As operadoras de planos de saúde são entidades que exploram atividade econômica no setor da Saúde Suplementar, mediante prévia autorização de funcionamento expedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por meio de quem o Estado mantém forte interferência nesse setor econômico, limitando consideravelmente a autonomia da vontade das operadoras.

Há um rígido controle da atuação desses entes pelo Agente Regulador, impedindo-o até mesmo de escolher livremente os termos das cláusulas dos contratos que firmam com seus beneficiários. Por exemplo, as disposições dos contratos firmados entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários não são frutos da criatividade intelectual de nenhuma das partes, mas, sim, mera reprodução das cláusulas que a ANS impõe que constem nesses negócios jurídicos, conforme dispõe o art. 16 da Instrução Normativa nº 23/2009 da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos da ANS e seu Anexo I.

E não são apenas os contratos/regulamentos firmados com os beneficiários que seguem diretrizes estabelecidas pela regulação da ANS. Os contratos firmados com clínicas, hospitais e profissionais da saúde que integram a rede credenciada de um plano assistencial à saúde também são confeccionados seguindo a regulação. O art. 17-A da Lei 9.656/98 determina que o contrato com a rede credenciada seja escrito. A RN ANS 363/14 dispõe sobre as regras para a celebração dos contratos escritos, firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde.

A operadora de plano de saúde, portanto, é um sujeito constante do ordenamento jurídico pátrio, integrante do Sistema de Seguridade Social e incumbido de operar contratos de planos privados de assistência à saúde. Para o exercício dessa função, o art. 8º da Lei 9.656/98 impõe alguns requisitos, sem os quais a operadora de saúde não terá autorização para funcionar, a saber: (i) registro no CRM e CRO; (ii) descrição pormenorizada da atividade assistencial à saúde, sejam os próprios, sejam os prestados por terceiros; (iii) descrição de suas instalações e equipamentos destinados ao oferecimento da atividade; (iv) especificação dos

recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com a legislação; (v) demonstração de capacidade de atendimento; (vi) demonstração de viabilidade econômico-financeira; (vii) especificação da área geográfica de cobertura assistencial.

Com relação à viabilidade econômico-financeira, Fernanda Schaefer¹⁰² ensina que os planos de assistência suplementar à saúde custeiam o atendimento assistencial mediante o recebimento de contraprestação integral ou parcial das despesas:

Costumam organizar-se em forma de convênios ou cooperativas que custeiam o atendimento médico-hospitalar (obrigação de fazer) mediante contraprestações pecuniárias. São geralmente integrantes da denominada medicina de grupo e administram planos de saúde sob a forma de pré-pagamento ou coparticipação nas despesas médicas.

As operadoras de planos de saúde devem oferecer cobertura mínima de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, inclusive partos e tratamentos realizados no Brasil, com padrão de enfermagem e centro de terapia intensiva. Essa cobertura mínima é chamada de plano-referência de assistência à saúde e a lei determina que a amplitude das coberturas será definida por normas editadas pela ANS (art. 10, § 4º da Lei 9.656/98). Atualmente, está vigente a RN ANS 428/2017, que dispõe sobre o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde.

Conforme narrado anteriormente neste trabalho, os produtos, serviços e contratos de assistência médica, hospitalar e odontológica, estão subordinados às normas e à fiscalização da ANS, por força do art. 1º, § 1º da Lei 9.656/98. Esse fundamento de validade fez com que a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde fosse disposta pela ANS, especificamente por meio da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC n. 39, de 27 de outubro de 2000, que no seu art. 10 classificou as operadoras nas modalidades de (i) administradora; (ii) cooperativa médica; (iii) cooperativa odontológica; (iv) autogestão; (v) medicina de grupo; (vi) odontologia de grupo e (vii) filantropia. Nos artigos seguintes, a RDC n. 39 se encarrega de traçar os detalhes de cada modalidade.

A Instrução Conjunta SPC/ANS n. 1/18, em seu art. 20, determina que se

¹⁰² SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil dos planos & seguros de saúde*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 41.

aplicam à EFPP as disposições de regulamentação específica de saúde suplementar que disciplinam a atividade das entidades de autogestão.

Portanto, interessa para o presente estudo analisar as entidades de autogestão, as quais ganharam contornos por meio de um ato administrativo específico, editado pela ANS. A Resolução Normativa 137, de 14 de novembro de 2016, dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar.

Nos termos do art. 2º, I da RN 137/16, define-se como operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão as pessoas jurídicas de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários:

- a) sócios da pessoa jurídica;
- b) administradores e ex-administradores da entidade de autogestão;
- c) empregados e ex-empregados da entidade de autogestão;
- d) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à entidade de autogestão;
- e) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores;
- f) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores.

Também é considerada operadora de plano privado de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos que, vinculada à entidade pública ou privada, patrocinadora, instituidora ou mantenedora opera plano exclusivamente aos seguintes beneficiários (art. 2º, II da RN 137/16):

- a) empregados e servidores públicos ativos da entidade pública patrocinadora;
- b) empregados e servidores públicos aposentados da entidade pública patrocinadora;
- c) ex-empregados e ex-servidores públicos da entidade pública patrocinadora;
- d) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores;
- e) sócios ou associados da entidade privada patrocinadora ou mantenedora da entidade de autogestão;
- f) empregados e ex-empregados, administradores e ex-administradores da entidade privada patrocinadora ou mantenedora da entidade de autogestão;
- g) empregados, ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão;

- h) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão ou a sua entidade patrocinadora ou mantenedora;
- i) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores;
- j) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores;
- k) as pessoas previstas nas alíneas "e", "f", "h", "i" e "j" vinculadas ao instituidor desde que este também seja patrocinador ou mantenedor da entidade de autogestão;

Por fim, está classificada na modalidade de autogestão a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, constituída sob a forma de associação ou fundação, que opera plano privado de assistência à saúde aos integrantes de determinada categoria profissional que sejam seus associados ou associados de seu instituidor e aos seguintes beneficiários (art. 2º, III da RN 137/16):

- a) empregados, ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão;
- b) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão;
- c) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; e
- d) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores.

A operadora de plano privado de assistência à saúde na modalidade de autogestão atua oferecendo suas atividades a determinadas pessoas. Não exploram o mercado em regime de concorrência. A vinculação de beneficiários a elas depende de uma relação prévia de natureza empregatícia ou associativa com seus patrocinadores, instituidores ou mantenedores, ou com a própria entidade de autogestão, quando esta tem personalidade jurídica própria (a EFPP pode patrocinar aos seus empregados tanto a atividade de previdenciária privada, quanto a atividade de saúde suplementar).

Para enriquecer a meditação a respeito do conceito de autogestão, traz-se à baila a posição de Fernanda Schaefer¹⁰³, que conceitua em seu estudo a autogestão exclusivamente como aquela empresa que carrega dentre suas atividades a finalidade – secundária – de oferecer assistência à saúde para seus empregados:

¹⁰³ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil dos planos & seguros de saúde*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 41-42.

Far-se-á, ainda que de forma breve, alusão às empresas ditas de autogestão. A autogestão (expressão que já era adotada antes da Lei 9.656/98) corresponde a um plano de saúde criado por uma ou mais empresas para assistir seus empregados ou funcionários ativos, dependentes, aposentados, pensionistas e até ex-empregados, que poderão ser chamados a participar financeiramente (por meio do pagamento de mensalidades) e da administração.

Em geral, são empresas de grande porte que possuem médicos e até serviços hospitalares próprios, sendo-lhes vedado firmar convênio com médicos e hospitais terceirizados ou contratar outra entidade para oferecer esse serviço. São denominadas de autogestão porque gerenciam e controlam os atendimentos. Não tem fins lucrativos, e a sua personalidade jurídica não difere da personalidade das empresas que as mantêm, cabendo a essas a tarefa de dirigi-las e administrá-las.

É forma de assistência privada à saúde que depende de registro no Ministério da Saúde e que tem obtido melhores resultados que as formas anteriores. É regulamentada pela Resolução 05, de 03.11.1998, do Consu, e cuja responsabilidade civil por erros médicos não se tem a pretensão de abordar no presente trabalho.

O sentido puro de autogestão de fato era esse, encontrado em atividades de operar plano de saúde executadas pela área de recursos humanos da empresa. Esse conceito mudou. A RN ANS 137/16 trouxe consigo um significado muito mais abrangente para a autogestão em saúde no Brasil. Ou seja, o conceito é jurídico e decorre da regulação, conforme ensina Anete Maria Gama¹⁰⁴:

Atualmente, a discussão em torno da definição do conceito de autogestão está vinculada ao processo de regulamentação do setor suplementar de saúde, uma vez que a atual legislação também o incluiu no conjunto de empresas que operam planos de assistência médico-hospitalar, apesar de isentá-las do cumprimento de algumas exigências legais.

Para os casos em que a saúde suplementar é prestada por entidade de autogestão, a finalidade lucrativa não pode ser adotada. Com efeito, a finalidade social de uma entidade desse gênero não é a de auferir lucro com a atividade, mas tão somente a de oferecer o direito social de saúde ao seu beneficiário.

Em razão dessa natureza peculiar, a normatização elegeu a entidade operadora de plano privado de assistência à saúde na modalidade de autogestão como a roupagem da EFPP (entidade vinculada a uma patrocinadora ou instituidora) que executa essa atividade. Nos termos da RN 137/16, art. 3º, § 1º, I, a entidade de autogestão deverá possuir objeto social exclusivo de operação de planos privados

¹⁰⁴ GAMA, Anete Maria. *Caracterização da autogestão no processo de regulamentação do setor saúde suplementar de saúde*. 2003. 81 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2003. p. 49.

de assistência à saúde. São vedadas outras prestações de atividades, exceto às EFPP que prestam atividades assistenciais à saúde desde a edição da LC 109/01, que poderão executar simultaneamente as atividades de previdência privada e de saúde suplementar.

1.5 O direito social à previdência privada

Assim como enquadrámos topograficamente na Constituição Federal de 1988 o direito social à saúde suplementar, faremos agora o enquadramento do direito social à previdência privada. Desta feita, lançaremos mão da lição de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub¹⁰⁵:

Uma análise e um enquadramento constitucional da Previdência Complementar Privada dependem de uma busca pelo gênero Seguridade Social. Nossa sistemática constitucional é muito didática, de forma a conceituar e caracterizar a Previdência Complementar Privada. A Previdência Privada é espécie ancilar à Previdência Social. Dentro da divisão da Seguridade Social (Saúde e Assistência Social) a Previdência Social é acompanhada pela chamada Previdência Complementar. Por sua vez, a Previdência Complementar se subdivide em Oficial e Privada.

Dentro deste esboço, podemos notar que a grande característica da Previdência Complementar Privada é sua natureza particular, e não pública. Etimologicamente, a expressão Previdência Privada é bem ilustrativa. Mesmo privada, porém, ela não perde jamais seu traço distintivo constitucional de elemento de proteção social.

Na Constituição da República, a temática da Previdência Privada está inserida no âmbito do Título VIII, da Ordem Social, cujo artigo 193 estabelece que: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como **objetivo o bem-estar e a justiça sociais**” (destaques nossos).

Topológica e sistematicamente a Previdência Complementar Privada entranha-se num ponto nevrálgico da Constituição, que abarca um dos núcleos mais sociais de nossa população.

Mais especificamente, o legislador constitucional enquadró, inclusive, a Previdência Privada no Capítulo II do Título VIII, esfera da Seguridade Social.

Na Seção III – da Previdência Social, há o artigo 201, que versa sobre a Previdência Social e o artigo 202, que trata do regimento de previdência privada. Este último artigo será agora objeto de análise mais detida.

Sublinhe-se que a análise a ser feita no presente trabalho sempre levará

¹⁰⁵ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Previdência Complementar Privada. Revista do Advogado, ano XXIV, n. 80, nov., 2004. p. 13. (Os destaques são do autor do texto transcrito).

em conta a previdência privada oferecida por entidades fechadas. A previdência privada ganhou contorno constitucional com a Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998, em função de sua relevância coadjuvante ao da previdência social, no que diz respeito ao oferecimento de meio de proteção social aos cidadãos, em toda a sua plenitude, já que o pretense participante pode ser empregado ou associado de entidades que patrocinam ou instituíram planos fechados de previdência privada ou, ainda, pode ser participante de um plano aberto, oferecido no mercado, sem ter a necessidade de um prévio vínculo associativo ou empregatício para a sua adesão.

Léo do Amaral Filho¹⁰⁶ explica com muita clareza o enquadramento da previdência privada no contexto da Seguridade Social:

Pensamos ser correto afirmar que a previdência privada desenvolveu-se em razão da necessidade social de sua implementação, decorrente de um clamor dos trabalhadores de faixa mais elevada de renda, consistente na manutenção do nível de vida após a aposentadoria, ou na redução da desproporção entre os rendimentos obtidos quando na ativa e na aposentadoria, por vezes reduzida em virtude das limitações do Regime Geral. O regramento veio posteriormente à necessidade de edição de normas específicas, de modo que a evolução legislativa se deu após a constatação da necessidade. Portanto, a previdência privada é um caminho pelo qual pode ocorrer a expansão do sistema de proteção social: se a previdência social é parte dele, e se a previdência privada é parte integrante desta última, logo a previdência privada também cumpre seu papel de agente integrante do sistema, ainda que de forma autônoma.

Sem embargo de ser a previdência privada um ingrediente a mais no campo da proteção social constitucionalmente estabelecida, Daniel Pulino¹⁰⁷ conclui que a atividade de previdência privada guarda afeição ao sistema constitucional da ordem econômica:

Podemos concluir, diante de todo o exposto, que a atividade de previdência complementar, *mesmo em sua modalidade fechada, deve ser incluída no domínio das atividades econômicas em sentido estrito* – ou seja, no conjunto total de relações econômicas de produção de bens ou prestação de serviços, pelos agentes econômicos privados, orientados à satisfação de necessidades humanas, não necessariamente (ainda que ordinariamente) em mercado, na busca de lucros.

Registra Daniel Pulino que os princípios gerais da atividade econômica,

¹⁰⁶ AMARAL FILHO, Léo do. *Previdência Privada Aberta*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 162.

¹⁰⁷ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 222.

todavia, não encontram ingerência plena sobre as atividades da previdência privada exercidas pelas entidades fechadas. Há que se sopesar o esquadro da atuação econômica constitucionalmente descrita com as características também constitucionais da previdência privada.

1.5.1. Características constitucionais da previdência privada

Decorre da Constituição Federal de 1988 o fato de a previdência privada ter “caráter complementar”. Vale dizer, a complementaridade significa que a previdência social é a proteção social eleita por excelência para apoiar os beneficiários em risco, que demandem proteção social. O caráter complementar da previdência privada faz com que a proteção social do participante seja mais efetiva, já que, futuramente, contará com valores aportados por ele e/ou por seus empregadores, devidamente rentabilizados, devolvidos em forma de benefício.

Ressalva Daniel Pulino¹⁰⁸ que “diferentemente do que se passa em alguns países vizinhos da América Latina (que também passaram por processos de reformas de seus sistemas) e do resto do mundo, a previdência privada não pode ter papel substitutivo do Estado na proteção básica dos trabalhadores”. É possível que esse seja o motivo pelo qual, segundo Daniel Pulino:

A complementaridade do regime de previdência privada significa, em primeiro lugar, que não lhe compete a cobertura das necessidades sociais tidas como básicas, as quais ficarão a cargo, em nosso sistema, necessariamente, dos regimentos públicos de previdência social, de vinculação obrigatória para os que trabalham.

Outra característica conferida pelo art. 202 da CF à previdência privada pode ser vista na sua organização de “forma autônoma”, em relação ao regime geral de previdência social. Ou seja, são subsistemas que não se misturam, um não depende do outro para funcionar. A complementaridade da previdência privada agrega valor protetivo ao seu destinatário que, em determinado momento de sua vida – por conta de quaisquer sinistralidades cobertas (e geralmente espera-se que a

¹⁰⁸ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 244.

cobertura elegível decorra da idade avançada) –, fará jus à percepção de benefícios.

Parece-nos que a “forma autônoma” eleita constitucionalmente tem a ver também com aspectos atuariais ligados à formação do custeio e com relação ao fornecimento de benefícios. O objetivo foi deixar claro que a previdência privada não contará exatamente com as mesmas fontes e formas de custeio do regime geral de previdência social, tampouco o RGPS participará do pagamento de benefícios decorrentes da previdência complementar.

Mas não é somente sob o aspecto atuarial que a previdência privada é autônoma em relação ao RGPS. A LC 109/01, em seu artigo 68, § 2º, determina que “a concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social”.

Registre-se, todavia, uma característica que não exatamente amesquinha a autonomia da previdência privada, mas que cria uma relação de interdependência operacional. O art. 3º, I da LC 108/01, determina que a concessão de benefícios da previdência privada fechada para participantes de planos BD deve observar a concessão do benefício pelo regime de previdência ao qual o participante esteja filiado. Isto serve para planos BD criados posteriormente à LC 108/01.

Com essa determinação legal, para um participante de plano BD ser elegível ao benefício de aposentadoria, ele deve estar aposentado pelo RGPS ou até mesmo pelo RPPS, caso este seja o seu regime de previdência.

A determinação legal é obrigatória apenas para planos BD criados posteriormente à edição da LC 108/10 (art. 3º, I). A regra geral é a independência da concessão de benefícios da previdência privada, em relação ao RGPS.

Mas, é muito comum os regulamentos de planos de benefícios CD ou CV de EFPP condicionarem a concessão de seus benefícios aos benefícios do RGPS. É que os riscos cobertos geralmente são os mesmos¹⁰⁹. Isso leva à manutenção de uma certa coerência de tratamentos. Assim, não raro acontece de haver previsão contratual no plano da EFPP que determine que a elegibilidade de um dado benefício

¹⁰⁹ A Instrução Normativa SPC n. 37, de 2002, previa expressamente os riscos que poderiam ser cobertos pela entidade de previdência privada fechada: sobrevivência, invalidez, morte, reclusão e doença. Essa instrução foi revogada pela Instrução Normativa SPC n. 1, de 2003. Mas, tais riscos continuam contemplados na legislação. É o que se verifica com a análise da Resolução CNPC n. 30/2018, que ao tratar sobre os regimes financeiros admitidos, versa sobre a forma financeira como os riscos invalidez, morte, doença ou até mesmo reclusão serão cobertos pelos planos de benefícios. O risco sobrevida também é contemplado pela norma, indiretamente, quando versa sobre “benefícios que sejam programados e continuados” (art. 6º, I, II e III).

seja condicionada à concessão do mesmo benefício pelo RGPS.

A título de exemplo, normalmente acontece de o regulamento de um plano CV ou CD de uma EFPP determinar que o seu participante, para ser elegível a um benefício de auxílio-doença, tenha que estar em gozo do benefício de auxílio-doença do RGPS, excepcionando situação na qual o participante já seja aposentado do RGPS, quando então não será possível a ele obter o benefício de auxílio-doença do regime geral, por conta do art. 86, § 3º da Lei 8.213/91 e, portanto, não seria razoável condicionar a percepção do benefício de previdência privada a um benefício da previdência social impossível de ser concedido.

Não obstante, a dependência entre os dois regimes não existe. Portanto, pode ocorrer de a EFPP eleger risco eventualmente não contemplado pelo RGPS, desde que o faça sem perder de vista o seu caráter previdenciário (LC 109/01, art. 2º) e o fato de que deve ter autorização específica (LC 109/01, art. 6º) e padrão mínimo fixado pelo órgão fiscalizador (LC 109/01, art. 7º).

A autonomia da previdência privada também permite que ela estabeleça diversas formas de pagamento de benefício, conforme ensina Wagner Balera¹¹⁰:

Por fim, cabe mencionar que, além as diversas modalidades de planos de previdência complementar, o participante poderá ainda contar com diferentes formas de benefícios, a depender de cada plano: benefício em pagamento único, em pagamento parcelado, vitalício, por tempo determinado etc.

Ainda sobre a forma autônoma como a previdência privada vai se organizar, em relação ao RGPS, é interessante notar o pensamento de Ronaldo Guimarães Gallo¹¹¹, para quem “tem-se como bom elemento a caracterizar a autonomia da previdência privada o regimento jurídico privado, incluso neste a facultatividade e a contratualidade, qualidades sem as quais dificilmente se mantém a autonomia (a rede protetiva pretendida pelo legislador constituinte)”.

Continuando, a previdência privada conta com a característica da “facultatividade”. Significa dizer que é opcional à pessoa exercer o seu direito de aderir a um plano de benefícios.

Conforme pontifica Fábio Lopes Vilela Berbel¹¹², os planos de previdência

¹¹⁰ BALERA, Wagner (coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 71.

¹¹¹ GALLO, Ronaldo Guimarães. *Previdência Privada e Arbitragem*. Bahia: JusPodivm, 2019. p. 96-97.

¹¹² BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria geral da previdência privada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 170.

privada são manifestações voluntárias de pessoas que pretendem exercer o direito de complementar as prestações sociais, ou seja, carregam um forte elemento de “autorresponsabilidade privada”:

Os planos de previdência privada são manifestações de proteção voluntária, oferecidas às pessoas naturais para efetivar seus direitos subjetivos de complementação ou suplementação das prestações sociais. Tanto o direito subjetivo como o negócio jurídico decorrente se caracterizam pela liberdade e consequente autorresponsabilidade privada.

A facultatividade está umbilicalmente ligada com o grau de educação financeira da pessoa. Se a pessoa não quiser depender exclusivamente do RGPS para cobrir os riscos de natureza previdenciária, ela poderá aderir a um plano de previdência privada, de forma a depender menos (ou quase nada) do regime geral.

Não é o que acontece no Brasil. O cidadão brasileiro ainda é pouco esclarecido quando o assunto é educação financeira. A deficiência também é oriunda da política pública incipiente sobre o assunto. Com efeito, o Decreto n. 7.397, de 22 de dezembro de 2010 (alterado pelo Decreto 10.393 de 9 de junho de 2020), instituiu a Estratégia Nacional de Educação Financeira – ENEF, com a finalidade de promover a educação financeira e previdenciária e contribuir para o fortalecimento da cidadania, da eficiência e da solidez do sistema financeiro nacional e contribuir com a tomada de decisões consistentes por parte dos consumidores.

A institucionalização dessa estratégia ensejou a criação de um portal na rede mundial de computadores¹¹³, contendo material didático para os ensinamentos fundamental e médio, cursos por meio de ensino a distância, material acadêmico a respeito do assunto (artigos, dissertações, teses, vídeos etc.).

