

INTRODUÇÃO

Apesar de a chamada *previdência privada* ser, no Brasil, mais antiga do que a própria previdência social – e esta já conta mais de oitenta anos de existência -, cremos não ser inverossímil a afirmação de que ela ainda é uma *notória desconhecida*, ao menos da grande maioria de nossos compatriotas.

É impressionante que tal negócio, praticado pela primeira vez, segundo especialistas, em meados do século XVI, e que tão importante papel desempenha no quadro das medidas de proteção social, já não se tenha tornado uma velha conhecida dos brasileiros, a exemplo do que sucede com a previdência estatal.

Talvez, este fato decorra, em parte, do precário interesse demonstrado pelos doutrinadores em escrever mais amiúde sobre esse tema; ou de não ter o Estado se preocupado em legislar sistematicamente sobre ele, até o ano de 1977, quando, finalmente, restou editada a Lei nº 6.435; ou um pouco de cada uma destas e, também, de outras razões.

Não fazendo, portanto, parte da nossa cultura jurídica escrever sobre este assunto com a frequência e a profundidade a que ele faz jus – é certo que tal quadro vem experimentando notável transformação a partir do advento da citada lei ordinária e, mais ainda, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 -, não é de surpreender que o tema desta monografia careça, igualmente, da atenção de nossos juristas.

Noutro dizer, inexistindo profusão de obras versando sobre o próprio direito material concernente à previdência privada, nenhum assombro há de produzir a absoluta aridez da doutrina no tocante ao direito adjetivo aplicável a esse mesmo objeto.

Por conseguinte, dissertar cientificamente sobre *fiscalização e processo administrativo nas entidades de previdência privada* implica, em certa medida, a necessidade de abrir um caminho, já que outro, de igual natureza, não parece haver sido construído no nosso direito pátrio. Dissemos “em certa medida”, porque o tema deste trabalho faz significativa

interseção com o Direito Administrativo – mais incisivamente, com o *Direito Administrativo Processual* -, cuja literatura jurídica, diferentemente do quadro acima pintado, é superabundante, assim no aspecto quantitativo como qualitativo, e de inestimável utilidade no sentido da iluminação do caminho referido linhas atrás.

De fato, quem tem ombros de gigantes em que se apoiar – como os de Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretella Junior, Hely Lopes Meirelles, Wagner Balera, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Lúcia Valle Figueiredo e outros do mesmo naipe -, jamais se verá na escuridão durante um percurso como o que ora haveremos de empreender. Ao contrário, terá sua visão de tal modo estendida pelas luzes já lançadas por esses mestres, que ao longo de todo o trajeto - mesmo inédito se globalmente considerado – haverá de sentir-se suficientemente guiado e, conseqüentemente, apto a dar cabo de sua tarefa.

Obviamente, nosso propósito, aqui, não é deixar pronto um novo caminho, mas tão-somente ensaiar os primeiros passos em tal direção, esperançosos de que outros façam o mesmo e melhor – e certamente o farão -, de modo que tenhamos, quiçá em pouco tempo, segura fonte de consulta (que hoje nos falta a todos) para aqueles que se interessam pelo assunto que nos cabe abordar.

A presente monografia está dividida em cinco capítulos, o primeiro dos quais destinado a um rápido esboço histórico acerca da previdência privada no Brasil; o segundo, à demonstração do quadro institucional que a mesma apresenta atualmente, sobretudo depois de promulgada a Emenda Constitucional nº 20/98; o terceiro, a breves considerações sobre os fundamentos do poder atribuído ao Estado para a fiscalização das entidades de previdência privada, bem como para a instauração, contra elas, de processo administrativo destinado à aplicação de sanções; o quarto, ao enfrentamento do tema-título deste trabalho, qual seja “*a fiscalização e o processo administrativo nas entidades de previdência privada*”; e, por fim, o quinto capítulo, à formulação de nossas principais conclusões acerca da questão aqui posta sob exame.

Exclusivamente teórico, o trabalho buscará subsídios na Constituição Federal de 1988; na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001; no Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003; nas Resoluções CNSP n. 60, de 2001, e 108, de 2004, bem como em alguns outros atos normativos infralegais, expedidos pelos órgãos estatais incumbidos de realizar a regulação e a fiscalização das entidades (CGPC, CNSP, SPC e SUSEP); e, evidentemente, na valiosa doutrina dos jurisconsultos, sobretudo a produzida nos domínios do direito administrativo e do direito previdenciário.

Capítulo 1

BREVE ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DA PREVIDÊNCIA PRIVADA NO BRASIL

1.1 Introdução

Creemos ser possível afirmar-se que algo parecido com o que hoje se conhece por “previdência”, com ou sem os qualificativos *social*, *privada*, *complementar*, etc., existe desde os primórdios da humanidade. De fato, enquanto “qualidade do que é providente” – e considerado este adjetivo como o “que se previne”, ou o que “toma medidas antecipadas para evitar transtornos” (conforme o *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 2001, 1ª Edição, p. 2296) -, não seria descabido sustentar que a primeira manifestação de um *ato previdenciário* pode ter-se dado muito antes do aparecimento das primeiras civilizações. Conforme Celso Barroso Leite¹, “quando um homem primitivo, nas brumas da pré-história, guardou um naco de carne para o dia seguinte, depois de saciar a fome, estava nascendo a previdência.” De fato, sabedor de que voltaria a ter fome e, ao mesmo tempo, desejoso da certeza de ter à mão o com que saciá-la, esse homem, ao constituir aquela reserva, *preveniui-se*, *foi providente*, enfim, praticou um *ato de previdência*.

Pensamento semelhante é encontrado em Jefferson Daibert, para quem,

A princípio, pelo instinto animalesco de autodefesa e preservação da espécie, o homem da caverna, da idade da pedra ou do bronze, já praticava atos que não tinham outra conotação que não fosse garantir o amanhã com reservas materiais imediatas ou mediatas. Fosse a melhor caverna que escolhesse, fosse o animal que abatesse e o conservasse como alimento para vários dias ou, ainda, fossem os rudimentares instrumentos que fabricava, para valer-se deles na busca de provisões, ou na construção de abrigos, ou na sua própria defesa, o fato é que tais atos não passavam de previsões, a seu modo, que tinham por finalidade convencê-lo de uma certeza futura, destruindo o mito dos eventos aleatórios ou, finalmente, precavendo-

¹ Um século de previdência social, *in* RPS n. 36, p. 8.

se para poder enfrentá-los, deixando, igualmente, precavidos e protegidos os seus dependentes.²

Desses comportamentos primitivos, voluntários e quase que exclusivamente instintivos, até os modernos sistemas de previdência – públicos ou não -, experimentou-se, sem dúvida alguma, um estupendo aprimoramento de técnicas, sem que, no entanto, tenha havido significativa alteração no tocante à fonte inspiradora de todos esses modos de proteção. Vale dizer, ainda hoje, por trás de qualquer *comportamento previdenciário*, ainda se verifica aquele *moto inicial*, isto é, o *animus* de tomar-se uma atitude no presente, com o intuito de desfrutar-se de tranqüilidade no futuro.

Concordamos, pois, com Manuel Sebastião Soares Póvoas³, quando leciona que “a segurança do futuro é a grande preocupação do homem de hoje”, com a ressalva de que, a nosso ver, tal preocupação não é característica apenas do homem contemporâneo, mas o vem acompanhando desde o limiar de sua existência. A consciência da possibilidade de tornar-se vítima de certas contingências, capazes de lhe subtrair, em parte ou totalmente, os meios materiais imprescindíveis à sua subsistência, foi o que moveu o *homo sapiens* no sentido da prevenção, isto é, da tomada de certas providências acauteladoras que lhe proporcionassem segurança em relação ao futuro.

E esse receio com relação ao porvir desconhece não apenas tempo, mas, também, espaço, ou seja, ele nunca esteve adstrito a pessoas de determinadas regiões do planeta, unicamente. Conforme Flávio Jahrmann Portugal⁴, “o ser humano, em qualquer lugar em que ele viva, tem os mesmos sentimentos de angústia em relação à segurança futura sua e de seus familiares.” Em igual sentido, Jefferson Daibert⁵ assinala que “o homem, para subsistir e para sobreviver, tem uma inadiável necessidade de segurança e de estabilidade, não só para si mesmo, como para os que lhe são dependentes. Essa busca permanente de segurança, essa intranqüilidade constante, pelo dia de amanhã, resultam da condição de ser o homem racional e social, o que lhe impõe um *modus vivendi* capaz de satisfazer às suas necessidades vitais, num mínimo condizente com a sua dignidade de pessoa humana.”

² Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho Urbano, p. 59.

³ Previdência Privada, Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica, XIX.

⁴ A Natureza Jurídica da Previdência Privada, RPS n. 118, p. 517.

⁵ *Ibid*, p. 14.

Vêm-nos a propósito as palavras de Marly Antonieta Cardone⁶, para quem “sempre preocupou os homens o desejo de estar em condições de ter reparadas as conseqüências oriundas de certas contingências humanas que acarretam a perda do meio de subsistência ou um aumento de despesas, tais como a doença, o desemprego, o acidente, a maternidade etc.” De acordo com a insigne professora da Universidade de São Paulo, em todas as épocas da história foram praticadas certas formas de *previdência*, ora em caráter individual, ora de forma coletiva.

Tendo em vista que a *atitude previdenciária* é inerente à pessoa, antes de ser um fenômeno típico das sociedades organizadas, é intuitivo pensar-se que a previdência individual antecedeu à previdência coletiva. Da primeira, exemplificamos com aquele comportamento descrito por Celso Barro Leite, em que nosso ancestral, partindo única e exclusivamente de sua previsão acerca da necessidade que experimentaria horas mais tarde, tratou de guardar para si o precioso alimento com que a satisfaria. A modalidade coletiva surgiu apenas tempos depois, quando os homens deram-se conta de que, unindo seus esforços, obteriam resultados mais eficazes do que os que alcançavam individualmente, no sentido de se protegerem reciprocamente.

Fixemo-nos, por ora, na primeira modalidade, a qual, obviamente, evoluiu com o correr dos tempos, passando daquela simples guarda de alimento *in natura* até os modelos mais sofisticados de poupança individual. Para Ilídio das Neves, esse modo previdenciário representa uma forma de aforro e de provisão pessoal. “Nestes casos faz-se um apelo à capacidade de auto-seguro ou de autoproteção de cada cidadão, designadamente tendo em vista a sua adequação à particular incidência dos riscos a proteger”.⁷

A já citada Marly Cardone ressalta que “tal forma, porém, só pôde ser utilizada por uma parcela privilegiada da humanidade, capaz, economicamente, de separar uma parte de seus rendimentos para consumo futuro, sem prejuízo da satisfação atual das demais necessidades vitais.”⁸

Como decorrência dos limites apresentados por tais modelos de autoproteção – dentre os quais se avulta, principalmente, o de não serem eles economicamente viáveis a todas as

⁶ Seguro Social e Contrato de Trabalho, p. 5.

⁷ Direito da Segurança Social, p. 834.

⁸ *Ibid*, p. 5.

peessoas, individualmente consideradas -, surgiram, tão naturalmente quanto aqueles, os sistemas de proteção coletiva, caracterizados pelo esforço não mais de uma pessoa, mas de toda uma coletividade. O que se tem, aqui, é um somatório de forças, em nome da satisfação de eventuais necessidades de cada um dos elementos que compõem o grupo.

A respeito dos motivos que levaram os homens a associar-se em torno desse objetivo comum, vale transcrever as seguintes e instigantes palavras contidas na obra do já referido Daibert⁹:

Na hora do perigo, o homem volve instintivamente o olhar para seu semelhante, à espera de que o próximo socorra em seu auxílio, remediando-lhe a debilidade. Se assim é, por que não pensar nisso antes que as coisas aconteçam, propondo aos outros um sistema em que esse auxílio seja não um favor, mas o resultado de esforços e compromissos realizados em conjunto? Em outros termos: se a economia efetuada individualmente não satisfaz, por que não realizá-la em comum?

Eis por que surgiu a previdência social, a previdência comum, que, superando a poupança individual, atende àquele que foi atingido pelo fato danoso.

Realmente, de um modo geral, os primitivos sistemas de previdência coletiva se constituíam mediante o esforço coletivo de seus integrantes, com vistas a socorrerem-se uns aos outros em face de certas contingências como doença, invalidez, morte. etc. Tratavam-se de verdadeiros meios de socorros mútuos, de que são exemplos históricos os *Collegia* romanos, as *Gildas* alemãs, as *Friendly Societies* inglesas, as *Confréries* francesas, e as Confrarias ou Irmandades portuguesas e brasileiras.

A esses sistemas de ajuda recíproca se convencionou chamar *mutualismo*, que, em sua acepção jurídica, é definido como “sistema que se baseia na entidade mútua, na contribuição de todos para benefício individual de cada um dos contribuintes”.¹⁰

Anníbal Fernandes ressalta que o mutualismo tem antecessores desde a Antigüidade (refere-se às mútuas da Grécia), passando às já citadas *guildas* e *confrarias* da Idade

⁹ Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho Urbano, p. 17.

¹⁰ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, p. 1987.

Média, destinadas a oferecer assistência médica e algo como o auxílio-funeral aos membros. “O mutualismo”, leciona o grande mestre, “se utiliza do princípio da solidariedade, traduzido no recolhimento de contribuições dos participantes. Afasta-se da idéia do lucro e tem por fim a previsão e a segurança para os contribuintes.”¹¹

Acrescenta ainda esse autor, na mesma página da referida obra, que em torno do movimento mutualista existem entidades com diversas denominações, mas que no final, se reportam à idéia de reciprocidade e associação. Assim, temos “mútuos” e “fundos mútuos”, “fundos de socorros” e “fundos de socorros mútuos”, “mutualidades”, “mútuas” e “resistências”, “sociedades de socorros mútuos”, “de resistência” e de “classes laboriosas”.

Jefferson Daibert¹² (*apud* José Maria Goñi Moreno, in “Derecho de la Previsión Social”), fornece alguns preciosos exemplos de antigos comportamentos humanos, pertencentes a uma época que ele titula de *fase embrionária da previdência social*. Vejamos tais digressões históricas:

Segundo o *Talmud*, os proprietários de asnos se obrigavam a dar outro animal da mesma espécie a quem perdesse o seu por fuga, morte, roubo ou destruição. Do mesmo modo, outra prática existia, segundo a qual, quem sem culpa alguma, perdesse um navio, tinha o direito a obter outro semelhante por conta comum dos outros marítimos. Percebe-se, aqui, a existência de uma aparente sociedade mutualista, em que os membros daquela categoria profissional, os marítimos, se resguardavam contra os riscos de seus negócios.

O *Código de Hamurabi* continha preceitos que caracterizavam os empréstimos às grandes aventuras, principalmente as marítimas.

Também o *Código de Manu* continha disposições, acerca dos empréstimos realizados ao preço dos riscos. Os fenícios, por sua vez, adotaram idênticas normas dos hindus, difundidas mais tarde na Grécia.

Na *Grécia* se socorriam os cidadãos em colônias criadas para tal efeito; distribuía-se o trigo e já se procurava aliviar o sofrimento popular, sem que tais atos

¹¹ Anníbal Fernandes, *Mutualismo: sua origem, sentido e alcance*, RPS n. 68, p. 388.

¹² Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho Urbano, pp. 65 a 67.

implicassem uma forma de fomentar a preguiça. Igualmente existiram associações profissionais com o objetivo de defender os interesses da atividade comum.

Em *Atenas*, os cidadãos que por doenças não pudessem atender à sua própria subsistência, eram auxiliados, como o Estado educava os filhos daqueles que morriam em sua defesa.

No *Império Romano* existiram associações bem semelhantes e outras de caráter militar que pagavam indenizações no caso de transferência ou baixa do filiado. Outras, de artesanato, tinham por finalidade prestar assistência, enterro e sepultura aos membros falecidos.

Na *Idade Média*, as associações profissionais atingiram a um notável desenvolvimento. Entre os germanos vamos encontrar as denominadas “gildas”, que eram agremiações de defesa comum, por volta do século IX.

Numa outra etapa, vamos localizar na Espanha, França e Itália os grêmios ou corporações, cujos estatutos, que eram aprovados pelo Estado, impunham, entre outras obrigações, as de velar pelos seus membros, conferindo-lhes benefícios econômicos e assistência médica e hospitalar.

É ainda na Idade Média que vamos situar as chamadas *caixas* de socorros mútuos para os trabalhadores de minas. Tanto assim que o próprio *Corpus Juris saxonici*, do ano de 1493, estabelecia a obrigação patronal de prestar assistência médica e garantir aos trabalhadores um salário equivalente a quatro semanas, desde que fossem vítimas de acidentes, do mesmo modo que se socorriam, também, os inválidos.

O Código das Minas, de Colônia, de 1669, determinava a criação de uma *caixa* financiada em parte pelos trabalhadores, cuja finalidade era ampará-los na invalidez, velhice e morte. Aos enfermos ou vítimas de acidentes, deveriam pagar os empregados a metade de seus salários. Este movimento de proteção prosseguia na Prússia, chegando na Alemanha onde se constituiu no valioso antecedente para as realizações de Bismarck, a quem se deve o marco inicial da previdência social no mundo.

Importante destacar que esses modelos de previdência coletiva, já na sua origem,

são informados pelo princípio da *solidariedade*, uma vez que, indubitavelmente, representam esforços de *grupos de pessoas* – mais ou menos numerosos –, com o intuito de beneficiar a cada um de seus integrantes, individualmente, sempre que vitimado por uma das contingências, em regra, pré-estabelecidas. Traduzem, portanto, a união de todos em prol de cada um dos membros do grupo. Sem dúvida, uma conjugação de esforços que, sobre potencializar os efeitos benéficos dos modos de previdência individual, viabilizou a proteção também àqueles que, isoladamente, por carência de meios econômicos, não a poderiam obter.

Entretanto, os sistemas de previdência coletiva que floresceram e se multiplicaram da Antigüidade até a Idade Média, se, por um lado, produziram bons resultados em termos de atualização de seus objetivos, começaram a dar mostras de insuficiência técnica à medida em que a sociedade humana evoluía e se tornava mais e mais complexa.

A um específico fenômeno podem ser creditadas, em larga medida, as causas da obsolescência das primitivas associações de socorros mútuos: a Revolução Industrial, com a conseqüente passagem para o modo de produção capitalista. Tendo como grande novidade a introdução da máquina nas linhas de produção, em auxílio ou em substituição do homem, esse evento acabou por apresentar algumas conseqüências sociais nefastas, como o crescente desemprego, o agravamento dos acidentes de trabalho - assim no aspecto quantitativo como qualitativo – e a redução dos salários.

Disto, aliás, nos dá conta Mattia Persiani, nestes termos:

As transformações econômicas e sociais determinadas pela revolução industrial evidenciaram de maneira cabal, entre outros, o problema da quantidade de trabalhadores – cada vez mais numerosos – que passaram a encontrar-se em condições de privação. Isto, sobretudo, porque as novas estruturas econômicas e sociais determinadas pela industrialização, pelo fenômeno do empobrecimento, pelos baixos níveis salariais, tornaram difícil, se não simplesmente impossível, o recurso à tradicional solidariedade familiar, bem como inadequadas as intervenções da beneficência pública e privada, ao mesmo tempo que a abolição das corporações eliminara, mesmo no que tocava aos que desempenhavam os ofícios tradicionais,

toda forma de solidariedade profissional.¹³

J. J. Dupeyroux¹⁴ também assinala que, naqueles tempos, “ocorriam acidentes do trabalho e moléstias profissionais por causa de longas jornadas, de máquinas desprotegidas e falta de treinamento (boa parte dos operários era de camponeses vindos há pouco do trabalho agrícola)”. Isto fez com que os operários, num primeiro momento, buscassem na vetusta fórmula das associações mutualistas o meio de enfrentar as novas contingências desfavoráveis a que estavam submetidos. Conforme Jaccard¹⁵, é sob a forma de sociedades de socorro mútuo no início do Século XIX, que a solidariedade pôde manifestar-se no ambiente de trabalho. Ou, nas palavras do nosso Anníbal Fernandes¹⁶, “a classe operária, desse modo, pelo mutualismo, se autoprotege, para enfrentar riscos sociais que são (...) os riscos do regime do trabalho assalariado: doença determinando perda de salário, velhice, desemprego, morte, etc. ... São riscos que se manifestam desde sempre, mas que se colocaram depois nos parâmetros da sociedade capitalista e do trabalho assalariado.”

Ocorre que, paralelamente, uma nova ordem jurídica, influenciada sobretudo pela Revolução Francesa, buscava ou proporcionava a desestruturação do proletariado, cuja organização era vista como contrária aos ideais do Liberalismo então reinante. Desse novo fato, valemo-nos de dois exemplos apontados pelo mesmo Anníbal Fernandes¹⁷: o primeiro deles refere-se à lei *Le Chappelier*, editada na França, em meados do Século XIX, vedando a prática do mutualismo entre os trabalhadores, a pretexto de ser ela contrária à Constituição e à liberdade de produção e de trabalho; o segundo, corresponde à lembrança de que, à mesma época, nos Estados Unidos da América, o primeiro processo crime contra trabalhadores que reclamavam maior salário, tinha o título de “conspiração”.

Posteriormente, ainda no Século XIX, passou-se a reconhecer a ampla liberdade dos trabalhadores ao mutualismo. Entretanto, tal modelo protetivo – como antecipado alhures – já se mostrava tecnicamente inviável, precipuamente em virtude de a massa de contribuições dos mutuários não ser suficiente para garantir-lhes, bem como aos seus familiares, a necessária

¹³ *Diritto della Previdenza Sociale*, p. 5.

¹⁴ *Droit de La Sécurité Sociale*, p. 34.

¹⁵ *História Social do Trabalho*, p. 153.

¹⁶ *Mutualismo: sua origem, sentido e alcance*, RPS n. 68, p. 389.

¹⁷ *Ibid*, p. 389.

sustentação financeira em caso de doença, invalidez, desemprego e morte, principalmente. Acrescente-se a isto o fato de as associações mutualistas apresentarem, também, deficiências do ponto de vista administrativo, em razão até da baixa capacidade dos trabalhadores de as organizar adequadamente.

A solução para o problema, idealizada pelos operários, foi reivindicar ao Governo a adoção de medidas voltadas à sua proteção. Movimentos nesse sentido se tornaram marcantes, até que em 1883, na Alemanha, por iniciativa do Primeiro Ministro Otto von Bismarck, o imperador Guilherme I propôs, e o Parlamento daquele país aprovou, a primeira de uma série de leis de amparo aos trabalhadores urbanos. A primeira dessas medidas instituía um seguro-doença obrigatório, custeado por contribuições dos empregados, dos empregadores e do próprio Estado. Logo em seguida, em 1884, decretou-se o seguro contra acidentes do trabalho, custeado pelos empresários, e em 1889 foi introduzido o seguro de invalidez e velhice, financiado da mesma forma que o seguro-doença.