No setor da previdência privada fechada, a Instrução PREVIC n. 11 de 10 de setembro de 2014 “orienta as entidades fechadas de previdência complementar sobre o desenvolvimento de projetos de educação financeira e previdenciária”. Referida norma prescreve que o programa de educação financeira e previdenciária será objeto de acompanhamento pela fiscalização. Deve ser adequado às características dos planos de benefícios, ao perfil dos participantes ativos e assistidos da EFPP. Também deve conter requisitos mínimos de descrição do programa e das ações, o objetivo de cada ação, a identificação dos participantes por plano de benefícios, o detalhamento de cada ação, as metas, descrição da metodologia,

¹¹³ Disponível em: <https://www.vidaedinheiro.gov.br/quemsomos/>. Acesso em: jun.2020.

indicadores de monitoramento, avaliações de implementação e avaliações de resultado.

A educação financeira para participantes e assistidos de planos de benefícios é de suma importância, uma vez que contribui para a prática da formação de reservas, aumentando o valor do aporte ou até mesmo a quantidade de aportes. Fortifica o plano de benefícios, que terá o seu patrimônio líquido aumentado, e fortalece a EFPP. Não obstante, é certo afirmar que se a pessoa é participante de um plano de benefícios de previdência privada, isso significa que ela já tem certa maturidade em nível de educação financeira. A estratégia de governo deve se preocupar, sobretudo, com a pessoa desprovida de qualquer consciência financeira e previdenciária. Os imediatistas que, detentores de condições financeiras, não se preocupam com as condições de suas vidas no futuro.

A característica de facultatividade da previdência privada também é importante pelo fato de que nem todos têm condições de exercer o direito de complementar a sua proteção social. A questão passa a não ser de educação financeira ou de senso de responsabilidade, mas, sim, de insuficiência financeira.

A formação de reservas para uma pessoa que tem recursos financeiros escassos e, por outro lado, que seja titular de diversos compromissos financeiros – notadamente familiares –, é mais difícil, às vezes até mesmo impossível.

Nota-se, nesses casos, que a facultatividade constitucional assume um grau ainda mais elevado de importância, já que, conforme narramos em trabalho elaborado junto com Natércia Marreiro de Araujo Caminha Jorge¹¹⁴, sobre o regime de capitalização (atribuído constitucionalmente à previdência privada), “o modelo chileno mostra que a essencialidade do volume de aportes durante a vida laboral e a necessidade de uma política voltada ao pleno emprego são fundamentais para o sucesso do regime”.

Ou seja, sem volume de aportes, não haverá saldo em conta de uma previdência sob o regime de capitalização que propicie vida digna. E não havendo condições para aportes, é facultado ao cidadão não aderir à previdência privada fechada e manter-se exclusivamente no RGPS.

Prosseguindo com a delimitação do direito social de previdência privada, a

¹¹⁴ SANTOS, Carlos Renato Lonel Alva; JORGE, Natércia Marreiro de Araujo Caminha. Regime de Capitalização como alternativa para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Revista Juris Plenum Previdenciária, ano VII, n. 27, ago., 2019. p. 99.

característica da “contratualidade” assume posição marcante na definição do instituto. Afirma Wagner Balera¹¹⁵ que “a previdência privada é de índole contratual, negocial, engendrada e arrumada pelos interessados, constituída de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social”.

A contratualidade se contrapõe ao RGPS, que é de índole obrigatória e unilateral. No regime geral, não há que se falar em bilateralidade. O regime é imposto pela lei e não comporta ajustes por parte dos segurados.

Na previdência complementar fechada, a composição do conselho deliberativo e do conselho fiscal deve contar com representação dos participantes e assistidos, assegurando a eles no mínimo um terço das vagas (art. 35, § 1º da LC 109/01). No caso de EFP patrocinadas por órgãos da Administração Pública direta e indireta a representação deverá ser paritária, com voto de qualidade da patrocinadora no conselho deliberativo e do participante no conselho fiscal (arts. 11 e 15 da LC 108/01).

Essa atuação dos participantes permite que eles, juntamente com a patrocinadora, definam as regras aplicáveis ao plano de benefícios, respeitando, por evidente, a legislação vigente. Essa definição de regras contratuais, que serão incorporadas ao regulamento do plano de benefícios, somente é possível em função da autonomia privada das partes (do patrocinador e dos participantes e assistidos). Segundo Daniel Pulino¹¹⁶, “a autonomia privada consiste, justamente, na possibilidade, reconhecida pelo direito aos particulares, de se autorregurar, criando normas negociais que servirão para disciplinar os seus próprios interesses”.

Outra característica peculiar da previdência privada está na “constituição de reservas” que garantam o benefício. Ou seja, a característica leva em conta a constituição de reservas e a “capitalização”. Deveras, sem a qual não é possível garantir o benefício. A constituição de reserva pura e simplesmente sem que ela fosse remunerada faria com que o participante perdesse recursos ao longo do tempo.

Portanto, a capitalização é medida de rigor, exigência legal que tem como finalidade atingir uma determinada meta de rentabilidade. Estabelece-se valor mínimo de retorno de investimentos dos montantes aportados. Esse valor mínimo de

¹¹⁵ BALERA, Wagner (coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 18.

¹¹⁶ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 283.

retorno deve ser superior à inflação e ao índice de atualização do plano. Ou seja, o montante aportado não só não pode perder o valor real de aquisição, como também deve ser aumentado e devolvido ao participante, em forma de benefício.

As reservas técnicas constituídas pelo montante decorrente das contribuições efetuadas pelos participantes e por patrocinadores (no caso de planos patrocinados) formam “patrimônio segregado que deve ser capitalizado, mediante a realização de aplicações financeiras que observem os critérios e limites estabelecidos pelo CMN”¹¹⁷.

Já caminhando para o fechamento deste quadro que trata do direito social de previdência privada, mais uma característica que se lhe impõe é a de manter a “transparência” de seus atos de gestão.

Observa Daniel Pulino que há “uma enfática e detalhada série de disposições na lei básica do regime de previdência complementar, a revelar o peso que o princípio da transparência possui no setor”¹¹⁸. Com efeito, a LC 109/01, no seu art. 7º, determina que a transparência seja assegurada, inclusive com a incumbência de o órgão regulador (CNPJ) fixar as condições que assegurem a transparência, acesso a informações e fornecimento de dados relativos aos planos de benefícios. Também há regramento para divulgar as demonstrações contábeis (art. 22 da LC 109/01) e para fornecer informativos dos planos de benefícios (art. 24 da LC 109/01).

De forma a tornar ainda mais concreta essa premissa, a Resolução CNPC 32, de 14 de dezembro de 2019, trouxe disposições sobre os procedimentos para a divulgação de informações aos participantes e assistidos dos planos de benefícios. Registra referida norma que a divulgação da informação deve ser por meio de linguagem clara e acessível, tempestiva, regular, confiável e segura. A EFPP deve ser proativa e não aguardar provocação do participante (Resolução CNPC 32/2019, art. 2º).

A EFPP deve disponibilizar ativamente as informações no seu site, tais como: propostas de alteração de regulamento e estatuto; relação de prestadores da EFPP; extrato de atas de reuniões do Conselho Deliberativo e do Conselho Fiscal; demonstrativo de investimentos, contendo todos os ativos pertencentes à carteira própria, carteira administrada, fundos de investimento e fundos de investimentos em

¹¹⁷ BALERA, Wagner (coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 78.

¹¹⁸ *Ibid.* p. 296.

cotas de fundos de investimentos dos quais a EFPP seja direta ou indiretamente cotista.

Veja-se que essa amplitude de transparência tem o condão de oferecer mais confiança ao participante. Ela vem a calhar uma vez mais com a lição de Daniel Pulino¹¹⁹:

Afinal, quem voluntariamente entrega parte das economias reunidas a outrem – muitas vezes com esforço e sempre com sacrifício do consumo presente de si próprio e de seus familiares – na esperança de que deste receba maior proteção em situações futuras de necessidade deve, no mínimo, ter condições de, querendo, poder acompanhar o tratamento que está sendo dado aos seus recursos.

Em suma, as características acima citadas, a saber, a complementaridade; a autonomia em relação ao RGPS; a facultatividade; a contratualidade; a reserva, sua capitalização e a transparência, encontram previsão constitucional e contribuem para o exercício regular do direito social à previdência privada.

¹¹⁹ BALERA, Wagner (coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 294.

CAPÍTULO 2 - AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

Mutualismo – A previdência voluntária, até há pouco tempo, confundia-se com a instituição mutualista, sobretudo na forma de associações de socorros mútuos e de montepios e com a instituição do seguro, mas à medida que foi e vai ganhando identidade conceitual, ligada aos riscos sociais, recebe disciplina jurídica própria e quadro institucional específico, tendendo a autonomizar-se.

Manuel Soares Póvoas¹²⁰

Este trabalho debruça-se especialmente sobre a entidade fechada de previdência privada (EFPP). Passemos a estudá-la, considerando as características necessárias para municiar a análise do presente trabalho, visando ao cotejo da atividade de previdência privada e às atividades de assistência à saúde, prestadas simultaneamente e pela mesma entidade.

2.1. Conceito e características de Entidade Fechada de Previdência Privada

Entidade fechada de previdência privada (EFPP) ou entidade fechada de previdência complementar (EFPC). A Constituição Federal de 1988 trata esses nomes como expressões sinônimas. O art. 202, *caput*, da CF, faz menção a “regime de previdência privada”¹²¹ e a “caráter complementar”. Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 202 da CF utilizam a expressão “entidade de previdência privada”, ao passo que os §§ 4º, 5º e 6º do art. 202 da CF, com redação dada pela EC 103/19, utilizam o nome “entidades de previdência complementar”.

A EFPP tem previsão constitucional e está disciplinada pela LC 109/01 que, no art. 31, I e II, prescreve que ela é acessível, exclusivamente, por empregados de empresa ou grupo de empresas e aos servidores públicos dos três entes federativos,

¹²⁰ PÓVOAS, Manuel Soares. *Na rota das instituições do bem-estar: seguro e previdência*. São Paulo: Editora Green Forest do Brasil, 2000. p. 260.

¹²¹ Manuel Sebastião Soares Póvoas afirma que “a expressão ‘previdência privada’, no sentido usado no Brasil, é exclusivamente brasileira, e objetivou identificar facilmente a instituição que, em relação ao domínio previdenciário geral, ocupa ou pode ocupar os espaços vazios deixados pela previdência social, em termos de satisfação das necessidades previdenciárias”. (PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 103-104).

ou, ainda, por associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

EFPP que é patrocinada pelos entes federativos, ou por suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista, também encontram disciplinamento na LC 108/01.

2.1.1 Da finalidade exclusiva de fazer gestão de planos de benefícios de natureza previdenciária. Segregação de atividade de previdência privada e vedação da prestação de serviço assistencial à saúde

O art. 32, *caput*, da LC 109/01, determina que as entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

O parágrafo único do artigo 32 da LC 109/01 veda o exercício de quaisquer outras atividades que não estejam no seu objeto, excepcionada a atividade de assistência à saúde (saúde suplementar) para aquelas entidades que, em 30 de maio de 2001, na data de publicação da lei, já executavam tais atividades. Conforme o artigo 76 da LC 109/01, essas entidades poderão continuar a operar planos de saúde, desde que seja estabelecido custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.

Anteriormente, a Lei 6.435/77 – revogada pela LC 109/01 e que dispunha sobre as entidades de previdência privada –, permitia, no seu artigo 39 e parágrafos, a prestação de atividades assistenciais, inclusive à saúde. Para aquelas entidades não patrocinadas por empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações vinculadas à Administração Pública, a lei citada permitia também a execução de programas assistenciais de natureza social e financeira.

Portanto, o risco saúde e o risco assistencial social foram excluídos do universo da EFPP. Percebe-se que a intenção do legislador foi a de segregar as atividades de previdência privada fechada das atividades de saúde suplementar e de quaisquer outras atividades eventualmente operáveis por uma EFPP.

Esta dissertação tem por finalidade analisar essa segregação. Sopesar a premissa de a entidade fechada de previdência privada ter sido concebida

constitucionalmente no seio da Ordem Social, que tem por objeto o bem-estar e a justiça sociais, alcançáveis por meio de programa de Seguridade Social, voltado a assegurar direitos sociais de saúde, previdência e assistência social, com a premissa calcada na proibição legal de a EFPP executar atividades de assistência à saúde.

Mas, para fazer esse sopesamento, ainda é necessário que a presente dissertação amadureça alguns conceitos, de forma a compreender melhor os sujeitos das relações jurídicas firmadas sobre a base da seguridade social e a preocupação do legislador, ao efetuar a segregação em questão.

2.1.2. Características da Entidade Fechada de Previdência Privada que presta serviço de assistência à saúde desde antes da edição da LC 109/01

Já registramos que o artigo 76 da LC 109/01 prescreve que as entidades fechadas que, na data da publicação desta Lei Complementar, prestarem a seus participantes e assistidos atividades assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado, em relação ao plano previdenciário.

Estudo da ABRAPP¹²² indica que, em 2015, havia 35 (trinta e cinco) entidades fechadas de previdência privada oferecendo, além da própria previdência privada, a atividade de assistência à saúde aos seus participantes. Se se considerar que não houve redução desse quadro, ou, ainda, que a redução é mínima¹²³, já que geralmente são entidades bem estabelecidas, são pelo menos 19 (dezenove) anos, contados da publicação da LC 109/01, de oferecimento de proteção social mais efetiva aos seus participantes.

¹²² A quantidade de EFPP que presta serviço assistencial à saúde foi extraída do Guia de Gestão de Riscos em Planos de Saúde de Autogestão – Boas Práticas. (Disponível em: http://www.abrapp.org.br/GuiasManuais/guia_gestao_risco_autogestao.pdf. Acesso em: jun.20).

¹²³ A relação de EFPP contida no site da PREVIC, apesar de atualizada, não contempla maiores informações sobre as EFPP e, portanto, não demonstra quais são as que também prestam serviços assistenciais à saúde. (Disponível em: <http://www.previc.gov.br/a-previdencia-complementar-fechada/entidades-fechadas-de-previdencia-complementar-1/relacao-da-efpc.xlsx>. Acesso em: jun.20). A ANS, por sua vez, não disponibiliza a relação de operadoras de saúde. Somente é possível acessar detalhes da operadora com o fornecimento de dados capazes de identificá-la. Muito embora seja função da ANS promover a defesa do interesse do público (art. 3º da Lei 9.961/00), a ausência de divulgação de uma relação completa das operadoras de saúde do país, inclusive daquelas que também são EFPP, dificulta ao público conhecer macroscopicamente o tamanho do sistema.

Sob o ponto de vista operacional – frise-se a óptica operacional, porque sob a óptica jurídica a análise ocorrerá mais adiante –, as atividades coexistem e não há notícia de que uma tenha amesquinhado ou prejudicado a outra. Nem mesmo se conhece informação de que tenha havido malversação de recursos de uma atividade em favor do custeio de outra.

Isto porque, a fim de regular esse cenário que diz respeito à EFPP que também oferece atividade de assistência à saúde, a Secretaria de Previdência Complementar – SPC (atual PREVIC) e a ANS estabeleceram, por meio da Instrução Conjunta SPC/ANS n. 01, de 18 de dezembro de 2008, critérios para a execução das atribuições legais tanto da PREVIC quanto da ANS, relacionadas às operações de planos privados de assistência à saúde, realizadas pelas EFPP.

A instrução estabelece que quanto à atividade previdencial e ao gerenciamento de seus planos de benefícios de caráter previdenciário, a entidade estará sujeita à supervisão e fiscalização da PREVIC e quanto às atividades de suplementação à saúde, a legislação aplicável, no que concerne à regulação, normatização, fiscalização e controle, a competência é da ANS (art. 2º, I e II), uma vez que a Instrução Conjunta SPC/ANS n. 1/18, em seu art. 20, determina que se aplicam à EFPP as disposições de regulamentação específica a entidades de autogestão em saúde.

Há previsão de que a PREVIC deve comunicar à ANS a ocorrência de fatos de que tenha tido ciência e que possam ensejar a sua atuação administrativa (art. 3º, IV) e o contrário também é válido (art. 4º, IV).

Ao aplicar os recursos garantidores dos riscos decorrentes da operação de planos de assistência à saúde, a EFPP deverá seguir norma estabelecida pela ANS (art. 12).

Ademais, a EFPP deve seguir regras específicas da ANS sobre plano de contas e realizar auditoria independente especificamente sobre os planos de assistência à saúde. A Resolução CNPC n. 29, de 13 de abril de 2018, determina a necessidade de se observar as instruções, a planificação contábil e as regras de provisões determinadas pela ANS (art. 1º, parágrafo único e art. 21).

Cuida a Resolução CNPC 29/18 de trazer regramento geral de contabilidade das EFPP. O art. 6º da referida Resolução determina que:

A contabilidade da EFPC deverá ser elaborada respeitando a autonomia patrimonial dos planos de benefícios de forma a identificar, separadamente, os planos de benefícios previdenciais e assistenciais administrados pela EFPC, bem como o plano de gestão administrativa, para assegurar um conjunto de informações consistentes e transparentes.

A Resolução CGPC 29/09, de 31 de agosto de 2009, dispõe sobre critérios e limites para custeio das despesas administrativas (plano de gestão administrativa – PGA) da EFPP. Ao regulamentar os critérios e limites para o PGA, essa norma estabeleceu, no seu art. 11, que as receitas e despesas administrativas de plano de assistência à saúde devem ser, respectivamente, auferidas e custeadas integralmente com recursos oriundos do próprio plano de assistência à saúde e de suas fontes de custeio e também observar a legislação aplicável ao setor de saúde suplementar. Ou seja, essa norma segregou as receitas e despesas administrativas de plano de saúde executado pela EFPP.

Registre-se, ainda, que a Resolução 4.661, de 25 de maio de 2018, que dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência privada, determina em seu art. 3º que seu conteúdo não se aplica aos recursos da EFPP destinados ao custeio dos planos de assistência à saúde, registrados na ANS. O art. 3º, parágrafo único, reforça a imposição normativa já existente no sentido de que “os recursos dos planos de assistência à saúde devem ser mantidos e controlados de forma segregada dos demais recursos administrados pela EFPC”.

Com relação à aplicação dos recursos garantidores dos planos de saúde, a ANS determinou, por meio da RN 392/15, art. 8º, que os limites de alocação e de concentração da aplicação dos recursos garantidores e das provisões técnicas dos planos assistenciais à saúde devem seguir os parâmetros estabelecidos na Resolução CMN 4.444, de 13 de novembro de 2015.

Depreende-se do apanhado normativo que a preocupação maior do legislador e dos órgãos de regulação foi a de segregar contábil e financeiramente os custeios das atividades de previdência privada e de saúde suplementar. Até mesmo o PGA deve ser segregado, o que significa dizer que a EFPP que ofereça atividades de previdência privada e de saúde suplementar com o mesmo quadro de pessoal terá que ratear o custeio da folha entre as gestões assistenciais e previdenciárias, proporcionalmente ao que cada segmento demanda dos colaboradores.

Portanto, impera a sistemática de segregação e transparência dos valores e das atividades geridas pela EFPP. A atividade previdencial não poderá patrocinar a atividade assistencial à saúde. A recíproca também é verdadeira. Ou seja, as atividades em si consideradas devem ter como fundamento de validade a coexistência por meio de mutualismo e não de parasitismo ou de comensalismo.

Conclui-se que a preocupação legislativa e regulatória supracitada coaduna-se com a recente preocupação constitucional introduzida pelo art. 194, parágrafo único, VI da CF, alterado pela EC 103/2019, que impôs a identificação separada dos planos de benefícios previdenciais e assistenciais da EFPP, por meio de rubricas contábeis para cada área. A inovação em comento será estudada no tópico seguinte. Vejamos.

2.1.3. A nova redação do art. 194, VI da CF, alterado pela Emenda Constitucional 103/2019. Rubricas contábeis específicas para as receitas e despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência. Aplicação aos sistemas de previdência privada fechada e de saúde suplementar

Traz-se à análise inovação constitucional que topograficamente está alocada na parte final do inciso VI do parágrafo único do art. 194 da CF, alterado pela EC 103/2019, notadamente em relação a uma situação perfeitamente aplicável aos sistemas fechados de previdência privada e de saúde suplementar oferecido por EFPP.

Recordando, de acordo com o art. 194, parágrafo único, VI, compete ao Poder Público organizar a seguridade social com base no objetivo da diversidade da base do financiamento. Com a edição da EC 103/19, a diversidade da base do financiamento deve identificar, “em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social”. Esse ponto não constava da redação anterior.

Wagner Balera¹²⁴ explica que:

A previsão inaugural da seguridade social não individualizava o direcionamento de receitas para cada espectro do sistema. O labor orçamentário, a cada ano, cuidaria de destacar os distintos destinos. A Emenda n. 103, em comento, exige mais. Exige que para cada receita seja identificada a respectiva fonte de financiamento. Interpretada em cotejo com a regra cominada pelo § 5º do artigo 195, permitirá maior transparência na contabilidade do sistema no seu todo considerado.

Da lição supracitada, percebe-se que a modificação do texto constitucional, esculpida no art. 194, parágrafo único, VI da CF, serviu para conferir mais transparência à contabilidade do Sistema de Seguridade Social. O custeio e as despesas da saúde, da previdência e da assistência social devem estar individualizados.

Hermes Arrais Alencar¹²⁵ pontifica que “conceitualmente, agiu bem o legislador derivado, pois, a inserção de obrigação de adoção desse critério contábil, indiscutivelmente, deixará mais clara a situação econômica e financeira do sistema de seguridade como um todo”.

A aplicação desse novel comando constitucional do Sistema de Seguridade Social nos sistemas da previdência privada fechada e da saúde suplementar não é novidade. Essa organização e transparência das escriturações contábeis, atinentes às atividades das EFPP e dos próprios planos de benefícios previdenciários, já estão bem consolidadas.

As EFPP mantêm contabilidade atualizada por força legal (art. 23¹²⁶ da LC 109/01), que incumbe aos órgãos regulador e fiscalizador a missão de instruir as entidades sobre os procedimentos contábeis adequados. Essa instrução regulatória e fiscalizatória deve partir da premissa estabelecida pelo art. 76 da LC 109/01, o qual, reiterar-se, prescreve que as EFPP que oferecem atividades assistências à saúde devem estabelecer “custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário”.

¹²⁴ BALERA, Wagner. *Reforma da previdência social: comparativo e comentários à Emenda Constitucional nº 103/2019*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 66.

¹²⁵ ALENCAR, Hermes Arrais (coord.) *et al. Reforma da Previdência*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 226.

¹²⁶ Art. 23. As entidades fechadas deverão manter atualizada sua contabilidade, de acordo com as instruções do órgão regulador e fiscalizador, consolidando a posição dos planos de benefícios que administram e executam, bem como submetendo suas contas a auditores independentes.

Portanto, vigora a premissa normativa da “autonomia patrimonial dos planos de benefícios”, para que seja possível “identificar, separadamente, os planos de benefícios previdenciais e assistenciais administrados pela EFPC” (Resolução CNPC 29/2018, art. 6º). Percebe-se, pelas redações da legislação e da normativa regulatória aplicável à EFPP, que a sua prática contábil se coaduna com essa nova premissa constitucional, de identificação separada das receitas e despesas vinculadas a ações de saúde e de previdência, “em rubricas contábeis específicas para cada área”, conforme o art. 194, parágrafo único, VI, alterado pela EC 103/2019.