Muito se discute acerca das motivações que levaram Bismarck a propor as leis acima referidas, parecendo predominar a corrente que aponta um objetivo meramente político. É o que sustenta Celso Barroso Leite, nestas palavras:

Seu Partido Conservador vinha perdendo terreno para os Democratas Sociais, que reivindicavam medidas de cunho social voltadas para a proteção dos trabalhadores urbanos, cada vez mais numerosos, dada a rapidez com que se processava a industrialização na Alemanha. Bismarck, então, percebendo o rumo dos acontecimentos, antecipou-se a essas reivindicações, capitalizando para o Governo a favorável repercussão das corretas medidas reclamadas.¹⁸

Seja como for, duas realidades devem ser aqui destacadas:

1ª) Essas leis alemãs tiveram grande influência no comportamento de outros governos europeus, muitos dos quais aproveitaram para introduzir, em seus respectivos países, modelos mais ou menos semelhantes ao idealizado por Bismarck; são exemplos desses países a Áustria, que em 1887 instituiu o seguro obrigatório contra acidentes do trabalho e, em 1888, os

¹⁸ Um século de previdência social, *in* RPS n. 36, p. 9.

seguros enfermidade e maternidade; a França, em 1894; a Itália, em 1898, com o estabelecimento de um seguro obrigatório contra os infortúnios do trabalho; a Hungria, em 1900; o Luxemburgo, em 1901; a Noruega, em 1909; a Suécia e a Holanda, em 1913, etc.; quanto aos países da América Latina, assinala Marly Cardone¹⁹ que, em geral, apenas no Século XX se preocuparam com o seguro obrigatório, o que se justifica não só em virtude do seu precário desenvolvimento industrial antes desse período, como também porque, em matéria de legislação social, sempre esperaram pela experiência dos europeus; e

2ª) Ressalvadas minoritárias opiniões em contrário, a primeira das leis alemãs é uma espécie de *certidão de nascimento* da previdência social no mundo, pois foi por obra dela que, pela primeira vez, a classe empresarial e o próprio Estado uniram seus esforços econômicos aos dos trabalhadores, para assegurar a estes últimos prestações previdenciárias suficientes ao enfrentamento dos principais riscos sociais a que estavam expostos. Até então, como visto, as pessoas – trabalhadores ou não – somente tinham ao seu dispor o caminho da autoproteção, individual ou coletiva, ou da beneficência, pública ou privada. Com a entrada em cena de recursos financeiros do patronato e dos cofres públicos, estabeleceu-se o que veio a ser chamado de *solidarismo social*, caracterizado pela conjugação de esforços das três partes que formam o esteio da sociedade moderna, a saber: *trabalhador, empregador e Estado*. A partir daí é que o vocábulo *previdência*, ao qual se conectavam os adjetivos *individual* ou *coletiva* - mas trazendo consigo, sempre, a idéia de previdência *privada*, já que promovida por ou entre particulares -, pôde finalmente conhecer o qualificativo *social*, com o que veio a lume a locução *previdência social*, a significar um sistema organizado pelo Estado e financiado, de forma direta e indireta, pelos principais segmentos da sociedade.

Oportuna é a síntese elaborada por Celso Barroso Leite, que a seguir transcrevemos:

A previdência individual dos primórdios da história humana primeiro se tornou coletiva, sob a forma de mutualismo, e depois social, quando a técnica do seguro privado, alicerçada na lei dos grandes números e nos cálculos atuariais, criou condições para que o Estado se encarregasse dela, incluindo-a entre suas crescentes

¹⁹ Seguro Social e Contrato de Trabalho, p. 11.

atribuições.²⁰

Obviamente, o surgimento dos sistemas públicos de previdência não fez desaparecer os modos privados, individuais ou coletivos, até então existentes, destinados à proteção das pessoas. Ao contrário, em todos os lugares em que presentes, ambos os modelos passaram a coexistir, constituindo inegável expansão da malha protetiva de índole previdenciária. No entanto, à medida em que corriam os anos e evoluía a sociedade, tiveram eles que se ajustar aos novos tempos.

Com efeito, diante da infinitamente superior complexidade da sociedade moderna, em comparação com as primitivas comunidades de pessoas, os sistemas protetivos de natureza previdenciária assumiram papéis que suplantam o mero desejo que alguém tenha, de assegurar a sua própria tranquilidade e a dos seus familiares, em relação ao porvir. Disso nos dá conta, com bastante propriedade, Affonso Almiro, ao asseverar que

Assume, assim, o previdencialismo, na sua conceituação moderna, um alto sentido e um alcance maior. Hoje ele transcende o mero espírito filantrópico ou o anseio individual de segurança e estabilidade, para expressar uma política social solidária, mutualista, humanitária, calcada, porém, em razões e objetivos de ordem econômica.²¹

Apresentado, até aqui, o *pano de fundo* sobre o qual desenhar o tema central deste capítulo, cuidaremos, doravante, de focar a origem e evolução da previdência no Brasil. Mas não dela como um todo, e sim do seu setor explorado pelo particular, onde comumente recebe o nome - até por influência das palavras contidas no art. 202 da Constituição Federal de 1988 - de *previdência privada*, cujas características, que a extremam da previdência tratada no art. 201 da Superlei - qualificada como *social* -, serão objeto de apreciação no capítulo subsequente.

1.2 A Previdência Privada no Brasil

A previdência privada – cuja manifestação mais antiga, repetimos, pode ter sido aquele comportamento do homem primitivo, que guardou uma parte do alimento para consumi-la

²⁰ Previdência Social e Previdência Privada, RPS n. 67, p. 335.

²¹ A Conscientização da Previdência Supletiva, In: *A Previdência Supletiva no Brasil*, p. 35.

quando, mais tarde, voltasse a sentir fome -, surgiu, em nosso país, antes de sua congênere publicística. Por isso mesmo, afirmam alguns especialistas que a musa inspiradora da previdência social pública foi, indubitavelmente, a hoje previdência complementar privada, por esta anteceder àquela.

Enquanto instituição – i.e., “estrutura material e humana que serve à realização de ações de interesse social ou coletivo; organização; estabelecimento”²² -, a fixação do momento em que, pela primeira vez, manifestou-se no Brasil, gera discórdia entre os autores. Assim, enquanto Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci²³ afirma que a primeira entidade de previdência privada teria surgido no ano de 1904, com a criação da Caixa Montepio dos Funcionários do Banco do Brasil – a PREVI (é claro que a autora adota, aqui, conceito mais restrito do objeto sob exame, inserindo-o nos quadrantes dos *fundos de pensão*, copiados do direito norte-americano e hoje largamente difundidos entre nós), outros estudiosos de calibre, como Ernesto José Pereira dos Reis²⁴, numa perspectiva mais abrangente (abarcando, pois, a assistência pública e religiosa; os socorros públicos; o mutualismo; o seguro privado, etc.), situam já no século XVI o marco inicial da previdência brasileira, exatamente quando fundada, em 1543, por Bráz Cubas, a Santa Casa de Misericórdia de Santos, para cujos empregados se instituiu, na mesma época, um plano de pensão, sob a forma de montepio. Discorrendo sobre tais planos – que, ao depois, foram estendidos também às Santas Casas de Salvador e Rio de Janeiro e às Ordens Terceiras -, o mesmo autor esclarece que eles, “até alguns anos atrás, eram verdadeiramente as bases do nosso seguro médico, tudo oriundo da iniciativa privada”.²⁵

Em seu utilíssimo “Subsídios à Pré-História da Previdência Social Brasileira”²⁶, Wladimir Novaes Martinez ensina que “até o advento da primeira lei de natureza previdenciária, em janeiro de 1919 (...), tivemos inúmeras manifestações estatais e privadas, de alcance social expressivo, correspondentes à realidade econômica e social da época”. No mesmo trabalho, às páginas 42 e seguintes, identifica, no interstício de 1500 a 1919, a que chama *fase pré-histórica da previdência social brasileira*, os seguintes períodos na evolução da proteção social no país,

²² Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, p. 1627.

²³ *A Organização Institucional das Entidades Fechadas de Previdência Privada*, Revista de Direito Social n. 8, p. 66

²⁴ O Papel Supletivo da Previdência Privada, *in* RPS n. 72, p. 647.

²⁵ Previdência Privada Aberta. *In: Curso de Direito Previdenciário*, p. 118.

²⁶ Revista de Previdência Social n. 16, p. 39.

segundo a técnica que prevaleceu em cada um deles:

- ① Período do Descobrimento (1500/1543)
- ② Período da Assistência Religiosa (1543/1808)
- ③ Período da Assistência Pública (1808/1835)
- ④ Período do Mutualismo (1835/1888) e
- ⑤ Período dos Servidores Públicos (1888/1919)

Nesse lapso temporal de 419 anos, não vislumbraremos, decerto, a presença da *previdência social*, no sentido que o próprio Wladimir Novaes lhe atribui, de “técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os aufera pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes.”²⁷ Com tal acepção, ela somente terá surgido, segundo o referido mestre e alguns outros estudiosos, em 1919, quando editada a Lei nº 3.724, de 15 de janeiro, que tornou compulsório o seguro contra acidentes de trabalho em diversas atividades. Para outros, como veremos mais adiante, esse marco inicial se dá em 24 de janeiro de 1923, com o advento do Decreto-Legislativo nº 4.682, que determinou a instituição de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões em cada uma das empresas de estrada de ferro então existentes no país.

Mas, se, naquele interregno de mais de quatro séculos, não existe *previdência social* no sentido há pouco examinado, o mesmo não se pode dizer de inúmeras outras técnicas de proteção, muitas das quais, por arrançadas entre os particulares, podem e devem ser inseridas na cronologia da previdência privada brasileira. Apresentaremos, na seqüência, alguns registros históricos dessas técnicas, buscando enquadrá-las, ao menos até o ano de 1919, naqueles cinco períodos sugeridos pelo insigne Wladimir Novaes.

²⁷ A Seguridade Social na Constituição Federal, p. 99.

① *Período do Descobrimento:*

O próprio autor que vimos de citar informa que, aqui, não se encontram quaisquer referências escritas às técnicas de proteção social. Afirmo, no entanto, ser bastante provável que os descobridores que fundaram as nossas primeiras cidades e penetraram pelo interior, muitos deles servidores públicos da Coroa Portuguesa, tenham se beneficiado de alguma forma de assistência pública por parte do Estado Lusitano. “Naturalmente - conclui o mestre -, em face das circunstâncias da ocupação do nosso território e da fase histórica que o mundo atravessava, é um período de total abstinência do seguro social.”²⁸

② *Período da Assistência Religiosa:*

Inicia-se com a já mencionada fundação da Santa Casa de Misericórdia de Santos, em 4 de agosto de 1543, “destinada a receber e amparar todos os infelizes, os desgraçados que ali aportassem necessitados de abrigo e de lenitivo para o seus sofrimentos, sem distinção de nacionalidades” (Wladimir Novaes²⁹, *apud* Tito Livio Ferreira, in “Nóbrega e Anchieta em São Paulo de Piratininga – Editado pela *A Gazeta*, São Paulo, 1954, p. 23). Outras instituições da mesma natureza foram posteriormente criadas, como, por exemplo, a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, em 1584. “Estas santas casas”, prossegue o autor dos “*Subsídios ...*”, na p. 45 de sua obra, “entidades que proliferariam por todo o Brasil nos séculos seguintes, graças à participação da Igreja Católica na nossa história, máxime a das ordens religiosas (a primeira delas existente até os nossos dias) eram nitidamente públicas. Amparavam os pobres e necessitados sem qualquer espécie de contribuição obrigatória, embora aceitassem e, em muitos casos, até solicitassem contribuições facultativas.”

Vejamos, nas palavras do próprio Wladimir Novaes³⁰, alguns outros dados acerca do período em que predominou a assistência religiosa:

Em 1562, quatro freis carmelitas instalaram a Capela Nossa Senhora das Graças. (...) Em 1587, através de Bula Papal, é autorizada a criação das Ordens Terceiras do Carmo, no Brasil, uma das quais é instalada em São Paulo, em 1594, e onde se situa

²⁸ *Subsídios...*, p. 43.

²⁹ *Subsídios...*, p. 44

³⁰ *Subsídios...*, pp. 45 a 48.

até hoje. (...) Nos dois séculos seguintes (XVII e XVIII) não se conhecem outras instituições previdenciárias que não as religiosas. De um modo geral a assistência religiosa foi proporcionada pelos membros das ordens religiosas e pela Igreja diocesana. A participação dos religiosos portugueses e espanhóis, nesse período, é extraordinária, e a forma predominante como técnica de proteção social. (...) Em 1685, foi inaugurado o Recolhimento de Santa Tereza. Em 1788, completa-se a construção do Convento de Nossa Senhora da Luz. (...) Em 1805 é fundado um hospital de lázaros, em São Paulo. Em 1806, outro, em Itu.

Ainda segundo esse autor (grifos do original),

o final do período da prevalência da assistência religiosa corresponde à preparação de uma técnica de proteção social que até poderia dar título a um período se não coincidissem com o grande desenvolvimento da assistência pública (1808/1835) e, também, das primeiras manifestações mutualísticas. Estamos-nos referindo ao seguro privado, outra técnica de proteção social que convive com a Previdência Social até os nossos dias e que só não teve maior desenvolvimento no século passado e primórdios deste devido às nossas condições sócio-econômicas e exatamente porque surgiu a Previdência Social.

Sem dúvida, o seguro privado, como manifestação do *senso previdenciário* do homem, além de desempenhar relevante papel no universo de medidas de proteção às pessoas, possui a sua própria história. Não é caso de contá-la neste trabalho, porque estranha aos nossos propósitos, mas permitimo-nos, todavia, lembrar, com Marcelo da Fonseca Guerreiro³¹, que “no Brasil, o seguro passa a ter expressão a partir de 1808, identificando-se, assim, com a mudança da Corte Imperial portuguesa, sendo datada de tal época a fundação da primeira seguradora, com sede na Bahia, e denominada Companhia de Seguros Boa-fé.”

Um pouco antes do fechamento desse período, em 1793, o Príncipe Regente D. João VI aprovou o Plano dos Oficiais da Marinha, que assegurava o pagamento de pensão de meio soldo às viúvas e às filhas do oficial falecido. Para o custeio desse plano, descontava-se dos

³¹ Seguros Privados: doutrina, legislação e jurisprudência, p. 2.

vencimentos do oficial importância correspondente a um dia de trabalho.

③ *Período da Assistência Pública:*

Nesse interregno, predominaram as medidas protetivas de índole assistencial, a cargo do Poder Público.

A primeira Magna Carta brasileira, editada em 1824, era silente em termos de previdência *stricto sensu*, mas estabelecia, no inciso XXXI de seu art. 179, que “A Constituição também garante os socorros públicos”. É dizer, esse diploma previa uma proteção de índole assistencial às pessoas que se encontrassem em estado de extrema necessidade, às expensas do Estado. Como decorrência dessa garantia, em 24 de abril de 1828, foi autorizada a funcionar a Sociedade de Socorros Mútuos Brasileiros.

Retornando a Wladimir Novaes Martinez³² (*apud* Antonio Carlos de Oliveira, in “Direito do Trabalho e Previdência Social”, p. 91) há registros vetustos de que Dom Pedro I, Príncipe Regente, em 1º.10.1821, instituiu um sistema de aposentadoria para mestres e professores aos 30 anos de serviço, e abono de 25% da remuneração para os que, podendo aposentar-se, continuassem trabalhando.

Em 2 de julho de 1825, é inaugurado um hospital de caridade pública na Santa Casa de Misericórdia de São Paulo.

Em 1834, foi editada a Lei nº 16, de 12 de agosto, cujo art. 10, § 10, determinou que competia às Assembléias Legislativas legislar sobre as “casas de socorros públicos, conventos e quaisquer associações políticas ou religiosas”.

No mesmo ano, surge a Sociedade Musical de Beneficência – a que se seguiram outras da mesma natureza, como a Sociedade Animadora da Corporação dos Ourives, em 1838 -, que se caracterizava por agrupar trabalhadores de uma mesma profissão, para custearem assim as despesas de funeral dos que falecessem, como a pensão dos respectivos filhos, ou para atribuírem-se mensalidades em caso de incapacidade para o trabalho.

³² Primeiras Lições de Previdência Complementar, p. 25.

④ *Período do Mutualismo:*

Conforme Wladimir Novaes³³, o início deste período poderia ser situado no ano de 1828, quando autorizada a funcionar a Sociedade Brasileira de Socorros Mútuos, não fosse a ausência de informações sobre o desenvolvimento experimentado por essa entidade. De todo modo, assevera o mestre, neste período, “a assistência social deixou de ser a forma predominante como técnica de proteção social. Não que tivesse desaparecido. Aliás, como outras técnicas de proteção social (assistência religiosa, proteção familiar e poupança individual) continua existindo até os nossos dias. Mas, foi suplantada em evidência pelo mutualismo.”

O sistema mutualístico então introduzido difere do modo assistencial sob vários aspectos, sendo um dos mais relevantes o fato de que, enquanto este era financiado, exclusivamente, pelos cofres públicos, o primeiro exigia contribuições das pessoas que deles se beneficiavam. Noutro dizer, é da natureza do mutualismo ser um sistema contributivo, no que ele se assemelha bastante ao modelo de previdência social que, somente no século XX, veio a ser instituído no país.

Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira³⁴, discorrendo sobre o drama dos trabalhadores urbanos dessa época – o “proletário” –, que se viam incapacitados de atender, com seus próprios meios econômicos, à provisão para os diferentes eventos que lhes reduzissem ou suprimissem a capacidade de ganho, para si e para os de seu grupo familiar, escreveu que “a primeira tentativa para solucionamento do problema, de caráter privado, foi a organização das ‘mutualidades’, que, pela reunião dos recursos de um grupo, visavam a cobrir os ‘riscos’ principais da vida dos seus membros, como sejam a saúde, a invalidez, a morte.”

Diversos autores de tomo atribuem ao ano 1835 (mais especificamente, ao seu 10 de janeiro) o marco inicial da previdência privada brasileira, a propósito da expedição de Decreto Imperial aprovando os estatutos do Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado, conhecido até os dias que correm pela sigla “MONGERAL”. Tratava-se de uma entidade de previdência aberta, sem fins lucrativos, e, inequivocamente, de natureza privada, eis que o decreto que a instituiu fazia constar que funcionaria sem gravame do Tesouro Público. Na lição

³³ *Subsídios...*, p. 51.

³⁴ A Previdência Social Brasileira e a sua Nova Lei Orgânica, p. 20.

de Wladimir Novaes³⁵, “o montepio criado por esse decreto (...) é uma espantosa antecipação precognitiva das leis de Previdência Social. Se considerarmos que precedeu em cerca de meio século as célebres três leis de OTTO VON BISMARCK (1883/89) e em 88 anos a Lei Eloy Chaves (1923) e que se estendeu, ainda que facultativamente, à maioria dos trabalhadores urbanos da época (os servidores públicos) completar-se-á a idéia de sua importância.”

Aldemir de Oliveira³⁶ afirma que o Estado não cumpria o seu papel no campo social em consonância com a realidade da época, limitando-se ao campo da mera assistência pública. De fato, inexistente, ainda, um sistema de previdência social, o que se tinha, da parte do Poder Público, era apenas a assistência aos desamparados, o que favoreceu sobremaneira o surgimento e a proliferação das chamadas “Caixas Mútuas de Pensões e Pecúlios”, ou “Sociedades Mutualistas”, ou, simplesmente, “Montepios”.

Digno de nota é, igualmente, o ano de 1850, em que editado o Código Comercial Brasileiro (Lei nº 556, de 25 de junho), cujos arts. 666 a 684 dispunham sobre o seguro garantidor de viagens marítimas. E o art. 79 do mesmo *codex* dispunha que os prepostos, quando impedidos de exercer as suas funções em virtude de acidentes imprevistos ou inculpadados, fariam jus à percepção dos seus salários por um período de até três meses.

Em 1860, foi expedido o Decreto nº 2.711, que tratava dos montepios e sociedades de socorros mútuos, o que, segundo Wladimir Novaes³⁷, faz entrever a existência, à época, de inúmeras caixas de socorros mútuos no país. Esse decreto previa auxílio permanente para velhice e auxílio temporário para os casos de incapacidade total ou parcial para o serviço, decorrentes de acidentes ou enfermidades.

Em 1883, foi instituída a Associação Geral de Auxílios Mútuos da Estrada de Ferro Central do Brasil, inspirada num novo modelo de previdência, já então praticado na Europa e nos Estados Unidos, cuja principal característica era a de não mais estar circunscrito a setores ou categorias profissionais, mas a organizações empresariais. Tal modelo corresponde aos atuais fundos de pensão, que funcionam vinculados às respectivas empresas ou a órgãos de serviços

³⁵ *Subsídios...*, p. 51.

³⁶ A Previdência Social na Magna Carta, p. 28

³⁷ *Subsídios...*, p. 54.

públicos instituidores.

⑤ *Período dos Servidores Públicos:*

Como a delimitação dos períodos, aqui examinada, teve como critério a verificação do modelo protetivo prevalecente em cada época, é quase desnecessário salientar que, no período em que floresceram as técnicas de amparo dos servidores do Estado, as demais, ou seja, o *seguro privado*, a *assistência pública* e o *mutualismo* (este, em processo de declínio, como se verá logo mais), seguiram existindo; vale dizer, ao invés de uma técnica afastar as demais, passaram todas a conviver no mesmo ambiente, com o que ampliou-se a malha de proteção social no país.

Mas, sem dúvida, este é o período em que, de acordo com o magistério de Mozart Victor Russomano³⁸, “se definiu a tendência, cada vez mais clara, para conceder benefícios da Previdência Social aos trabalhadores dos chamados ‘serviços públicos’ (ferroviários, empregados dos correios e das oficinas da Imprensa Régia”.

O primeiro ato relevante desta fase foi a edição da Lei nº 3.397, em 24 de novembro de 1888, que instituiu a Caixa de Socorros para os Ferroviários do Estado.

Pouco tempo depois, em 1889, adveio o Decreto nº 9.212/A, de 26 de março, criando o montepio obrigatório para os empregados dos correios. No mesmo ano, em 20 de junho, editou-se o Decreto nº 10.269, instituindo a Caixa de Pensões dos Operários da Imprensa Nacional. Nesta, com os recursos provindos de contribuições dos próprios operários, correspondentes a um dia de seus vencimentos, faziam eles jus, após 30 anos de serviço, a uma renda mensal equivalente a 2/3 dos vencimentos médios da função exercida por prazo superior a 24 anos.