Esse arcabouço jurídico permite que as atividades sejam executadas simultaneamente, sem que uma financie a outra. O participante, o patrocinador e os órgãos reguladores têm noção de quanto custa cada atividade prestada pela EFPP e quanto cada uma delas demanda da entidade e de seus colaboradores.

O tópico anterior demonstrou que a transparência da contabilidade das EFPP e de suas atividades, individualmente consideradas, agora corroborada pelo comando constitucional da EC 103/2019, já existia e era praticada.

Cuida-se de ponto de partida para se conhecer e avaliar a seriedade da entidade, revelada por meio dos trabalhos de seus órgãos de governança, bem como para acompanhar a sua saúde financeira (equilíbrio econômico-financeiro) de forma pontual, já que, sob o aspecto contábil e financeiro, uma atividade pode não estar tão equilibrada quanto a outra e demandar tratamento específico.

2.1.4. Dos órgãos de governança da EFPP

Finalmente, importa para a delimitação da pessoa jurídica entidade fechada de previdência privada abordar a questão da sua direção.

As entidades fechadas de previdência privada são geridas por meio de estrutura organizacional que conta com conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria executiva (LC 109/01, art. 35).

A lei garante que no mínimo um terço das vagas dos conselhos deliberativo e fiscal seja destinado aos participantes e assistidos, de forma que tenham representatividade na gestão da EFPP (LC 109/01, art. 35, § 1º).

Para a EFPP regida pela LC 108/01, a representação deve ser paritária. Nesse molde, é de 6 (seis) a quantidade de membros do conselho deliberativo, sendo

3 (três) indicados pelas patrocinadoras e 3 (três) os participantes ou assistidos indicados pelos próprios, por meio de eleição, cabendo ao presidente – que sempre será indicado pela patrocinadora – o voto de qualidade em caso de deliberação que culmine com empate (LC 108/01, art. 11).

No conselho fiscal, é de 4 (quatro) a quantidade de membros, sendo 2 (dois) indicados pelas patrocinadoras e 2 (dois) os participantes ou assistidos indicados pelos próprios, por meio de eleição, cabendo ao presidente – que sempre será eleito pelos participantes e assistidos –, o voto de qualidade em caso de deliberação que culmine com empate (LC 108/01, art. 15).

A conclusão que se extrai da análise normativa é a de que, a despeito da inspiração constitucional do caráter democrático e descentralizado da gestão da Seguridade Social (CF, art. 194, parágrafo único, VII), refletido nos órgãos de governança da entidade, o legislador preferiu deixar a prevalência da decisão das matérias de deliberação da entidade (política geral da EFPP, de seus planos de benefícios etc.) à patrocinadora, já que é esta quem detém o voto de qualidade na EFPP da LC 108/01 ou, ainda, a maioria, na EFPP regida pela LC 109/01, mesmo que com relação a esta última seja possível, na estruturação estatutária da entidade, se prever forma de representatividade do participante mais incisiva, até mesmo maior que a representatividade da patrocinadora.

Portanto, no que diz respeito à deliberação sobre políticas da entidade, em regra, a vontade da patrocinadora acaba se sobrepondo à vontade do participante/assistido. Isso, contudo, não minora a atuação dos participantes/assistidos eleitos.

Com efeito, o exercício da atividade por meio de discussão em assembleia e até mesmo por meio do registro do voto – ainda que, eventualmente, vencido – faz com que sua participação seja fundamental para o aprimoramento da governança. Não por outro motivo, a Resolução CGPC 13, de 1º de outubro de 2004, que estabelece princípios, regras e práticas de governança da EFPP, registra que com relação aos órgãos estatutários da entidade, “todos os seus membros devem manter independência de atuação, buscando permanentemente a defesa e a consecução dos objetivos estatutários da EFPC” (art. 5º, II).

Deveras, a independência institucional de membro dos órgãos de governança e a necessidade de que sua participação seja proativa e com finalidade compatível com os objetivos da EFPC também é reforçada pelo fato de que o

elemento subjetivo de seus atos de gestão é levado em conta no momento de se apurar responsabilidade.

Nesse sentido, o art. 63 e parágrafo único da LC 109/01 dispõem que os administradores da entidade, procuradores com poderes de gestão, membros de conselhos estatutários, interventor, liquidante, administradores dos patrocinadores ou instituidores, atuários, auditores independentes, avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade são responsáveis por seus atos e responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, à EFPP.

O art. 65 da LC 109/01 traz consigo uma série de incisos com as penalidades administrativas cabíveis à pessoa física responsável por infração aos seus comandos ou aos comandos de seu regulamento.

Com relação à atuação da diretoria executiva, Wagner Balera registra que a lei, ao individualizar os atos de seus membros, em um primeiro momento, amesquinha a punição mais rigorosa do ato irregular de gestão.

É que a sistemática traçada no art. 35, §§ 5º e 6º da LC 109/01, determina a necessidade de haver um diretor responsável pelas aplicações dos recursos da entidade e na sequência registra que há solidariedade dos demais membros da diretoria executiva com o referido dirigente, mas desde que tenham concorrido com o ato irregular de gestão. Confira-se a lição de Wagner Balera¹²⁷:

Mas, o estabelecimento legal da solidariedade entre os membros da Diretoria Executiva, revela uma face que pode contrariar o que se espera que tenha sido o intuito do legislador, punir com maior rigor os atos de gestão ilegais.

Nos dois dispositivos legais da Lei Complementar nº 109, de 2001, em que a matéria é tratada, o legislador afirma que: *os demais membros da diretoria executiva responderão solidariamente com o dirigente indicado [...] pelos danos causados à entidade para os quais tenha concorrido.*

Quebrou-se, com esta disposição legal, a solidariedade que é intrínseca a qualquer órgão colegiado, como os são as Diretorias Executivas das entidades, pois vinculou-se a solidariedade à efetiva participação do executivo na prática do ato danoso.

Sem a existência desta disposição legal, todos os membros de uma Diretoria Executiva, órgão colegiado, eram *prima facie* responsáveis pelos atos danosos, nem que, posteriormente, após revelada ou não sua efetiva responsabilidade, titulassem o direito do regresso.

Diante da nova sistemática, primeiro é apurado quais membros efetivamente tomaram parte no ato danoso, para depois haver o

¹²⁷ BALERA, Wagner (coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 224.

reconhecimento da solidariedade. Em suma, a solidariedade existe entre os co-autores e não entre todos os integrantes de um órgão colegiado. Esta co-autoria demora mais tempo para ser apurada, postergando-se os ressarcimentos dos prejuízos sofridos pela entidade.

O que se percebe é que a necessidade de haver demonstração de coautoria em ato irregular de gestão remanesce para os demais órgãos de governança (conselhos deliberativo e fiscal), tendo em vista que os artigos 63 e 65 da LC 109/01 singularizam a responsabilização dos membros. Portanto, aqui também reside a mesma dificuldade apontada por Wagner Balera de se apurar responsabilidade, haja vista a necessidade de primeiro ter que se extrair do órgão colegiado os membros coautores do ato irregular de gestão, para depois aplicar as sanções cíveis, administrativas e penais concernentes.

2.2. Diferenças regulatória e legal da EFPP em relação à Entidade Aberta de Previdência Privada

A EFPP e a EAPP são dois sujeitos importantes no subsistema de previdência privada. Esta última também está regrada pela LC 109/01 e Daniel Pulino¹²⁸ indica cinco pontos de diferença entre ambas:

Tomando por base características legais referentes à *entidade* que administra o plano previdenciário complementar, cinco serão os pontos de diferença entre entidades abertas e fechadas: a forma de organização da entidade (5.2.1.1); a representação dos participantes nos órgãos estatutários das entidades (5.2.1.2); a finalidade lucrativa (5.2.1.3); o acesso à entidade sob o ponto de vista tanto da pessoa *física* aderente (5.2.1.4.1), quanto da pessoa *jurídica* contratante (empresa, ou associação de caráter setorial, classista ou profissional – 5.2.1.4.2); e, finalmente, os órgãos de regulação e fiscalização a que se submetem cada modalidade dessas entidades (5.2.1.5).

Antes, porém, de entrarmos, propriamente, no exame de cada uma das diferenças que acabamos de anunciar, já podemos, observando-as, em sua simples enumeração, concluir que **não há diferença** entre o **objeto** da entidade fechada e da aberta, que é, para ambas, **a administração de planos de benefícios previdenciários**.

Trataremos nesse tópico de peculiaridades que, de certa forma, resultam em diferenciação entre os participantes da previdência privada fechada e os da

¹²⁸ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 125.

previdência privada aberta e que, por isso, merecem reflexão, com o intuito de se refletir se referida dicotomia é benéfica ao sistema de previdência privada. O quadro abaixo sintetiza essas diferenças:

EFPP	EAPP
Atividade regulada pelo CNPC	Atividade regulada pelo CNSP
Fiscalizada pela PREVIC	Fiscalizada pela SUSEP
Carência maior para pagamento de resgate	Carência menor para pagamento de resgate
Necessidade de rompimento do vínculo para efetuar o resgate em caso de plano patrocinado	Desnecessidade de rompimento do vínculo para efetuar o resgate
Resgate total das contribuições em caso de planos patrocinados	Resgate total ou parcial das contribuições

Fonte: o autor.

A diferenciação começa com o fato de que seus órgãos reguladores e fiscalizadores são distintos. Permanecem para a EAPP aqueles que, com a edição da LC 109/01, receberam, por meio do art. 74¹²⁹, a incumbência transitória de exercer tais misteres.

Enquanto a EFPP tem parâmetros de regulação estabelecidos pelo CNPC e de fiscalização pela PREVIC, por força da Lei 12.154/09, a EAPP, por sua vez, se curva à regulação do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP)¹³⁰ e à fiscalização da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Essa distinção de composição fez nascer dois subsistemas de previdência privada, cada qual preocupado com as características de seus produtos. Não raro, a

¹²⁹ Art. 74. Até que seja publicada a lei de que trata o art. 5º desta Lei Complementar, as funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador serão exercidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas, e pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em relação, respectivamente, à regulação e fiscalização das entidades abertas.

¹³⁰ Wagner Balera registra um defeito constitucional na composição do CNSP, que não conta com gestão democrática, por não ter representante dos participantes em sua administração: “Assim, e em atenção àquela diretriz, a composição interna do componente controlador público, o CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados, como ressalta a evidência, deveria contemplar a presença de representantes dos participantes dos planos privados”. (BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 165).

ideia de fusão dos órgãos que se debruçam sobre a previdência privada vem à tona. O assunto demanda análise. Há quem defenda que a estrutura unificada e voltada à regulação e fiscalização da previdência privada, fundamentada constitucionalmente no regime de capitalização, fortalece o sistema.

Por outro lado, há quem entenda que essa unificação caminha para a extinção do regime fechado de previdência privada. Frise-se, essas posições não são acadêmicas. Partem de sujeitos operadores do sistema de previdência privada. Advogados, gestores de entidades abertas e fechadas, presidentes de associações que congregam entidades do sistema, enfim, opiniões de suma importância, mas distantes de uma análise científica.

Sob o ponto vista jurídico, essa corrente que defende a unificação dos órgãos de regulação, supervisão e controle como ameaça de extinção da entidade fechada de previdência privada não prospera tão facilmente. É que a alteração do sistema de previdência privada fechada dependerá de alteração legislativa/constitucional substancial. Será necessário alterar a LC 109/01, para extinguir o Capítulo III – Das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, com a ideia de se criar entidades com o mesmo regime. Também será necessário alterar o art. 202, § 6º da CF, que prevê expressamente a EFPP instituída por patrocinadores da Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas), nos termos da Lei Complementar 108/01.

Atualmente, qualquer empregador ou pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial pode se tornar, respectivamente, patrocinador ou instituidor de um plano de benefícios oferecidos por EFPP (LC 109/01, art. 12) ou, ainda, instituidores de planos de benefícios oferecidos por EAPP (LC 109/01, art. 26, II). Com relação à Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios ainda nem sequer está esclarecido como será a relação com EAPP (CF, art. 40, § 15), uma vez que inexistente legislação a respeito do assunto e enquanto não houver lei disciplinando a matéria, somente EFPP está autorizada a administrar planos de benefícios patrocinados pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas (EC 103/19. art. 33).

Portanto, a eventual edição de uma lei que altere dispositivos da Lei 12.154/09 e venha a encerrar por completo a regra de transição do art. 74 da LC

109/01, criando órgãos de regulação, supervisão e fiscalização capazes de contemplar a previdência privada em toda a sua plenitude, não diminui a importância constitucional da EFPP no cenário do Sistema de Seguridade Social brasileiro.

Pelo contrário, a união desses órgãos viria a trazer regras coesas e harmônicas, de modo a não tratar de forma desigual os participantes de planos de benefícios de espécies distintas, mesmo em se tratando de situações semelhantes.

Adacir Reis¹³¹ sublinha que “um dos planos mais conhecidos e oferecidos pelas entidades abertas de previdência complementar e seguradoras é o chamado Plano Gerador de Benefício Livre – PGDL, com regras flexíveis de ingresso e de saída do participante”.

Essas regras flexíveis para ingresso e saída do participante, comentadas por Adacir Reis, propiciam um tratamento mais vantajoso ao participante de plano de benefícios ofertados por EAPP, quando comparado com o participante de plano de benefícios ofertados por EFPP.

Verifica-se que os planos de benefícios regulados pelo subsistema da EAPP contemplam forma mais simples no que diz respeito à carência para resgate¹³² das contribuições pagas. Enquanto na EFPP o prazo mínimo para resgate é de 36 (trinta e seis) meses, contados da inscrição no plano de benefícios, o prazo para pagamento de resgate na EAPP é bem inferior, conforme registra Danilo Ribeiro Miranda Martins¹³³:

O artigo 23 da Resolução CGPC nº 06/2003 determina que o plano preveja também um prazo de carência para pagamento de resgate de no mínimo trinta e seis meses, contados a partir da inscrição no plano de benefícios.

Há igualmente menção a carência de um ano no artigo 56, §§ 4º e 5º, da Resolução CNSP nº 139/2005, mas restrita às contribuições das pessoas jurídicas, sem prejuízo da possibilidade de estabelecimento de período maior, observado os limites fixados pela SUSEP.

¹³¹ REIS, Adacir. *Curso básico de previdência complementar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

¹³² A LC 109/01 prescreve em seu art. 14, III, que os planos de benefícios deverão prever o instituto do resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada. Patrícia Linhares ensina que “não raramente é possível verificar que alguns regulamentos de planos de benefícios previdenciários operados por entidades fechadas de previdência complementar conferem o termo ‘resgate’ a uma forma de saque de recursos da reserva do participante; ao passo que o ‘resgate’ propriamente dito somente poderia ocorrer se houvesse desligamento do participante do plano (no âmbito de um plano operado por entidade fechada de previdência complementar)”. (GAUDENZI, Patrícia Bressan Linhares. *Tributação dos Investimentos em Previdência Complementar Privada – Fundos de Pensão, PGDL, VGDL, FAPI e outros*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 194).

¹³³ MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. *Previdência privada: limites e diretrizes para a intervenção do estado*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 151.

O artigo 19 da Circular SUSEP nº 138/2005, por sua vez, estabelece que o período de carência deve estar compreendido entre sessenta dias e vinte e quatro meses, a partir da inscrição do participante. Fica afastada a carência, porém, nos planos de contribuição variável (estruturados em conta individual) na hipótese de ocorrência de invalidez ou morte de participante, nos termos do artigo 58 da Resolução do CNSP.

Outra desvantagem da previdência privada fechada que Danilo Miranda¹³⁴ encontrou quando a comparou com a previdência privada aberta está no fato de que a regulação da EFPP exige que para o exercício do resgate em planos patrocinados haja o rompimento do vínculo, ao passo que a regulação da EAPP não, haja vista que nem mesmo a lei proíbe tal prática:

A limitação mais grave para o exercício do direito ao resgate, contudo, está localizada no artigo 22 da Resolução CGPC nº 06/2003, que impõe: “No caso de plano de benefícios instituído por patrocinador, o regulamento deverá condicionar o pagamento do resgate à cessão do vínculo empregatício.” Não existe previsão semelhante na previdência aberta, mesmo nos planos coletivos.

Limitação desse porte ao princípio da facultatividade apenas poderia ser veiculada por meio de Lei Complementar, tal como se verifica no artigo 14, § 1º, da LC nº 109/2001. Sendo a Lei omissa nesse aspecto quanto ao resgate, é de rigor o reconhecimento da ilegalidade da norma em exame.

Registre-se, finalmente, que a própria lei estabeleceu uma diferença com relação ao instituto do resgate entre as duas modalidades de previdência privada que, a bem da verdade, trouxe ao sistema uma distinção desnecessária entre os participantes, e desvantajosa para o participante da EFPP.

Nos planos administrados por EFPP, o resgate das contribuições vertidas ao plano deve ocorrer em sua totalidade, (descontadas as parcelas do custeio administrativo), tal como estabeleceu o art. 14, III da LC 109/01.

Já os planos de benefícios sob a gestão da EAPP permitem o resgate total ou parcial dos recursos de reservas técnicas, provisões e fundos, tal como disciplinado pelo art. 27 da LC 109/01.

A possibilidade de se resgatar total ou parcialmente os recursos alocados, em prazos de carência mais curtos e sem a necessidade de romper o vínculo empregatício com a patrocinadora confere à EAPP cargas de praticidade e de atração maiores que as condições oferecidas pela EFPP, à luz da regulação e da

¹³⁴ MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. *Previdência privada: limites e diretrizes para a intervenção do estado*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 151-152.

legislação.

É verdade que, neste ponto, a legislação da EFPP já progrediu um pouco, permitindo o resgate parcial pelos participantes de planos instituídos, limitado a 20%, a cada dois anos, depois de cumprida a carência de 36 meses (art. 23, § 5º da Resolução CNPC n. 6, de 30 de outubro de 2003, alterado pela Resolução CNPC 23, de 25 de novembro de 2015).

Mas a impossibilidade de se fazer o mesmo com planos patrocinados é uma desvantagem. Não é difícil de chegar a essa conclusão. Basta imaginar que um participante de EFPP com plano patrocinado, sabedor de que terá que romper o vínculo para resgatar as suas reservas e que durante a manutenção do vínculo não poderá nem mesmo fazer resgates parciais, preferirá aportar seus recursos financeiros em uma EAPP, que independe de vínculo para efetuar resgates, tem prazos de carência menores e permite o resgate parcial.

A objeção a esta hipótese existirá apenas em casos onde as taxas administrativas praticadas pela EAPP sejam mais caras (e neste ponto a EAPP – gerida por instituições financeiras – está caminhando para a prática de valores que expropriem menos os aportes ou reservas de seus participantes) ou, ainda, nos casos em que a EFPP receba contribuições significativas a cargo da patrocinadora e, portanto, contribua substancialmente com parte da previdência do participante.

Também existirá objeção à preferência de se aderir às vantagens oferecidas pela EAPP na hipótese em que a pessoa elegível a um plano de benefícios previdenciários, ofertado por EFPP, também tenha a opção de contratar com esta um plano assistencial à saúde. E aqui reside uma das características favoráveis da relação entre as atividades de previdência privada e de assistência à saúde. Afora essas hipóteses, os planos ofertados por EAPP serão fortes concorrentes para os planos ofertados por EFPP.

Sabe-se que o caráter previdenciário conta com o fator tempo como grande aliado à formação da reserva de poupança, ou seja, é inegável que a efetividade de um plano de benefícios depende de aportes de recursos a longo prazo. O instituto do resgate, portanto, não é instituto protagonista da previdência privada.

Sob esse raciocínio, seria correto supor que as normas mais engessadas da EFPP têm o condão de prestigiar a longevidade do investimento em um complemento previdenciário privado. Todavia, o argumento não se sustenta, já que a EAPP também faz a gestão de plano de benefícios previdenciários. Ou seja, não

teria motivo para um subsistema – o da EFPP – se preocupar com longevidade e o outro – da EAPP – ignorar tal objetivo, uma vez que ambos têm a mesma finalidade previdenciária.

Diante desse quadro, o que parece é que a dinâmica da EAPP está mais preocupada com as necessidades reais da sociedade, seja com relação a riscos, seja com relação ao fato de que a dimensão de tempo está se alterando. Hoje, com o excesso de informações e de tecnologia, a longevidade pode ser considerada em período muito mais curto do que se considerava antes.

Os três anos de carência para fins de pagamento de resgate, impostos por normativa do sistema de previdência privada fechada ou, ainda, a condicionante do rompimento do vínculo, podem ser um tempo excessivo quando se considera que a poupança previdenciária vem ganhando outros objetivos que não necessariamente o de cobrir o risco de sobrevida. Esse assunto da atuação da previdência privada fechada junto às reais necessidades (riscos) da sociedade será explorado com mais detalhes no curso desta dissertação.

CAPÍTULO 3 - A PESSOA HUMANA PARTICIPANTE

Passados 14 anos, foi-me reposto o problema pela Petrobrás. Mas a situação era bem diferente! Os próprios empregados, apoiados pela Diretoria da empresa, é que buscavam a solução racional para os seus legítimos anseios de segurança. Não havia avidez lucrativa!

Esse trabalho começou pela análise aprofundada da legislação previdencial básica, prosseguiu com a instituição de bases doutrinárias de uma *axiomática ético-securitária* e terminou por desenvolver no país um sistema jurídico-atuarial adaptado ao *modus vivendi* brasileiro: ele foi chamado de Sistema Supletivo de Seguridade Social e representado pela sigla SSSS.

Rio Nogueira¹³⁵

O Sistema de Seguridade Social traduzido pela previdência privada fechada e pela saúde suplementar não existiria se não fosse o participante. Patrocinador, EFPP, CNPC, PREVIC, CRPC, CONSU e ANS existem para fazer valer esses direitos sociais desse sujeito, que assume a função de protagonista do sistema.

O conceito de participante cunhado na legislação traz consigo alta carga valorativa. Ser participante de um plano de benefícios previdenciários e de um plano de saúde oferecidos por EFPP é fruto de conquista do ser humano ao longo de sua história, que em sua jornada percorreu caminhos para a obtenção de segurança, a fim de viver com dignidade na velhice, em situação de acidente ou doença e até mesmo em situação de sua morte, para que sua família – cônjuge e dependentes incapazes ou inválidos – tenham condições de sobrevivência depois de sua ausência.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, é marco importante de reforço dessa conquista. Confira-se o que dispõem os seus artigos 22 e 25, *in verbis*:

ARTIGO XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

[...]