Russomano³⁹ considera que esses três primeiros diplomas legais cravaram os primeiros marcos da previdência social brasileira. Para ele, “essa base triangular (...) foi construída em pleno regime imperial e serviria, mais tarde, de suporte ao que fizeram os legisladores da República, que se inspiraram, de um lado, nos próprios ideais da campanha

³⁸ Curso de Previdência Social, p. 30.

³⁹ *Ibid*, p. 30.

republicana e, por outro lado, na mudança universal de concepções a respeito do papel do Estado e do Homem, em suas relações recíprocas, com a formulação de uma nova filosofia de vida.”

Do mesmo modo, Wladimir Novaes pontifica que “a obrigatoriedade destes montepios, uma característica nova em matéria de Previdência Social, nos obriga a assinalar o fim do período mutualístico e registrar um período acentuadamente previdenciário. Não fora o fato de os beneficiários serem apenas os servidores públicos ou empregados de empresas públicas e diríamos que a Previdência Social brasileira nasceu com estes decretos federais de 1888/89.”⁴⁰

Seguindo a trilha iniciada pela Lei n. 3.397, de 1888, o Decreto n. 221, de 26.2.1890, estabeleceu a aposentadoria dos empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil - estendida pelo Decreto n. 565, de 12.7.1890, a todos os ferroviários das estatais -, enquanto o Decreto nº 942-A, de 31 de outubro de 1890, criou o Montepio Obrigatório dos Empregados do Ministério da Fazenda.

Em matéria previdenciária, a nossa primeira Constituição Republicana, promulgada em 1891, limitou-se a estabelecer, em seu art. 75, que “a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez a serviço da Nação.” Quer dizer, não obstante o cenário mundial da época, em que praticamente se impunha a criação de mecanismos estatais de proteção aos trabalhadores – basta lembrar o que acontecera na Alemanha de Bismarck, no período de 1883 a 1889 -, a Carta de 1891, exceto quanto ao disposto no referido art. 75, foi silente em relação à questão previdenciária. Comentando este fato, Wladimir Novaes⁴¹ escreveu que “em vista do avanço do mutualismo ocorrido a partir de 1835, é estranhável o silêncio constitucional em matéria de técnicas de proteção social.”

De fato, a nossa primeira Constituição Republicana não repetiu sequer os estímulos do período imperial para as sociedades mutualistas, limitando-se a amparar os funcionários públicos, como visto, “em caso de invalidez a serviço da Nação”, e a descentralizar a prestação dos antigos socorros públicos - aliás, de natureza meramente assistencial -, já instituídos por obra da Constituição de 1824, e que, antes, a cargo do Governo Imperial, passaram a ser incumbência de cada Estado-membro da Federação. No magistério de Russomano, a

⁴⁰ *Subsídios...*, p. 55.

⁴¹ A Seguridade na Constituição Federal, p. 20.

omissão da primeira Carta Magna a respeito do tema deve-se a que, “segundo as doutrinas vitoriosas na época, a Previdência Social não era assunto a ser versado na Constituição: pertencia à competência do legislador ordinário.”⁴²

Seja como for, a tutela previdenciária dos que não fossem servidores públicos continuava por conta da autoproteção, a cargo das próprias pessoas interessadas e na medida de suas possibilidades econômicas. Aliás, por essa época (final do século XIX) surgiram sociedades com a denominação de “Caixas Mútuas de Pensões e Pecúlios”, que admitiam sócios mediante pagamento de módica taxa de inscrição e sob o compromisso de se cotizarem entre si no caso de falecimento de um deles, e que, obtido um certo número de sócios, passavam a oferecer esses benefícios nos moldes do mutualismo puro⁴³. Desnecessário dizer, portanto, que os trabalhadores sem tais recursos financeiros, ficavam à margem desses sistemas protetivos.

Conforme nos ensina Affonso Almiro⁴⁴, proclamada a República,

registrou-se acentuada expansão das instituições da previdência, já agora sob a inspiração da Encíclica “Rerum Novarum” na qual o Papa Leão XIII proclamava as “incalculáveis vantagens das associações de socorro e previdência”, salientando ser tão necessário prover para que não falte trabalho ao operário como para que “haja um fundo de reserva destinado a fazer face, não somente aos acidentes súbitos e fortuitos inseparáveis ao trabalho industrial, mas ainda à doença, à velhice e aos reveses da fortuna.

A Lei n. 127, de 29.11.1892, instituiu a aposentadoria por invalidez e pensão por morte para os operários efetivos do Arsenal da Marinha, na Capital Federal. No ano seguinte, o Decreto n. 1.541/6, de 31 de agosto, dispôs sobre a Previdência Social dos servidores da Casa da Moeda.

Em 12.11.1893, foi fundada a Associação de Auxílios Médicos e Pharmacêuticos dos Empregados da Companhia Mogyana de Estradas de Ferro, em Campinas – conforme Wladimir Novaes,⁴⁵ na respectiva ata faz-se referência a uma anterior Associação de Auxílios

⁴² Curso de Previdência Social, p. 31.

⁴³ V. Ernesto Pereira DOS REIS, *O Papel Supletivo da Previdência Privada*, in RPS n. 72, p. 648.

⁴⁴ A Conscientização da Previdência Supletiva, In: *A Previdência Supletiva no Brasil*, p. 42.

⁴⁵ *Subsídios...*, p. 57.

Mútuos entre os empregados da mesma companhia -, e, em 3.1.1897, foi criada a Sociedade Beneficente dos Empregados da São Paulo Railway Company, depois denominada Companhia Santos-Jundiaí e, finalmente, FEPASA.

Em 1904, surge a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, existente até os nossos dias, e que usufrui do *status* de maior fundo de pensão brasileiro, com patrimônio atual em torno de R\$ 50 bilhões.

A Lei n. 1.860, de 4.1.1908, dispôs sobre a aposentadoria dos servidores do Exército Nacional. No ano de 1911, foi a vez dos operários da Casa da Moeda terem criada a sua Caixa de Pensões, o que se deu por meio do Decreto nº 9.284, de 30 de novembro.

Wladimir Novaes⁴⁶ (*apud* Amílcar Santos, in “Seguro”, p. 24) informa que nessa época, isto é, entre 1910 e 1915, “proliferaram entre nós, as célebres caixas de pensões e sociedades mútuas de pecúlio. Explorando credulidade e a boa-fé do povo foram fundadas inúmeras sociedades que, servindo unicamente para enriquecer indivíduos desonestos, prejudicaram, atrasando enormemente, a disseminação do seguro.” Os últimos registros desse autor, correspondentes ao período por ele denominado *dos servidores públicos*, são os seguintes: em dezembro de 1912 e em outubro de 1917, respectivamente, a criação da Caixa de Previdência dos Empregados do Banco Comercial do Estado de São Paulo e da Caixa de Aposentadoria e Pensões da Imprensa Nacional – CAPIN (este último evento, considerado por ele o primeiro passo para a criação das grandes Caixas de Aposentadorias e Pensões, que surgirão a partir do ano de 1923).

Registre-se, também, que, em 1919, por força da Lei nº 3.724, de 15 de janeiro, o seguro contra acidentes do trabalho tornou-se obrigatório em certas atividades. Para alguns autores, como o próprio Wladimir Novaes, aqui cessa a fase a que ele chama *pré-história da previdência social*. Para outros, no entanto, como já salientado, isto somente ocorrerá no ano de 1923. Sigamos, portanto, com nossos apontamentos.

Em 1922, por meio do Decreto n. 15.674, foi criada a Caixa de Pensões dos Empregados Jornaleiros da Estrada de Ferro Central do Brasil.

⁴⁶ *Subsídios...*, p. 58.

Finalmente, marco importantíssimo na história que aqui se conta é o ano de 1923, quando, a 24 de janeiro, o presidente Arthur Bernardes sancionou o Decreto-legislativo nº 4.682, conhecido, até nossos dias, por “Lei Eloy Chaves”, em homenagem ao autor do projeto que lhe deu origem – o deputado federal por São Paulo, Eloy de Miranda Chaves. Essa “lei” determinava a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões (CAP) para os empregados de cada uma das empresas privadas de estrada de ferro então existentes no país, sendo mantida por contribuições obrigatórias dos próprios trabalhadores beneficiários, dos respectivos empregadores e do Estado. Assinale-se que a primeira instituição criada, em obediência àquele diploma, foi a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Empregados da ‘Great Western’ do Brasil, em 20 de março do mesmo ano.

Reputamos que a “Lei Eloy Chaves” desempenha, entre nós, papel semelhante ao da lei alemã de 1883, proposta por Bismarck, pois, enquanto esta representa o nascimento da previdência social no mundo, o DL nº 4.682 assinala o surgimento da previdência social no Brasil. Assim, a partir de 1923, passamos a conviver com dois modelos protetivos de índole previdenciária: um público, recém criado, e outro, já existente, como vimos, desde o ano de 1543 (1835, para alguns, a propósito do advento do MONGERAL), de natureza privada.

Devido às características desse sistema público - notadamente a da compulsoriedade da filiação dos trabalhadores e de suas conseqüentes contribuições -, em contraposição às do sistema pré-existente – dentre as quais se destaca a da facultatividade da filiação -, é intuitivo pensar-se que ele restringiria – como de fato restringiu – o campo de atuação das sociedades mutualistas e dos montepios que já se encontravam no mercado. De fato, uma vez obrigado a contribuir para uma Caixa de Aposentadoria e Pensões, era natural que o trabalhador se desinteressasse pelo montepio no qual eventualmente viesse tomando parte.

Assistiu-se, então, a partir de 1923, à proliferação das CAP e, paralelamente, ao encolhimento da previdência privada. Tal fenômeno é confirmado no magistério do já citado Aldemir de Oliveira⁴⁷, segundo o qual “as sociedades mutualistas, por ampararem os segurados com seus parcos recursos financeiros e com contribuições facultativas dos próprios associados, foram-se dissolvendo aos poucos.” Aos poucos, é verdade, pois o regime público surgiu com

⁴⁷ A Previdência Social na Carga Magna, p. 29.

enormes limitações em termos de cobertura e de atendimento, o que deixava, ainda, significativo espaço de atuação para as iniciativas privatísticas no setor. A título de exemplo dessas limitações, mencionamos a circunstância de que, de início, só ficaram protegidos os empregados das empresas de estrada de ferro. Com o correr dos anos, à medida que, por força de legislação superveniente, o regime da “Lei Eloy Chaves” ia sendo estendido aos trabalhadores de outros setores da economia – bancário, portuário, de transportes, de serviços telegráficos e radiotelegráficos, etc. -, é que se agravava o problema de encurtamento do campo de atuação da previdência privada.

Agravava, mas não suprimia tal campo, entretanto. E isto por uma razão muito simples: por mais abrangente que fosse se tornando a previdência social – e ela, de fato, assim se comportou -, a questão da cobertura se resolvia apenas em parte. Noutras palavras, tendo a nossa previdência social, desde o seu surgimento e até hoje, nítida vocação para oferecer *proteção básica* – vale dizer, pagar benefícios até um valor pré-estabelecido, não raro muito abaixo do ganho habitual do segurado -, remanesciam como potenciais segurados da previdência privada, além das categorias inteiras que ainda não tinham proteção previdenciária pública alguma, aqueles trabalhadores que, apesar de cobertos por uma CAP – ou, posteriormente, por um Instituto de Aposentadoria e Pensões -, tinham ganhos superiores aos valores máximos dos benefícios assegurados pela previdência social, e que, desejosos de manter, na inatividade, o mesmo padrão de vida que possuíam quando na ativa, se dispusessem a custear, em paralelo e facultativamente, um plano que lhes complementasse tal renda.

Aqui já estamos falando, é claro, do aspecto que a previdência privada assumiu a partir do surgimento do modelo público: o da complementaridade das prestações asseguradas pela previdência social. Não tememos em afirmar que tal aspecto foi o que, a partir de 1923, garantiu sempre um espaço àquele sistema, não obstante o modelo público ter-se expandido cada vez mais, como já se disse, do ponto de vista do quantitativo de pessoas por ele atendidas.

Não é objetivo deste trabalho discorrer sobre a previdência social, pelo que deixaremos de relatar a respectiva história, iniciada, já se disse, com o advento do Decreto-legislativo nº 4.682, de 1923. Apenas queremos enfatizar que, a nosso ver, o seu surgimento e a crescente importância que foi adquirindo com o passar dos anos, como que relegou a um plano secundário a previdência privada no Brasil. Isto nos parece tanto mais verdadeiro, se

considerarmos a total inexistência de disciplina normativa específica para o setor, até o ano de 1977, quando resultou editada a Lei nº 6.435, de 15 de julho – fato que é corroborado pelo magistério de Wladimir Novaes Martinez⁴⁸, ao afirmar que

Algumas entidades, principalmente montepios, organizadas durante a segunda metade do século XX, chegaram até 1977 sem sistematização legislativa, submetidas ao Código Civil e a algumas normas comerciais e de seguro privado.

Indubitavelmente, a edição da Lei nº 6.435/77, que estabeleceu necessária e notável sistematização do modo protetivo em comento, traduz clara demonstração de que a previdência privada jamais deixou de existir e de desempenhar relevante papel no campo da proteção social no país, tanto que demandava um suporte legislativo específico e mais afinado com os novos tempos, a permitir-lhe não apenas sobreviver, mas, principalmente, expandir o seu campo de atuação.

Sem nos aprofundarmos no estudo da referida lei ordinária – que esse não é, também, o propósito da presente monografia -, permitimo-nos, todavia, transcrever o seu art. 1º, já que o mesmo expressa a principal característica do regime privado, como haveremos de comentar logo mais:

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

Sublinhamos no texto acima a expressão “benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social”, com o intuito de confirmar o que antes já disséramos, acerca do caráter assumido pela previdência privada a partir de 1923, qual seja o da sua complementaridade em relação ao modo protetivo público.

Dado curioso que constatamos em diversas obras que abordam o tema do presente capítulo, é que elas detalham a história da previdência privada somente até o já referido ano de

⁴⁸ Primeiras Lições de Previdência Complementar, p. 27

1923; daí em diante, passam a discorrer, unicamente, sobre entidades pertencentes ao universo da previdência pública, como as Caixas de Aposentadoria e Pensões, os Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAP (surgidos no início do primeiro Governo Vargas), o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS (criado em 1966), o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS (criado em 1977), o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (surgido em 1990), etc., retomando o assunto “previdência privada” apenas a partir da Lei nº 6.435/77. Noutras palavras, a contagem da história da previdência privada brasileira passa, num dado momento, a confundir-se com a contagem da história da previdência social, voltando-se a dissociar uma da outra, como dito, somente após o ano de 1977..

Não entendemos o porquê disto, uma vez que: 1º) previdência privada e previdência social se tratam de duas realidades distintas; 2º) cada qual possui a sua própria história; e 3º) a primeira, como já dito, não desapareceu quando instituída a segunda; ao contrário, com ela passou a conviver e até hoje convive.⁴⁹ A circunstância de terem elas pontos em comum – dos quais o mais importante reside em que ambas perseguem, em essência, o mesmo objetivo, qual seja o de proteger as pessoas contra determinadas contingências sociais a que estão expostas -, não autoriza, a nosso ver, a simbiose perpetrada por alguns autores, eis que tal procedimento deixa um incompreensível vácuo na demonstração da linha evolutiva do sistema privatístico, como se ele tivesse deixado de existir nos cinquenta e quatro anos que se seguiram à edição da Lei Eloy Chaves.

Certo é que, no período de 1923 até 1977, em virtude da expansão do modo protetivo público, o modelo privado experimentou notável retração, conforme dissemos anteriormente. No entanto, fundos de pensão importantes floresceram nesse lapso temporal, como o Fundo de Beneficência aos Funcionários do Banco do Estado do Paraná S/A.- FUNBEP (1967), e a PETRUS, entidade de previdência da Petrobrás (1970), além de muitos montepios que, organizados após a edição da Lei Eloy Chaves, seguiram existindo, apesar da total ausência de sistematização legislativa para o setor. Em suma, paralelamente à previdência social, sempre existiram as entidades particulares de beneficência mutuária, que operam no campo da seguridade

⁴⁹ Celso Ribeiro BASTOS, após salientar que previdência social só começa a efetivamente se desenvolver a partir de 1923, com a edição da Lei Eloy Chaves, ressalta que, no entanto, esse desenvolvimento não inibiu o da previdência privada. Ao contrário, afirma o autor, “... podemos dizer que elas se desenvolveram concomitantemente.” (*in* *Comentários à Constituição do Brasil*, 8º volume, p. 389)

social.⁵⁰

1.3 A Previdência Privada no Brasil a partir da Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 faz menção à *previdência privada* em diversas passagens, como no inciso VIII do art. 21: “Compete à União: (...) VIII – administrar as reservas cambiais do país e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem com as de seguros e de previdência privada”; e no inciso II do art. 192: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: (...) II) – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, *previdência* e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador”, mas não a incluíra no sistema de seguridade social que implantou, consoante se verifica da leitura do texto original dos artigos que compõem o Capítulo II do seu Título VIII.

É certo que a Superlei estabelecia, inicialmente, no § 7º do art. 201, que “a previdência social manterá seguro coletivo, de caráter complementar e facultativo, custeado por contribuições adicionais”, mas, a toda evidência, o que quer que significasse esse *seguro coletivo de caráter complementar*, ele seria, por expressa disposição constitucional, mantido pela própria previdência social, em razão do que afastamos qualquer possibilidade de relação entre o aludido instituto e o modo protetivo privado de que estamos tratando. Destarte, mesmo a partir da promulgação da atual Magna Carta, a Lei nº 6.435/77 prosseguiu sendo o principal instrumento normativo no setor por ela disciplinado.

Outros dispositivos de igual ou inferior hierarquia vieram a lume após a edição da mencionada lei ordinária (v.g., a Lei nº 6.462/77 e os Decretos nº 81.240 e 81.402, ambos de 1978, além de inúmeras resoluções expedidas pelos *órgãos reguladores* e *órgãos fiscalizadores* das entidades de previdência complementar), mas ela manteve-se, repetimos, como o veículo normativo orgânico e básico do sistema de previdência privada no país, mesmo na vigência da nova ordem constitucional.

⁵⁰ Flávio Jahrmann Portugal, *in* RPS n. 140, p. 548.

Tal foi o quadro até 15 de dezembro de 1998, quando promulgada a Emenda Constitucional nº 20, que deu a seguinte e nova redação ao *caput* do art. 202 da Carta Republicana em vigor:

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

Posto encontrar-se, esse art. 202, no interior do acima citado Capítulo II do Título VIII da Superlei, verifica-se, sem dificuldade alguma, que, a partir da Emenda nº 20/98, a previdência privada passou a integrar o sistema de seguridade social, ou, mais especificamente, o subsistema de previdência – este, sim, uma das três grandes partes daquele, ao lado da *saúde* e da *assistência social*, conforme o art. 194 da CF, *in verbis*:

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

Estamos, pois, com Wagner Balera, quando afirma que “integram o quadro de componentes do sistema de seguridade social brasileiro os entes de previdência privada.”⁵¹ Aliás, considerando o disposto no art. 40 da Carta, concordamos, igualmente, com a seguinte afirmação de Maria da Glória Chagas Arruda⁵²:

O ordenamento jurídico pátrio prevê três tipos de regimes previdenciários, ou seja, três níveis diferenciados de proteção social. São vertentes do sistema de seguridade social: o regime geral de previdência social, o regime próprio de previdência, concedido aos servidores públicos civis e militares, e o regime de previdência complementar.

Realmente, os arts. 40, 201 e 202 da CF/88 permitem-nos visualizar os três regimes previdenciários atualmente existentes no país, a que alude a autora citada, a saber:

⁵¹ Sistema de Seguridade Social, p. 69.

⁵² A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo, p. 44.

⇒ o regime de previdência ao qual se filiam, obrigatoriamente, os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações (art. 40);

⇒ o regime geral de previdência social (art. 201), ao qual se filiam, obrigatoriamente, todas as pessoas que exerçam uma atividade laborativa por ele abrangida (o rol destas pessoas é encontrado nos arts. 11 e 12 das Leis n. 8.213 e 8.212, respectivamente, ambas de 1991, e complementado no art. 12 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99), assim como aquelas que, não exercentes de atividade abrangida por este regime, nele desejam incluir-se, espontaneamente; e

⇒ o regime de previdência privada (art. 202), de caráter complementar e ao qual podem vincular-se, facultativamente, quaisquer das pessoas retro mencionadas. Trata-se do único, dentre os três regimes, que é operado por entidades de natureza privada – daí o porquê do qualificativo que recebe -, já que os outros dois possuem índole *institucional*, isto é, têm natureza pública.

Insta mencionar, para não incidirmos em inescusável omissão, que o § 14 do art. 40 da Magna Carta prevê a possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituírem regime de previdência *complementar* para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo – i.e., para aqueles servidores filiados ao regime estabelecido no *caput* do mesmo dispositivo -, a ser instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo e operado, nos termos do § 15 (acrescentado pela Emenda Constitucional n. 41, de 2003), “por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, *de natureza pública*, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.”

Tendo em vista que o citado § 15 manda observar, no que couber, o art. 202 em sua inteireza – o qual dispõe, justamente, sobre *previdência privada* -, não deixa de estranhar a determinação, contida nesse parágrafo, de que as entidades fechadas a que alude devam ser *de natureza pública*. Após lembrar que, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, “a previdência complementar teve enfatizado o seu caráter privado e, com a disciplina infraconstitucional da matéria, levada a efeito por intermédio de duas leis complementares, tal

desenho institucional foi reafirmado”, Wagner Balera⁵³ afirma que há estranha hibrideza conceitual na redação dada àquele § 15. Para o festejado mestre da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, a prevalecer o entendimento de que as entidades nele referidas sejam, realmente, de direito público, estar-se-á abandonando o esquema idealizado pela EC nº 20/98, no que concerne aos servidores do Estado.

Por fim, impõe-se registrar que, em obediência a uma das diretrizes fincadas no art. 202 da CF/88 – qual seja a de que o regime ali previsto seja regulado por lei complementar –, em 29 de maio de 2001 foram editadas as Leis Complementares nº 108 e 109, cujas ementas acham-se assim redigidas:

LC 108:

Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios - bem como suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas – e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar.

e

LC 109

Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências.

A primeira incide sobre campo mais restrito, já que limitada às relações entre as pessoas jurídicas de direito público e as entidades de previdência complementar que patrocinam.