ARTIGO XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e

¹³⁵ NOGUEIRA, Rio. *A crise moral e financeira da previdência social*. São Paulo: DIFEL, 1985. p. 21.

direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Manuel Póvoas¹³⁶ critica o enunciado da Carta Universal de Direitos do Homem, haja vista o fato de que, se não houver na sociedade condições econômicas que assegurem a efetivação desses direitos, a prescrição normativa de proporção internacional não passará de retórica textual:

Por muito que custe desiludir os que encontravam no citado art. 25 o reconhecimento mundial à segurança social, tal reconhecimento como um direito humano nada de efetivo significa, na medida em que não tem possibilidade de ser assegurado a todos os povos, pois depende de suas situações econômicas, o mesmo acontecendo com todos os outros direitos econômicos e sociais. Que importância tem reconhecer, numa lei, estes direitos se não existem meios materiais para os satisfazer?

Vale registrar que a crítica de Manuel Póvoas é feita considerando o contexto, segundo o qual, os direitos humanos tradicionais têm forte apego à liberdade da pessoa humana. Portanto, dentro de um cenário de liberdade civil e política, a Declaração Universal de Direitos do Homem foi contratada pelos países livres, com o comprometimento de empenho de esforços para fazer valer esses direitos, o que não ocorreria tão facilmente com relação aos direitos sociais, que depende de fato econômico para ser eficaz:

Poderia então perguntar-se porque não se considerou a Convenção Européia os direitos econômicos e sociais, quando os povos que a assinaram se podiam considerar como os mais livres e evoluídos do mundo? A esta interrogação não é difícil responder, na medida em que a inclusão de tais direitos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao contrário do que o seu enunciado representa de aspiração universal, pois o homem vive a angústia da incerteza do porvir, apenas objetivou lançar confusão, num assunto em que os países livres se encontravam em consenso, que era o dos direitos civis e políticos, e para a garantia dos quais já se ensaiavam mecanismos nos quais se punha a maior esperança.

É que o problema essencial no tema dos direitos humanos não é enunciá-los, mas protegê-los ou, melhor ainda, torná-los efetivos, de forma que cada homem possa exigir o seu cumprimento e vê-la conseguido.¹³⁷

¹³⁶ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 58.

¹³⁷ Ibid.

De qualquer forma, sem embargo do fato de que de nada adianta a enunciação do direito, sem que se ofereçam condições para a sua efetivação, a previsão de referidos direitos em um instrumento normativo de relevância mundial permite o amadurecimento de referidos institutos junto aos países, tal como ocorreu no Brasil, que chegou ao arcabouço jurídico, atualmente vigente, que confere proteção social por meio de previdência privada e saúde suplementar não apenas ao trabalhador, mas a qualquer pessoa, com ou sem vínculo empregatício ou associativo com patrocinadores, instituidores ou mantenedores de planos de benefícios previdenciários e assistenciais.

Todavia, o alcance desse subsistema de Seguridade Social que contempla previdência privada e saúde suplementar ainda depende do desenvolvimento econômico da sociedade, pois tal como afirma o economista Marcelo Abi-Ramia Caetano¹³⁸, “é muito difícil que a previdência complementar atinja os segmentos de baixa renda, pois estes são mais precários e com pouca capacidade de formação e poupança e acesso a mercados financeiros”.

Este capítulo tem o condão de revelar quem é exatamente, sob o ponto de vista jurídico, a pessoa humana participante de EFPP que carrega consigo a atividade de saúde suplementar.

3.1 O participante de planos de benefícios previdenciários da Entidade Fechada de Previdência Privada

A LC 109/01, art. 8º, I define participante como a pessoa física que aderir aos planos de benefícios. Fábio Berbel¹³⁹ afirma que “participante é a pessoa natural que se associa ao plano de previdência privada. Não se exige capacidade jurídica, mas apenas personalidade civil”. O autor registra ainda que “nos planos fechados, a aquisição da condição de participante pressupõe, além da personalidade civil e do interesse (facultatividade), a vinculação empregatícia ou associativa com o instituidor ou o averbador do plano”.

¹³⁸ REIS, Adacir (coord.) *et al.* *Previdência Complementar: estudos em homenagem aos 15 Anos da Legislação Federal*. 1. ed. São Paulo: ABRAPP, 2016. p. 21.

¹³⁹ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria geral da previdência privada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 154.

Comenta Adacir Reis¹⁴⁰ que “a todo participante deve ser assegurado o acesso ao estatuto da entidade previdenciária e ao regulamento do plano de benefícios, além de um prospecto que, em linguagem simples e precisa, apresente as características essenciais do plano de benefícios”.

Nessa relação contratual firmada com a EFPP, cabe ao participante a obrigação de efetuar as contribuições ao plano de benefícios, de forma a custeá-lo e, com isso, obter o direito previdenciário de gozar dos benefícios oferecidos pelo plano, de acordo com o seu regulamento, desde que preenchidos os critérios de elegibilidade.

Registre-se que essa obrigação de custeio não é sempre impositiva ao participante. Miguel Horvath Júnior¹⁴¹ demonstra que o custeio “se aplica às entidades fechadas públicas nas quais o participante sempre tem que contribuir; porém, em relação às entidades fechadas privadas, pode-se ter os planos não contributários nos quais somente a patrocinadora custeia o plano”.

Portanto, a bem da verdade, somente o participante de EFPP patrocinada pela Administração Pública direta ou indireta dos entes federativos é que deve, obrigatoriamente, contribuir com o plano de benefícios. A imposição decorre do art. 6º da LC 108/01. O custeio do plano de benefícios previdenciários, necessariamente, sempre será do participante e da patrocinadora. A contribuição do patrocinador, por sua vez, não poderá ser superior à do participante contribuinte, conforme regra de paridade estabelecida pelo art. 202, § 3º da CF.

Na EFPP, o participante integra os órgãos de governança. A composição do conselho deliberativo e do conselho fiscal deve contar com representação dos participantes e assistidos, assegurando a eles no mínimo um terço das vagas (art. 35, § 1º da LC 109/01). E, conforme já narrado nesta dissertação, no caso de EFPP patrocinadas por órgãos da Administração Pública direta e indireta, a representação deverá ser paritária, com voto de qualidade da patrocinadora no conselho deliberativo e do participante no conselho fiscal (arts. 11 e 15 da LC 108/01).

¹⁴⁰ REIS, Adacir. *Curso básico de previdência complementar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 61.

¹⁴¹ HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 190.

3.2 O assistido de planos de benefícios previdenciários da Entidade Fechada de Previdência Privada

A partir do momento em que o participante elegível a um benefício previdenciário começa a percebê-lo, ele passa para a condição de assistido. É o que dispõe a LC 109/01, art. 8º, II, que define assistido como o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.

É importante notar que a percepção do benefício é fundamental para que o participante seja considerado assistido. O benefício é previsto em regulamento e tem origem quando são consumadas as hipóteses de incidência (critérios de elegibilidade) para sua percepção. O auxílio-doença percebido momentaneamente por um participante acometido de doença ou acidentado o torna, temporariamente, um assistido.

Não obstante, o benefício mais aguardado pelo participante é o benefício de aposentadoria, se bem que, em planos patrocinados, não raro acontece de um participante ter condições de elegibilidade para passar à condição de assistido por um benefício de aposentadoria e não o faz, geralmente porque não pretende romper o vínculo empregatício com a patrocinadora.

A resistência ao rompimento do vínculo tem a ver com o fato de que é muito comum o benefício previdenciário complementar não ser equivalente ao valor do salário percebido pelo empregado ativo, ainda que somado ao do RGPS. Neste ponto, ganha importância a educação financeira da pessoa. Uma vida regrada financeiramente, voltada à formação de reserva substancial para o uso em condições de sinistralidade é fundamental para o sucesso do plano previdenciário do participante.

Registre-se que a resistência ao rompimento do vínculo também guarda relação com o fato de que a passagem para a inatividade modifica a situação do participante, no que diz respeito ao benefício de assistência à saúde, para os casos de EFPP que oferecem essa proteção social. Esse tema será abordado com mais propriedade no próximo tópico.

O assistido também integra os órgãos de governança. O mínimo de um terço das vagas é garantido aos participantes e assistidos de EFPP patrocinada ou instituída por particulares (art. 35, § 1º da LC 109/01), as três vagas do Conselho Deliberativo e as duas vagas do Conselho Fiscal, destinadas a participantes e

assistidos de EFPP patrocinadas por órgãos da Administração Pública direta e indireta (arts. 11 e 15 da LC 108/01) demonstram que o assistido tem papel de protagonista na gestão dos planos de benefícios.

E não por acaso, ele trará para o bojo dos órgãos de governança responsáveis pela condução estratégica da EFPP e de seus planos de benefícios experiência presente a respeito de como o objetivo maior da entidade (pagamento dos benefícios contratados) vem sendo alcançado.

Assuntos como a data de pagamento do benefício, a forma de atendimento ao assistido, por meio dos variados canais (presencial, telefônico, pela *internet*, e-mail), o regramento de operação de crédito com assistido¹⁴² (o limite de idade imposto é sempre assunto de discussão e constante revisão pelos conselhos deliberativos) e outras peculiaridades trazidas pelo cotidiano de sua condição fazem com que o assistido tenha papel fundamental na gestão da EFPP e de seus planos de benefícios.

Se não bastasse, some-se a tudo isso a experiência pretérita do assistido, não só a experiência profissional e eventualmente acadêmica, mas também a própria experiência previdenciária de formação de reserva, na condição de participante, por vezes integrando os órgãos de governança nessa condição, enfim, o resultado dessa matiz agrega valor aos trabalhos institucionais da EFPP e permite a consecução de seus objetivos institucionais com mais eficiência.

Se por um lado, a legislação¹⁴³ que garante a representatividade de participantes e assistidos em órgãos de governança da EFPP não contempla uma vaga exclusiva ao assistido, ela também não veda que as entidades assim o façam em seus estatutos.

Não obstante, a possibilidade de assistido ter vaga exclusiva nos órgãos de governança já encontrou vedação normativa infralegal. A Resolução CGPC n. 7, de 21 de maio de 2002, que dispunha sobre a EFPP patrocinada pela Administração Pública direta ou indireta dos entes federativos, nos termos da LC 108/01, prescrevia em seus artigos 3º, § 2º e 6º, § 2º, que para os conselhos deliberativo e fiscal,

¹⁴² A Resolução 4.661, de 25 de maio de 2018, que dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência privada, contempla no seu artigo 25 a observação de que os empréstimos pessoais devem ter garantia (uso do saldo em conta ou da reserva matemática do participante) e os encargos financeiros devem ser superiores à taxa mínima atuarial, para planos BD, ou da meta de rentabilidade para outros planos.

¹⁴³ LC 109/01, art. 35, § 1º e LC 108/01, arts. 11 e 15.

respectivamente, a representação dos participantes e assistidos seria escolhida entre seus pares, “sem distinção entre eles”, por meio de eleição.

Decorreu dessa restrição normativa o fato de que EFPP regida pela LC 108/01, que pretendia reformar seu estatuto, contendo disposição de regra estatutária, garantindo vaga exclusiva para assistido nos seus órgãos de governança, recebeu nota de exigência do órgão fiscalizador determinando a eliminação de vaga acessível exclusivamente por assistido, para manter a vaga acessível a, indistintamente, participantes e assistidos.

Assim, participantes ativos e assistidos teriam condições igualitárias de candidaturas e de votação. Isto significa que o assistido pode votar em candidato participante ativo ou candidato assistido, assim como o participante também pode votar em candidato participante assistido ou candidato participante ativo.

Ao vedar distinção entre participantes e assistidos, a norma, indiretamente, tolhia a chance de o assistido vencer a eleição para os cargos de governança da entidade.

Isto porque, por mais que a EFPP ofereça, durante o processo eleitoral, meios igualitários de os candidatos a vagas dos conselhos realizarem propaganda eleitoral¹⁴⁴, é fato que um assistido não tem a mesma projeção que um participante ativo, o qual encontra-se em plena atividade laboral junto à patrocinadora e, portanto, tem mais facilidade para expor suas propostas de trabalho e de interagir com outros ativos, eleitores.

No ponto, calha a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁵ para quem “parece bem observar que não há duas situações tão iguais que não possam ser distinguidas, assim como não há duas situações distintas que não possuam algum denominador comum em função do que se possa parificá-las”. Definitivamente, participante e assistido têm muitos pontos em comum, mas guardam particularidades que impedem não haver “distinção entre eles”.

A Resolução CGPC 07/2002 foi revogada pela Resolução CNPC n. 35, de 20 de dezembro de 2019. Essa novel norma versa sobre a EFPP e planos de benefícios sujeitos à LC 108/01. Não há no seu conteúdo qualquer disposição que

¹⁴⁴ A EFPP geralmente disponibiliza espaço em sua página eletrônica para que os candidatos divulguem suas propostas de gestão.

¹⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 42.

estabeleça a necessidade de atuação de participantes e assistidos sem distinção entre eles. Portanto, atualmente, não há nada que vede eventual pretensão de uma EFPP manter no seu quadro estatutário vagas dos Conselhos Deliberativo e Fiscal destinadas exclusivamente ao assistido.

3.3 O beneficiário de planos de benefícios previdenciários da Entidade Fechada de Previdência Privada

O beneficiário é uma categoria de assistido que percebe um benefício de prestação continuada, no caso de falecimento do participante ou do assistido, tal como define o art. 8, II da LC 109/01. Fábio Lopes Vilela Berbel¹⁴⁶ classifica o beneficiário como um sujeito de relação jurídica com o plano a partir do momento em que se consuma o falecimento do participante:

Considero, portanto, o beneficiário sujeito de relação jurídica fiduciária mantida com o plano. Essa relação não nasce com a indicação do beneficiário pelo participante, mas apenas quando da condição resolutive (óbito do participante). Até esse momento, o participante poderá alterar a hipotética relação, substituindo o beneficiário ou alterando o valor da prestação por meio da redução do direito acumulado.

Enquanto não elegível ao recebimento de benefício, o beneficiário não mantém qualquer direito junto à EFPP (exceto o direito de exigir o dever de fidúcia da EFPP). Ele apenas permanece com o seu nome indicado no rol de beneficiários, pelo participante do plano. Significa, por exemplo, que ele não poderá nem mesmo solicitar qualquer informação à EFPP, assim como é assegurado¹⁴⁷ ao participante ou assistido.

Os beneficiários são definidos em regulamento, uma vez que a lei não estabelece previamente quem teria direito a perceber os benefícios, na ausência do participante ou assistido.

Portanto, a EFPP, na composição de seu plano de benefícios, deverá regulamentar a figura do beneficiário livremente. Geralmente os beneficiários são os

¹⁴⁶ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria geral da previdência privada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 159.

¹⁴⁷ Resolução CNPC 32, de 4 de dezembro de 2019, art. 10: A informação solicitada por participante ou assistido deve ser respondida pela EFPC no prazo máximo de trinta dias contados a partir da data da formalização da solicitação.

mesmos dependentes do participante junto ao RGPS, além de outros definidos em regulamento (alguns regulamentos contemplam expressamente enteados e sogros).

Há planos de benefícios na modalidade CV ou CD que contemplam a figura do “beneficiário designado”, que será indicado pelo participante que não possuir outro beneficiário. Esse beneficiário receberá, no caso de falecimento do participante, o benefício do plano.

Portanto, o beneficiário somente passa para a condição de assistido quando o participante ou assistido falecer. Seu direito, destarte, fica condicionado ao acontecimento morte do titular do plano para produzir efeitos.

3.4 O beneficiário de planos assistenciais à saúde oferecidos por Entidade Fechada de Previdência Privada

A Lei 9.656/98 versa sobre a atividade de assistência médica à saúde suplementar, prestada por pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de saúde. Em seu bojo, por diversas vezes, ela assegura diversos direitos aos beneficiários dos planos de saúde.

Conforme já foi apresentado neste trabalho, o artigo 20 da Instrução Conjunta SPC/ANS n. 1/18 determina que se aplicam à EFPP as disposições de regulamentação específica de saúde suplementar que disciplina a atividade das entidades de autogestão. A RN 137/16 da ANS, por sua vez, dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar.

Nos termos do art. 2º, II da RN 137/16, a operadora de plano de saúde na modalidade de autogestão contempla beneficiários empregados, ex-empregados e aposentados da patrocinadora, bem como seus cônjuges ou companheiros, pensionistas, grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo ou até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado.

No entanto, o artigo 76 da LC 109/01 determina que as entidades fechadas que, na data de sua publicação, prestarem a seus participantes e assistidos atividades assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo, desde que com custeio e contabilização específicos.

Wagner Balera¹⁴⁸ destaca que a expressão “assistido” do art. 76 da LC 109/01 não guarda relação direta com os planos assistenciais à saúde. Ou seja, o vocábulo assistido, previsto na LC 109/01, não decorre da atividade de assistência à saúde:

É interessante frisar que o termo *assistido*, contido no artigo 8º em comento, não guarda vínculo direto com os planos assistenciais ou planos de assistência à saúde, passíveis de oferecimento por entidades fechadas de previdência complementar, nos termos do artigo 76 da Lei Complementar nº 109, de 2001. Nestes planos, assim como nos planos de benefícios de caráter previdenciário, as pessoas físicas que deles participarem serão *participantes* ou *assistidos*.

Enquanto a Lei 9.656/98 e a RN 137/16, art. 2º, II estabelecem um espectro de beneficiários amplificado, o art. 76 da LC 109/01, literalmente interpretado, reduz o oferecimento de atividade assistencial à saúde apenas a participantes e assistidos. Ou seja, pelo menos em tese, o cônjuge, companheiro, filhos, netos, pais sogros e demais partes consanguíneas até quarto grau ou, por afinidade, até o segundo grau, de participantes e assistidos de EFPP, não podem ser beneficiários dos planos de autogestão geridos pela entidade, ressalvada a hipótese de passarem para a condição de assistidos, na hipótese de falecimento do participante, caso tenham sido indicados pelo participante falecido.

Ou seja, há no ordenamento duas normas versando sobre quem é o beneficiário de assistência à saúde vinculado à EFPP, a RN 137/2016, art. 2, II e a LC 109/01, art. 76. Calha aqui investigar se se trata da hipótese que Hans Kelsen¹⁴⁹ considera como conflito entre normas de diferentes escalões:

Como a ordem jurídica apresenta uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, e como uma norma só pertence a uma determinada ordem jurídica porque e na medida em que se harmoniza com a norma superior que define a sua criação, surge o problema de um possível conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, isto é, a questão: *quid juris*, se uma norma não está em harmonia com a norma que determina a sua produção, especialmente se não corresponde à norma que preestabelece o seu conteúdo?

A RN 137/2016 não foi editada exclusivamente para estruturar as atividades de assistência à saúde, oferecidas por EFPP. Já se viu neste trabalho que a

¹⁴⁸ BALERA, Wagner (coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 76.

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 295-296.

modalidade de autogestão contempla situações diversas de estrutura de sua constituição. Ela pode ser executada pelo próprio empregador, pode ser patrocinada, instituída ou mantida pelo empregador pessoa jurídica de direito público ou privado, até mesmo por associações e fundações. Enfim, o universo jurídico da autogestão demonstra que a EFPP é apenas um dentre os vários sujeitos aptos a oferecer a atividade de assistência à saúde na modalidade de autogestão.

Portanto, há que se descartar vício de legalidade da RN 137/2016. Não há que falar aqui do “conflito de normas de diferentes escalões”, mencionada por Hans Kelsen, notadamente porque a RN 137/2016 não foi produzida exclusivamente em razão da LC 109/01, art. 76. A RN 137/2016 decorre do fato de que compete à ANS normatizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (art. 1º da Lei 9.961/00). E assim ela o fez, dispondo por meio do referido ato administrativo sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar.

De qualquer forma, mesmo não se tratando de conflito de normas de diferentes escalões, já que o fundamento de validade da RN 137/2016 não é o art. 76 da LC 109/01, ainda assim reside um *conflito normativo* que Humberto Ávila ensina que deve ser resolvido por meio de ponderação¹⁵⁰:

Em primeiro lugar, a atividade de ponderação ocorre na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito. Costuma-se afirmar que quando duas regras entram em conflito, de duas, uma: ou se declara a invalidade de uma das regras, ou se abre uma exceção a uma das regras de modo a contornar a incompatibilidade entre elas.

A rigor, a forma de conferir segurança jurídica ao assunto seria por meio da introdução de norma específica para a autogestão decorrente de EFPP, produzida com observância à LC 109/01, notadamente com relação ao seu art. 76, definindo objetivamente qual é o alcance da expressão “participantes e assistidos”, ou, ainda, tornando claro o fato de que seu grupo familiar pode usufruir das atividades assistenciais à saúde oferecidas por EFPP.

Por ora, deve-se lançar mão de radical exercício hermenêutico para colocar o grupo familiar dos participantes e assistidos como elegíveis às atividades de assistência à saúde, à luz do que dispõe o art. 76 da LC 109/01. Por isso ganha relevo a lição de Miguel Horvath Júnior¹⁵¹, para quem “é bom lembrarmos

¹⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 52.

¹⁵¹ HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 86-87.

antecipadamente que, para se obter êxito na atividade de interpretação legislativa, é necessário mesclar-se os métodos interpretativos”.

De início, ter-se-ia que lançar mão da interpretação sociológica mencionada no início deste trabalho, por meio da lição de Maria Helena Diniz¹⁵², para quem “os fins sociais e o bem comum são, portanto, síntese ética da vida em comunidade, por pressuporem uma unidade de objetivos do comportamento humano social”. Nesse sentido, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, no art. 5º, prescreve que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Também seria necessário um pouco de carga de interpretação pelo método histórico, exatamente no contexto metodológico traçado por Sacha Calmon Navarro Coêlho¹⁵³:

O método histórico procura situar a lei nova no tempo. A chamada *mens legislatoris* é buscada levando-se em conta o ambiente em que ela se formou confrontada com as normas anteriores. São relevantes, outrossim, os motivos para a sua elaboração, o relacionamento com o Direito anterior, com a jurisprudência, a crítica doutrinária e a percepção das pressões ou tensões pré-jurídicas que determinaram a sua elaboração. Aqui ressumbra a importância das discussões havidas nas comissões técnicas e relatorias legislativas (a realidade viva, berço da lei).

O art. 76 da LC 109/01 considera um fato pretérito para dispor seu conteúdo normativo, qual seja, o fato de que, na data de publicação da LC 109/01, havia entidades fechadas de previdência privada que ofereciam a atividade de assistência à saúde. Essa atividade era ofertada com base no art. 1º, parágrafo único e art. 39, § 1º, da Lei 6.435/77, *in verbis*:

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.
Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se participante o associado, segurado ou beneficiário incluído nos planos a que se refere este artigo.

[...]

Art. 39. As entidades fechadas terão como finalidade básica a execução e operação de planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo normas gerais e técnicas aprovadas

¹⁵² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 1: *Teoria geral do direito civil*. 24 ed. rev. e atual., de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 66.

¹⁵³ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 140.

pelo órgão normativo do Ministério da Previdência e Assistência Social.

§ 1º Independentemente de autorização específica, as entidades fechadas poderão incumbir-se da prestação de serviços assistenciais, desde que as operações sejam custeadas pelas respectivas patrocinadoras e contabilizadas em separado.

A disposição legal supracitada não restringia o serviço somente a participantes ou assistidos. Ela era mais abrangente por ser compatível com o contexto normativo da época, focado no desenvolvimento econômico, priorizando ações conjuntas com os empregadores, conforme aponta Ana Paula Oriola de Raeffray¹⁵⁴:

Também no final da década de 70 é inaugurado o denominado *convênio-empresa*, pelo qual as empresas passam a responsabilizar-se pela assistência médica de seus empregados, recebendo em troca subsídio da Previdência Social, levando ao surgimento da *medicina de grupo*, desencadeando tal sistemática a *atenção médica supletiva*.

[...]

Observa-se, deste modo, que o modelo de saúde adotado neste período corresponde exatamente às estruturas políticas, econômicas e sociais vigentes. Enquanto a economia brasileira verificava o crescimento, em virtude da parceria estabelecida entre o Estado e as empresas multinacionais e nacionais, as classes populares eram excluídas da assistência à saúde, com[o] também da vida política e econômica do país.

Por fim, há que se acrescentar ainda uma dose de interpretação sistemática, para conjugar os elementos “participantes e assistidos” com o instituto família, que se constitui a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, conforme art. 226 da Constituição Federal de 1988, e também para se conjugar com o conceito de beneficiário de assistência suplementar à saúde da própria RN 137/2016 que, como demonstrado há pouco, abrange o grupo familiar de participantes e assistidos.

Wagner Balera¹⁵⁵ ensina que a definição de participantes e de assistidos deve abranger todas as disposições que tratam da previdência privada, inclusive para hipótese de contemplar beneficiário, mesmo onde tal sujeito não esteja expressamente contemplado:

¹⁵⁴ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 242-243.

¹⁵⁵ BALERA, Wagner (coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 72.

A despeito de o *caput* do artigo 8º mencionar que o conceito nele descrito serve para “efeito da Lei”, a definição de participante e de assistido prescritas no referido artigo deve ser adotada para interpretação das demais normas que disciplinam a previdência complementar no Brasil. Isto porque, considerando que [a] Lei Complementar nº 109, de 2001, dispõe sobre o funcionamento e a organização do regime de previdência complementar, os conceitos nela descritos devem ser considerados como parâmetros para todas as demais disposições normativas sobre a matéria.

Um exemplo que podemos citar é o da Lei 11.053, de 2004, que trouxe novo regime de tributação para os benefícios e resgates em planos de previdência complementar. Tal Lei faz menção apenas aos participantes e aos assistidos, sendo que seus efeitos devem ser aplicados tanto para a pessoa física que formalizou sua adesão ao plano, quanto para aquele que figura como beneficiário dos recursos, na fase de benefício.

Nota-se, portanto, a dificuldade de se enquadrar os beneficiários de grupo familiar dos participantes e assistidos no permissivo do art. 76 da LC 109/01, à luz da literalidade do dispositivo legal. A inexistência de menção expressa a tais pessoas e o fato de a expressão assistidos não guardar relação com assistência à saúde – conforme vimos na lição de Wagner Balera –, faz com que somente com esse esforço exegético seja possível permitir a essas pessoas o exercício do direito social à saúde suplementar.

À luz da lição de Claus-Wilhelm Canaris¹⁵⁶ sobre o conceito de sistema, essa seria uma forma de obter o direito, compondo o conteúdo da norma à luz do conjunto da ordem jurídica:

O sistema cumpre, sobretudo, em particular, duas tarefas na obtenção do Direito: ele contribui para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico o que conduz a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes; e ele serve para a garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, porquanto mostra as inconseqüências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito, tanto pela delimitação de ameaçadoras contradições de valores como pela determinação de lacunas.

E a interpretação para reconhecer esse direito coaduna-se com postulado da Seguridade Social constitucional. É que a proteção social será maior com a possibilidade de se oferecer a atividade assistencial à saúde ao grupo familiar dos participantes e assistidos de EFPP.

¹⁵⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução António Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 283.

Na prática é o que acontece, o sistema vem aceitando essa forma de atuação, sem censura incisiva de órgãos reguladores e fiscalizadores. Com efeito, as EFPP que oferecem atividades assistenciais à saúde aos seus participantes e assistidos permitem a participação de um vasto grupo familiar, respeitando-se os graus de parentesco limitados pela RN 137/2016 da ANS.

A definição do beneficiário da saúde suplementar oferecida por EFPP serviu para inaugurar o núcleo de abordagem do presente trabalho que, lembrando, tem a finalidade de sopesar as atividades de previdência privada fechada e de assistência à saúde, à luz do contexto de Seguridade Social. Para tanto, convém entender o significado de tudo isso na sociedade de risco.

CAPÍTULO 4 - AS ATIVIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E DE SAÚDE SUPLEMENTAR NA SOCIEDADE DE RISCO

O conteúdo teórico e o referencial axiológico dos riscos condicionam outros componentes: *a conflitiva pluralização e diversidade definitiva de riscos civilizacionais* observável. Atinge-se, por assim dizer, uma superprodução de riscos, que em parte se relativizam, em parte se complementam, em parte invadem o terreno uns dos outros. Cada ponto de vista interessado procura armar-se com definições de risco, para poder dessa maneira rechaçar os riscos que ameacem seu bolso. Ameaças ao solo, à flora, ao ar, à água e à fauna ocupam uma posição especial nessa luta de todos contra todos em torno das definições de risco mais lucrativas, na medida em que dão espaço ao *bem comum* e às vozes daqueles que não têm voz própria (talvez só mesmo direitos eleitorais ativos e passivos estendidos às gramíneas e minhocas serão capazes de trazer as pessoas à razão)

Ulrich Beck¹⁵⁷

Passemos agora a tratar das atividades de previdência privada e de saúde suplementar ofertadas pela EFPP no seio da sociedade de risco, desenhada por Ulrich Beck, sociólogo nascido em 1944, e de origem alemã¹⁵⁸. Ulrich Beck é autor do livro *Sociedade de risco, rumo a uma outra modernidade*, que trata dos riscos aos quais estão submetidos a sociedade. São crises, catástrofes, tragédias, atos terroristas, desemprego, enfim, uma gama de situações – algumas naturais, outras criadas por reflexos das atividades do próprio homem –, que altera o destino da sociedade.

Importante partir da premissa de que Ulrich Beck¹⁵⁹ chama de risco tanto aquela situação assumida pela pessoa por conta de uma faculdade escolhida dentre um leque pessoal de opções, como também as ameaças oriundas de situações que fogem do controle da pessoa, desde a ameaça mais simples, até as mais complexas e abrangentes:

O conceito de risco tem realmente a importância sócio-histórica que lhe é aqui assinalada? Não se trata de um fenômeno originário de qualquer ação humana? Não serão os riscos justamente uma marca da era industrial, em relação à qual deveriam ser nesse caso isolados? É certo que os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos *personais*, e não situações de ameaça global, como as que surgem

¹⁵⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 36.

¹⁵⁸ Sua cidade natal, Stolp, hoje pertence à Polônia, com o nome Slupsk.

¹⁵⁹ BECK, Ulrich, 2011, op. cit., p. 25.

para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra 'risco' tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra.

Portanto, situações assumidas pelos sujeitos, ou situações prejudiciais que lhes alcançaram, são tidas como riscos.

4.1. Delimitando o conceito de sociedade de risco, sob a óptica de Ulrich Beck

A sociedade de risco, cunhada por Ulrich Beck, veio à tona por meio de publicação de sua obra, ocorrida quase que simultaneamente ao acidente nuclear de Chernobyl, o que conferiu especial importância à perspectiva traçada pelo autor, conforme registra José Manuel Mendes¹⁶⁰:

A publicação do livro de Ulrich Beck, *Risikogesellschaft*, em 1986, uns meses antes do acidente nuclear de Chernobyl, iria traçar o destino de uma das teorias sociológicas mais debatidas, e que originou toda uma linha teórica baseada na modernização reflexiva. O quase efeito premonitório do livro, que se confirmou pela realidade da explosão nuclear, dava força a uma visão eminentemente sociológica, baseada em fatores de mudança estrutural assente no próprio conceito de sociedade de na força e na imanência dos fenômenos sociais.

Sua obra também se encaixa perfeitamente no contexto atual da pandemia do coronavírus (COVID-19), a qual, no Brasil, deu ensejo à edição da Lei Federal 13.979/20, que dispõe sobre medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional. Recente artigo¹⁶¹ de Wagner Balera atesta essa simetria:

A pandemia não é algo isolado. Deve ser compreendida sob várias perspectivas, dentre as quais a da sociedade de risco. Por força dessa categoria do pensamento pós-moderno, situada inicialmente por Ulrich Beck (Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade), será difícil deixar de compreender que ocorreu significativa reconfiguração da noção de risco. Essa vetusta categoria de pensamento, sob a qual foi edificado o seguro; esse modelo iniciado há aproximados quatro mil anos nas caravanas da Mesopotâmia, estruturado no direito privado e que dele se apropria, em suas linhas

¹⁶⁰ MENDES, José Manuel. Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 23.

¹⁶¹ Matéria intitulada "Pandemia torna a reforma previdenciária ultrapassada e lança em zona de incerteza o ideário de seguridade social", publicada em 06/05/2020, no site do jornal *O Estado de São Paulo*, acesso em jul.2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pandemia-torna-a-reforma-previdenciaria-ultrapassada-e-lanca-em-zona-de-incerteza-o-ideario-de-seguridade-social/>. Acesso em: jul. 2020.

mestras, o direito público, no qual é edificada a seguridade social.

No Estado de São Paulo, o Decreto 64.881/20, publicado no DOE vol. 130, n. 57 de 23/3/20, decretou quarentena, no contexto da pandemia do COVID-19, para o período de 23/3/20 a 4/7/20 (período que depois se prorrogou), restringindo atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus (arts. 1º e 2º) e recomendando que a circulação de pessoas no âmbito do Estado de São Paulo se limite às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais (art. 4º). Eis um risco inerente à sociedade. Uma doença altamente contagiosa e com proporções mundiais, sobre as quais a pessoa contaminada não teve qualquer ingerência e sofre a ameaça e as consequências do contágio como vítima.

Os riscos são uma constante na sociedade, a qual, por mais que seja precavida, acaba incorrendo em suas hipóteses, sejam os riscos naturais, sejam os riscos decorrentes de sua própria atividade. Silvio Renato Rangel Silveira¹⁶² enfatiza esse fato de que a sociedade de risco é também construída por incertezas e perigos criados pelo próprio homem:

A sociedade de risco é caracterizada não mais pelas incertezas das catástrofes naturais, mas pelas incertezas fabricadas pelo próprio homem, e as tentativas de limitar e controlar os riscos acabam produzindo aumento das incertezas e dos perigos. A previdência institucionalizada produziu muitos resultados positivos, diminuindo drasticamente o nível de pobreza entre as faixas etárias mais avançadas da população.

Para Ulrich Beck¹⁶³, a modernização, ao mesmo tempo em que propicia um avanço tecnológico e transforma o trabalho, também traz consigo riscos inerentes. Ou seja, simultaneamente, a modernização faz bem à sociedade e – reflexamente – lhe impinge as consequências desvantajosas de sua produção:

Não se trata mais, portanto, ou não se trata mais exclusivamente de uma utilização econômica da natureza para libertar as pessoas de sujeições tradicionais, mas também e, sobretudo de problemas decorrentes do próprio desenvolvimento sócio-econômico. O processo de modernização torna-se “*reflexivo*”, convertendo-se a si mesmo em tema e problema. Às questões do desenvolvimento do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões do “manejo” político e científico – administração, descoberta, integração, prevenção,

¹⁶² SILVEIRA, Silvio Renato Rangel. *Previdência Social na Sociedade de Risco: o desafio da solidariedade com sustentabilidade*. São Paulo: ABRAPP, 2010. p. 22.

¹⁶³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 24.

acobertamento – dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente empregáveis, tendo em vista horizontes de relevância a serem especificamente definidos.

Um dos reflexos negativos trazidos pela modernidade é o próprio desemprego, ou, ainda, novas modalidades de emprego, já que a tecnologia tomará grande parte do cenário e demandará com que novas formas e condições de trabalho sejam criadas. Nesse ponto, a modernidade contribuiu para o amesquinamento do trabalho assalariado. Aliás, como a Ordem Social constitucionalmente eleita tem como base o primado do trabalho (CF, art. 193), é oportuna a lição de Ulrich Beck¹⁶⁴ a respeito dos altos e baixos do trabalho na história:

A importância que o trabalho adquiriu na sociedade industrial não tem precedentes na história. Nas cidades-estados da Grécia Antiga, o trabalho indispensável à subsistência, eternamente consumido na satisfação das necessidades básicas sem jamais deixar marcas que ultrapassem a manutenção da vida, era reservado aos escravos. Os cidadãos livres dedicavam-se à atuação política e à criação artística. Mesmo durante a Idade Média, quando o trabalho ainda era trabalho braçal, a divisão do trabalho tinha um outro sentido. Ao nobre parecia-lhe o trabalho demasiado vulgar. Era algo para os estamentos inferiores.

[...]

A importância do trabalho assalariado para a vida das pessoas na sociedade industrial já não se fundamenta, ou pelo menos não substancialmente, no próprio trabalho. Ela surge antes de mais nada do fato de que a exaustão da força de trabalho é a base da subsistência também na conduta de vida individualizada.

[...]

Essa interpretação, que obteve amplo alcance nos últimos anos, tanto científica quanto politicamente, apoia-se numa premissa da qual convém duvidar sistematicamente, e despenca junto com ela: a *continuidade* do sistema empregatício atual e de seus pilares de sustentação, a empresa, o posto de trabalho, a profissão, o trabalho assalariado etc. Ignora-se o fato de que, com os avanços da tecnologia da informação, mas também com os impulsos modernizantes sociais e jurídicos, uma espécie de “*reforma constitucional*” do sistema empregatício é introduzida.

Na década de 1980 Ulrich Beck¹⁶⁵ foi vanguardista ao prever formas alternativas de trabalho e foi incisivo com relação ao fato de que essas novas formas de trabalho impactarão na renda do empregado:

Evidentemente, essa flexibilização espacial e temporal do trabalho

¹⁶⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 203 e 206.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 208.

assalariado não ocorre de modo paralelo em todos os setores do sistema empregatício. É de se imaginar que as pluralizações da jornada de trabalho e do local de trabalho sejam independentes uma da outra e sejam ativadas sucessivamente. Da mesmo (*sic*) forma, não se pode prever onde se encontram, permanente ou provisoriamente estabelecidos, seus limites objetivos e/ou políticos ou quais serão os âmbitos funcionais (e em decorrência os grupos profissionais, os setores e departamentos) excluídos desses processos. Contudo, já é possível dizer que a flexibilização da jornada de trabalho, a conversão de empregos de jornada integral nos mais variados postos de trabalho de jornada parcial não ocorrerá sem *efeitos sobre a renda*.

No trecho acima, Ulrich Beck toca em ponto sensível para a previdência privada, qual seja, o fato de que o trabalho assalariado dará lugar para outras modalidades de trabalho e isso trará impacto na forma como empregado/participante e patrocinadora se relacionam com a EFPP.

A título de exemplo, confira-se o instituto do trabalho intermitente introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 13.467/2017, chamada de reforma trabalhista, que alterou diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. O atual art. 443 da CLT prevê a figura da prestação de trabalho intermitente, na qual a prestação não é contínua e deve ocorrer alternância de períodos de prestação de serviços.

O empregador deverá convocar o empregado por qualquer meio de comunicação eficaz (CLT, art. 452-A, § 1º) e o empregado, por sua vez, poderá recusar a oferta de trabalho e isso não será considerado insubordinação (CLT, art. 452-A, § 3º). Ao final do ciclo de trabalho, o empregado receberá a remuneração e os consectários (férias proporcionais, adicional de 1/3, descanso remunerado, 13º proporcional etc.). No Brasil, surgem ideias de institucionalização do trabalhador autônomo economicamente dependente¹⁶⁶. O PL 3748/2020¹⁶⁷, de autoria da

¹⁶⁶ Essa figura já foi institucionalizada em alguns países. Na Espanha, “dos trabajadores autónomos económicamente dependientes son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo, en dinero o en especie, y de actividades económicas o profesionales”. (Disponível em:

http://www.mitramiss.gob.es/es/guia/texto/guia_2/contenidos/guia_2_6_3.htm. Acesso em: jul. 2020).

Em tradução livre: “os trabalhadores autônomos economicamente independentes são aqueles que exercem atividade econômica e profissional, mediante o pagamento de remuneração, com habitualidade e pessoalidade, uma pessoa física ou jurídica, chamada de cliente, de quem dependem economicamente para receber pelo menos 75% de seus rendimentos de trabalho”.

¹⁶⁷

Disponível

em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8427B6F6924AA75EEE0

Deputada Tabata Amaral, pretende a instituição do regime de trabalho sob demanda, justificando a sua pertinência no “surgimento de plataformas tecnológicas que oferecem serviços como transporte de passageiros e entrega de produtos”, ensejando “discussão sobre uma nova modalidade de trabalho”. Registra a exposição de motivos do PL 3748/20 que esta modalidade de trabalho é falha no que diz respeito à proteção social de seus trabalhadores:

Embora o trabalho por meio dos aplicativos venha representando, nos últimos anos, uma importante fonte de renda para as famílias, em especial num cenário de elevado desemprego, a legislação e as políticas públicas atuais são insuficientes para garantir um grau mínimo de proteção social a esses trabalhadores. Hoje, uma motorista de aplicativo que engravide enfrenta sérias preocupações quanto à fonte de sustento para sua família. O mesmo ocorre com o trabalhador que adoece, sofre um acidente ou é descadastrado involuntariamente pela plataforma a que presta serviços.

A previdência privada ainda não enfrentou essa realidade, nem mesmo a situação da já institucionalizada figura jurídica do trabalho intermitente. Não há enfrentamento notadamente no que diz respeito às contribuições do participante e da patrocinadora e sobre o custeio administrativo dos planos de benefícios.

Pode até ser que o assunto não tenha sido enfrentado ainda porque não há no sistema de previdência privada uma EFPP que seja patrocinada por empregador que já esteja praticando essas novas espécies de trabalho. Com efeito, quando for necessário ao patrocinador de planos de benefícios previdenciários aderir a formas alternativas de política de trabalho, será necessário pensar em como aquele empregado e participante de plano de benefícios previdenciários pode ser mais bem amparado sob o ponto de vista de proteção social.

A título de raciocínio, alternativa contratual previdenciária que considere o autopatrocínio sem rompimento de vínculo empregatício pode ser figura que demande desenvolvimento no sistema de previdência privada fechada. É que no trabalho intermitente, o período de inatividade entre os períodos de prestação de serviços não tem um limite legal. Ele depende de acordo entre empregador e empregado e pode durar meses.

Nessa hipótese, não seria fora do razoável pensar que, no período de inatividade, o empregado/participante do plano de benefícios que esteja auferindo

rendimentos de outra forma, que não pelo vínculo empregatício com a patrocinadora, faça as contribuições ao plano na qualidade de autopatrocinado, intercalando com períodos em que a contribuição será feita na qualidade de participante ativo e empregado da patrocinadora.

Fato é que como integrante do Sistema de Seguridade Social, a EFPP deve estar atenta para essas mudanças sociais e preparada para continuar exercendo a sua função social de oferecer previdência privada (e saúde suplementar, para aquelas autorizadas).

Vejamos agora com mais detalhes a saúde suplementar e a previdência privada no contexto da sociedade de risco.

4.2. A previdência privada na sociedade de risco

Partindo então da premissa de que a sociedade de risco cultua riscos oriundos da modernidade e refletidos da atuação intelectual e industrial de seus integrantes, a previdência privada é uma moeda de duas faces.

A primeira face está cunhada no cenário de uma atividade que – por natureza –, está sujeita aos riscos produzidos pela própria sociedade de risco e que, portanto, se trata de uma opção que também acarreta risco ao participante (eis mais um motivo pelo qual o caráter contratual e facultativo é o mais adequado à modelagem da previdência privada).

O exemplo citado no tópico anterior a respeito de participantes empregados detentores de contratos intermitentes é um risco à EFPP a respeito do qual ela deve se preocupar em mitigar, haja vista que tende a comprometer o custeio dos planos de benefícios e da taxa administrativa de suas gestões.

Conforme já ventilado, o período de inatividade do empregado pode durar meses. Portanto, serão meses de ausência justificada de contribuição do participante ativo. Para mitigar esse risco será necessário estudar a possibilidade de haver autopatrocinio ou até mesmo de ele ser obrigatório. Também será necessário estudar como será aceito o período de inadimplemento justificado, se serão colocadas alternativas, tais como cobrança apenas de taxa de administração – caso seja necessário cobrar –, para a manutenção da gestão do plano, eventual aporte da patrocinadora (para os casos de entidades patrocinadas) no período de inatividade

etc.

Não se ignora a crítica que a lição de Marcelo Abi-Ramia Caetano¹⁶⁸ faz a respeito do incentivo da legislação à prática, pela EFPP, do teto da taxa de administração, diminuindo o ganho em escala dos participantes. Em função dessa prática até então tolerada pela Resolução CGPC n. 29/2009, agora associada, em contrapartida, aos riscos que surgem com novas formas de trabalho, dentre as quais a do trabalho intermitente, parece que a questão da taxa de administração dos planos de benefícios previdenciários terá que ser em breve pauta de discussão do Conselho Nacional de Previdência Complementar.

Outro risco que também abrange hipótese preocupante está arraigado na cultura do jovem do século XXI, calcada no seu desprendimento com relação à estabilização das relações empregatícias.