A segunda, por outro lado, é, por excelência, verdadeira lei orgânica da previdência privada brasileira na atualidade, eis que, revogando expressamente a Lei nº 6.435/77, traça o perfil – assim o técnico como o jurídico - desse negócio arranjado pelos particulares. Depois da própria Constituição Federal, é a ela que devem submeter-se todos os instrumentos de índole normativa – leis ordinárias, medidas provisórias, decretos regulamentares, etc. – que disponham sobre previdência privada. Enfim, a LC nº 109/2001 é a lei básica da previdência privada no país.

⁵³ *Sobre Reformas e Reformas Previdenciárias*, in Revista de Direito Social n. 12, p. 18.

Por ser nela que encontramos, outrossim, as regras de fundo concernentes ao exercício do poder de polícia do Estado em face das entidades que exploram a atividade econômica em apreço, não é difícil prever-se que essa lei complementar será inúmeras vezes citada neste trabalho, especialmente no capítulo “*A Fiscalização e o Processo Administrativo nas Entidades de Previdência Privada*”.



Neste rápido *esborço histórico acerca da previdência privada no Brasil*, buscamos demonstrar, precipuamente, que o fenômeno da autoproteção, assim a individual como a coletiva, entendida como o esforço nascido da iniciativa das pessoas comuns e voltado à prevenção de certos riscos a que elas encontram-se expostas, está muito longe de ser algo característico da sociedade moderna, exclusivamente. Ao contrário, como tivemos a oportunidade de ver, da pré-história à era da internet, algum tipo de comportamento previdenciário não estatal sempre esteve presente na vida do homem, o que, certamente, decorre do seu original e eterno desassossego em relação às incertezas do amanhã.

O painel retro apresentado não se limitou, é claro, ao universo do que hoje se conhece por *previdência privada* em sentido estrito, senão que nos preocupamos, também, em demonstrar o quanto as iniciativas dos particulares – que, cronologicamente, antecederam às do Estado – influenciaram sobremaneira o Poder Público, na formulação das políticas sociais que se tornaram indispensáveis a partir dos séculos XVII e XVIII, principalmente, e de como os regimes privados passaram, a partir de então e até hoje, a conviver com os modelos estatais que naqueles se inspiraram.

Vimos que, no caso do Brasil, a história não é muito diferente da de outros países; a partir do Descobrimento, foram necessários mais de quatro séculos de *auto-previdência* (um pouco menos para os servidores públicos), até que o Estado começasse a tomar para si o encargo de garantir proteção previdenciária aos trabalhadores em geral e aos respectivos familiares. Se, do momento em que isto ocorreu (1919 para uns, 1923 para outros) em diante, a previdência privada ficou relegada a uma espécie de segundo plano, não é menos certo que ela voltou à *ordem do dia* com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, já que posta, no Texto Supremo, ao lado da

previdência social (que ali sempre esteve), como um dos componentes do nosso sistema de seguridade social.

Sem dúvida, este fato dá ao regime de previdência privada um *status* jurídico muitíssimo mais relevante do que o que ele até então possuía, pois agora se lhe reconhece a aptidão para, juntamente com as outras partes do referido sistema, servir de instrumento para a consecução do nobre objetivo insculpido no art. 193 da Norma Ápice, que é o de promover o bem-estar e a justiça sociais.

Capítulo 2

CARACTERÍSTICAS DA PREVIDÊNCIA PRIVADA BRASILEIRA

APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98

2.1 A previdência privada e os princípios da seguridade social

Tema tão interessante quanto inexplorado é o atinente à posição da previdência privada em face dos objetivos da seguridade social, elencados no parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal de 1988. Sob tal aspecto, a pergunta inevitável é a seguinte: tendo em vista que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, a previdência privada passou a integrar o sistema brasileiro de seguridade social, em que medida ela se submete aos ditames cravados nos sete incisos daquele parágrafo único?

Esses objetivos, é bom ressaltar, pela sua supremacia em relação aos demais dispositivos contidos no Capítulo II do Título VIII da Norma Ápice, são considerados verdadeiros princípios constitucionais sobre seguridade social. Vejamos, pois, quais são esses *princípios*:

- ① *universalidade da cobertura e do atendimento* (inc. I),
- ② *uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais* (inc. II),
- ③ *seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços* (inc. III),
- ④ *irredutibilidade do valor dos benefícios* (inc. IV),
- ⑤ *equidade na forma de participação no custeio* (inc. V),
- ⑥ *diversidade da base de financiamento* (inc. VI) e
- ⑦ *caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do*

Governo nos órgãos colegiados (inc. VII).

Antecipamos que, a nosso ver, nem todos os princípios acima arrolados submetem o regime de previdência privada. Isto não deve causar espanto, porque, igualmente, nem todos eles submetem, por exemplo, a assistência social (como o princípio da equidade na forma de participação no custeio), que, ao lado do regime estatuído no art. 202, também é um componente do sistema de seguridade social.

Se bem que antes da edição da Emenda 20/98, Wagner Balera⁵⁴ também afirmara que “nem todos os objetivos da Seguridade Social expressos no citado art. 194 estão relacionados com o regime complementar de previdência. Eles são regras cogentes, sim, para o regime geral.”

Antes do enfrentamento da questão aqui posta, julgamos conveniente lembrar o conceito jurídico que se tem atribuído ao vocábulo *princípio*, para o que buscaremos subsídios em alguns dos nossos melhores juristas, começando com Paulo de Barros Carvalho⁵⁵, que nos brinda com a seguinte lição:

Sendo objeto do mundo da cultura, o direito e, mais particularmente, as normas jurídicas estão sempre impregnadas de valor. Esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes porções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos segmentos. Em Direito, utiliza-se o termo “princípio” para denotar as regras de que falamos (...)

Para o citado mestre, portanto, identifica-se como *princípio* aquela norma que, dada a sua especial carga axiológica dentro do contexto em que inserida, é tida como apta a orientar a interpretação de outras normas, que, desta forma, a ela ficam sintaticamente subordinadas. “Os princípios - prossegue Paulo de Barros -, aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e

⁵⁴ Reflexões sobre o Reordenamento Normativo da Previdência Complementar, *in* RPS n. 108, p. 669.

⁵⁵ Curso de Direito Tributário, p. 140/141.

servindo de fator de agregação num dado feixe de normas.”⁵⁶

Roque Carrazza ensina que, etimologicamente, o termo *princípio* emana do latim *principium*, *principii*, e encerra a idéia de começo, origem, base. Acrescenta que, “em qualquer Ciência, *princípio* é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a *pedra angular* de qualquer sistema.”⁵⁷ Em seguida, conceitua *princípio jurídico* como “um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.”⁵⁸

Na magistral lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁹, princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.” Fazendo eco às palavras do insigne administrativista, Souto Maior Borges⁶⁰ assinala que “é o princípio que iluminará a inteligência da simples norma; que esclarecerá o conteúdo e os limites da eficácia de normas constitucionais esparsas, as quais têm que se harmonizar com ele.”

Estevão Horvath⁶¹ assim se manifesta sobre o tema: “Que fique esclarecido desde já que entendemos princípios como sendo normas jurídicas como as demais. Há, portanto, segundo acreditamos, duas espécies de normas jurídicas: *a)* as regras (ou normas jurídicas em sentido estrito) e *b)* os princípios.” Na mesma linha de pensamento, Paulo Bonavides⁶² assevera que “não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero e os princípios as espécies.”

⁵⁶ Curso de Direito Tributário, p. 144.

⁵⁷ Curso de Direito Constitucional Tributário, pp. 30/31.

⁵⁸ *Ibid*, p. 33.

⁵⁹ Curso de Direito Administrativo, p. 817.

⁶⁰ Lei Complementar Tributária, p. 14.

⁶¹ O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário, p. 22.

⁶² Curso de Direito Constitucional, p. 259.

Sobre a aptidão que têm os princípios de funcionar como *norte* para o intérprete, julgamos primorosas as seguintes ponderações do já citado Estevão Horvath:

... toda interpretação deve ter como ponto de partida os princípios, mas também os tem como *ponto de chegada*. Significa isso dizer que o intérprete deve arrancar do princípio ao buscar o Direito aplicável à situação concreta, pois ele (princípio) o informará acerca do caminho a percorrer. Ao final do percurso interpretativo, deverá o jurista (*lato sensu*) verificar se o resultado alcançado (a sua decisão quanto ao que diz o Direito naquele caso) se coaduna com o(s) princípio(s) que iliminou (iluminaram) o seu caminho. Só então, cremos, se terá encontrado a solução – ou, ao menos uma das possíveis soluções jurídicas – para ser referida à respectiva situação.⁶³

Além de, como visto, dada a sua especial significação, o princípio sobrepair em relação às normas jurídicas comuns, vale trazer à colação um outro aspecto desse instituto, freqüentemente destacado pela doutrina. Referimo-nos ao comportamento que deve ter o intérprete diante de um aparente conflito entre dois princípios. Numa tal situação, sua postura há de ser diferente da que adota em face de conflito entre normas em sentido estrito. Para melhor compreensão do que aqui se enuncia, transcrevemos a seguinte lição de Canotilho:

... a convivência dos princípios é conflitual (...), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (...) Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).⁶⁴

⁶³ O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário, p. 26.

⁶⁴ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pp. 1034/1035.

Quer dizer, enquanto no conflito entre duas regras, uma exclui a outra, necessariamente, já que impossível a convivência de regras antinômicas dentro do mesmo sistema, tal não se dá entre os princípios. Diante de um caso concreto sob exame, em que dois princípios conflitantes parecem ser igualmente aplicáveis, o intérprete deve levar em conta o *peso* de cada um deles, privilegiando a adoção daquele que lhe parece conduzir à melhor solução do problema. Isto, todavia, sem se cogitar de alteração ou, menos ainda, de revogação da outra norma, isto é, da norma não adotada naquele específico caso, pois, como visto, o conflito entre princípios não suscita o expurgo de um deles do ordenamento, eis que, contrariamente ao que sucede com as normas em sentido estrito, não se impõe aqui “a lógica do tudo ou nada”, de que nos dá conta o mestre lusitano retro citado.

Isto nos permite dizer que as regras encontram-se dispostas num *plano horizontal*, ou seja, todas têm o mesmo *peso* (obviamente, desde que editadas por veículo da mesma hierarquia), de forma que, havendo conflito entre duas delas, uma deverá ter a sua aplicabilidade afastada em todos os casos, para o que se utilizará de critérios como, por exemplo, o do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, *quando seja com ela incompatível* ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” Por outro lado, os princípios conflitantes se põem num *plano vertical*, numa espécie de *relação de hierarquia*, segundo o *peso* de cada um em relação ao outro, de modo que se possa, diante de um caso concreto, a partir da aferição daquele *peso* que os diferencia um do outro, aplicar o *que vale mais* – e não, como se dá no caso das regras, *a única que vale*.

Sendo a Constituição de um país, de comum, plena dessas normas especiais que se consideram *princípios*, o critério acima exposto, por permitir a convivência destes, mesmo quando conflitantes entre si, é de suma utilidade para que a Carta Fundamental não apresente antinomias, mas, antes, ganhe unidade de sentido. No magistério de Paulo Bonavides,⁶⁵ “em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.”

⁶⁵ Curso de Direito Constitucional, p. 259.

Outra consequência que decorre da supremacia do princípio em relação à simples regra jurídica é a da qualidade da transgressão a uma e outra dessas normas. A esse respeito, é precioso o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁶, ao destacar que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa a insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

Importante destacar que os princípios não são encontráveis somente na Constituição do país, estando presentes, também, nos veículos normativos de inferior hierarquia, como as leis complementares, as leis ordinárias, os decretos regulamentares, etc., e, até mesmo, nas chamadas *fontes secundárias do direito positivo* – v.g., instruções ministeriais, ordens de serviço, e por aí a fora. Em cada um desses *escalões* (termo empregado por Celso Antônio, algumas linhas acima), é possível identificar normas que se sobrepõem a outras do mesmo contexto, e que, por tal circunstância, podem ser alçadas à categoria de princípios. Contudo, por mais óbvio que isto pareça, não há perder-se de vista que os princípios contidos nos diferentes escalões estão vinculados à mesma hierarquia a que se submetem os instrumentos que os veicula. Assim, por exemplo, como o decreto encontra-se num plano inferior em relação à lei ordinária que regulamenta, um dado princípio nele alojado será, da mesma forma, hierarquicamente inferior a qualquer princípio identificável na segunda, de modo que, num eventual conflito entre ambos, prevalecerá o veiculado pela lei. Disto se conclui que os princípios constitucionais submetem a todos os que estejam contidos em outros veículos normativos, dada a supremacia da Magna Carta sobre estes.

Feitas estas rápidas considerações sobre os princípios e a sua importância no ordenamento jurídico, examinemos cada um dos objetivos consignados no parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal de 1988, buscando, ao mesmo tempo, verificar *se e em que medida* cada um deles submete a previdência privada.

⁶⁶ Curso de Direito Administrativo, p. 818.

Esses objetivos, já o dissemos, são considerados, pela doutrina especializada, verdadeiros princípios constitucionais de seguridade social, por se tratarem de normas dotadas daquela especial carga axiológica em relação às demais normas que dão corpo ao sistema, o que lhes outorga aptidão para atuar como vetores assim para o legislador infraconstitucional como para o intérprete, entendido este não apenas como o hermenêuta *stricto sensu*, mas todos aqueles que, por quaisquer que sejam os motivos, precisam identificar a *mens legis* contida na Magna Carta de 1988. Este é o pensamento de Marcelo Leonardo Tavares⁶⁷, dentre outros autores, expresso nestas palavras: “Os objetivos da seguridade social são metas embasadoras de toda a estrutura do sistema e que norteiam as atividades do Poder Legislativo (na elaboração das leis) e da Administração Pública (na edição dos atos complementares à legislação) na implementação dos direitos sociais à saúde, à previdência e à assistência social ...”. Em idêntico sentido, Wagner Balera⁶⁸ afirma que “as regras do sistema, que são lei, recebem o seu desenho inicial na Constituição, norma que cataloga os princípios fundamentais da seguridade social. São princípios da seguridade social – bases estruturais do sistema – as diretrizes estampadas no parágrafo único do art. 194 da Constituição.” Noutro trabalho, este mesmo autor leciona que “segundo a métrica traçada pelo constituinte, o sistema de seguridade social obedece a um conjunto de princípios (apropriadamente denominados **objetivos**) que possuem, entre si, uma hierarquia além de, claro, sobrepor-se às demais normas do ordenamento protetivo.”⁶⁹ destaque do original

Antes, todavia, de pormos nossas mãos à obra, queremos lembrar que a abordagem que a seguir se fará não constitui o foco principal da presente monografia, tendo ela como única função a de auxiliar na contextualização do tema que lhe dá título. Essa abordagem, portanto, não se coloca como um *problema* que nos propomos a solucionar, mas, apenas, como uma forma de tentar estender a visão da magnitude que assumiu a previdência privada brasileira após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98.

2.1.1 Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento:

Como o próprio nome sugere, esta super-norma se desdobra em duas:

⁶⁷ Direito Previdenciário, p. 2.

⁶⁸ Sistema de Seguridade Social, p. 19.

⁶⁹ Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 81.

universalidade da cobertura e universalidade do atendimento. No primeiro caso, o foco é direcionado para o aspecto material do princípio, isto é, para os riscos sociais que devem ser protegidos por meio da seguridade social, enquanto no segundo, a atenção repousa no aspecto pessoal, é dizer, no público alvo do sistema. Como o vocábulo *universalidade* nos remete à idéia de *totalidade*, significa este princípio que a seguridade social deve proteger a todas as pessoas (universalidade do atendimento), quaisquer que sejam as contingências sociais, geradoras de necessidades, que as tenham atingido (universalidade da cobertura).

Em igual linha de pensamento, embora dando nomes diferentes às mesmas realidades, Miguel Horvath Júnior⁷⁰ afirma que o princípio em apreço “possui uma concepção subjetiva que traduz que todos os nacionais e estrangeiros sem distinções têm direito à seguridade social”, enquanto “a concepção objetiva traduz a previsão de cobertura de todas as contingências que se possam apresentar na vida das pessoas.” Algo diversamente, Sérgio Pinto Martins⁷¹ assinala que “a universalidade da cobertura deve ser entendida como a necessidade daquelas pessoas que forem atingidas por um contingência humana, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte etc. Já a universalidade do atendimento refere-se às contingências que serão cobertas, não às pessoas envolvidas, ou seja, às adversidades ou aos acontecimentos em que a pessoa não tenha condições próprias de renda ou de subsistência.” E, no magistério sempre elucidativo de Wagner Balera⁷², encontramos que “a universalidade da ‘cobertura’ refere-se às situações da vida que serão protegidas. Quais sejam: todas e quaisquer contingências que possam gerar necessidades. Já a universalidade do ‘atendimento’ diz respeito aos titulares do direito à proteção social. Todas as pessoas, no Brasil, são titulares desse direito.”

Das lições deste último mestre, constata-se que ele considera o objetivo sob exame um *sobreprincípio*, na medida em que “dessa base, a universalidade, modo pelo qual a seguridade social deverá ser implementada em nosso País, todas as demais derivam. As próprias regras de transformação do sistema estão sujeitas, de modo permanente, a esse princípio, verdadeira pedra fundamental em que encontra apoio toda a estrutura.”⁷³ Aliás, a importância ímpar que atribui ao princípio em foco resulta de que, na visão desse notável publicista, o objetivo da universalidade é

⁷⁰ Direito Previdenciário, p. 52.

⁷¹ Direito da Seguridade Social, p. 78.

⁷² Sistema de Seguridade Social, pp. 20/21

⁷³ *Ibid*, p. 19.

a contribuição ofertada pela seguridade social para a construção do próprio princípio da isonomia, insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Conforme suas palavras, “a universalidade da cobertura e do atendimento se constitui na específica dimensão do princípio da isonomia (garantia estatuída no art. 5º da Lei Maior), na Ordem Social. É a igual proteção para todos.”⁷⁴

Ressaltando que estamos analisando os *princípios* do art. 194 da Magna Carta enquanto ideários, ou seja, no restrito plano do *dever-ser* estabelecido pelo legislador constituinte de 1988 – sem nos preocuparmos, por conseguinte, com *se e até que ponto* esses objetivos já se transformaram em medidas concretas –, tratemos de confrontar a previdência privada com o propósito da universalidade.

Para esse mister, duas considerações nos parece devam ser feitas, de início: 1ª) quando redigido o parágrafo único do art. 194 da CF/88, a previdência privada não era considerada parte do sistema de seguridade social; e 2ª) como consequência disto, cumpre averiguar se o *conceito* de seguridade social, a partir da EC nº 20/98 (que, como vimos, inseriu a previdência privada no dito sistema) permanece o mesmo de antes da referida obra do constituinte derivado.

No primeiro caso, não cremos ser objeto de dúvida que, quando promulgada a Magna Carta, em 1988, tinha-se que os objetivos traçados no seu art. 194 haveriam de ser alcançados por meio dos três instrumentos enunciados no mesmo dispositivo, a saber: *saúde, previdência social e assistência social*. Não se contava, pois, com a previdência privada para o cumprimento da nobre tarefa de universalizar a cobertura e o atendimento. Isto deve ter algum reflexo na própria conceituação de *seguridade social*, ou, pelo menos, na avaliação da idéia que, à época, o constituinte originário fazia desse sistema.

É caso, então, de perguntarmos: em 5 de outubro de 1988, o que devemos considerar por seguridade social?

Mozart Victor Russomano, alguns anos antes da referida data, já afirmava que, a partir da lei norte-americana de 1935, intitulada *Social Security Act*, generalizou-se, em quase

⁷⁴ Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 83.

todos os idiomas do mundo, o emprego dos vocábulos “Seguridade Social”, frutos de tradução literal da expressão *social security*. De acordo com esse mestre, “aquela lei teve o dom de pôr em evidência – e esse passou a ser o conteúdo da Seguridade Social – a necessidade de que os homens, indistinta e genericamente considerados, tenham direito a um nível mínimo de bem-estar, segurança e conforto, mostrando, outrossim, que o Estado liberal moderno tem a responsabilidade de instituir, gerir e financiar um sistema administrativo capaz de levar ao alcance daquele objetivo.”⁷⁵

Sistema administrativo, diz Russomano, a significar que aquela responsabilidade pela sua instituição, gerência e financiamento é da Administração Pública – noutro dizer, do Estado. Semelhante concepção é encontrada em Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, para quem *seguridade social* é o

Conjunto de medidas adotadas pelo Estado por meio de organizações próprias ou subvencionadas, destinadas a prover as necessidades vitais da população do país, nos eventos básicos previsíveis e em outras eventualidades, variáveis segundo as condições nacionais, que podem verificar-se na vida de cada um, por meio de um sistema integrado de seguro social e de prestações de serviço social, de cuja administração e custeio participam, direta ou indiretamente, os próprios segurados ou a população mesma, as empresas e o Estado.⁷⁶

Seguindo esta trilha, o sistema que o Estado brasileiro instituiu, para garantir a todas as pessoas aquele *nível mínimo de bem-estar, segurança e conforto* de que nos dá conta Russomano – tarefa que, se cumprida à risca, implicará, sem dúvida alguma, o alcance do objetivo da *Ordem Social*, traçado no art. 193 da Carta Republicana de 1988, qual seja o *bem-estar* e a *justiça sociais* -, foi o que se encontra descrito no art. 194 da mesma Carta, ou seja, um conjunto integrado de ações, *organizado pelo Poder Público* (conforme o parágrafo único deste dispositivo; portanto, um sistema administrativo), destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Em 1988, já o afirmamos alhures, a previdência referida no texto constitucional é tão-somente a previdência *social*, em razão do que reiteramos que o sistema de seguridade social

⁷⁵ Curso de Previdência Social, p. 45.

⁷⁶ Previdência Social, p. 19.

brasileiro, da promulgação da Magna Carta em vigor até o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, é a somatória de saúde + previdência social + assistência social – excluída, destarte, a previdência *privada*. Tal realidade é inafastável na construção de qualquer conceito em torno desse sistema.

Sobrevindo a Emenda 20/98, a seguridade social ganha um novo componente: a previdência privada. Dadas as características deste regime (que serão esmiuçadas a seu tempo), precipuamente a de ser arranjada por e entre particulares (do que deriva o adjetivo *privada*), não vemos mais como possa o sistema ser conceituado como fizeram os dois autores há pouco citados – i.e., como *sistema administrativo* (Russomano) ou *conjunto de medidas adotadas pelo Estado por meio de organizações próprias ou subvencionadas* (Moacyr Velloso) -, nem de qualquer forma que envolva a somatória apresentada no parágrafo anterior. Em suma, de 15 de dezembro de 1998 em diante, qualquer conceito que se busque de *seguridade social*, a partir do nosso direito positivo, deve considerar a somatória *saúde + previdência social + previdência privada + assistência social*, ou, de outro modo, *saúde + previdência* (sem qualificativo algum, como, aliás, sempre esteve redigido o art. 194 da Superlei) + *assistência social*, sendo que, nesta última hipótese, *previdência* passa a ser tomada como gênero, do qual são espécies a previdência social e a previdência privada.