Partindo do fundamento de que a previdência privada depende de um longo prazo de contribuição, tornou-se desafio da EFPP ser atraente para o participante que rompe o vínculo com a patrocinadora ou instituidora e, mesmo tendo condições de se manter como participante autopatrocinado, não tem interesse por essa alternativa, em razão de produtos mais versáteis e tecnológicos disponíveis no mercado, tal como afirma Silvio Renato Rangel Silveira¹⁶⁹:

Uma nova concepção da área de TI dos fundos de pensão será essencial para nos preparar para os desafios do futuro. Mas ela não será suficiente para, sozinha, superá-los, especialmente se não vier acompanhada de novos produtos, compatíveis com as necessidades de nossos participantes de planos de previdência complementar. Não bastará uma melhora nos produtos antigos. Será necessária uma ruptura, concebendo produtos que tenham como norte a necessidade dos participantes e a simplicidade e flexibilidade do novo ambiente tecnológico como estratégia de atendimento a essas necessidades. Precisaremos nos preparar para um contexto em que os potenciais futuros participantes dificilmente terão patrocínio de seus

¹⁶⁸ “A predominância da idiossincrasia para a determinação do custo leva ao questionamento acerca da influência da regulação sobre tal resultado. Uma hipótese seria o incentivo inadequado gerado pelos tetos às taxas de administração e carregamento estabelecidos na Resolução CGPC nº 29/2009. Com regulação baseada somente nesses limites superiores, pode ser que algumas EFPCs busquem elevar seu custeio próximo ao nível máximo autorizado pela norma, ou seja, atuem em busca do *rent-seeking* permitido pela legislação ao não repassar todo ganho de escala aos participantes. Outras, em função de transparência, assim como da atuação e fiscalização dos participantes, podem repassar mais dos ganhos de escala a estes. Não é possível identificar o efeito *rent-seeking* com a base de dados disponível. Fica, entretanto, a recomendação aos reguladores para a busca de exemplos de casos bem-sucedidos de baixo custo administrativo”. (CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *Economias de escala e escopo na previdência complementar fechada brasileira*. 2013. 59 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2013. p. 45).

¹⁶⁹ REIS, Adacir (coord.) *et al.* *Previdência Complementar: estudos em homenagem aos 15 Anos da Legislação Federal*. 1. ed. São Paulo: ABRAPP, 2016. p. 377.

empregadores, porque provavelmente eles nem terão empregadores, já que muitos estão inseridos nesta nova economia “uberizada”. Necessitaremos de capacidade para identificar e captar os potenciais participantes, por meio de fundos setoriais, fundos instituídos (previdência associativa) ou outras estratégias.

Nossos concorrentes não serão só outras entidades de previdência, abertas ou fechadas, mas também qualquer aplicativo que preste serviço financeiro que permita aos novos participantes obter o diagnóstico adequado de suas necessidades previdenciárias e o planejamento de como atendê-las, por meio de um processo simples e didático de capitalização, associado à possibilidade de contratação de cobertura para riscos, como o de invalidez, morte ou sobrevivência.

Na prática, a diversidade de produtos de prateleira, ofertados pelas EAPP e por bancos digitais, está fazendo com que potenciais participantes reflitam sobre a melhor forma de fazer a gestão de seus recursos a longo prazo. Alguns preferem não se inscrever em planos de benefícios previdenciários de EFPP por conta de eventual engessamento de recursos.

Tais riscos à sobrevivência da EFPP são factíveis e são transmitidos ao próprio participante, em se concretizando a hipótese de uma EFPP ter que ser liquidada e ter que descontinuar a atividade previdenciária. A LC 109/01, em seu art. 48, contempla a hipótese de liquidação pela ausência de condição para o seu funcionamento, protegendo os participantes e assistidos, conferindo-lhes privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas e privilégio geral sobre as demais partes não vinculadas ao ativo.

Ainda como uma atividade sujeita aos riscos produzidos pela própria sociedade de risco e, portanto, uma opção de risco para o participante, cabe registrar que os recursos garantidores dos planos de benefícios previdenciários geridos por EFPP são formados por contribuições do participante e da patrocinadora (quando aplicável). Esses recursos financeiros são devidamente rentabilizados. Essa atividade de gerir e multiplicar recursos financeiros enseja riscos dos mais variados. Há riscos inerentes ao próprio sistema e riscos decorrentes de atos temerários de seus gestores, conforme pontifica Adriana Freisleben de Zanetti¹⁷⁰:

No ponto, cabe ressaltar que uma parcela de risco é inerente ao sistema, pois não há como eliminar todos os riscos, nem como garantir cem por cento de controle do risco. Já comentamos anteriormente neste trabalho que nem a ciência trabalha mais com o conceito de segurança absoluta, dada a influência da teoria

¹⁷⁰ ZANETTI, Adriana Freisleben de. *Gestão temerária de fundos de pensão*. 2017. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 65.

evolucionista e a inserção do elemento *aleatoriedade* nas experiências. O importante, para a caracterização do agir temerário, é aferir a probabilidade objetiva da ocorrência de determinado risco, algo perfeitamente possível na atualidade, em função do elevado estágio do desenvolvimento humano, científico e tecnológico, que propiciam a antecipação dos fatos de modo muito adjacente ao efetivo porvir.

Esta dissertação já demonstrou que a legislação traz consigo uma carga pesada de regulação e de atuação de órgãos fiscalizadores, os quais têm como objetivo institucional avaliar e acompanhar a gestão correta desses recursos, de maneira que os riscos que ensejam perdas sejam mitigados. Conforme ensina Guilherme Casado Gobetti de Souza¹⁷¹, “a aplicação dos recursos garantidores concorre à semelhança com os riscos do mercado financeiro. Esse setor desenvolveu ferramentas de classificação de riscos, que as entidades devem utilizar para calcular se o risco do investimento é vantajoso ou não”.

Flavio Martins Rodrigues¹⁷² explica que a norma responsável pelas diretrizes de aplicação dos recursos garantidores preocupa-se com o domínio dos riscos previsíveis e com a conduta dos gestores no sentido de adotarem práticas voltadas ao exercício efetivo de seus mandatos:

Assim, além da necessidade de identificação, avaliação, controle e monitoramento dos riscos, incluídos os riscos de crédito, de mercado, de liquidez, operacional, legal e sistêmico, a *ratio* da norma é para que os gestores passem a adotar práticas consistentes que garantam o cumprimento do seu dever fiduciário em relação aos participantes dos planos de benefícios.

Cite-se, por fim, a existência de riscos previdenciários, ou seja, a possibilidade de haver passivo previdenciário que consiste no fato de recursos garantidores não serem suficientes para o pagamento de benefícios contratados pelos participantes. A quantidade maior ou menor de sinistros pode ensejar distorções nos cálculos atuariais, ora com necessidade de revisão, ora, ainda, por meio de equacionamento de déficits. Adacir Reis¹⁷³ ilustra esse raciocínio, trazendo em sua obra o exemplo do risco de sobrevivida:

¹⁷¹ SOUZA, Guilherme Casado Gobetti de Souza. *Previdência Complementar: gestão dos recursos garantidores*. Curitiba: Juruá, 2020. p. 101.

¹⁷² RODRIGUES, Flavio Martins. Investimentos dos Fundos de Pensão: aspectos Jurídicos. *Revista de Previdência*, Rio de Janeiro: Gramma, v. 1, n. 1, out., 2004. p. 83.

¹⁷³ REIS, Adacir. *Curso básico de previdência complementar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 90.

O risco de longevidade decorre da possibilidade de a pessoa viver mais do que estava planejado. Para a pessoa, isso é ótimo, pois viver é muito bom. Mas para o plano de previdência, no sentido técnico-atuarial, tal situação constitui um risco que deve ser monitorado, já que eventualmente os cálculos e provisões terão que ser referidos.

Portanto, a forma de a EFPP mitigar riscos inerentes à opção de o participante ser tornar previdente por meio da adesão a um plano de benefícios está ligada (i) à ação do Estado com o objetivo de fiscalizar a EFPP, suas operações e aplicar as penalidades concernentes (LC, 109/01, art. 3º, V); (ii) às ações dos conselhos deliberativo e fiscal, compostos por representantes dos participantes, com o objetivo de estabelecer políticas de condução da EFPP, acompanhar e fiscalizar o atendimento a essas diretrizes; (iii) às ações de controle, fiscalização e auditoria das patrocinadoras e (iv) às ações de controle do participante, acompanhando a rentabilidade de seu plano, o saldo de sua conta, a política de investimento aprovada pelo conselho deliberativo etc.

A outra face da moeda previdência privada sob a óptica da sociedade de risco tem a ver com o fato de a EFPP ser uma das formas utilizadas pela sociedade para mitigar os impactos de eventuais incorrências em riscos sociais. Essa face relaciona-se, portanto, com a cobertura dos riscos de invalidez, morte, sobrevivência, doença, reclusão ou contingências sociais¹⁷⁴, como a maternidade.

Afirma Peter L. Bernstein¹⁷⁵ que “a capacidade de definir o que poderá acontecer no futuro e de optar entre várias alternativas é central às sociedades contemporâneas”. A capacidade cognitiva da pessoa lhe faz compreender a existência desses riscos e lhe induz a pensar na possibilidade de incorrer em um desses riscos e de estar preparada para enfrentá-lo, ou, ainda, deixar sua família em condições favoráveis ao seu enfrentamento, pois nas palavras de Peter L. Bernstein, “sem o seguro em suas muitas variedades, a morte do pai de família reduziria os filhos jovens à penúria ou caridade, a assistência médica seria negada a um número ainda maior de pessoas”.

Obviamente que para a utilização da previdência privada como fator mitigante de risco social é necessário que a pessoa não só compreenda a existência

¹⁷⁴ Miguel Horvath Júnior ensina que “a diferença preponderante entre risco e contingência social consiste na ausência do elemento voluntariedade e dano (no sentido de prejudicialidade) em alguns eventos protegidos como, v.g., a maternidade, os benefícios de encargos familiares”. (HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 99).

¹⁷⁵ BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 2.

de tais riscos, como também possua condições financeiras para acumular reservas no plano de benefícios, de forma a atender aos requisitos de elegibilidade para o seu gozo, ressalvadas as hipóteses de planos de benefícios exclusivamente patrocinados por empregadores.

4.3. A saúde suplementar na sociedade de risco

No cenário de assistência à saúde, a EFPP também está sujeita aos riscos de comprometimento de ativos garantidores dessa atividade, em caso de malversação desses recursos ou, ainda, de retornos de investimentos abaixo das expectativas. Esse último risco é mitigado com veemência pela própria legislação, que conduz os recursos dos ativos garantidores de operadoras para alocações de baixo risco de investimento e alta liquidez, haja vista que, ao contrário da previdência privada, os recursos financeiros das atividades de planos de saúde não devem ser aplicados a longo prazo, porque servem para atender às necessidades imediatas dos planos assistenciais.

Neste segmento, a legislação também estrutura um ambiente altamente regulado e fiscalizado, também com a possibilidade de ações do Estado, dos órgãos de governança, das patrocinadoras e dos próprios beneficiários. Isto porque, a estrutura que perfaz a pessoa jurídica é a mesma, ou seja, a EFPP, com o mesmo estatuto e gestores para as duas atividades.

A faceta mais importante da atividade assistencial à saúde é sem dúvida a de seu oferecimento aos beneficiários integrantes da EFPP, para mitigar o risco de doença e em alguns casos de invalidez.

Para Ulrich Beck¹⁷⁶, a saúde tem mais importância que outros valores da sociedade. O risco de se perdê-la, portanto, impacta a sociedade de forma mais prejudicial que impactos decorrentes de riscos de natureza econômica e social:

“Saúde” é certamente um valor cultural altamente estimado, mas ele também é – mais que isto – justamente condição prévia da vida (e da sobrevivência). A universalização das ameaças à saúde gera um acúmulo constante e ubíquo de ameaças, que, com firmeza característica, trespassam o sistema econômico e político. Nesse caso, portanto, não são violadas apenas premissas culturais e

¹⁷⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 102.

sociais, com as quais passa a ser possível viver, como mostra o caminho da modernidade, apesar de todas as lágrimas derramadas por conta disto.

O sopesamento de economia e saúde ganhou relevo nestes tempos atuais de pandemia do COVID-19. O isolamento social, adotado como medida de mitigação do risco de contágio e manutenção da pandemia, é aclamado por alguns e criticados por outros. A sociedade de risco se dividiu, inclusive em nível político, a despeito de os riscos serem exatamente os mesmos. Sem embargo dos fundamentos consistentes a respeito da importância de a economia não colapsar – e nem se pretende, neste trabalho, fazer esse cotejo economia/vida –, para o Sistema de Seguridade Social, a saúde ganha um contorno prioritário mais acentuado, justamente porque integra um de seus objetivos. É o que afirma Wagner Balera¹⁷⁷:

As comorbidades da pandemia não se situam tão somente na enorme concessão de benefícios, previdenciários e assistenciais, como os gigantescos custos com os serviços de saúde. Estes vetores estão perfilados no cardápio protetor da seguridade social que está aí para isso mesmo. Nesse setor a vida é, e será sempre, mais importante do que a economia. A vida em abundância; a vida em plenitude, ainda que o esquema protetor garanta tão somente as necessidades básicas do grupo protegido.

Nesse cenário de risco à saúde, a atividade de assistência suplementar à saúde mitiga o prejuízo decorrente desse sinistro lançando mão de tratamentos ambulatoriais ou cirúrgicos, em clínicas ou hospitais integrantes da rede credenciada da EFPP que presta atividade assistencial à saúde. O risco à saúde pode ser até mesmo evitado, por meio de exames clínicos ou laboratoriais, seguidos de tratamentos médicos preventivos.

Portanto, é inegável que em uma sociedade de risco as atividades assistenciais à saúde são fundamentais e servem para amenizar as ameaças inerentes às atividades cotidianas da modernidade.

¹⁷⁷ Matéria intitulada “Pandemia torna a reforma previdenciária ultrapassada e lança em zona de incerteza o ideário de seguridade social”, publicada em 06/05/2020, no site do jornal *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pandemia-torna-a-reforma-previdenciaria-ultrapassada-e-lanca-em-zona-de-incerteza-o-ideario-de-seguridade-social/>. Acesso em: jul. 2020.

4.4. A proteção do risco saúde por meio de atuação da EFPP e a minoração dos riscos previdenciários do participante integrante da sociedade de risco

A EFPP que carrega em seu bojo as atividades de previdência privada e assistenciais à saúde consegue se alistar a um compromisso de proteção social maior ao participante integrante da sociedade de risco. E a proposta de inscrição ofertada a um participante ganha mais força quando, obviamente, a proteção social é maior.

Deveras, o jovem participante que aderir a um plano de previdência ofertado por EFPP pode estar mais preocupado em ter um plano de saúde do que um plano de previdência privada.

Vale dizer, a porta de entrada para a participação de planos de benefícios da EFPP pode ser a da saúde suplementar, a qual, aliás, funcionará como um ingrediente para atrair participantes novos e manter aqueles outros que, por conta do rompimento do vínculo empregatício, antes de implementar as condições de elegibilidade, passarão para a condição de autopatrocinados, de benefício proporcional diferido¹⁷⁸ ou resgatarão suas contribuições, neste último caso com rompimento do vínculo com a EFPP.

O oferecimento de uma assistência à saúde comprometida com resultados pode evitar, a título de exemplo, que o participante de ambos os planos de benefícios passe para a condição de assistido para receber benefício de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez.

Ademais, a previdência complementar pode ser planejada pelo participante de forma a se tornar, futuramente, um benefício de aposentadoria voltado ao financiamento de seu plano assistencial à saúde, quando ele passar para a condição de assistido.

Vale lembrar que a sociedade de risco brasileira se conduz sob a estrutura da Ordem Social, prevista na Constituição Federal de 1988, que tem como um de seus programas o Sistema de Seguridade Social, consistente em um conjunto integrado de ações destinado a assegurar direitos sociais de saúde, previdência e de

¹⁷⁸ O Benefício Proporcional Diferido (BPD) está previsto no art. 14, I da LC 109/01 e permite ao participante que ainda não é elegível a benefício previdenciário, quando cessado o vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor, interromper os seus aportes, arcando apenas com o custeio administrativo, optando por receber, no futuro, um benefício programado, a partir do momento em que cumprir os requisitos de exigibilidade previstos em regulamento.

assistência social.

Ressalte-se, por fim, que no ordenamento jurídico vigente, o risco inerente ao fato de que uma atividade possa contaminar a outra foi mitigado pela parte final do art. 76 da LC 109/01, segundo a qual a EFPP operadora de saúde, na data de sua publicação, pode continuar a operar tais planos, desde que seja estabelecido custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário. Essa mitigação foi reforçada pela EC 103/2019.

Roberto Eiras Messina¹⁷⁹ aponta que a normatização, voltada a manter separados os recursos das duas atividades, ameniza os riscos do exercício simultâneo de ambas:

Entretanto, o desenvolvimento do marco regulatório, ao possibilitar controles melhores de gestão e impedir a mistura de recursos, e o fato de o segmento da saúde começar a espelhar-se no segmento da previdência complementar, do ponto de vista da orientação normativa, são fatores que estão contribuindo para a diluição dos riscos de se manterem conjuntas tais atividades.

Portanto, a conjugação dessas atividades, pela EFPP, conferindo proteção social maior aos participantes e assistidos com base na estruturação supracitada, assume papel neutralizador de riscos presentes e relevantes da sociedade de risco. O que significa dizer que a EFPP que disponibiliza as duas atividades aos seus participantes certamente confere mais proteção social do que aquela EFPP que tem no seu portfólio apenas planos de gestão previdenciária.

¹⁷⁹ MESSINA, Roberto Eiras. *Lei da previdência complementar anotada*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 201.

CAPÍTULO 5 - A RELAÇÃO DA PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA COM A ASSISTÊNCIA À SAÚDE

COMO EXPLIQUEI NO CAPÍTULO 1, SERIA MUITO DIFÍCIL ELABORAR de uma só vez uma teoria unificada completa de tudo o que há no universo. Assim, em vez disso, progredimos encontrando teorias parciais que descrevem um espectro limitado de acontecimentos e negligenciando outros efeitos ou fazendo determinadas aproximações numéricas. (A química, por exemplo, permite que calculemos as interações entre os átomos sem conhecermos a estrutura interna do núcleo de um átomo). No fim das contas, porém, esperamos encontrar uma teoria unificada completa e coerente que inclua todas essas teorias parciais como aproximações e que não precise de ajustes para se adequar aos fatos escolhendo-se os valores de certos números arbitrários na teoria. A busca por uma teoria assim é conhecida como “a unificação da física”.

Stephen Hawking¹⁸⁰

Eis o ponto nodal com relação ao qual o presente trabalho pretende contribuir para o seu desate, depois de ter trazido, no seu corpo, a estrutura jurídica da previdência privada e da saúde suplementar: a relação das duas atividades.

Já se disse em outro ponto deste trabalho que a EFPP não pode ter como finalidade o exercício de qualquer outra atividade que não a de gestão e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, ressalvada a hipótese de atividades assistenciais à saúde, quando se tratar de EFPP que, à época da publicação da LC 109/01, já oferecia essa proteção aos seus participantes e assistidos.

Vejamos neste ponto o impacto da segregação dessas atividades à luz de tudo o que já foi estudado por este trabalho, ou seja, levando-se em conta a Ordem Social constitucionalmente estabelecida, alcançada por meio de programa de Seguridade Social e voltada à proteção social da sociedade, considerada de risco.

5.1. O conteúdo do artigo 76 da Lei Complementar 109/2001

Em razão do que dispõe o art. 32, *caput* e parágrafo único da LC 109/01, a EFPP deve ter por objeto exclusivamente a gestão e execução de planos de

¹⁸⁰ HAWKING, Stephen W. *Uma breve história do tempo*. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 205.

benefícios de natureza previdenciária, sendo vedada a execução de qualquer outra atividade, exceto a atividade assistencial à saúde, prevista no art. 76 da LC 109/01. Essa quase exclusividade absoluta conferida pela legislação à EFPP decorre, sem dúvida, da importância da previdência privada para a sociedade e também da conquista¹⁸¹ do trabalhador em ter em mãos acesso a um sistema particular de se fazer poupança para cobrir futuros riscos sociais inerentes à vida em sociedade.

Nota-se que a atual relação da previdência privada com a saúde suplementar ocorre por meio de exceção, já a legislação, atualmente, não permite com que toda EFPP ofereça atividade assistencial à saúde.

Com efeito, a exceção do artigo 76 da LC 109/01, admite à EFPP, que já executava atividade assistencial à saúde, em 30 de maio de 2001, que continue a oferecê-la aos seus participantes, desde que seja estabelecido custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado, em relação ao plano previdenciário.

O texto legal não fixou prazo nem outras condições que não a contabilização apartada para que as entidades continuem a prestar serviços assistenciais à saúde. Por isso, o sistema de previdência privada fechada carrega no seu bojo EFPP que, atualmente, continua oferecendo atividades de assistência à saúde aos seus participantes, mesmo aos que ingressaram na empresa patrocinadora posteriormente à data da publicação da LC 109/01.

Efetivamente, em razão de falta de maior assertividade e precisão do artigo 76 da LC 109/01 é possível traçar a interpretação de que é permitido à EFPP ofertar a qualquer participante, que ingressou no plano de benefícios previdenciários, a opção de ser beneficiário de plano de assistência à saúde, independentemente da data de ingresso.

Fato é que a doutrina se mostra unânime no sentido de que a restrição legal imposta às EFPP constituídas depois da LC 109/01 tem a finalidade de proteger a

¹⁸¹ “Se alguém, há 25 anos atrás, houvesse proposto um plano para oferecer ao grosso dos empregados americanos uma renda de aposentadoria proveniente de planos de pensão das empresas teria sido posto de lado como um ‘visionário’, e seus planos considerados impossíveis, financeira e economicamente. Se houvesse então proposto que as grandes empresas entregassem voluntariamente o controle acionário aos empregados teria sido considerado um ‘extremista radical’, à beira da demência, tanto pela esquerda como pela direita. Todos os homens dotados de razão teriam concordado que tal deslocamento de propriedade só se realizaria por meio de uma insurreição violenta – por meio de uma genuína e cataclísmica ‘revolução’. É verdadeiramente espantoso, portanto, que a concretização real dessas metas ‘radicais’ e ‘impossíveis’ tenha passado praticamente despercebida”. (DRUCKER, Peter Ferdinand. *A revolução invisível: como o socialismo fundo de pensão invadiu os Estados Unidos*. Tradução Carlos A. Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1977. p. 38).

atividade previdenciária, inclusive no que diz respeito aos custos de suas operações, tolerados pelo plano de gestão administrativa.

Wagner Balera¹⁸², ao analisar o art. 76 da LC 109/01, registra, inclusive, que os encargos decorrentes da natureza obrigacional de ambas são distintos, além do que a assistência à saúde é serviço pontual, que ocorre em momento de enfermidade do participante, em contraposição à natureza longeva dos benefícios previdenciários:

O artigo ora analisado autoriza a manutenção de serviços assistenciais e de saúde oferecidos pelas entidades fechadas que já os prestavam na data da publicação da Lei Complementar, exigindo apenas o estabelecimento de custeio relacionado a estes serviços em contabilidade distinta daquela destinada ao pagamento dos benefícios contratados pelos participantes dos planos de benefícios.

Tal medida se impõe para resguardar o interesse principal das entidades e dos participantes que estabelecem vínculos com as entidades de previdência complementar almejando conforto quando aposentado ou inválido.

O objetivo maior da previdência complementar é adimplir os benefícios contratados, obrigação de dar.

Já as prestações de assistência e saúde constituem-se em obrigações de fazer, que aumentam extraordinariamente os encargos da patrocinadora. São prestações preventivas, concedidas temporariamente enquanto presente a contingência obstaculizadora do bem-estar de seus participantes. Por não terem natureza previdenciária, esses serviços poderão deixar de ser prestados a qualquer tempo, quando convier à patrocinadora.

Luís Carlos Cazetta¹⁸³ também aponta a preocupação da lei em evitar a confusão dos custos e afastar a hipótese de recursos previdenciários custearem despesas assistenciais à saúde:

Estando sujeitas a restrições de atividade, às entidades fechadas são vedadas a prestação de serviços e a execução de programas que não se encerrem no âmbito de realização do seu objeto social, considerado em sentido estrito: a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária destinados a universo restrito (fechado) de participantes.

Essa vedação comporta uma exceção. As entidades fechadas que na data da publicação da Lei Complementar nº 109, de 2001, prestavam aos seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde podem mantê-los, desde que para tais serviços contem com programa de custeio específico, com contabilidade e patrimônio segregados em relação aos planos previdenciários. O objetivo da segregação exigida na lei é impedir que as entidades promovam ou dêem causa à confusão dos custos, riscos e compromissos

¹⁸² BALERA, Wagner (coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 309.

¹⁸³ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 45-46.

correspondentes aos planos previdenciários e aos planos assistenciais.

Com tal medida, não permite a lei que recursos arrecadados para finalidades específicas (o custeio de benefícios previdenciários ou de assistência à saúde) sejam destinados ao pagamento de compromissos incompatíveis com as suas destinações originais, dificultando ou descaracterizando a verificação do custo de cada programa e do equilíbrio atuarial dos respectivos planos.

Allan Luiz Oliveira Barros¹⁸⁴ reforça a conclusão de que a lei pretendeu dirigir os trabalhos da EFPP apenas para a atividade de previdência privada, de forma a ganhar eficiência operacional e performance financeira agregadoras aos planos de benefícios previdenciários. Com base nessa ideia, sustenta, sobre a segregação de atividades, que “o motivo é simples: exigir que os esforços financeiros e operacionais da entidade previdenciária sejam direcionados para a boa gestão dos planos de benefícios por ela administrados”.

Fábio Berbel¹⁸⁵ defende que o condão da lei não foi o de resguardar ato jurídico perfeito ou direito adquirido, já que tais institutos constitucionais não se aplicam a regimes jurídicos, mas tão somente a casos concretos:

Não obstante se justificar em contexto iniciado pela Lei n. 6.435/77, entendo que essa exceção não se explica no ato jurídico perfeito ou no direito adquirido, porque esses fenômenos não atingem o regime jurídico, mas apenas as normas individuais e os direitos subjetivos. Essa conclusão se confirma no § 1º do artigo 76 da Lei Complementar n. 109/01 que impôs a extinção dos serviços assistenciais de natureza financeira, embora a legalidade na constituição.

Verifica-se que a opção do legislador foi a de efetivamente proteger o patrimônio previdenciário dos participantes e assistidos, tanto no momento em que veda a possibilidade de a EFPP prestar qualquer outra atividade que não a de gestão e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, como também no momento em que determinou custeio específico, contabilização e patrimônio segregados dos planos assistenciais à saúde, em relação ao plano previdenciário.

Também é louvável que o legislador tenha se preocupado com a higidez da previdência privada fechada. Luís Carlos Cazetta¹⁸⁶ afirma que a LC 109/01 “traduz a realidade de que o sistema vem mudando para melhor, procurando corrigir as suas fragilidades e inconsistências”.

¹⁸⁴ BARROS, Allan Luiz Oliveira. *Previdência Complementar*. Bahia: JusPodivm, 2014. p. 190.

¹⁸⁵ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria geral da previdência privada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 151.

¹⁸⁶ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 183.

Entretanto, ao mesmo tempo que, em nome dessa proteção do sistema previdenciário privado fechado, a legislação vedou o exercício de qualquer outra atividade que não a de gestão e de execução de planos de benefícios previdenciários, ela excepcionou a EFPP operadora de plano de saúde.

Ocorre, todavia, que se a pretensão legislativa era a de proteger os planos de benefícios previdenciários, a legislação ficou incompleta, desprotegendo aquelas EFPP integrantes da sociedade de risco que prestavam assistência à saúde antes da publicação da LC 109/01, eis que autorizou a continuidade da atividade assistencial à saúde, deixando-as à mercê do “risco” que se procurou evitar, com a vedação da atividade.

Acresça-se, ainda, que se para essas EFPP o mitigador de risco está prescrito na parte final do art. 76, da LC 109/01, que dispõe sobre a necessidade de custeio específico para os planos assistenciais, contabilização e patrimônio mantidos em separado, em relação ao plano previdenciário, então esse mitigador pode ser aplicado indistintamente, inclusive para uma EFPP que, posteriormente à publicação da LC 109/01, hipoteticamente viesse a executar atividades assistenciais à saúde.

Essa contextualização permite concluir no sentido de que, por mais bem-intencionada que tenha sido a legislação, ela não atinge o escopo protetivo, ao tolerar parcela das entidades incurso no risco a ser evitado.

De duas, uma: ou a atividade de gestão e execução de planos de benefícios previdenciários é exclusiva e, qualquer outra atividade, inclusive a de assistência à saúde, não pode ser executada por todas as EFPP, para que não haja contaminação de seu objetivo principal; ou a atividade assistencial à saúde pode ser executada, excepcionalmente, por todas as EFPP, desde que com custeio, contabilização e patrimônio próprios, tal como definido na parte final do art. 76, da LC 109/01. Essa seria a forma mais lógica que a lei teria para atender à finalidade protetiva aventada pela doutrina, ao estudar a referida norma.

A propósito, o Projeto de Lei Complementar (PLP) 0010-1999, que culminou com a edição da LC 109/01, tinha texto mais restritivo com relação à atividade de assistência à saúde, o texto no projeto inicial estava alocado no art. 77¹⁸⁷, *in verbis*:

¹⁸⁷ PLP 10-1999, p. 17, com a observação de a numeração dos autos estar confusa. Há muitas folhas sem números de ordem.

Art. 77. As entidades fechadas que, na data da publicação desta Lei Complementar, prestarem a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo em regime de extinção.

Depois de muitas manifestações, em sede de audiência pública, contrárias à extinção da atividade assistencial à saúde, o projeto de lei foi objeto de um substitutivo, que alterou a vedação supracitada para contemplar o texto atualmente vigente. Confira-se a justificativa¹⁸⁸ do substitutivo, lançada no voto do relator deputado Manoel Castro:

Após aprofundada análise das distintas posições quanto a esta questão, este Relator concluiu que, a despeito de constituírem uma distorção, levando-se em conta que não possuem o objetivo previdenciário das entidades que os administram, os planos de assistência social e de saúde são uma opção de atendimento de boa qualidade, com custo reduzido, para cerca de dois milhões e meio de participantes diretamente protegidos. A sua extinção, tal como proposta no PLP nº 10/99, significaria, portanto, enorme prejuízo para esses beneficiários, bem como para os seus dependentes. Por essa razão decidiu-se alterar a redação do art. 77 do PLP nº 10/99 (art. 76 do Substitutivo), para permitir a manutenção dos atuais planos, impondo-lhes, contudo, maior controle e disciplina, mediante a exigência de contabilização de seus custos em separado, e definição de custeio próprio.

Na discussão da matéria em plenário da Câmara dos Deputados, foi apresentada a emenda modificativa 1¹⁸⁹, dos deputados Ricardo Berzoini, Arlindo Chinaglia e Wellington Dias. Eles propuseram alterar o art. 2º do substitutivo, para fazer constar que o objetivo principal da EFPP seria o de executar “planos de benefícios de caráter previdenciário e assistencial”. Justificaram essa sugestão de emenda no fato de que “é necessário ampliar o escopo das entidades de previdência, para que possam também oferecer planos de assistência à saúde e outros de natureza financeira”.

Também propuseram a emenda modificativa 14¹⁹⁰, no sentido de alterar o art. 32 do PLP 10-99, para fazer constar nele que “as entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária e assistencial”. Justificaram essa proposta com o argumento de que “para que os fundos de pensão possam operar de forma competitiva, deve ser autorizada a execução de planos de assistência, e não apenas de previdência”.

¹⁸⁸ PLP 10-1999, p. 505-505v.

¹⁸⁹ PLP 10-1999, p. 547v.

¹⁹⁰ PLP 10-1999, p. 553.

E a contribuição mais importante desses deputados, sob a óptica deste trabalho, foi a proposta veiculada por meio da emenda modificativa 21¹⁹¹, que sugeriu o seguinte texto ao art. 76, da LC 109/01, *in verbis*:

Art. 76. As entidades fechadas poderão prestar a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.

Trouxeram a título de justificacão o fato de que “embora a norma contemple situações já existentes, não afasta a vedaçãõ de que tais serviçõs venham a ser prestados pelas entidades que ainda não os prestam, o que reduz a capacidade de ampliaçãõ de sua atuaçãõ”.

Todas essas emendas ao substitutivo, apresentadas em plenário, foram rejeitadas, sob as justificativas¹⁹² de que “o objetivo precípulo das entidades de previdência privada complementar é a execuçãõ de planos de benefícios de natureza previdenciária”, que a atividade assistencial à saúde será permitida “apenas a título de flexibilizaçãõ” e no sentido de que “já existem instituições no âmbito governamental e da sociedade que têm por competência a prestaçãõ de serviçõs assistenciais”.

E assim, o PLP 10-1999 seguiu ao Senado (onde ganhou o registro Projeto de Lei da Câmara nº 63, de 1999 – Complementar) e lá foi objeto de poucas emendas, mas nenhuma versando sobre a atividade assistencial à saúde. O texto findou-se da maneira como hoje está posto no ordenamento, com o divisor de águas, objeto da presente análise. Ou seja, sem a coerência esperada, uma vez que, como registrado, não faz sentido “flexibilizar” e permitir apenas que algumas EFPP ofereçam essa atividade aos seus participantes.

A conclusãõ à qual se chega é a de que a opçãõ legislativa, *data maxima venia*, não foi a mais adequada. Ficou no meio do caminho entre a privaçãõ total (porém, mais coerente) e o permissivo total (opçãõ mais adequada) de oferecimento de assistência à saúde aos participantes de EFPP.

O lado bom está no fato de que as poucas dezenas de EFPP que atuam nos dois segmentos vêm demonstrando a possibilidade de manter as duas atividades

¹⁹¹ PLP 10-1999, p. 555v.

¹⁹² PLP 10-1999, p. 558-560.

sem que uma contamine a outra. E, por outro lado, demonstram também que são mais atrativas do que a EFPP que oferece apenas planos de benefícios previdenciários aos seus participantes. Ou seja, corroboram a lição de Roberto Eiras Messina¹⁹³ de que “eliminar os riscos segregando as atividades é um pensamento de curto prazo”.

A governança da EFPP é profissionalizada. Os membros dos conselhos deliberativo e fiscal devem ter expertise técnica em atividades específicas de gestão. Isso se deve à prescrição legal esculpida no art. 35, § 3º, I da LC 109/01, que exige “comprovada experiência no exercício de atividades nas áreas financeira, administrativa, contábil, jurídica, de fiscalização ou de auditoria”. Para a diretoria executiva, o art. 35, § 4º da LC 109/01 exige experiência desse mesmo leque e ainda determina que os diretores tenham formação em nível superior. Assim, a especialização da gestão mediante exigência de comprovada experiência do dirigente reforça o argumento de que a atividade de assistência à saúde não deveria ter sido excluída da competência da EFPP, haja vista as medidas mitigadoras de riscos contidas na própria legislação.

Insista-se. Conceber as duas atividades por meio da mesma EFPP, como regra, desde que haja transparência e individualização financeira, contábil e patrimonial, não é desarrazoado. Mattia Persiani¹⁹⁴ registra essa possibilidade de execução conjunta das atividades na Itália, quando aborda em sua obra o assunto sobre “*prestações integrativas*”:

A lei permite a instituição de fundos de assistência de saúde integrativa (cf. n. 14), destinados à distribuição de benefícios adicionais aos distribuídos pelo Serviço Nacional de Saúde (art. 9, d. lgs. n. 502 de 1992, como substituído pelo art. 9 do d. lgs. de 19 de junho de 1999, n. 220 em execução da lei delegada n. 419 de 1998). Formas de tutela da saúde integrativa podem ser previstas também pelas entidades previdenciárias privatizadas (cf. n. 24 e n. 83) no âmbito dos benefícios a favor de seus inscritos e no respeito pelo equilíbrio financeiro de cada gestão em particular (art. 1º, parágrafo 34 da lei n. 243 de 2004).

É difícil prever, desde já, com quais modalidades as previsões da lei encontraram uma atuação prática e quais serão as dimensões que serão assumidas pelo fenômeno de assistência integrativa. E, de fato, as formas integrativas de assistência à saúde são distribuídas

¹⁹³ MESSINA, Roberto Eiras. *Lei da previdência complementar anotada*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 200.

¹⁹⁴ PERSIANI, Mattia. *Direito da Previdência Social*. Trad. coord. por Wagner Balera. Tradutor Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 369-370.

diretamente (cf. n. 121), enquanto pressupõem o recurso à mutualidade entre privados, ainda que “adicionalmente” com relação à solidariedade efetivada pelo Serviço Nacional de Saúde.

É preciso, entretanto, dizer também que as formas de assistência integrativa tendem a reconduzir à lógica da previdência complementar (cf. n. 14).

E relembre-se o problema estrutural do art. 76, da LC 109/01 (que, aliás, já estava cunhado na proposta de redação originária, no art. 77, do PLP 10-1999), no sentido de que o texto não alcança a integralidade da sociedade beneficiária de planos assistenciais à saúde suplementar, quando faz menção apenas a “participantes e assistidos”. Traz-se à baila essa lembrança para enfrentar mais adiante a pertinência jurídica da norma, à luz do ordenamento constitucional vigente e da teoria da validade da norma ensinada por Hans Kelsen.

5.2. O artigo 76 da LC 109/01. Análise sobre a possibilidade de adesão apenas à atividade assistencial à saúde

Fruto do açodamento do segundo substitutivo do PLP 10-1999, o art. 76, da LC 109/01, deixa dúvidas a respeito de sua aplicabilidade. Ele não descreve em qual limite a atividade assistencial à saúde poderá ser ofertada a participantes e assistidos. Não há maior explicação a respeito de ser ou não necessário que o participante e assistido tenham previdência privada para aderir ao plano de saúde.

Em um primeiro momento, a letra do art. 76, da LC 109/01, parece restringir o serviço assistencial à saúde apenas aos participantes e assistidos que aderiram aos planos de benefícios previdenciários.

Ocorre, todavia, que os conceitos de “participantes e assistidos”, esculpidos no art. 8º, I e II da LC 109/01, não devem ser restritivos. Este trabalho demonstrou que a compreensão deve ser abrangente para albergar, inclusive, hipóteses nas quais sejam considerados parentes consanguíneos até o quarto grau ou até o segundo grau por afinidade.

Em função da abrangência conceitual, a referência a “participantes e assistidos”, acima aventada, pode estar relacionada ao beneficiário titular de planos assistenciais à saúde, que não tenha plano de benefícios previdenciários.

Isso porque, há que se levar em conta a característica da facultatividade do regime de previdência privada, segundo o qual, conforme ensina Daniel Pulino¹⁹⁵, “para o participante, o princípio significa que é sempre a ele, e somente a ele, que compete decidir a respeito da adesão, ou não, ao plano de benefícios que porventura lhe tenha sido oferecido”.

Ora, a facultatividade conferida ao participante não pode ser limitada, vale dizer, não é possível que a lei estabeleça uma opção extremada de ser participante dos planos de benefícios previdenciários e de assistência à saúde, simultaneamente, ou, em contrapartida, não ser participante de nada. Isto porque, na lição de André Osório Gondinho¹⁹⁶, “não pode a lei restringir o direito à liberdade contratual quando tal restrição for contrária aos valores existenciais presentes no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, especificamente no que diz respeito ao poder de autodeterminação”.

Apenas no caso de a decisão ser política da própria EFPP é que será possível sustentar não haver afronta ao princípio da facultatividade. Com efeito, a EFPP, seja em fase originária, por meio de seu patrocinador ou instituidor, seja, ainda, em fase intermediária, por meio de seu conselho deliberativo, poderá definir no regulamento do plano assistencial à saúde que um dos critérios de elegibilidade de seu beneficiário titular é ser participante de qualquer plano de benefício previdenciário.

E nisso não há problema algum, uma vez que a proteção social a ser oferecida é idealizada ou pelo patrocinador/instituidor, na criação da EFPP, ou por decisão do conselho deliberativo no curso de uma EFPP já constituída. Ou seja, em ambos os casos, se trata da faculdade¹⁹⁷ do exercício de um direito, no momento de se desenhar o plano de benefícios.

¹⁹⁵ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 277.

¹⁹⁶ GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos Contratos: a incidência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 187.

¹⁹⁷ Conforme afirma Daniel Pulino, “sob a perspectiva do patrocinador ou instituidor, o princípio da facultatividade significa que a instituição de plano de previdência complementar para os respectivos empregados e membros é sempre voluntária, somente cabendo a eles próprios, patrocinadores ou instituidores, tomar tal decisão”. (PULINO, Daniel, 2011, op. cit., p. 279).

5.3. O ordenamento jurídico sob a óptica de Hans Kelsen e o sopesamento dos artigos 32, *caput* e parágrafo único e 76 da LC 109/01 com a Constituição Federal de 1988

A análise do PLP 10-1999 mostra que, salvo melhor juízo, em nenhum momento o Poder Legislativo analisou a questão sob a óptica constitucional. As manifestações externadas em audiências públicas e as justificativas traçadas por deputados nas emendas aos substitutivos não levaram em conta a vigência da Ordem Social estabelecida no Título VIII da Constituição Federal de 1988, e que o seu art. 193 prescreve que um dos objetivos dessa Ordem é a justiça social, calcada na aplicação dos direitos constitucionais sociais em toda a sua plenitude.

Não se atentou para o fato de que o art. 194 da CF conceitua a Seguridade Social como um conjunto de ações – inclusive dos Poderes Públicos – destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Tampouco o Poder Executivo se atentou para essa questão no momento de sancionar a lei. E, desta forma, proibiu-se a EFPP de prestar atividade assistencial à saúde, com a exceção desarrazoada já apresentada anteriormente.

Aqui vem à tona a reflexão sobre se a opção do legislador encontra fundamento de validade na Constituição Federal de 1988.

O artigo 202 da CF prescreve que o regime de previdência privada é regulado por lei complementar. Não há qualquer vedação constitucional no sentido da possibilidade de a EFPP executar tais atividades simultaneamente. Pelo contrário, o artigo 202 da CF está inserido no contexto da Ordem Social e do programa de Seguridade Social, acima citados.

Por óbvio que não seria possível ao legislador obrigar a EFPP a oferecer assistência à saúde, tendo em vista que a própria Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, II, prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Mas daí a proibir o exercício da autonomia da vontade da EFPP, por meio de seus patrocinadores e participantes e no bojo de uma Ordem Social constitucionalmente válida, isso já merece atenção sob o prisma do fundamento de validade constitucional. Conforme ensina Hans Kelsen¹⁹⁸:

¹⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 300.

A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.

A teoria pura do Direito, ensinada por Hans Kelsen, traz a lição segundo a qual a lei somente é válida se tiver fundamento na Constituição Federal de 1988. Por sua vez, o ordenamento jurídico constitucional brasileiro não rechaça a atividade de assistência à saúde. O sentido constitucional é reverso, sua pauta prescreve um conjunto integrado de ações para garantir saúde, previdência e assistência social. Sua orientação preza pelo sistema, pela união coesa de elementos para se atingir a uma finalidade social.

Hans Kelsen¹⁹⁹ explica que “se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido de dever-ser, tem também objetivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo este sentido objetivo”. A leitura dos arts. 32, parágrafo único, e 76 da LC 109/01 não demonstra que tomaram emprestado da Constituição Federal de 1988 o sentido objetivo de sua proposta de Ordem Social.

Se não bastasse, a LC 109/01 criou duas categorias de EFPP e de participantes e assistidos. Criou a categoria da EFPP que oferece atividade de assistência à saúde aos seus participantes e assistidos, em contrapartida a EFPP que não pode oferecer essa proteção social aos seus participantes e assistidos.

À luz do comando constitucional, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º), o divisor imposto pelo legislador à EFPP não parece encontrar diferenciação lógica, essencial para que a discriminação seja considerada constitucional, eis que somente não haverá

¹⁹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 9.

igualdade quando houver distinção que tornem os objetos comparados diferentes um do outro. Nesse sentido, confira-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰⁰:

O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fato erigido em critério de *discrimen* e a discriminação legal decidida em função dele.

Na introdução deste estudo sublinhadamente enfatizou-se este aspecto. Com efeito, há espontâneo e até inconsciente reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes.

De revés, ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado.

Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.

Não há sentido para que o participante e assistido de uma EFPP constituída antes da publicação da LC 109/01 tenha mais proteção social do que o participante e assistido de uma EFPP constituída depois de maio de 2001.

A desigualdade da proteção social oferecida torna-se ainda mais latente quando se verifica que ela contempla também os beneficiários integrantes de grupos familiares de participantes e assistidos que contratam a atividade de assistência à saúde para os seus (art. 2º, II da RN 137/16).

Portanto, a opção de ofertar ou não atividade assistencial à saúde deveria ser uma faculdade conferida à própria EFPP e fruto de consenso entre patrocinadores/instituidores e participantes, no momento de sua constituição e ao longo de sua trajetória, por meio de deliberação do conselho deliberativo.

Diante do exposto, verifica-se que os dispositivos legais que proíbem a EFPP de prestar outras atividades que não as de benefícios previdenciários e excetam a vedação das atividades de assistência à saúde para a EFPP, que já era operadora de plano de saúde, antes de maio de 2001 (art. 32, *caput* e parágrafo único e art. 76, da LC 109/01), parecem não encontrar conformidade na Constituição Federal de 1988, notadamente nos arts. 5º, 193, 194 e 202.

²⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 37.

5.4. Efeitos pragmáticos da não conformidade constitucional do artigo 32, *caput* e parágrafo único e art. 76 da Lei Complementar 109/01. Dificuldade para o acesso à proteção social

Celso Barroso Leite²⁰¹ ensina que a proteção social tem a finalidade de alcançar os problemas de natureza individual da pessoa, que trazem impactos sociais, ou seja, consequências para outras pessoas. Por esse motivo, a proteção social deve ser preocupação da sociedade e, portanto, do Estado:

A proteção social se preocupa, sobretudo, com os problemas individuais de natureza social, assim entendidos aqueles que, não solucionados, têm reflexos diretos sobre os demais indivíduos e em última análise sobre a Sociedade. A Sociedade, então, por intermédio de seu agente natural, o Estado, se antecipa a esses problemas, adotando para resolvê-los principalmente medidas de proteção social.