Voltemos, agora, à questão de saber se, por inserida no sistema de seguridade social, está a previdência privada vinculada aos objetivos arrolados no parágrafo único daquele art. 194 – mais especificamente, nesta parte, ao enunciado no inciso I do dispositivo.

Da própria interpretação que, segundo vimos, a melhor doutrina extrai do objetivo em tela – ou seja, de proteção a *todas as pessoas* e em face de *quaisquer contingências* que possam gerar-lhes necessidades sociais -, somos tentados a responder negativamente, ou, na melhor das hipóteses, a dizer que o regime estatuído no art. 202 da Magna Carta subsume-se de forma mitigada ao princípio da *universalidade*.

É inegável que a previdência privada contribui para a expansão da malha protetiva do nosso sistema de seguridade, assim no aspecto material (v.g., possibilita que a pessoa mantenha, na inatividade, o mesmo padrão de vida que detinha quando inserida no mercado de trabalho, mediante a percepção de duas aposentadorias: uma do regime geral de previdência

social, outra do regime privado) como no aspecto pessoal, já que, autônoma em relação ao regime público, proporciona que uma pessoa dela receba benefícios, independentemente de fazer jus ou não a qualquer prestação da previdência social. Entretanto, por ser de índole contributária, ela somente protege as pessoas que tenham capacidade econômica para verter contribuições periódicas ao regime, ou aquelas cujos empregadores assumiram integralmente o encargo de lhes financiar o plano de benefícios. Quer dizer, a previdência privada não dá cobertura a todas as pessoas que se encontram expostas a idênticos riscos sociais, mas apenas às que tiveram um plano de benefícios financiado, segundo vimos, por elas mesmas ou pelos respectivos empregadores. Numa frase, o regime privatístico não atende ao objetivo da universalidade *do atendimento*, na acepção que ele tem recebido da doutrina especializada.

Em verdade, neste sentido, sentimo-nos forçados a admitir que, a nosso ver, a previdência social padece da mesma limitação, já que também não dá cobertura a todas as pessoas que sejam vitimadas pelas mesmas contingências geradoras de necessidades sociais, mas apenas aos que detêm a qualidade de segurados desse regime (é dizer, os contribuintes) e aos respectivos dependentes. Exemplifiquemos: “A” e “B” são acometidos de uma doença qualquer, que os incapacita para o trabalho por mais de quinze dias consecutivos, sendo apenas o primeiro segurado do regime geral de previdência social; neste caso, e desde que tenha cumprida a respectiva carência, quando seja esta exigível, “A” fará jus ao benefício do auxílio-doença, enquanto “B” ficará sem proteção alguma. Do mesmo modo, falecendo “A” e “B”, somente os dependentes daquele terão direito à pensão por morte. Onde cumprido o objetivo da universalidade do atendimento?

Tal limitação não se verifica em relação às demais áreas da seguridade social: “*a saúde é direito de todos*”, e, da mesma forma “*a assistência social será prestada a quem dela necessitar*” (respectivamente, arts. 196 e 203 da Carta de 1988), independentemente de contribuição, em ambos os casos. Aqui, sim, quaisquer pessoas acometidas das mesmas necessidades que estes setores visam suprir receberão igual proteção, tendo ou não vertido contribuições diretas ao sistema. Aqui, sim, a consagração da universalidade do atendimento.

Talvez não seja de todo correto afirmar que a previdência privada – assim como a sua congênere publicística – não atende ao objetivo fincado no inciso I do parágrafo único do art. 194 da Magna Carta, sob pena de minimizar em demasia o importante papel que ela,

indiscutivelmente, desempenha na já aludida expansão do arcabouço protetivo da seguridade social. Pelo que vimos até aqui, julgamos que melhor é dizer que o regime privado atende àquele objetivo, mas de forma mitigada, pois, se, por um lado, não universaliza o atendimento, por outro o faz em relação à cobertura, na medida em que, justamente por *funcionar* por intermédio de contrato celebrado livremente entre as partes – v.g., entidade de previdência privada e participante do respectivo plano de benefícios –, possui ele aptidão para garantir proteção até mesmo em face de riscos sociais não tutelados pela previdência social.

2.1.2 Princípio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações Urbanas e Rurais:

Vemos o estabelecimento deste objetivo como natural e necessária decorrência do que já se acha inscrito no *caput* dos art. 5º (“todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza* ...”) e 7º (“são direitos dos trabalhadores urbanos *e rurais* ...”), ambos da Constituição Federal. Assim, ao determinar que os benefícios e serviços distribuídos a ambas as populações – urbanas e rurais – sejam uniformes e equivalentes, o legislador constituinte apenas demonstrou coerência em relação ao que já estatuíra anteriormente, naqueles dois artigos do Título II.

Este princípio, sobre implicar ser vedado ao legislador infraconstitucional instituir benefícios ou serviços desiguais, conforme seus destinatários provenham da área urbana ou da área rural, também se desdobra em dois mandamentos: que tais prestações sejam *uniformes* e *equivalentes*. No magistério de Sérgio Pinto Martins,⁷⁷ “a uniformidade vai dizer respeito aos aspectos objetivos, às contingências que irão ser cobertas. A equivalência vai tomar por base o aspecto pecuniário, ou do atendimento dos serviços, que não serão necessariamente iguais, mas equivalentes, na medida do possível, dependendo do tempo de contribuição, coeficiente de cálculo, sexo idade etc.”. Concordamos com esse autor, mas permitimo-nos tecer um esclarecimento acerca dos elementos “tempo de contribuição”, “coeficiente de cálculo” e “sexo”, por ele tidos como passíveis de estabelecer distinções no *quantum* dos benefícios ou no modo de prestar os serviços: quando o discrímem acontece, ele: 1º) não se dá em razão de pertencer o

⁷⁷ Direito da Seguridade Social, p. 79.

destinatário da prestação à zona urbana ou à zona rural, ou seja, os fatores *tempo de serviço*, *coeficiente de cálculo* (v.g., o fator previdenciário) e *sexo*, atuam, em regra, indiferentes a tal aspecto; ou 2º) decorre de comando expedido pela própria Constituição Federal, como sucede com a *aposentadoria por idade*, (CF, art. 201, § 7º, inc. II), em que, de fato, para a obtenção do direito ao benefício, estabelece-se, para o trabalhador rural, idade inferior à exigida do trabalhador urbano.

Segundo Miguel Horvath Júnior⁷⁸, a intenção do constituinte, manifesta neste princípio, é a eliminação completa de qualquer discriminação entre as duas citadas populações, preocupação esta que, diremos nós, encontra plena justificação na história da proteção social em nosso país. Para ilustrá-lo, basta lembrar que em 24 de janeiro de 1923, quando instituída em nós a previdência social, por meio do Decreto-Legislativo nº 4.682, só ficaram protegidos os empregados das empresas de estrada de ferro – trabalhadores urbanos, portanto -, não obstante a maioria da população brasileira se encontrasse localizada, à época, nas zonas rurais. E essa tendência apenas se consolidou ao longo das quatro décadas após a edição da Lei Eloy Chaves, pois durante toda a fase de expansão da previdência social, apenas os trabalhadores urbanos restaram abrangidos pela malha protetiva estatal, quadro que, segundo o autor mencionado neste parágrafo, somente começou a alterar-se em 1963, por força da Lei nº 4.214, que criou o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural – FUNRURAL.⁷⁹

As conseqüências dessa negligência estatal foram desastrosas, dentre as quais salientamos o deslocamento de grande parte da população rural para a área urbana, em busca de proteção social mais qualificada, com o que ficou desprotegido o campo e restaram sobrecarregadas as cidades, despreparadas que estavam para absorver tal massa de imigrantes. Conforme Balera⁸⁰, “impelido pelo estado de necessidade, o rurícola se viu ameaçado na sua sobrevivência e, nessa conjuntura, a migração interna alcançou alarmantes proporções”.

O princípio da uniformidade e equivalência presta-se, assim, para pôr termo a esse estado de coisas, já que, segundo vimos, implica a obrigatoriedade de que a população rural receba da seguridade social tratamento igualitário em relação aos seus pares que habitam as

⁷⁸ Direito Previdenciário, p. 53.

⁷⁹ *Ibid*, p. 54.

⁸⁰ Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 85.

idades.

A subsunção da previdência privada ao objetivo em exame é incontestável. Como parte do sistema de seguridade social, não se concebe que ela possa dispensar tratamento discriminatório entre as populações urbanas e rurais, e isto, pelo menos, por dois motivos: primeiro, porque implicaria odioso e inadmissível retrocesso na história da proteção social brasileira, a qual, segundo vimos há pouco, evoluiu lentamente e a duras penas até a igualação determinada pela Constituição de 1988; segundo, porque violaria o sobreprincípio insculpido no *caput* do art. 5º da mesma Carta, que, de forma generalizada, proíbe distinção entre as pessoas em razão de sua procedência.

Neste compasso, reputamos que um plano de benefícios do regime privado que, eventualmente, estabelecesse contribuições mais gravosas para determinada classe de participantes, pelo único fato de pertencerem eles à chamada *população rural*, estaria inquinado de irremissível inconstitucionalidade, por ferir assim o princípio da uniformidade e equivalência, como o da isonomia.

2.1.3 Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços:

Trata-se de objetivo cujo significado não é tão perceptível quanto o do anterior. Também se desdobra, claramente, em dois comandos - o da *seletividade* e o da *distributividade* na prestação dos benefícios e serviços da seguridade social -, mas demanda um maior esforço na interpretação do que querem eles dizer.

Para Miguel Horvath Júnior⁸¹, “a seletividade consiste na eleição dos riscos e contingências sociais a serem cobertos”, enquanto “a distributividade implica na criação dos critérios/requisitos para acesso aos riscos objeto de proteção, de forma a atingir o maior universo de pessoas, proporcionando assim uma cobertura mais ampla.” Em igual sentido, Sérgio Pinto Martins⁸² acrescenta que “a seleção (escolha) das prestações vai ser feita de acordo com as possibilidades econômico-financeiras do sistema da seguridade social. Nem todas as pessoas

⁸¹ Direito Previdenciário, p. 55.

⁸² Direito da Seguridade Social, p. 79.

terão benefícios: algumas o terão, outras não, gerando o conceito de distributividade.” E Wagner Balera⁸³ assevera que “a diretriz da seletividade (...) permite a realização, pelo legislador, de legítima estimativa acerca daquele tipo de prestações que, em conjunto, concretizem as finalidades da Ordem Social. A regra da distributividade, por seu turno, autoriza a escolha de prestações que – sendo direito comum a todas as pessoas – contemplam de modo mais abrangente os que demonstrem possuir maiores necessidades.”

A nosso ver, esse princípio reflete a tensão existente entre o objetivo da *ordem social*: o bem-estar e a justiça sociais – cujo alcance depende da atualização do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento - e a possibilidade econômica de que, em cada momento, dispõe a sociedade para fazer-lhe face. A esse respeito, é extremamente oportuna a lição de Paulo Mente⁸⁴, que abaixo transcrevemos:

A seguridade social deve ser entendida como uma VONTADE da sociedade em proteger as pessoas, segundo sua própria CAPACIDADE de fazê-lo.

Enquanto a VONTADE é a força capaz de criar programas e benefícios, a CAPACIDADE é que indica seus limites e viabilidades. (...)

A VONTADE de uma coletividade em ter programas de seguridade evoluídos é uma consequência direta dos aspectos sociais que a envolvem. (...) De outro lado, a CAPACIDADE em criar tais programas é uma consequência direta da disposição da sociedade em verter recursos para sustentá-los.

Igual pensamento, apenas traduzido de outro modo, encontramos em Manuel Póvoas⁸⁵, ao advertir que “o problema essencial do 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-lo conseguido.” Prosseguindo em sua lição, esse articulista assim conclui: “Por muito que custe desiludir os que encontravam no citado art. 25⁸⁶ 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

⁸³ Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 86.

⁸⁴ Curso de Direito Previdenciário, pp. 145/146.

⁸⁵ Previdência Privada: Filosofia ..., pp. 20/21.

⁸⁶ Art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da ONU de 1948.

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?”

Realmente, o necessário equilíbrio entre a *vontade* da sociedade brasileira em atingir o máximo de bem-estar e justiça sociais e a *capacidade* econômica de fazê-lo, corresponde àquela tensão a que nos referimos há pouco. A percepção da necessidade desse equilíbrio é fundamental para que não vejamos, nesse inciso III do parágrafo único do art. 194 da Norma Ápice, uma norma que vai de encontro a outros princípios da seguridade social – como o da própria universalidade da cobertura e do atendimento – e, em última análise, àquele nobre desígnio da ordem social. Noutro dizer, é preciso que vejamos na *seletividade e distributividade* – que permite, já o vimos, a escolha de prestações consentâneas com as possibilidades econômico-financeiras do sistema - uma espécie de mediador entre a VONTADE e a CAPACIDADE de que nos dá conta Paulo Mente.

Semelhante pensamento é encontrado em Aldemir de Oliveira⁸⁷, para quem o plano básico da previdência social deve oferecer benefícios “além de suficientes para atender às reais necessidades dos indivíduos, também compatíveis com a economia nacional em sua redistribuição de rendas”, e, igualmente, em Wagner Balera⁸⁸, segundo o qual, “em conjuntura adversa, o ideal da seguridade social – que a mesma esteja em permanente expansão – deve ceder passo a limitações econômicas. O que não deve significar renúncia ao ideal, mas adaptação a circunstâncias que lhe dão ritmo diferente de implantação. (...) Assim, a diretriz em estudo funciona como referencial para a definição do quadro de prestações e de pessoas protegidas. Dela depende, em último termo, a flexibilidade de todo o sistema e a capacidade (ou incapacidade) deste para proporcionar seguridade.”

A *seletividade*, na acepção que lhe atribuem os autores aqui citados, encontra plena aplicabilidade no âmbito da previdência privada. Sendo o regime estatuído no art. 202 da Superlei de índole contratual – vale dizer que o que lhe dá vida são os negócios jurídicos celebrados entre as entidades de previdência privada e as pessoas físicas que tomam parte em seus respectivos planos de benefícios, com ou sem a intermediação de empresas com as quais

⁸⁷ A Previdência Social na Carta Magna, p. 63.

⁸⁸ Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 87.

estes últimos mantenham vínculo funcional ou associativo -, é tão imperioso quanto natural que haja íntima relação entre as prestações por ele oferecidas e os ingressos financeiros que lhe são correspondentes. Em termos mais precisos, por serem esses planos de benefícios financiados, tão somente, por aquelas pessoas físicas e/ou jurídicas há pouco citadas – portanto, sem qualquer suporte material do Estado e da sociedade como um todo -, eles deverão ter a dimensão que lhes permitem as respectivas contribuições. Como diz Paulo Mente, “o desenvolvimento do tema previdência privada requer, então, a consciência de que ela deva ser complementar e voluntária, e de que seu financiamento não pode, sob qualquer hipótese, onerar a sociedade como um todo. Constitui uma iniciativa individual ou coletiva específica e deve ser sustentada por quem a deseja.”

Nesta seara, aquele equilíbrio entre *vontade* e *capacidade*, até por ser da natureza do negócio, manifesta-se de modo pouco ou nada *traumático*, pois está na livre disposição de cada indivíduo contratar ou não um plano de benefícios, e, em contratando, fazê-lo de acordo com suas possibilidades econômicas e, principalmente, ciente do nível das prestações a que eventualmente fará jus (se se tratar de plano de benefícios definidos), ou de que esse nível dependerá do maior ou menor sucesso da entidade previdenciária na inversão dos recursos advindos das contribuições relativas aos seus planos de benefícios (quando estes forem de contribuições definidas).

Já o segundo comando do princípio em apreço – o da *distributividade* -, se tomado no sentido de que a proteção deve contemplar de modo mais abrangente as pessoas que demonstrem possuir maiores necessidades, parece-nos não ser aplicável à previdência privada. Operando-se esta, como assinalado, mediante contratos livremente celebrados entre as partes, só resultarão protegidos os que houverem feito os necessários aportes financeiros, e na medida destes. Não vemos espaço, nesse setor da seguridade social, para qualquer política estatal de distribuição de renda, já que ausente qualquer esforço econômico do Poder Público e da sociedade em geral, com vistas a beneficiar os mais necessitados. Em verdade, o raciocínio pode ser resumido numa frase: quem não tem capacidade econômica para financiar um plano de benefícios privado, não terá proteção alguma dessa ala da seguridade social. Ainda quando a empresa custeie, integralmente, o plano de benefícios de seus empregados – com o que eles terão proteção sem contribuir -, não se está diante da *distributividade*, na acepção retro examinada, pois

também aqui, o *quantum* relativo às prestações a que esses trabalhadores eventualmente farão jus independará do maior ou menor estado de necessidade de cada um deles, mas, de forma objetiva, do que houver sido pactuado no contrato celebrado com a entidade previdenciária.

Dizemos mais: ainda quando as entidades de previdência privada usufruam de algum benefício tributário – em especial, de imunidade ou isenção -, com o que teríamos o Poder Público e, remotamente, a sociedade como um todo participando do financiamento deste regime, não se mostra ele apto a consagrar o princípio da distributividade. Muito pelo contrário, permanecendo como beneficiários apenas as pessoas físicas que possuem capacidade contributiva para ingressar na previdência alternativa – e são poucas estas pessoas, se consideradas em relação à totalidade da população brasileira -, o que teríamos seria uma espécie de *distributividade invertida*, ou seja, um mecanismo pelo qual a sociedade como um todo se esforça para beneficiar aquela minoria que detém maior poder aquisitivo. Precisas, neste aspecto, as palavras de Lucy Roberts (*La place de la retraite complémentaire*, p. 19), citada por Ilídio das Neves,⁸⁹ que abaixo transcrevemos:

Na medida em que os regimes profissionais complementares são subvencionados pelo Estado sob a forma de isenções fiscais, eles constituem uma transferência de rendimentos de todos os contribuintes, incluindo os trabalhadores menos bem pagos, a favor dos beneficiários dos regimes que são, em geral, trabalhadores que dispõem de rendimentos relativamente mais elevados durante a sua vida ativa.

Ante a todo o exposto, entendemos que apenas o comando da *seletividade* é admissível no âmbito da previdência privada, senão por imposição da Magna Carta, por ser da natureza do negócio jurídico que as respectivas condições sejam pactuadas com liberdade entre as partes.

2.1.4 Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios:

O significado desse objetivo é de fácil apreensão: os benefícios devem manter, ao longo do tempo, a mesma expressão monetária que tinham quando de sua concessão pelo órgão previdenciário, devendo ser assinalado que por *mesma expressão monetária* entende-se que o que

⁸⁹ Direito da Segurança Social, p. 846.

se há de manter não é o valor nominal dos benefícios, mas o *real*, isto é, o mesmo *poder de compra* - o que, num país que convive com a inflação, somente se obtém mediante reajustes dos valores das prestações.

Sérgio Pinto Martins⁹⁰ lembra que “no seio da Assembléia Constituinte houve muita preocupação com a redução dos benefícios previdenciários, pois, no decorrer dos anos, o beneficiário vinha perdendo o poder aquisitivo que tinha quando se aposentou.” Com efeito, tamanha foi a preocupação do constituinte originário, que, além do objetivo ora analisado, fez constar, no § 2º do art. 201 da Carta de 1988, que “é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.” Posteriormente, a EC nº 20/98 *transferiu* esse comando para o § 4º do mesmo artigo, mantendo-lhe, entretanto, a redação original.

Wladimir Novaes Martinez ensina que “a irredutibilidade do montante dos benefícios significa duas coisas: 1) eles não poderem ser onerados, em particular, com deduções previdenciárias (contribuição); e 2) deverem manter o poder aquisitivo do *quantum* original, apurado em certo momento, por meio de parâmetro definido segundo a lei ordinária e em face das circunstâncias de cada instante histórico.”⁹¹

Wagner Balera vai além, sustentando que a *irredutibilidade* é corolário da própria garantia individual que protege o direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). “É ilícita, e antijurídica, a modificação unilateral do direito que constitui objeto da relação existente entre a pessoa protegida e a entidade previdenciária. (...) Prestação pecuniária que não pode sofrer modificação nem em sua expressão quantitativa (valor monetário); nem em sua expressão qualitativa (valor real), o benefício vinha sofrendo drástica redução em virtude de variadas contingências históricas de natureza diversa.”⁹²

Interessante é notar que, embora a Constituição Federal - até como forma de realizar a *irredutibilidade* - tenha assegurado, no já citado § 4º de seu art. 201, a correção dos benefícios, *conforme critérios definidos em lei*, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, assim

⁹⁰ Direito da Seguridade Social, p. 80.

⁹¹ Comentários à Lei Básica da Previdência Social, tomo II, p. 50.

⁹² Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 88.

dispõe em seu art. 41 (na redação que lhe deu a Lei nº 10.699, de 2003):

Art. 41. Os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados a partir de 2004, na mesma data de reajuste do salário mínimo, **pro rata**, de acordo com suas respectivas datas de início ou do seu último reajustamento, *com base em percentual definido em regulamento*, observados os seguintes critérios:

I – preservação do valor real do benefício;

II – *revogado*

III – atualização anual;

IV – variação de preços de produtos necessários e relevantes para a aferição da manutenção do valor de compra dos benefícios.

Quer dizer, a efetivação da garantia constitucional da *irredutibilidade* acha-se, atualmente, na dependência de ato do Executivo Federal (*decreto do Poder Executivo para essa finalidade*, diz o § 1º do art. 40 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99), o que, com base na longa história de prejuízos que os segurados vêm amargando neste aspecto, autoriza-nos a pensar que ela – a efetivação da garantia – corre o sério risco de não acontecer (o que se dará, v.g., caso o Governo aplique índices de reajustamento inferiores aos da desvalorização da moeda).

E quanto à previdência privada: estará submetida ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios?

A Lei nº 6.435/77 assim previa, em seu art. 22:

Art. 22 – Os valores monetários das contribuições e dos benefícios serão atualizados segundo índice de variação do valor nominal atualizado das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN – e nas condições que forem estipuladas pelo órgão normativo do Sistema Nacional de Seguros Privados, inclusive quanto à periodicidade das atualizações.

Sem dúvida alguma, o objetivo desse art. 22 era o mesmo que hoje se encontra consagrado no inciso IV do parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal, pois *atualizar* os

valores monetários dos benefícios, com base na variação das ORTN, significava, justamente, preservar o poder aquisitivo do seu *quantum* original, protegendo-o do fenômeno inflacionário.

A Lei nº 6.435/77, como se sabe, foi expressamente revogada pela Lei Complementar nº 109/2001, e esta não faz menção alguma a atualização dos valores dos benefícios pagos pelas entidades de previdência privada.

Tal omissão, no entanto, não pode levar ao absurdo de concluir-se pela inexistência de garantia de reajustes periódicos nos valores dessas prestações, e isto por, pelo menos, dois motivos.

O primeiro deles é de ordem lógica: nenhuma pessoa, por mais rudimentares que sejam os seus conhecimentos sobre o comportamento do dinheiro brasileiro, contrataria um plano de benefícios de previdência privada, se no instrumento de formalização do pacto não estivesse prevista a atualização periódica dos valores das contraprestações devidas pela entidade. À falta de um índice legal obrigatório para esse mister, e levando-se em conta a liberdade que as partes dispõem para contratar, o fator de atualização pode resultar de concerto entre elas, mas, de todo modo, haverá de existir alguma previsão relativamente à recomposição dos valores.

O segundo motivo, com foros de juridicidade, diz com a própria índole da seguridade social e, por consequência, de seus componentes (e a previdência privada, repita-se, é um deles), que é a de *segurar* as pessoas, ou seja, de protegê-las em face de determinados riscos a que normalmente se expõem; enfim, de mantê-las tranqüilas, no presente, com relação ao futuro. Ora, essa tranqüilidade somente será possível caso o sistema seja apto a produzir nessas pessoas a sensação de que, durante toda a sua existência, poderão contar com aquela proteção, tanto no aspecto qualitativo como no quantitativo. Assim, *v.g.*, no caso da aposentadoria – que é, sem dúvida, uma das prestações mais desejadas pelos segurados da previdência, seja ela social ou privada –, é fora de questão que o beneficiário só se sentirá seguro em relação ao porvir se tiver a certeza de que os valores que lhe serão pagos mensalmente terão, cinco, dez ou quinze anos depois da concessão do benefício, a mesma expressão monetária *real* que possuíam quando do deferimento da prestação.

Afinal, *seguridade* nos remete à idéia de *segurança*, e esta não existe

desacompanhada de *certeza* quanto ao objeto sobre o qual incide. Dizendo de outro modo, a incerteza gera insegurança, a qual, por sua vez, é exatamente aquilo que a seguridade social busca evitar. No nosso caso, não estivesse a previdência privada submetida ao princípio da *irredutibilidade do valor dos benefícios*, seu lugar, no texto constitucional, não seria o Capítulo II do Título VIII, cujo conteúdo é, todo ele, voltado à implantação de um sistema *produtor de segurança* no seio da sociedade. Conceber-se um plano de benefícios cujos valores das respectivas prestações mensais não estejam garantidos contra a desvalorização da moeda, num país onde a inflação é a regra, equivale a gerar uma figura de todo incompatível com o *animus* do nosso sistema de seguridade, que é contribuir para o estabelecimento do bem-estar social.

À eventual alegação de que os contratos de previdência privada regem-se pelo que neles for pactuado entre as partes – e que, portanto, a irredutibilidade seria garantida mais por força de cláusula que neles constasse a respeito, do que pelo princípio constitucional em exame (o que corresponderia a afirmar que, inexistente tal cláusula, ausente a garantia) –, é de se contrapor com a lembrança do sobreprincípio do direito adquirido, que se colocaria como uma outra barreira a impedir a corrosão dos benefícios – assim da previdência social como da previdência complementar – pela tragédia da inflação. A respeito deste superprincípio, Wladimir Novaes se pronuncia nestes termos: “Com ele insculpido no texto constitucional (CF, art. 5º, XXXVI) fica mais claro não poder o legislador ordinário reduzir o valor dos benefícios. E muito menos a pactuação fazê-lo porque constrangido esse postulado fundamental. (...) A irredutibilidade dos benefícios, se não for capaz de derrogar a força da livre pactuação, acolhendo-se a escola segundo a qual a relação jurídica subjacente é um contrato de adesão, com certeza o direito adquirido garante a preservação do poder aquisitivo. Não atendê-la, quer dizer arrostar esse mandamento fundamental da Carta Magna.”⁹³

Por fim, é pertinente ao tema a Súmula n. 289, do Superior Tribunal de Justiça, assim grafada:

A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.

Embora a ementa se refira apenas à garantia de atualização das parcelas objeto de

⁹³ Princípios de Direito Previdenciário, pp. 192/193.

restituição, não deixa de constituir seguro indicativo de que também os valores pagos pelas entidades, a título de benefícios previdenciários, devam submeter-se a idêntica regra, já que, pela extrema similaridade entre as duas situações, esta última há de ser iluminada pelos mesmos postulados que nortearam aquela Corte Superior ao proferir a máxima aqui trazida à baila.

Nenhuma dúvida temos, portanto, de que a previdência privada subsume-se ao objetivo da *irreduzibilidade do valor dos benefícios*.

2.1.5 Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio:

Diz Miguel Horvath Júnior⁹⁴ que a equidade, *in casu*, “pode ser entendida como justiça e igualdade na forma de custeio: alíquotas desiguais para os contribuintes com situação desigual. Decorre da capacidade contributiva...”. Identicamente, Sérgio Pinto Martins⁹⁵ escreve que “apenas aqueles que estiverem em iguais condições contributivas é que terão de contribuir da mesma forma. O trabalhador não pode contribuir da mesma maneira que a empresa, pois não tem as mesmas condições financeiras.” E Wagner Balera⁹⁶ pontifica: “Há que se encontrar (...) a justa proporção entre as quotas com que cada um dos atores sociais irá contribuir para a satisfação da seguridade social. Congruente com a máxima geral da isonomia, a equidade se acha baseada, aqui, na capacidade econômica dos contribuintes no que se conforma, plenamente, com o preceptivo expresso no art. 145, § 1º, da Carta Magna.”

Para esse último mestre, o objetivo em tela não apenas constitui outra forma de expressão do princípio tributário da capacidade contributiva, como é mais exigente do que aquele, vez que tem por incumbência adicional reduzir as desigualdades sociais.⁹⁷

Precisa abordagem da *equidade* é feita por Ana Paula Oriola Martins, nos termos a seguir transcritos (os destaques são do original):

O Princípio da Isonomia traz a igualdade jurídica entre os Homens, ou melhor, a igualdade perante a norma, como etimologicamente pode ser verificado: *isonomia*

⁹⁴ Direito Previdenciário, p. 57.

⁹⁵ Direito da Seguridade Social, p. 80.

⁹⁶ Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 89.

⁹⁷ *Ibid*, p. 89.

(palavra de origem grega – isos = igual + nomos = norma).

Já o Princípio da Equidade no custeio, tem no seu arcabouço a isonomia, de que todos são iguais perante a norma jurídica, ou seja que todos devem contribuir para a Seguridade Social. Todavia, pode haver uma **proporção desigual** nessa contribuição.

É que a equidade relaciona-se diretamente com o justo, suprimindo a generalidade da norma, a qual muitas vezes se mostra insuficiente em razão de seu caráter universal, quando, então, é preciso pautar-se pelo justo, não no sentido subjetivo de justiça, mas no sentido do justo como igual proporção, conforme definido por ARISTÓTELES (...)

A equidade está, assim, acima da isonomia, pois relaciona-se ao justo especificamente, fugindo da generalidade da igualdade perante a norma.⁹⁸

Com base na interpretação dos doutrinadores acerca do objetivo sob exame, verifica-se que ele implica a possibilidade de se distribuir o ônus financeiro da seguridade social de forma consentânea com a capacidade econômica dos contribuintes.

Embora o comando seja dirigido ao legislador – a quem cabe instituir as contribuições sociais destinadas ao financiamento do sistema –, é bom de ver que a própria Norma Ápice já contém dispositivos que refletem o princípio da equidade, como por exemplo, o § 9º do seu art. 195, segundo o qual as contribuições sociais a cargo do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, “poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra.” Comentando esse dispositivo, Wagner Balera ensina:

Verifica-se, assim, que os diferentes setores de atividade (...) devem ser considerados a partir das peculiaridades que apresentem. Tanto menor deverá ser a contribuição social que devem verter para o custeio da seguridade social quanto maior seja o número de trabalhadores que empreguem. Nesse aspecto, a proteção contra o desemprego se reveste de duas características: preventiva (evitando que haja o desemprego) e repressiva (onerando quem mais desemprega os

⁹⁸ O Princípio da Equidade: Um dos Pilares do Sistema de Seguridade Social, pp. 13/14.

trabalhadores).

De outra parte, a atividade econômica, no seu todo considerada, é distinta enquanto fator de configuração de riscos sociais que exigem seguridade. A indústria pode ser o setor que mais desgaste o trabalhador, quando comparado com o comércio. Se assim o for (o que os dados estatísticos devem atestar) o setor industrial deverá ter alíquotas ou bases de cálculo maiores do que o setor comercial. E assim por diante.⁹⁹

Com tal conformação, parece pouco ou nada provável a submissão da previdência privada ao objetivo da *equidade*. De fato, como assinalado mais de uma vez neste trabalho, tratando-se ela de regime que *funciona* por meio de contratos livremente celebrados entre as partes e que é, exclusivamente, por estas financiado, não se mostra hábil a celebrar a *justiça* almejada pelo princípio em foco - justiça essa que seria obtida, *mutatis mutantis*, com o respeito à capacidade econômica das pessoas físicas e jurídicas que, com seus aportes financeiros, custeiam os planos de benefícios das entidades previdenciárias privadas.

Mais improvável se mostra a aplicação do princípio da equidade no universo da previdência privada, se levarmos em conta as seguintes considerações, tecidas em matéria publicada na Revista Conjuntura Social (MPAS, Brasília, jan/mar, 1997, p. 22), e transcritas por Miguel Horvath Júnior:¹⁰⁰

Um sistema de capitalização individual é, em princípio, equânime para o indivíduo. Teoricamente, se recebe de volta o que se pagou, acrescido dos rendimentos e descontadas as taxas de administração. Já num sistema de repartição, existem uma série de transferências ou subsídios cruzados entre indivíduos de diversas gerações (interoperacionais) e da mesma geração (intraoperacionais). Ocorre, entretanto, que estas transferências não ocorrem necessariamente na direção “correta” ou equânime, ou seja, dos indivíduos ou gerações de maiores rendimentos. É muito freqüente a existência de um sem número de transferências perversas, onde os mais pobres acabam subsidiando os mais ricos, ou, pelo menos, os menos pobres.

O que queremos destacar no texto acima é a afirmação de que “um sistema de

⁹⁹ Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 91.

¹⁰⁰ Direito Previdenciário, p. 57.

capitalização individual é, em princípio, equânime para o indivíduo”. De fato, em se tratando de planos de benefícios estruturados sob o regime financeiro de capitalização, a *equidade*, em regra, estará presente, sim, mas no sentido – conforme expressado pelo autor – de haver uma íntima relação numérica entre prestação (contribuição) e contraprestação (benefício), e não naquela acepção de que a *justiça* advém de se impor um sacrifício financeiro maior àqueles que dispõem de capacidade econômica mais ampla.

O destaque é oportuno, se considerarmos que os planos de benefícios das entidades de previdência privada são, atualmente, em regra quase absoluta, estruturados sob o regime financeiro de capitalização (veja-se, a propósito, o § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 109/2001). Desta forma, a única *equidade* possível seria a que implicasse o direito de os *segurados* do regime privado obterem benefícios cuja expressão monetária refletisse a das contribuições que os custearam.

2.1.6 Princípio da Diversidade da Base de Financiamento:

A primeira manifestação deste princípio está na própria Constituição Federal, mais especificamente, em seu art. 195, *in verbis*:

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

O que se nota, sem dificuldade alguma, é que a *base de financiamento* do sistema (ou seja, as *fontes* de onde provêm os recursos financeiros que lhe permitem funcionar) é bastante diversificada. Assim, a sustentação financeira da seguridade social é garantida por meio de recursos provenientes dos orçamentos públicos e, também, das contribuições sociais efetuadas pelos mais variados atores sociais: empregadores; empresas e equiparadas; trabalhadores; segurados não-trabalhadores; importadores de bens ou serviços do exterior, etc.

Este, portanto, o significado do *princípio da diversidade da base de financiamento*: que o ônus relativo à sustentação financeira da seguridade social deve ser repartido com toda a sociedade, de modo a que, no fim e ao cabo, a *conta* não sobrecarregue em demasia um de seus setores.

Mas, há um outro *telos* subjacente a esse princípio, como captou muito bem Maria da Glória Chagas Arruda:¹⁰¹ “Com a diversificação das bases que financiam a seguridade social, pretende-se garantir a saúde financeira do sistema, pois, se algumas das fontes instituídas mostrarem-se insuficientes, outras poderão cobrir possíveis desequilíbrios econômicos.”

Ferramenta chave para a consecução desse objetivo pode ser a norma insculpida no § 4º do mesmo art. 195 da nossa Lei Maior, segundo o qual “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.” Sem dúvida que este dispositivo é apreciável instrumento para a realização da *diversidade*, na medida em que possibilita que outras bases de financiamento sejam criadas para *manter* ou *expandir* o sistema.

Wagner Balera¹⁰² vislumbra duas dimensões na presente diretriz. “Tanto se pode falar numa diversidade objetiva (atinente aos fatos sobre os quais incidirão as contribuições) quanto numa diversidade subjetiva (relativa a pessoas naturais ou jurídicas que verterão contribuições).”

¹⁰¹ A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo, p. 40.

¹⁰² Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 92.

Com esta acepção – de que o financiamento da seguridade social será suportado por toda a sociedade, de forma direta e indireta –, o *princípio da diversidade* e a previdência privada são incompatíveis. Os planos de benefícios por esta instituídos e operados são custeados, tão somente, pelas pessoas físicas que neles tomam parte e/ou pelas pessoas jurídicas com que aqueles mantêm vínculo funcional; é dizer, apenas as partes envolvidas no negócio constituem a base de financiamento do sistema privado; totalmente alheia, portanto, a sociedade como um todo.

Poder-se-ia argüir, talvez, que a sociedade em geral participa indiretamente do financiamento do regime privado, naqueles casos em que as empresas vertem contribuições em benefício de seus empregados, já que elas repassam tal encargo para o preço dos produtos e/ou serviços que colocam no mercado. A participação indireta se daria a cada vez que um componente da sociedade – qualquer pessoa física ou jurídica – adquirisse um daqueles produtos ou serviços, na medida em que ele estaria assumindo o ônus que, num momento anterior, fora suportado pela empresa patrocinadora do plano de benefícios.

Entendemos que tal raciocínio é de difícil sustentação, pois essa forma de participação indireta (se assim pudesse ser considerado o mecanismo exposto no parágrafo anterior) se verificaria, também, v.g., em relação às contribuições sociais de que trata o inciso I do art. 195 da Superlei, pois as empresas também *repassam* os respectivos encargos para os preços dos produtos e/ou serviços oferecidos à sociedade.

A nosso ver, a *diversidade da base de financiamento* se perfaz com tão-só as fontes expressamente identificadas no texto constitucional, eventualmente complementadas mediante a aplicação do citado § 4º do mesmo art. 195. Nada a ver, entretanto – porque o legislador constituinte sequer o insinuou – com a aludida participação indireta, via repasse das contribuições empresariais ao custo dos bens postos no mercado.

2.1.7 Princípio do Caráter Democrático e Descentralizado da Administração:

Temos aqui um objetivo que pode ser desdobrado em três comandos, a saber: que a *administração* do sistema de seguridade social se faça, a um só tempo, i) de forma *democrática*, ii) de forma *descentralizada* e iii) mediante *gestão quadripartite*.

Administração democrática é administração participativa, isto é, na qual todas as partes que tenham interesse na *coisa* administrada possam atuar, opinando, sugerindo e, principalmente, decidindo segundo regras claras e previamente estabelecidas. Neste sentido, e seguindo Wagner Balera¹⁰³, o presente aspecto do princípio aqui examinado é corolário da declaração contida no primeiro artigo de nossa Constituição: “A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito ...”.

No magistério de Miguel Horvath Júnior,¹⁰⁴ “a democracia na gestão significa efetiva participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados e também do Governo na administração dos assuntos relativos à seguridade social, de maneira equivalente, ou seja, a composição dos órgãos deve se dar de forma igual entre todos os membros.” Esse mesmo doutrinador (*apud* Mozart Victor Russomano), assinala que a gestão de sistemas sociais tem três momentos: 1º) *planejamento*; 2º) *execução*; e 3º) *controle*, e que o princípio em questão informa que a administração da seguridade social, em todos esses níveis, deve contar com a efetiva participação dos quatro atores há pouco citados.

Já a *descentralização*, no dizer de Wagner Balera,¹⁰⁵ implica a transferência do poder de decisão para a periferia do sistema. “O centro nem vê e nem se deixa ver por se achar, de ordinário, afastado tanto dos serviços como dos locais onde os problemas surgem e se desenvolvem. A **descentralização**, transferindo para a periferia do sistema o poder de decisão, faz com que as bases discutam e proponham – a partir da situação local, sempre peculiar, da necessidade particular daquela população assistida – as diretivas e os planos de ação que o setor, como um todo considerado, deve, a seu tempo, implementar.”

Por fim, *gestão quadripartite*, por inferência da literalidade do vocábulo, é a realizada por quatro *partes*, que, no caso, são as expressamente referidas no texto constitucional - trabalhadores, empregadores, aposentados e Governo; todas deverão fazer-se presentes nos *órgãos colegiais* a que alude a Magna Carta.

Muito bem, então a seguridade social deve ser administrada de forma *democrática*

¹⁰³ Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 93.

¹⁰⁴ Direito Previdenciário, p. 59.

¹⁰⁵ *Ibid*, pp. 94/95.

(participativa) e *descentralizada* (espraiada do centro até a periferia do sistema), mediante *gestão quadripartite* (levada a termo pelas quatro partes mencionadas no parágrafo anterior). Para tornar exequível o objetivo, foram instituídos diversos órgãos colegiais como o Conselho Nacional da Seguridade Social – CNSS (art. 6º da Lei n. 8.212/91), Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS, Conselhos Estaduais de Previdência Social – CEPS e Conselhos Municipais de Previdência Social - CMPS (arts. 3º e 7º da Lei n. 8.213/91) e Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS (art. 17 da Lei n. 8.742/93), nos quais previu-se assento para representantes daquelas quatro partes referidas no texto constitucional. Para exemplificá-lo, vejamos o art. 6º da Lei n. 8.212/91:

Art. 6º Fica instituído o Conselho Nacional da Seguridade Social, órgão superior de deliberação colegiada, com a participação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de representantes da sociedade civil.

§ 1º O conselho Nacional da Seguridade Social terá dezessete membros e respectivos suplentes, sendo:

- a) 4 (quatro) representantes do Governo Federal, dentre os quais, 1 (um) da área de saúde, 1 (um) da área de previdência social e 1 (um) da área de assistência social;
- b) 1 (um) representante dos governos estaduais e 1 (um) das prefeituras municipais;
- c) oito representantes da sociedade civil, sendo quatro trabalhadores, dos quais pelo menos dois aposentados, e quatro empresários;
- d) 3 (três) representantes membros dos conselhos setoriais, sendo um de cada área da Seguridade Social, conforme disposto no Regimento do Conselho Nacional da Seguridade Social.

Com pequenas variações, é assim a composição dos demais órgãos acima mencionados, sempre com a presença dos atores sociais requeridos pela Superlei, o que demonstra a boa vontade do legislador ordinário no cumprimento do objetivo do *caráter democrático e descentralizado da administração*.

Ocorre que o elogiável empenho do Legislativo vem sendo arruinado pelo Executivo Federal, que, por meio da Medida Provisória n. 1.799-5/99 (posteriormente reeditada

sob n. 2.216-37/01), revogou todos os dispositivos legais que tratavam do CNSS, dos CEPS e dos CMPS, com o que estes órgãos colegiados desapareceram da estrutura da seguridade social. É certo que, como aduz Wagner Balera, a Medida Provisória n. 103 instituiu um Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social “que, de certo modo, cuidará do amplo contrato social, que dentre suas cláusulas figura o modo de proteção seguridade social.” Mas, a este novo Conselho, ressalva o mestre, falta a conformação tripartite sob que se estrutura a seguridade em todo o mundo. E, “se nenhuma instância estiver integrada pelos representantes dos trabalhadores, dos empresários e dos aposentados, não poderá ser considerado existente, nem mesmo sob perspectiva formal, o espaço democrático da seguridade social, pois estará desatendendo ao que determina o inciso VII do parágrafo único do art. 194 da Constituição.”¹⁰⁶

Seja como for, o princípio da *administração democrática e descentralizada, mediante gestão quadripartite*, vincula inarredavelmente a previdência privada. No que diz respeito aos colegiados existentes nos órgãos públicos, até por semelhante imposição do art. 10 da CF/88, que assim dispõe: “É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.” Ora, sendo os trabalhadores e/ou os respectivos empregadores os que, quase sempre, efetuam aportes para custear os planos de benefícios operados pelas entidades de previdência privada, é evidente que necessitam eles estar representados em todos esses órgãos colegiados, sob pena de afronta a ambos os comandos constitucionais aqui versados.

Assim é que, discorrendo sobre a composição do Conselho Nacional da Seguridade Social, instituído, como visto, pela Lei n. 8.212, de 1991, Wagner Balera salienta que “estranhamente, porém, a legislação não previu a participação dos representantes da previdência privada no colégio superior do sistema”, a demonstrar que a opinião desse publicista também é no sentido de que os atores do regime privado devem estar representados nos órgãos em que seus interesses sejam discutidos e deliberados.

Alguns antecedentes históricos colaboram, ainda que timidamente, para tal entendimento. O art. 30 da Lei n. 6.435/77, por exemplo, estabelecia que “os estatutos das entidades abertas, sem fins lucrativos, ao disciplinarem a forma de sua administração e controle,

¹⁰⁶ Sistema de Seguridade Social, p. 44.

estabelecerão distinção expressa entre associados controladores e simples participantes dos planos de benefícios”, a denotar a existência de órgãos colegiados e multirepresentativos naquelas entidades, encarregados da administração e controle de suas atividades. E o art. 49 da mesma lei previa a obrigatoriedade de as entidades fechadas comunicarem ao Órgão Executivo do Ministério da Previdência e Assistência Social os atos relativos à eleição de diretores e membros de conselhos deliberativos, consultivos, fiscais ou assemelhados, no prazo de 15 dias de sua ocorrência ...”.