Esse ambiente de atenção do Estado e da sociedade com relação à proteção social fez com que ela, em maior ou menor grau, desse ensejo, ao longo do tempo, à formação do conceito de Sistema de Seguridade Social, conforme explica Ionas Deda Gonçalves²⁰²:

[...] Há diversos conceitos doutrinários de Seguridade Social, que foram sendo formulados através dos tempos, levando-se em consideração diferentes estágios da evolução dos sistemas de proteção social, além das condições culturais e financeiras de cada povo.

Por outro lado, conforme demonstrado no tópico anterior, o fruto dessa inconsistência entre Constituição Federal de 1988 e a LC 109/01 traduz-se em óbice para o alcance da proteção social. Esse óbice soa paradoxal, considerando o fato de que cabe ao Estado empregar os meios necessários para oferecer ao cidadão condições protetivas de situações que comprometam o seu bem-estar. Bem por isso, o Estado não pode, por outro lado, por meio de sua função legislativa, dificultar a forma de alcance à proteção social com lei de conteúdo restritivo.

A partir do momento em que o participante de um plano de benefícios previdenciários ofertado por EFPP tem de ir – por conta de imposição legal –, ao mercado procurar assistência à saúde, oferecida por operadora de plano de saúde, seja diretamente, seja por meio de contrato firmado com o seu empregador, ele passa

²⁰¹ LEITE, Celso Barroso. *A proteção social no Brasil*. Colab. Centro de Estudos de Previdência Social. São Paulo, LTr editora, 1972. p. 21.

²⁰² GONÇALVES, Ionas Deda. *Direito previdenciário*. 3. ed., de acordo com a MP 413/2008. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 8.

a sofrer, efetivamente, o impacto negativo dessa restrição legal.

É verdade que a restrição do art. 32, *caput* e parágrafo único e art. 76 da LC 109/01 não significa óbice absoluto. O fato de ter acesso ao mercado de saúde suplementar de outra maneira que não por meio da EFPP do qual seja participante é importante e inegável.

Ocorre, todavia, que a restrição em si no mínimo encarece o custeio dessa atividade. Isto pelo simples fato de que se trata de entidades diferentes, com estruturas autônomas e custos próprios, ou seja, o participante de uma EFPP e beneficiário de plano de saúde de operadora que não a EFPP terá de custear duas estruturas administrativas autônomas para ter a proteção social almejada de previdência complementar e saúde suplementar, ao passo que, sob o mesmo teto, tais atividades lançariam mão da mesma infraestrutura e teriam seus custos administrativos rateados.

Para reforçar o raciocínio, considere-se o fato de que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, por pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade (art. 1º) incide sobre qualquer operação de tratamento de dados realizada por pessoa natural ou jurídica, realizada no território nacional, que tenha por objetivo a oferta ou fornecimento de bens ou serviços (art. 3º, I e II). Abrange, portanto, os dados pessoais que estão em poder das EFPP.

Nota-se ainda que nos termos do art. 5º, II da Lei 13.709/18, o dado pessoal referente à saúde é considerado “dado pessoal sensível” por oferecer condições de se traçar juízo de valor discriminatório²⁰³ à pessoa.

O custo relativo à adaptação das EFPP e das operadoras de saúde será repassado aos seus participantes e beneficiários. Veja, portanto, que o custeio da proteção social de participante de EFPP que não oferece atividade de assistência à saúde será onerado pelo fato de que ele terá que arcar com esse custo junto à EFPP

²⁰³ No ponto, registre-se a lição de Caitlin Mulholland para quem “a determinação do que é dado sensível não deve ser realizada meramente com a observação de sua natureza, mas também em consideração ao tratamento que é dispensado a dados pessoais não sensíveis, devido ao potencial discriminatório que podem gerar” (MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista do Advogado*, ano XXXIX, n. 144, p. 49, nov., 2019). Para Caitlin, se se considerar “o nome e o bairro em que uma pessoa mora, pode ser possível identificar a origem racial desta pessoa.” Ou seja, o tratamento que considerara “estes dois dados não sensíveis” permite chegar a um dado sensível ligado à raça da pessoa e, portanto, é passível de provocar prejuízos de ordem discriminatória.

e a sua operadora de saúde autônoma.

Marcelo Abi-Ramia Caetano²⁰⁴ já enfrentou esse assunto de desonerar o participante ao se adotar práticas que ensejam economia de escopo para o sistema de previdência complementar:

Além das economias de escala também estão presentes as economias de escopo. O termo foi criado por Panzar e Willig em meados dos anos 1970 e apresentado de modo mais rigoroso em Panzar e Willig (1981). Indica que a produção de dois ou mais bens ou serviços de uma mesma unidade é mais barata que produzi-los separadamente. As economias de escopo explicam a existência de firmas multiprodutos como ocorre, por exemplo, em serviços de água e saneamento, no setor de educação, na indústria de fármacos entre outras. O ganho de escopo decorre do compartilhamento sem congestionamento de algum insumo na produção de distintos bens ou serviços. Por exemplo, as máquinas, o pessoal usado no empacotamento e os caminhões que transportam o remédio X podem ser os mesmos do medicamento Y. As economias de escopo se aplicam à previdência complementar para o caso dos fundos multipatrocinaados. Uma firma ou uma municipalidade pequena podem não ter condições de estruturar seu próprio fundo de previdência complementar, mas podem instituí-lo caso venham a aderir a um fundo de maior porte.

Vários são os benefícios das economias de escopo para a previdência complementar. Primeiro, permite a expansão do mercado para entes sem condições de instituí-lo por conta própria. Segundo, ao utilizar insumos de modo compartilhado, reduz o custo total médio do setor. Terceiro, gera fonte de receita adicional para as entidades de grande porte. Quarto, cria ambiente de competição entre grandes entidades para ter unidades menores como clientes, o que reduz o custeio do participante de pequenos entes e implica maior potencial de acumulação de ativos. Quinto, as entidades multipatrocinaadas ampliam seu poder de barganha com os fornecedores o que permite ganhos de escala, gerando um círculo virtuoso de economias de escopo e de escala.

A desoneração da gestão de planos de benefícios previdenciários privados – sob a óptica da empresa patrocinadora –, também é assunto antigo. Na década de 1970, o racional adequado de custeio foi considerado por Affonso Almiro²⁰⁵ como condição para o sucesso do desenvolvimento da previdência privada no país:

No Brasil, onde os encargos com a previdência social básica representam pesado ônus para as empresas, a desejada propagação da previdência supletiva está vinculada a fatores técnicos e orgânicos, que impõem, para o seu sucesso, duas condicionantes: taxas de contribuição reduzidas e baixos custos operacionais.

Com esta orientação preliminar, foram iniciados os estudos e análises

²⁰⁴ CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *Economias de escala e escopo na previdência complementar fechada brasileira*. 2013. 59 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2013. p. 15

²⁰⁵ ALMIRO, Affonso. *A previdência supletiva no Brasil*. São Paulo: LTr, 1978. p. 48.

que possibilitaram a estruturação do Fundo de Pensão Empresarial, em bases inovadoras e realistas, capazes de conciliar o pensamento previdenciário tradicional e universal com as condições inerentes à realidade brasileira.

É incontroverso o fato de que as atividades de previdência privada fechada e de assistência à saúde prestadas simultaneamente, pela mesma entidade, trazem maior proteção social ao participante, que economizará com a redução de custos de seus planos de benefícios previdenciários e de assistência à saúde, haja vista a economia oriunda do compartilhamento de infraestrutura para a prestação dessas duas atividades, reduzindo o custeio de ambas.

Por outro lado, também fortalece a proteção social na medida em que serve como mais uma opção ao empregador que pretende ou que já patrocina planos de benefícios previdenciários e de assistência à saúde.

Aqui vem a calhar uma vez mais a lição de Celso Barroso Leite, que já apontava, também na década de 1970, o alto custo de assistência à saúde e o aumento da proteção social por meio do oferecimento dessa atividade por planos privados:

Várias associações profissionais promovem seguro de grupo ou procuram reforçar de outras maneiras a proteção de seus associados, o que está conduzindo a outro expressivo conjunto de planos privados.

Importante subgrupo dos planos privados tem por objeto a assistência médica, provavelmente a área mais difícil da proteção social, por estar em jogo a saúde do ser humano. Os cuidados médicos são problema até mesmo para quem dispõe de meios para enfrentá-los com recursos próprios, isto é, sem ter de recorrer a instituições de proteção social.

Ultimamente vêm tendo grande aceitação os planos previdenciários gerais, privados, e portanto facultativos, assim entendidos os montepios, caixas de pecúlio, associações beneficentes e outros, que, antigos ou recentes, vêm expandindo de maneira sensível suas atividades e reunindo número crescente de associados.

Não se perca de vista que o aumento da proteção social pode estar inserido na possibilidade de o participante converter essa economia de custeio de ambos os planos (de benefício previdenciário e assistencial à saúde) geridos por uma entidade em aporte ao seu plano de benefício previdenciário privado²⁰⁶.

²⁰⁶ Marcelo Abi-Ramia Caetano aponta os benefícios que a redução do custeio administrativo pode propiciar ao participante: "O impacto do custeio administrativo sobre a reserva acumulada é expressivo. No exemplo da rentabilidade média de 5% ao longo dos trinta anos e aportes mensais de mil reais, um participante de um plano de previdência com taxa de administração 1% terá patrimônio R\$ 109 mil

A conscientização do participante por meio de educação financeira adequada, acompanhada de informação transparente a respeito da destinação dos valores empregados pelo participante para a administração dos planos, acrescida dos valores a maior que o participante empregaria se tivesse que alcançar esses dois elementos de proteção social por meio de entidades autônomas, são formas de se evidenciar as vantagens decorrentes da possibilidade de prestação simultâneas dessas atividades pela mesma entidade.

Finalmente, registre-se ainda que a EFPP que concentra preocupação com o bem-estar da pessoa, tanto no que diz respeito à previdência, como também no que concerne à saúde, pode empregar estratégia de proteção social mais efetiva.

A título de exemplo, ações de atenção primária à saúde, prevenindo o aparecimento ou surgimento de doenças, culminam com a diminuição de custos de atividades assistenciais à saúde reparadoras ou de redução de danos e podem ensejar diminuição de riscos previdenciários passíveis de cobertura. O índice de concessão de auxílio doença ou de aposentadoria por invalidez pode diminuir, trazendo qualidade de vida ao participante protegido, além de ganho de eficiência e de custo à EFPP.

Portanto, se não bastasse o ideal de se manter um ordenamento jurídico coeso, com normas harmônicas e que reflitam os comandos constitucionais de Ordem Social – o que por si só seria motivo para se refletir sobre as restrições do art. 32, *caput* e parágrafo único e do art. 76 da LC 109/01 –, a perfectibilidade da proteção social deve ser um anseio constante do Estado e da sociedade e, por isso, a manutenção da separação das atividades de previdência privada fechada e de assistência à saúde vai de encontro ao aperfeiçoamento do Sistema de Seguridade Social.

superior quando comparado a outro participante com o mesmo perfil de aporte e cujo plano obteve mesma rentabilidade bruta, mas que cobrou taxa de administração de 2%. Em termos proporcionais, cada ponto percentual de elevação da taxa de administração reduz a reserva acumulada durante 30 anos em aproximadamente 16%. Justifica-se assim estudo aprofundado sobre custeio administrativo dado sua equivalência a um redutor da rentabilidade dos ativos. (CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *Economias de escala e escopo na previdência complementar fechada brasileira*. 2013. 59 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2013. p. 12)

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo analisar a relação da previdência privada fechada com a assistência à saúde. As conclusões tiradas da pesquisa serão elencadas abaixo, entretanto, desde já, é possível afirmar que, sob o ponto de vista constitucional, a previdência privada fechada e a assistência à saúde guardam forte relação porque integram o Sistema de Seguridade Social. Vejamos.

Um sistema jurídico é composto de normas jurídicas inter-relacionadas e que encontram afinidade entre si, para que, em conjunto, alcancem a finalidade almejada pelos seus conteúdos.

A Ordem Social é um sistema jurídico constitucional que, nos termos do artigo 193 da CF, tem como fundamento o trabalho, prioritariamente, a fim de se alcançar bem-estar social, ou seja, uma vida equilibrada e digna. Também tem como objetivo a justiça social, a ser alcançada por meio de normas jurídicas produzidas com o substrato teleológico de se garantir direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, dentre os quais os direitos à saúde e à previdência.

Para conferir efetividade à Ordem Social, a Constituição Federal de 1988 elegeu 7 programas, dentre eles o programa de Seguridade Social, objeto do presente estudo que, conforme o art. 194 da CF, consiste em um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Dito de outro modo, são: (i) atividades relacionadas (conjunto integrado de ações); (ii) do Poder Público compreendido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e (iii) da sociedade, compreendida por pessoas físicas e jurídicas, assumindo diversos papéis nesse cenário, dentre os quais o de contribuinte, segurado, participante, assistido, beneficiário, representantes etc.; (iv) destinadas a assegurar os direitos de saúde, previdência e de assistência social.

A saúde suplementar é o direito social da pessoa de ter acesso à atividade privada de saúde, seja por meio de operadoras de planos de saúde ou por meio de contratação direta com o profissional ou estabelecimento de saúde (médicos, clínicas, hospitais).

O direito social à previdência privada consiste na opção da pessoa de contratar um plano de benefícios previdenciários para constituir reservas financeiras

que, rentabilizadas, retornem em forma de benefício.

A EFPP é a pessoa jurídica de direito privado, que assume formatações jurídicas favoráveis à consecução de seus objetivos, instituída por patrocinador ou instituidor, dos quais os participantes são, respectivamente, empregados ou associados, concebida para fazer gestão de planos de benefícios de natureza previdenciária ou de plano assistencial à saúde, neste último caso, se a EFPP operar planos de saúde desde antes da publicação da LC 109/01.

O participante, assistido ou beneficiário são os destinatários dos planos de benefícios previdenciários. Eles também integram os órgãos de governança da EFPP, conduzindo a política da entidade e guiando os seus passos para alcançar os seus objetivos.

Para a EFPP que oferece plano de saúde, o conceito de “participante e assistido” é ampliado para contemplar beneficiários do grupo familiar do titular. Essa ampliação decorre do fato de que o art. 76, da LC 109/01, ignorou a relação entre as atividades de previdência privada e assistência à saúde, deixando de contemplar expressamente uma gama significativa de beneficiários da EFPP que já oferecia planos de saúde aos grupos familiares, desde antes da publicação da LC 109/01.

A relação da atividade de previdência privada e de assistência à saúde é de suma importância para mitigar os riscos da sociedade de risco, esta compreendida como uma sociedade que vive no cotidiano o risco – tanto o assumido individualmente, quanto as ameaças de situações sobre as quais a pessoa não tem ingerência –, decorrente de fatos da natureza e fatos refletidos de suas próprias atividades.

Diante do ordenamento constitucional atualmente vigente, não há sentido lógico na LC 109/01, ao segregar atividades de previdência privada fechada e de assistência à saúde. O Sistema de Seguridade Social prescreve a necessidade de haver um conjunto integrado de ações com o objetivo de assegurar os direitos de saúde e previdência. A LC 109/01 contraria essa prescrição constitucional e veda indevidamente a EFPP constituída posteriormente à sua publicação de operar planos de saúde.

A vedação cria uma discriminação sem racional sustentável. Não se trata de opção da EFPP constituída depois da publicação da LC 109/01 não operar plano de saúde. A imposição é legal e não comporta deliberação sobre o assunto. Assim, o participante e assistido de EFPP, constituída anteriormente à publicação da LC

109/01, tem mais proteção social do que o participante de EFPP constituída posteriormente à sua publicação. Participantes que deveriam ter um sistema protetivo social igualitário são diferenciados pela legislação sem motivo plausível.

Conclui-se, destarte, que a relação entre previdência privada e saúde suplementar desenhada pela Constituição Federal de 1988 é juridicamente sólida e torna inconstitucional qualquer norma que amesquinhe o oferecimento desses direitos sociais por uma EFPP, em conjunto, ou separadamente, cabendo a ela deliberar a respeito do assunto.

Conclui-se, ainda, que a proteção social pode ser alcançada com mais efetividade se for permitido que as atividades de previdência privada fechada e de assistência à saúde caminhem juntas, rumo ao encontro da finalidade do Sistema de Seguridade Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Livia de Paiva Ziti. *O papel do Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais sociais*. 2010. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

ALCÂNTARA, Marcelino Alves de. *O princípio da equidade na forma de participação no custeio*. 2010. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

ALENCAR, Hermes Arrais (coord.) *et al. Reforma da Previdência*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

ALMIRO, Affonso. *A previdência supletiva no Brasil*. São Paulo: LTr, 1978.

AMARAL FILHO, Léo do. *Previdência Privada Aberta*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BALERA, Wagner. A estrutura jurídica das fundações de seguridade social. *Revista do Advogado*, ano XXIV, n. 80, nov., 2004.

BALERA, Wagner (coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BALERA, Wagner. Competência Jurisdicional na Previdência Privada. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BALERA, Wagner. O Superior Tribunal de Justiça e o direito humano à saúde. *Revista do Advogado*, ano XXXIX, n. 141, abr., 2019.

BALERA, Wagner. *Reforma da previdência social: comparativo e comentários à Emenda Constitucional nº 103/2019*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROS, Allan Luiz Oliveira. *Previdência Complementar*. Bahia: JusPodivm, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria geral da previdência privada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BORTOLOTI, José Carlos Kraemer; MACHADO, Guilherme Pavan. O Reconhecimento dos Direitos Sociais como Fundamentais no Brasil. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ – Rio de Janeiro, n. 34, dez., 2018.

CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *Economias de escala e escopo na previdência complementar fechada brasileira*. 2013. 59 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução António Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. 155 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

CASTRO, Amílcar. Ordem Social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, ano XI, p. 29, out., 1959.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

CHIANCA JUNIOR, Nildeval. Ponderações sobre a Vinculação Direta das Operadoras de Planos de Saúde aos Direitos Fundamentais Positivados na Constituição Federal. *Revista de Direito da Saúde Suplementar*, São Paulo: Quartier Latin, v. 1, n. 1, 2017.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária*. São Paulo: Dialética, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de direito da seguridade social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 1: *Teoria geral do direito civil*. 24 ed. rev. e atual., de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

DRUCKER, Peter Ferdinand. *A revolução invisível: como o socialismo fundo de pensão invadiu os Estados Unidos*. Tradução Carlos A. Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1977.

FRASCATI, Jacqueline Sophie P. Guhur. O sistema jurídico para aplicar o direito, segundo Canaris. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A mitigação da competência Federal delegada em matéria previdenciária pela EC 103/2019 (Reforma da Previdência)*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/314940/a-mitigacao-da-competencia-federal-delegada-em-materia-previdenciaria-pela-ec-103-2019-reforma-da-previdencia>. Acesso em: jun.2020.

GALLO, Ronaldo Guimarães. *Previdência Privada e Arbitragem*. Bahia: JusPodivm, 2019.

GAMA, Anete Maria. *Caracterização da autogestão no processo de regulamentação do setor saúde suplementar de saúde*. 2003. 81 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2003.

GAUDENZI, Patrícia Bressan Linhares. *Tributação dos Investimentos em Previdência Complementar Privada – Fundos de Pensão, PGBL, VGBL, FAPI e outros*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GONÇALVES, Ionas Deda. *Direito previdenciário*. 3. ed., de acordo com a MP 413/2008. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos Contratos: a incidência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HAWKING, Stephen W. *Uma breve história do tempo*. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

HUTZLER, Fernanda Souza. *O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social*. 2017. 24 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KITAHARA, Bianca Casale. *A estrutura social na perspectiva da Constituição de 1988*. 2014. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

LEITE, Celso Barroso. *A proteção social no Brasil*. Colab. Centro de Estudos de Previdência Social. São Paulo, LTr editora, 1972.

LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. 2. ed. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução Luca Lamberti. Vol. 2. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. *Previdência privada: limites e diretrizes para a intervenção do estado*. Curitiba: Juruá, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, José Manuel. *Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

MESSINA, Roberto Eiras. *Lei da previdência complementar anotada*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MODESTO, Paulo. *Previdência nos estados e municípios: exercício de autonomia ou reprodução?* Disponível em: <https://conjur.com.br/2020-jan-16/interesse-publico-previdencia-estados-municipios-autonomia-ou-reproducao-servil>. Acesso em: set.2020.

MOTTA, André. Competência do TCU para fiscalizar as entidades fechadas de previdência complementar. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v.15, n.178, p.89-90, dez. 2015.

MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista do Advogado*, ano XXXIX, n. 144, nov., 2019.

NOGUEIRA, Rio. *A crise moral e financeira da previdência social*. São Paulo: DIFEL, 1985.

ORRUTEA, Rogério Moreira. *O Direito como sistema fechado e sua efetividade jurídica*. 2016. 226 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

PERSIANI, Mattia. *Direito da Previdência Social*. Trad. coord. por Wagner Balera. Tradutor Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PÓVOAS, Manuel Soares. *Na rota das instituições do bem-estar: seguro e previdência*. São Paulo: Editora Green Forest do Brasil, 2000.

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

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *O Bem Estar Social e o Direito de Patentes na Seguridade Social*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

REIS, Adacir. *Curso básico de previdência complementar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REIS, Adacir (coord.) et al. *Previdência Complementar: estudos em homenagem aos 15 Anos da Legislação Federal*. 1. ed. São Paulo: ABRAPP, 2016.

ROCHA, Leonardo Vasconcellos (coord.) et al. *O patrocínio público na Previdência complementar fechada*. Bahia: JusPodivm, 2013.

RODRIGUES, Flavio Martins. Investimentos dos Fundos de Pensão: aspectos Jurídicos. *Revista de Previdência*, Rio de Janeiro: Gramma, v. 1, n. 1, out., 2004.

SANTOS, Carlos Renato Lonel Alva; JORGE, Natércia Marreiro de Araujo Caminha. Regime de Capitalização como alternativa para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS). *Revista Juris Plenum Previdenciária*, ano VII, n. 27, ago., 2019.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil dos planos & seguros de saúde*. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHOENMAKER, Janaina. *Controle das parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e atual. até EC n. 62, de 9.11.2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Luiz Toro da. *Planos de Saúde: Limites ao Poder de Regular*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

SILVEIRA, Silvio Renato Rangel. *Previdência Social na Sociedade de Risco: o desafio da solidariedade com sustentabilidade*. São Paulo: ABRAPP, 2010.

SOUZA, Guilherme Casado Gobetti de Souza. *Previdência Complementar: gestão dos recursos garantidores*. Curitiba: Juruá, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1998.

TRETTEL, Daniela Batalha *et al.* *Manual de planos de saúde*. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, 2014.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Previdência Complementar Privada. *Revista do Advogado*, ano XXIV, n. 80, nov., 2004.

ZANETTI, Adriana Freisleben de. *Gestão temerária de fundos de pensão*. 2017. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.