Com a redação recebida da Emenda Constitucional n. 20/98, o § 6º do art. 202 da Constituição Federal passou a estatuir que a lei complementar referida no § 4º do mesmo artigo, destinada a disciplinar a relação entre as quatro pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada, deve estabelecer os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada, bem como disciplinar a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Afinado com esse desígnio constitucional, o art. 9º da Lei Complementar n. 108, de 2001, dispõe que a estrutura organizacional das entidades de previdência complementar patrocinadas por aquelas pessoas políticas é constituída de *conselho deliberativo*, *conselho fiscal* e *diretoria-executiva*. No caso dos dois primeiros órgãos, aduz a mesma LC (arts. 11 e 15) que a respectiva composição será paritária entre representantes dos *participantes*, *assistidos* e *patrocinadores*, enquanto a diretoria-executiva compor-se-á por, no máximo, seis membros, “definidos em função do patrimônio da entidade e do seu número de participantes, inclusive assistidos”, e na forma prevista no estatuto de cada entidade previdenciária (art. 19, §§ 1º e 2º).

Por seu turno, a Lei Complementar n. 109/2001, que revogou a Lei n. 6.435/77, estabelece, em seu art. 35, que “as entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva”, e, no § 1º do mesmo artigo, que o estatuto destes órgãos “deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas.” Porém, não faz a lei básica menção alguma a eventual representação dos participantes e assistidos nos órgãos colegiados pertencentes ao universo das entidades abertas.

Em excelente monografia sobre o tema, produzida na vigência da Lei n. 6.435/77, Remígio Todeschini¹⁰⁷ assim se manifesta:

Na medida em que a Constituição de 1988 estabeleceu no *caput* do art. 194 que a seguridade social compreendia um conjunto integrado de ações do poder público e da sociedade, a fim de assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, entendia que a previdência complementar, organizada pela sociedade civil, deveria seguir os mesmos princípios da seguridade social pública. Desde 1988, a Lei n. 6.435/77 deveria receptar o princípio estabelecido no § VII (*sic*) daquele dispositivo constitucional, ou seja, a participação na gestão administrativa em especial dos trabalhadores e aposentados. (...)

O Estado Democrático de Direito deve ser o equilíbrio entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. A participação dos trabalhadores na gestão de qualquer órgão previdenciário, quer do regime geral da previdência, quer complementar, possibilita o aperfeiçoamento da democracia no âmbito econômico.

A participação dos trabalhadores da gestão dos fundos de pensão – e não da previdência privada em geral - tem sido garantida, de todo modo, nos estatutos de cada uma das instituições fechadas, como assinala o mesmo Remígio Todeschini¹⁰⁸, que exemplifica com a PREVI (Bando do Brasil), a PETROS (Petrobrás) e a Fundação CESP. É preciso, no entanto, que ela se estenda à administração dos planos de benefícios operados também pelas entidades abertas, sob pena de frustrar-se o objetivo traçado no último inciso do parágrafo único do art. 194 da Norma Fundamental de 1988.

Não obstante, como visto, o objetivo da *administração democrática e descentralizada, mediante gestão quadripartite*, vincule a previdência privada, temos que, em muitos casos, os fatos encontram-se em mora com o comando da nossa Lei Maior. É o que se dá, por exemplo, em relação ao Conselho Nacional de Seguros Privados, órgão regulador da atividade de previdência privada aberta, cuja atual composição é a seguinte: Ministro da Fazenda (Presidente); Superintendente da SUSEP (Presidente Substituto); Representante do Ministério da Justiça; Representante do Ministério da Previdência Social; Representante do Banco Central do

¹⁰⁷ Gestão da Previdência Pública e Fundos de Pensão, p. 100.

¹⁰⁸ *Ibid*, pp. 98/105.

Brasil; e Representante da Comissão de Valores Mobiliários. Como se vê, inexistente nesse órgão qualquer representante dos beneficiários do regime, assim na qualidade de participantes como de assistidos.

Um pouco menos gritante, no aspecto ora examinado, é a composição do Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC, que exerce a mesma função do CNSP, mas em relação à previdência privada fechada. De fato, conforme o art. 2º do Decreto nº 4.678/2003, o CGPC é integrado: I) pelo Ministro de Estado da Previdência Social, que o presidirá; II) pelo Secretário de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social; III) por um representante da Secretaria de Previdência Social do Ministério da Previdência Social; IV) por um representante do Ministério da Fazenda; V) por um representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; VI) por um representante dos patrocinadores e instituidores de entidades fechadas de previdência complementar; VII) por um representante das entidades fechadas de previdência complementar; e VIII) por um representante dos participantes e assistidos das entidades fechadas de previdência complementar. Aqui, apesar de não haver equivalência na participação dos atores (são cinco representantes do Governo, contra apenas um dos patrocinadores e instituidores, um das entidades fechadas e um dos participantes e assistidos), a composição do órgão está próxima de atender ao objetivo da gestão quadripartite – aliás, nunca passará da mera proximidade, pois, sendo apenas um representante dos participantes e assistidos, não há assento para um representante dos trabalhadores e outro dos aposentados.

2.2 Características do Regime Privado de Previdência

Na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, o art. 202 da Magna Carta mostra-se bastante esclarecedor no tocante ao perfil da previdência privada brasileira, eis que apresenta, já no seu *caput*, as principais características do regime, possibilitando ao intérprete estremá-lo, sem grande esforço, dos outros dois regimes previdenciários enunciados no texto constitucional, a saber: o do art. 201 (regime geral de previdência social) e o do art. 40 (regime de previdência dos servidores públicos).

Antes de prosseguir, vejamos, uma vez mais, como se encontra vazado o dispositivo em comento:

Art. 202. O regime de previdência privada^①, de caráter complementar^② e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social^③, será facultativo^④, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado^⑤, e regulado por lei complementar^⑥.

Ressaltando que este artigo não emite conceito nem definição do objeto *previdência privada* – até porque, isto não cabe à Constituição, mas aos cientistas do direito -, tratemos de examinar cada um dos elementos que numeramos no texto acima reproduzido, com o que iremos formando nossa própria concepção a respeito desse modo protetivo recém introduzido no sistema brasileiro de seguridade social.

❶ *O regime de previdência privada...*

Regime:

Num texto normativo, o vocábulo *regime* nos remete à idéia de um conjunto de imposições jurídicas que incide sobre um específico objeto, conformando-o de tal modo que ele passa a ser distinguível de outros objetos, ainda que assemelhados. Ilídio das Neves¹⁰⁹ informa que a noção de *regime* “aponta para um conjunto sistemático e estruturado de regras jurídicas, administrativas e financeiras, que disciplinam, minimamente que seja, a sua criação e funcionamento”, enquanto, para Maria da Glória Chagas Arruda¹¹⁰, “regime jurídico é o conjunto de princípios e regras que formam a unidade sistemática de determinado instituto jurídico ou campo do Direito, conferindo-lhe autonomia e identidade própria.” No nosso caso, as prescrições do artigo em comento formam esse conjunto de imposições, as quais, pelo modo como se encontram combinadas, fazem surgir o objeto *previdência privada*, que é diferenciável, por exemplo, do objeto *previdência social* (art. 201), justamente porque este é fruto de outro *regime*.

Nesta linha, Wladimir Novaes Martinez¹¹¹ assinala que o uso do vocábulo *regime*, em relação aos trabalhadores da iniciativa privada, divide o sistema brasileiro de proteção social em dois estamentos fundamentais: a) geral, com as nuances de estatal, público e básico, e b)

¹⁰⁹ Direito da Segurança Social, p. 900.

¹¹⁰ A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo, p. 45.

supletivo, com as determinantes de particular, privado e complementar.

À divisão apresentada pelo mestre, ousamos acrescentar o regime do art. 40 da Constituição Federal, que se distingue dos demais por não ser *geral* (isto é, aplica-se somente aos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) nem dotado daquelas qualidades elencadas na letra *b* do parágrafo anterior.

Previdência:

O art. 2º da Lei Complementar nº 109/2001 explica o emprego da palavra *previdência* no texto constitucional, nestes termos: “O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo instituir e executar planos de benefícios *de caráter previdenciário ...*”. De fato, não poderia a lei complementar dispor de outra maneira, pois o uso do substantivo *previdência*, no art. 202 da Superlei, delimitou precisamente a área na qual o regime em comento poderá atuar, dentro do sistema de seguridade social: o setor previdenciário. Fica excluída, portanto, a possibilidade de as entidades de previdência complementar (assim chamadas na LC 109/01) estender sua atuação aos setores da saúde e da assistência social.

Curioso notar que, antes do advento da Emenda nº 20/98, a palavra *previdência*, contida no *caput* do art. 194 da Constituição Federal, denotava apenas o regime delineado no art. 201 da Carta, com os traços que lhe são peculiares (público, geral, básico, etc.), pois, até então, a previdência privada não se considerava um componente da seguridade social. Contudo, a partir da dita Emenda, entendemos que a mesma palavra ganhou *status* de gênero, do qual se apresentam como espécies a previdência social (art. 201) e a previdência privada (art. 202).

Alguns autores consideram que o regime do art. 202 também é de previdência *social*, apesar de dotado de características não encontráveis no do artigo imediatamente anterior. Exemplificamos com Wladimir Novaes¹¹², para quem “de modo geral, a LC n. 109/01 cuida da previdência social. De uma de suas frações, aquela adutora em relação a certo montante devido

¹¹¹ Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, p. 20.

¹¹² Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, p. 21.

pela organização básica (RGPS). Mas, sem sombra de dúvida, social até onde a técnica brasileira o seja, hodiernamente bastante afetada pelas idéias de poupança coletivizada, aplicações financeiras, regimes de capitalização, principalmente dos planos de contribuição definida (CD)”.

Acreditamos que alguns esclarecimentos se fazem aqui necessários. Para nós – já o dissemos anteriormente -, previdência social e previdência privada se tratam de duas realidades distintas, inconfundíveis entre si. Têm pontos em comum, é verdade – v.g., além de fazerem parte do mesmo sistema, ambas visam à proteção das pessoas naturais a elas filiadas, contra determinados riscos previamente estabelecidos em seus respectivos planos de benefícios -, mas não suficientes para as transformar *nas mesmas coisas*, sob o ângulo do significado que o adjetivo *social* possui no texto do art. 201 da CF/88. E isto por diversas razões, como as que, exemplificativamente, passamos a expor.

Por previdência *social* sempre se entendeu um regime instituído, operacionalizado e gerido pelo Estado – uma instituição pública, portanto -, cujo custeio é provido por diversos setores da sociedade – geralmente pelo tripé *trabalhador, empregador* e o próprio *Poder Público*. Tem sido assim desde 1883, quando, por iniciativa de Bismarck, a Alemanha editou a primeira de uma série de leis de proteção aos trabalhadores urbanos daquele país.

No Brasil, estes caracteres são destacados em praticamente todas as definições que a melhor doutrina atribui a esse regime, como se verifica, por exemplo, em Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira¹¹³, para quem a previdência social é

a organização criada pelo Estado, destinada a prover às necessidades vitais de todos os que exercem atividade remunerada e de seus dependentes, nos eventos possíveis de suas vidas, por meio de um sistema de seguro obrigatório, de cuja administração e custeio participam, em maior ou menor escala, o próprio Estado, os segurados e as empresas.

No mesmo sentido, Mozart Victor Russomano¹¹⁴ assim se expressa sobre a locução *previdência social*:

¹¹³ A Previdência Social Brasileira e a Sua Nova Lei Orgânica, p. 12.

¹¹⁴ Curso de Previdência Social, pp. 43.

A verdadeira natureza daquela expressão vernacular encontra sua tônica no vocábulo *social*: ela representa, no estágio em que nos encontramos, a superação de todas as formas de *previdência privada*, quer sejam *individuais* (que se esgotam no conceito de poupança) quer sejam *coletivas*, através de seguros em grupo, caixas de socorros e associações mutualistas.

Esse mesmo e notável publicista¹¹⁵ destaca que “em contraposição aos seguros privados, a espinha dorsal da Previdência Social brasileira continua constituída pelos seguros sociais que, com suficiente precisão, foram definidos por Almansa Pastor como *‘los seguros obligatorios, de origen legal, gestionados por entes públicos e dirigidos especificamente a proteger necesidades sociales derivadas de riesgos que afectan a individuos determinados legalmente’*”.

Na mesma direção, Wagner Balera¹¹⁶ ensina que “a previdência social é, antes de tudo, uma técnica de proteção que depende da articulação entre o Poder Público e os demais atores sociais. Estabelece diversas formas de seguro, para o qual ordinariamente contribuem os trabalhadores, o patronato e o Estado ...”. Por sua vez, previdência social é definida por Marcelo Leonardo Tavares¹¹⁷ como “seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição ...”, enquanto, para Maria da Glória Chagas Arruda¹¹⁸, ela também se caracteriza, principalmente, pelo caráter público e obrigatório, além de destinar-se a proporcionar aos destinatários renda com o intuito de prover as necessidades básicas dos indivíduos.

Mais ainda pode ser dito – pois há muitos outros autores que emitem semelhantes definições – para demonstrar que é inerente à idéia de *previdência social*, dentre outras características não encontráveis na previdência privada, tratar-se ela de regime público e financiado, ainda que apenas em parte, pelo Estado. No caso brasileiro, este é o modelo adotado, como se constata, por exemplo, no parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.212, de 1991, assim redigido: “A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando decorrentes do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, na forma da Lei Orçamentária anual.” Mostra-se claramente, aqui, o aval da

¹¹⁵ Curso de Previdência Social, p. 44.

¹¹⁶ Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 49.

¹¹⁷ Direito Previdenciário, p. 13.

¹¹⁸ A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo, p. 46.

União à solvência do subsistema de previdência social, traduzido na garantia *ex lege* de suprir-lhe as eventuais insuficiências financeiras, algo que não se dá relativamente ao regime estatuído no art. 202 da Constituição.

Igualmente digno de nota é mencionar-se que a previdência social é inspirada no princípio do *solidarismo social* - que, no magistério do próprio Wladimir Novaes Martinez¹¹⁹, “significa contribuição da maioria em benefício da minoria” -, enquanto na previdência privada vigora o princípio da *solidariedade de grupo* “que, por muito ampla que seja, é naturalmente limitada às fronteiras funcionais dos setores profissionais ou interprofissionais abrangidos.”¹²⁰ Com efeito, o modo público tem o seu alicerce no chamado *pacto de gerações*, pelo qual os trabalhadores de hoje financiam, com as suas presentes contribuições, os benefícios dos que já passaram para a inatividade - e, por conseguinte, não mais contribuem -, ao mesmo tempo em que terão os seus respectivos benefícios, quando também se tornarem inativos e cessarem de contribuir, financiados pela geração de trabalhadores que lhes suceder, e assim repetidamente. É inerente a este modelo que não haja significativa corresponsabilidade entre os valores dos aportes realizados por uma pessoa e os dos seus benefícios, pois o montante de contribuições arrecadado num dado momento pode não ser suficiente (e, de fato, tem sido cada vez menos) para assegurar, aos atuais beneficiários, prestações equivalentes aos valores com que contribuíram durante sua vida profissional ativa – fato que se explica, por exemplo, na evolução da *pirâmide demográfica*, onde se verifica que a quantidade de inativos cresce em proporção maior do que a de trabalhadores/contribuintes.

Estes problemas não se põem no âmbito do regime privado, no qual, ausente o *pacto de gerações*, os contribuintes de hoje financiam, com as respectivas contribuições, os seus próprios benefícios, ou os dos que designaram como dependentes seus. Aqui, a regra é a sinalagmaticidade dos contratos celebrados entre as entidades e a clientela por elas protegida, isto é, a *reciprocidade de prestações*. Wagner Balera explica que a sinalagmaticidade, *in casu*, significa “dar prestação previdenciária na mesma proporção do respectivo custeio, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado. Eu tenho tanto direito quanto foi o prêmio que eu paguei: nem mais, nem menos.”¹²¹

¹¹⁹ Princípios de Direito Previdenciário, p. 74.

¹²⁰ Ilídio das NEVES, *Direito da Segurança Social*, p. 897.

¹²¹ Lição proferida em aula ministrada no curso de mestrado em Direito Previdenciário, da PUC/SP, em 13/09/2004.

Muitas outras diferenças existem entre os dois regimes – o que ficará mais evidente à medida em que formos percorrendo, nos itens seguintes, sobre as características da previdência privada -, a mostrar que se tratam de objetos não confundíveis entre si. Destarte, para sustentarmos que o regime do art. 202 da Norma Ápice é, também, previdência social, parece necessário que esta locução seja tomada em dois sentidos: de gênero e de espécie. No primeiro caso, abstrair-nos-íamos das diferenças como as retro apontadas, concentrando-nos numa suposta nova acepção que o vocábulo *previdência* teria recebido, no art. 194 da Constituição Federal de 1988, após a Emenda Constitucional n. 20/98 – qual seja o de um setor da seguridade social não mais monopolizado pelo Estado, mas aberto também à iniciativa privada. No segundo caso, teríamos previdência social como um dos subsistemas (espécie) do sistema de previdência social (gênero), ou seja, como o *regime geral de previdência social* de que trata o art. 201 da Superlei, operando ao lado do outro subsistema - que é o regime de previdência privada - do mesmo setor genérico da seguridade social. Portanto, previdência privada seria previdência social somente quando tomada esta última expressão como gênero, do qual apresentar-se-iam como espécies os dois regimes aqui postos em confronto. Em suma, teríamos previdência social em sentido lato e previdência social em sentido estrito, respectivamente, nos arts. 194 e 201 da Magna Carta; no primeiro deles, estariam albergadas apenas as características comuns ao *regime geral* e ao *regime privado* – v.g., a de operarem ambos mediante técnica em muito assemelhada ao do seguro e a de objetivarem, um e outro, “institucionalizar o bem-estar social e acabar com a desigualdade que a materialização dos riscos sociais sempre produz”¹²² - enquanto no segundo teriam lugar as particularidades do *regime geral*, e somente elas.

Privada:

Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub leciona que “a palavra privada consiste etimologicamente no feminino substantivado do adjetivo privado, que por sua vez é oriundo do latim *privatu*; *privus*, e tem um significado de particular, que não é público.”¹²³

Assim, a locução *previdência privada* denota que o regime estatuído no art. 202 da CF/88 há de ser empreitado pelo particular, ou, mais exatamente, por pessoas jurídicas de direito

¹²² Manuel Sebastião Soares PÓVOAS, *Previdência Privada* - Filosofia ..., p. 319.

¹²³ *Previdência Privada*, p. 118.

privado, bastando que tenham elas capacidade técnica para tanto e atendam a certos requisitos pré-estabelecidos na legislação específica, dentre os quais a de estarem autorizadas pelos órgãos estatais competentes. A respeito desta última exigência, dispõe o art. 6º da Lei Complementar n. 109/2001 que “as entidades de previdência complementar somente poderão instituir e operar planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador ...”.

Segundo Cesar Augusto Cassoni¹²⁴, a denominação *previdência privada* decorre de ser esta operada por entidades de previdência complementar de natureza privada, que têm como objetivo principal instituir planos de benefícios de caráter previdenciário.

Já Manuel Sebastião Soares Póvoas¹²⁵ assinala 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”.

Na preciosa lição de Sérgio de Andréa Ferreira¹²⁶, “básico é realçar que as EPCs situam-se no setor privado, sendo que a afirmação, pelo art. 202 da CF, de sua autonomia e de sua índole complementar, lhe confere a denotação de entes particulares (e não, apenas, de direito privado).

Repreendendo o emprego da expressão *previdência privada*, ou melhor, do adjetivo nela contido, Wladimir Novaes Martinez assim se posiciona: “Em vez de supletiva, que é superior (...), para não repetir o ‘complementar’, o legislador usa a expressão ‘privada’. Inovando, poderia ser ‘de direito privado’ ou ‘particular’, mas para alcançar o segmento fechado e aberto manteve essa depreciativa locução.”

② ... de caráter complementar ...

¹²⁴ O Sistema de Previdência Complementar, **In: Estudos em Homenagem ao Prof. Wagner Balera**, p. 75.

¹²⁵ Previdência Privada: Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica, p. 59.

¹²⁶ Previdência Complementar: Os Limites de Fiscalização e de Regulação, **In: Fundos de Pensão em Debate**, p. 100.

Como já tivemos oportunidade de assinalar, a previdência privada assumiu a feição de regime *complementar* a partir de 1923, quando instituída no país a previdência social. Antes, tal adjetivação não lhe cabia, porquanto se tratava do único sistema previdenciário aqui existente, isto é, não havia ainda o regime estatal básico, cujos benefícios demandassem complementação por um outro modo protetivo.

Com o advento da previdência pública, garantindo benefícios em dinheiro apenas até um determinado valor, o regime privado ganhou o qualificativo em exame na medida em que passou a atender, precipuamente, aquelas pessoas cujos rendimentos habituais situavam-se acima do referido limite. Quando estas passavam para a inatividade, a previdência privada *complementava* a diferença entre o rendimento que tinham enquanto na ativa e o valor do benefício garantido pela previdência social.

A propósito, Wladimir Novaes Martinez classificava como *complementares*, “... os valores mensais resultantes da diferença entre a remuneração média do segurado e o desembolsado pelo ente público.”¹²⁷

Na lição sempre oportuna de Ilídio das Neves, o regime de previdência de que aqui se cuida constitui o segundo dos três pilares de proteção social – ao lado, portanto, do primeiro pilar, que “abrange a vasta área dos regimes legais ou públicos de segurança social”¹²⁸, e do terceiro, decorrente “de iniciativas estritamente pessoais, que representam esforços de aforro ou de *poupança* numa perspectiva de auto-proteção, sem que haja necessariamente qualquer relação com os regimes legais ou mesmo com os regimes complementares de grupo.”¹²⁹ Leciona esse autor que “o segundo pilar é constituído pelos regimes complementares, isto é, os que garantem prestações que completam os benefícios assegurados pelos regimes legais.”¹³⁰

Ao menos em relação às chamadas *entidades fechadas* (mais adiante examinadas em particular), tudo isto ficou muito mais nítido com a edição da Lei nº 6.435/77, cujo art. 34 assim prescrevia:

¹²⁷ Primeiras Lições de Previdência Complementar, p. 22.

¹²⁸ Direito da Segurança Social, p. 895.

¹²⁹ *Ibid*, p. 900.

¹³⁰ *Ibid*, p. 897.

Art. 34 – As entidades fechadas consideram-se complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Valemo-nos, uma vez mais, dos ensinamentos de Wagner Balera, para quem “ao regime complementar (...), compete proporcionar planos de proteção que atendam à demanda daquela parcela da comunidade cujas rendas se situem acima dos limites de proteção estabelecidos pelo regime geral e pelo regime próprio.”¹³¹

Registre-se que a nova redação do art. 202 da Magna Carta, dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, já suscitou algumas perplexidades na doutrina, como se observa neste excerto, extraído de obra de autoria de Sergio Pardal Freudenthal:

O novo Texto Constitucional, fruto da EC n. 20/98, nos apresenta grave contradição quando pretende a constituição de “Regime de Previdência Privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social”. A redação é contraditória quando dispõe regime complementar e autônomo. Como poderá ser complementar se deve ser autônomo em relação ao regime geral?!? Complementar ao que?!?¹³²

O mesmo autor da pergunta oferece-lhe resposta quando, na mesma página da referida obra, aponta a função que, a seu ver, desempenha a *nova* previdência privada brasileira: suplementar os proventos pagos pela previdência oficial, com o que ele (o regime privado) presta o serviço de manutenção das condições de vida do segurado; “possibilitando que o trabalhador se aposente de verdade, saindo da atividade, retirando-se para os seus aposentos, cria nova vaga no mercado de trabalho; e, garantindo boas condições de vida do aposentado, o seguro privado ainda colabora na formação de novos empregos no mercado do futuro, o dos entretenimentos, das diversões, das férias.”

Arthur Bragança V. Weintraub¹³³, após notar que “pelo princípio da complementaridade, a concessão do benefício estatal básico é tido como principal e obrigatório,

¹³¹ Sistema de Seguridade Social, p. 15.

¹³² *A Previdência Social Pública e Privada*, in RPS n. 262, p. 768.

¹³³ *Previdência Privada*, p. 10.

relegando à vontade da pessoa a contribuição e o benefício complementar”, pontifica que, não obstante, “esse caráter acessório da Previdência Privada possui um cunho legal, pois nem sempre em termos pecuniários ocorre essa complementaridade ou acessoriedade. Por vezes, em valores de benefícios, a Previdência Privada oferece ganhos maiores do que a Previdência Oficial, que possui um limite relativamente baixo de benefício.”

De fato, parece-nos de extrema relevância destacar que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, há que ser repensado o alcance desse *complementar em relação ao regime geral de previdência social*, referido no art. 202 da Magna Carta, tendo em vista a desvinculação entre os dois regimes, de que nos dá conta Sergio Pardal Freudenthal – o que implica a possibilidade de a prestação do plano previdenciário particular ser deferida independentemente de o favorecido estar ou não em gozo de benefício do RGPS e, principalmente, de o seu respectivo valor ser aquele contratado, livremente, entre as partes, sem nenhuma amarração à diferença retro citada. De indagar-se, portanto, se o significado daquele *complementar* ainda é o que historicamente se lhe atribuía até 15/12/1998?

Cesar Augusto Cassoni responde negativamente à pergunta, conforme o seguinte trecho do seu “O Sistema de Previdência Complementar”¹³⁴:

Com o advento da nova lei de previdência complementar que regulariza o Sistema de Previdência Complementar, essa situação não mais se verifica. Houve uma mudança no conceito da previdência privada.

Cada cidadão, de acordo com suas próprias possibilidades poderá constituir seu fundo de previdência complementar, independentemente de ser ou não segurado da previdência social.

Portanto, a condição de ‘*supletiva*’, no sentido de ‘*substitutiva*’ da previdência privada complementar aflorou do seu caráter de autonomia, decorrente da nova lei.

Concordamos com esse autor. E acrescentamos que, ao nosso sentir, a previdência privada brasileira, de 16 de dezembro de 1998 em diante, só pode ser cognominada de *complementar*, no sentido de que, tornando possível às pessoas auferir, na inatividade,

¹³⁴ **In:** Estudos em Homenagem ao Professor Wagner Balera, p. 77.

rendimento mensal não apenas idêntico, mas até superior ao que possuíam quando ainda no mercado de trabalho, contribui para a atualização da universalidade da cobertura, um dos princípios da seguridade social, consoante o inciso I do parágrafo único do art. 194 da Norma Ápice. Ou seja, a previdência privada apresenta-se, agora, como instrumento de aproximação das pessoas, daquele nível máximo de proteção objetivado pelo constituinte originário de 1988. A *complementação*, assim, não se dá mais em relação à previdência social, mas à tutela que a seguridade social visa oferecer.

Colabora para a formação desse nosso entendimento o magistério de Wagner Balera¹³⁵, para quem “atuam, os entes complementares, como estruturas de expansão do arcabouço de proteção, formando, como já se costuma dizer na França, segunda rede de seguridade social, em estreita colaboração com o Poder Público, no interior do aparato de seguridade social”, assim como o de Wladimir Novaes Martinez¹³⁶, nestes termos:

A expressão “complementar”, levando em conta que também se cuida das EPC abertas, que pressupõe algo a suprir, combinada com o vocábulo “autônomo”, se não explicitada em seu alcance, induz a contra-senso. Se é complementar, dificilmente será autônomo; se independente, não pode ser subordinado ao RGPS. Do desenvolvimento dos demais artigos, em particular com o art. 68, § 2º, resta evidente que a técnica é implementar e desvinculada do regime básico. Assim, é destituído de sentido chamar de complementar a aberta e também a fechada.

③ ... e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social ...

A autonomia, *in casu*, conforme o próprio art. 202 da Norma Ápice, se dá em relação ao regime geral de previdência social, ou seja, à previdência pública de que trata o art. 201 da Carta.

Aqui, a Emenda nº 20/98 operou significativa alteração frente ao *statu quo ante*, pois, até a data de sua edição, a concessão de benefícios previdenciários, pelas entidades de

¹³⁵ Sistema de Seguridade Social, p. 69.

¹³⁶ Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, p. 25.

previdência complementar, dependia de que o RGPS já tivesse concedido idêntica prestação ao beneficiário. É dizer, somente após o segurado haver entrado em gozo de benefício no regime estatal, é que a entidade privada poderia conceder-lhe a prestação a que fazia jus.

Por isso, em sua obra publicada em 1996 (anteriormente, portanto, à edição da EC em tela), ao descrever os documentos necessários para a instrução do pedido de benefício numa entidade de previdência privada, Wladimir Novaes Martinez o faz nestes termos: “Solicitação, acompanhada de comprovantes do direito: a) ... e) carta de concessão do benefício oficial (...)”¹³⁷

Mas a dependência do regime privatístico em relação ao público não ficava circunscrita ao momento da concessão do benefício. Ao contrário, ela se evidenciava, também, em diversas partes do Decreto nº 81.240, de 1978, que regulamentava disposições da Lei nº 6.435/77, como, *v.g.*, o art. 9º, cujos termos eram os seguintes: “Os benefícios instituídos pelos planos das entidades ficam sujeitos aos períodos de carência dos benefícios de que são complementares na previdência social, sem prejuízo dos períodos que forem estipulados pelos próprios planos, desde que não inferiores àqueles”; ou o art. 23, *in verbis*: “Não será admitida a concessão de benefícios sob a forma de renda vitalícia que, adicionada à aposentadoria concedida pela previdência social, exceda a média das remunerações sobre as quais incidirem as contribuições para a previdência privada nos 12 meses imediatamente anteriores à data da concessão ...”.

A autonomia estabelecida pela ordem constitucional instaurada a 15 de dezembro de 1998 significa, justamente – e, aí, a grande inovação –, a libertação da previdência privada, daquelas amarras que, anteriormente, a prendiam ao regime geral de previdência social.

Oportuno, neste particular, é o magistério de Flávio Martins Rodrigues¹³⁸, que, ao comentar o art. 202 da CF/88, na redação que lhe deu a EC nº 20/98, assinala que “... a tradição que prosperou entre nós de que as regras de aposentação do RGPS vinculariam o deferimento do benefício complementar deixa de ser corolário impositivo.” Por isso, implementadas todas as condições estabelecidas no contrato celebrado com a entidade privada, para efeito de aquisição do direito ao gozo de um determinado benefício, este pode ser concedido ao seu titular,

¹³⁷ *Primeiras Lições...*, p. 165.

¹³⁸ *Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*, p. 64.

independentemente de o mesmo, anterior ou simultaneamente, haver passado a usufruir de qualquer das prestações que compõem o plano de benefícios da previdência social. É o que, aliás, está expresso no § 2º do art. 68 da LC n. 109/01: “A concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social.”

④ ... será facultativo ...

Outro importante traço distintivo do regime privatístico em relação ao público diz respeito à facultatividade do primeiro, isto é, à possibilidade de qualquer pessoa aderir ou não a um plano de benefício instituído por entidade de previdência privada. Tal característica, de fato, não se encontra no RGPS, posto que o art. 201 da nossa Lei Maior é expresso no sentido de que “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória ...”.

Para Wladimir Novaes, o *princípio da facultatividade* informa que, teoricamente, o trabalhador é senhor da decisão de participar ou não de um plano de previdência privada, embora a lei pudesse impor a filiação compulsória como condição para aquela cobertura. “Historicamente assim aconteceu e, em princípio, não tem muito sentido essa entrega da opção à pessoa a ser protegida. Todavia, por força de lei, assim é e tem sido.”¹³⁹

Ao menos no que diz respeito à chamada *previdência privada aberta*, operada pelo particular com o ânimo de lucro, ousamos discordar da suposta ausência de sentido, referida no parágrafo anterior. Levando-se em conta que tal setor do regime privado representa uma fatia do mercado, acompanhamos o pensamento de Ilídio das Neves¹⁴⁰, expresso nestas candentes palavras:

... a idéia de estabelecer modalidades previdenciais de natureza privada (fundos de pensões, seguros e produtos mutualistas), cuja subscrição seja tornada obrigatória pelo Estado como forma de complementar a proteção garantida pelo sistema público, suscita uma importante questão de princípio: como fundamentar o fato de ser tornado obrigatório um determinado segmento do mercado? (...) O Estado, que

¹³⁹ Princípios de Direito Previdenciário, p. 190.

exprime e garante o interesse colectivo e a prossecução do bem comum, é o espaço próprio da coactividade. A sociedade, que exprime os interesses legítimos dos cidadãos, é o espaço próprio da liberdade. Nesta conformidade, pode o Estado privilegiar uma parte do mercado, introduzindo nele a coactividade? A resposta não pode deixar de ser negativa.

Interpretando-a sistematicamente, Wagner Balera afirma que a facultatividade “envolve o poder de que os interessados são revestidos pelo ordenamento jurídico para fazer ou deixar de fazer alguma coisa.”¹⁴¹.

Não se trata ela de novidade trazida pela EC nº 20/98. Em verdade, o antes mencionado Decreto nº 81.240/78 já prescrevia, em seu art. 8º, que “é facultativa a adesão do empregado ao plano de benefício instituído pelas entidades fechadas de previdência privada”. Doutrinando a respeito, à época em que vigia esse decreto, Wladimir Novaes Martinez¹⁴² dizia que a facultatividade “significa não poder a patrocinadora ou a entidade gestora forçar o empregado a aderir ao plano, embora seja desejável elevado nível de participação da coletividade para o seu êxito”.

Mas a facultatividade deve ser entendida, também, como a possibilidade de a empresa patrocinar ou não, em benefício dos trabalhadores que tem a seu serviço, uma entidade que atua no setor. Sob essa ótica, estamos, pois, com Flávio Martins Rodrigues¹⁴³, quando, após ressaltar que, entre nós, o regime complementar nunca foi obrigatório, afirma que o caracter aqui examinado “... funda-se na vontade do empregador de patrocinar uma entidade de previdência complementar e do empregado em aderir.”

Por fim, acrescentamos que a mesma faculdade que tem a pessoa de tomar ou não tomar parte num plano de previdência privada, ela tem de dele desligar-se, hipótese em que, inclusive, atendidas certas condições, lhe são assegurados alguns direitos, como o de resgatar valores decorrentes das contribuições que até então já tiver vertido para o plano.

Quer nos parecer que o atributo da facultatividade está intimamente conectado

¹⁴⁰ Direito da Segurança Social, p. 905.

¹⁴¹ Sistema de Seguridade Social, p. 72.

¹⁴² Primeiras Lições de Previdência Complementar, p. 35.

¹⁴³ Fundos de Pensão: Temas Jurídicos, p. 64.

com outra característica, que examinaremos mais adiante, também enunciada no art. 202 do Texto Maior, qual seja o da *contratualidade*.

⑤ ... *baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado ...*

Constituição de Reservas:

Não exatamente uma característica do regime, mas uma exigência constitucional, é a constituição de reservas financeiras, com vistas a garantir o pagamento dos benefícios subscritos pelos participantes dos planos instituídos pelas entidades de previdência privada. Grosso modo, tratam-se de provisões que os responsáveis pela operação dos planos devem elaborar, para evitar que os beneficiários vejam frustrado o exercício de direitos previdenciários que tenham em face das entidades, em razão de insuficiências financeiras destas para responder pelas suas correspectivas obrigações.

Tal exigência – a de constituir reservas – inexistente quanto ao regime geral de previdência social, até porque, segundo vimos, suas eventuais insuficiências financeiras serão cobertas pela União, nos termos do parágrafo único do art. 16 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

No regime privado, à falta de semelhante aval do Poder Público, as reservas se apresentam como medida preventiva indispensável – por isso que obrigatória -, devendo elas ser, sempre e sempre, bastantes para responder pelas obrigações da entidade perante o respectivo universo de beneficiários.

Manuel Sebastião S. Póvoas¹⁴⁴ explica que “... as reservas técnicas são provisões computadas pelo cálculo atuarial, correspondentes ao montante das responsabilidades futuras assumidas pelas entidades em relação aos participantes que inscreveu (*sic*) em seus planos, e aos seus beneficiários.” Maria da Glória Chagas Arruda¹⁴⁵ acrescenta que tais provisões “são, na verdade, garantias de que os benefícios serão pagos, desde que não sofram soluções de continuidade no seu desenvolvimento, isto é, desde que as contribuições sejam pagas e que os fundos em que se consubstanciam essas reservas sejam capitalizados a uma taxa média de

¹⁴⁴ Previdência Privada: Planos Empresariais, segundo volume, p. 38.

¹⁴⁵ A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo, p. 86.

rendimentos pelo menos igual à taxa atuarial considerada na estrutura técnica do plano.”

Na visão de Wagner Balera,¹⁴⁶ “sem que tenha por base as reservas constituídas pelos interessados, o plano não logrará atingir os fins de ordem econômica ou prática que as partes tinham em vista quando o engendraram ou a ele aderiram livremente.”

Realmente, tamanha é a importância da constituição dessas reservas, que não apenas a providência foi estabelecida no texto constitucional, como a Lei Complementar n. 109/2001 a ela faz alusão, direta ou indiretamente, em diversos de seus artigos (v.g., art. 1º; art. 3º, III; art. 7º; art. 18; art. 19 art. 28 e outros). Obviamente, o estabelecimento do *quantum* a ser provisionado depende de anterior trabalho do atuário, que, em face de determinado plano previdenciário e com base na lei dos grandes números, dimensionará a parcela que, do montante das contribuições vertidas à entidade, deverá ser *reservada* para a finalidade acima apontada.

O detalhamento do modo como deverão constituir-se as reservas é encontrado na legislação dos órgãos reguladores – Conselho Nacional de Seguros Privados/CNSP e Conselho de Gestão da Previdência Complementar/CGPC. No caso das entidades abertas, por exemplo, as normas a respeito desse tema estão contidas na Resolução CNSP n. 89, de 19 de agosto de 2002, onde foram estabelecidas diversas espécies de provisões técnicas. Por fugir ao objetivo deste trabalho, deixaremos de discorrer sobre cada uma delas, limitando-nos a dizer-lhes as correspondentes denominações: *provisão ou reserva matemática de benefícios a conceder; provisão matemática de benefícios concedidos; provisão de oscilação de riscos; provisão de oscilação financeira; provisão de eventos ocorridos e não avisados; reserva de contingência de benefícios; provisões de excedente técnico; provisão de excedente financeiro; provisão de benefícios a regularizar; e provisão de resgates e/ou outros valores a regularizar.*

Benefício contratado:

Talvez seja este o aspecto que suscita as discussões mais interessantes acerca da previdência privada brasileira - o de ser ela de natureza contratual -, principalmente em razão das consequências que disto emanam, em contraposição às que se dariam caso fosse ela de cunho

¹⁴⁶ Sistema de Seguridade Social, p. 74.

institucional, como sucede com a previdência pública.

As sempre indispensáveis lições de Wagner Balera¹⁴⁷ confirmam-nos 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.” Igualmente, Maria Cibele de Oliveira Ramos afirma que “as relações de previdência privada, sejam elas de entidades fechadas ou de entidades abertas, sempre nascem de contratos, inclusive quando o custeio do plano é suportado exclusivamente pela patrocinadora.”¹⁴⁸

Decorrencia, causa ou correspondente da facultatividade, o fato é que a contratualidade de que são revestidas as relações jurídicas de previdência privada significa que estas resultam de livre concerto entre as partes que as integram. A essa liberdade de contratar associa-se, ao menos em princípio, a de estabelecer as cláusulas do acerto, obedecidos apenas os limites fixados pelos órgãos estatais reguladores – cuja atuação, aliás, também encontra limites na legislação a que se submetem, em especial na Lei Complementar nº 109, de 2001, e, é claro, como fundamento de validade desta, na Constituição Federal.

Todo esse poder atribuído às partes, de engendrar o acerto conforme melhor lhes aprouver, é consectário de prevalecer, no mundo dos contratos, o princípio da autonomia da vontade, que, na definição de Sílvia Rodrigues, “consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam.”¹⁴⁹ Tal princípio se desdobra, conforme o mesmo autor, em: “a) princípio da liberdade de contratar ou não contratar; b) princípio da liberdade de contratar aquilo que entender.” (p. 16 da referida obra)

Assumindo-se que a previdência privada tem natureza contratual – sendo, pois, uma espécie de negócio jurídico –, há que se concluir que ela é regida, predominantemente, pelas normas do direito privado. Afirmam-no, peremptoriamente, dentre outros autores, Maria Glória Chagas Arruda¹⁵⁰: “Todas as entidades de previdência complementar são submetidas ao regime

¹⁴⁷ Sistema de Seguridade Social, p. 70.

¹⁴⁸ As Entidades Fechadas de Previdência Privada e os Planos de Benefícios, *in Revista de Seguridade Social* n. 7, p. 103.

¹⁴⁹ Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade, v. 3, p. 15

¹⁵⁰ A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo, p. 56.

jurídico de direito privado”; Wagner Balera¹⁵¹: “As entidades de previdência privada serão, sempre, figuras de direito privado, assim identificadas pelo sistema e pelo gestor estatal da seguridade social”; Eliane Romeiro Costa¹⁵²: “A Previdência Complementar ou previdência privada adicional, regida pelo direito privado, tem base contratual”, e Wladimir Novaes Martinez¹⁵³: “Não obstante o intervencionismo estatal, a previdência complementar é relação jurídica estabelecida no âmbito do Direito Privado. A adesão ao contrato de seguro firmado entre o participante e o fundo de pensão, no caso da fechada, bem como no da aberta, pertence à esfera do Direito Civil, e por ele é regulada”.

É certo que a incisiva participação do Estado na regulação do negócio em causa (tema que será abordado no capítulo seguinte), tem levado alguns autores a vê-lo, a um só tempo, como contratual e institucional. O próprio Wladimir Novaes assevera, na mesma página da obra há pouco citada, que “... a contigüidade do Estado regulador é intensa, ferindo a liberdade contratual e, em particular, às vezes, no bojo da relação privada impõe-se o espírito da norma pública (tal o seu alcance protetor). Ao intérprete cabe perceber as áreas predominantes de um e de outro sítio.”

Neste sentido, mas estendendo um pouco mais o raciocínio, Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub¹⁵⁴, após advertir que “a predominância do caráter institucional acarretaria a possibilidade de mudanças dentro da relação jurídica que não estejam previstas contratualmente”, e que, por outro lado, “a prevalência do caráter contratual vedaria o regramento de lei posterior sobre o ato jurídico perfeito ocorrido, obstando alterações sociais importantes”, conclui pela existência de um caráter misto (institucional e contratual simultaneamente). São suas as seguintes palavras:

O caráter institucional diz respeito ao aspecto cogente envolvendo a matéria, ou seja, que não é passível de pactuação com liberdade contratual das partes. (...)

O fator que impede a supremacia contratual da relação jurídica é a proteção social envolvida. Existe um cunho privado que fica delimitado no campo de seguridade social. Assim, elementos relativos ao contrato que sejam precipuamente negociais

¹⁵¹ Aspectos Jurídicos dos Fundos Multipatrocinados de Previdência Complementar. RPS n. 267, p. 134.

¹⁵² O Benefício Contratado na Seguridade Independente, RPS n. 268, p. 239.

¹⁵³ Primeiras Lições de Previdência Complementar, p. 39

não devem ser incluídos no aspecto institucional, ou seja, não devem ser afetados por novas legislações. Elementos contratuais que sejam precipuamente sociais são passíveis de alteração excepcional por via legislativa.

Cumpre assinalar que, além da presença marcante do Estado na regulação do negócio em apreço, a autonomia da vontade, vista pelo lado do participante, acaba sendo mitigada, também, pelo fato de a relação de previdência privada instituir-se por meio de *contrato de adesão*. Isto porque, como é sabido, considera-se com tal qualificativo o contrato em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes – no nosso caso, pela entidade de previdência privada -, não tendo a outra parte – a pessoa física que celebra o contrato com a entidade - poder algum para discuti-las ou modificá-las. Quer dizer, nesse tipo de avença, as partes não se encontram em pé de igualdade, pois a segunda contraente - em regra, mais fraca do que a primeira - só pode decidir se realiza ou não o negócio, ou seja, se adere ou não ao plano previdenciário oferecido pela entidade.

Noutros termos, em relação aos planos de previdência privada, a pessoa física interessada em aderir tem uma dentre estas alternativas: ou aceita todas as cláusulas já estipuladas, previamente, pela policitante – e, neste caso, contrata tudo em bloco -, ou as recusa por inteiro – é dizer, não celebra o contrato.

Como se vê, na prática, a autonomia da vontade, do ponto de vista do segundo contraente, se resume a contratar ou não contratar – limitando-se, conseqüentemente, ao aspecto examinado no item anterior, qual seja o da facultatividade. Já à entidade confere-se poder maior, consistente, como visto, na liberdade de estabelecer as *regras do jogo*, desde que o faça nos limites fincados pelos órgãos estatais reguladores.

Sílvia Rodrigues destaca que “tais aspectos, característicos desse tipo de negócio, levaram alguns escritores a negar-lhe a natureza contratual, insistindo, ao contrário, no caráter *institucional* do chamado contrato *de adesão*. Todavia, a despeito de apresentar tais anomalias, é inegável o caráter contratual de tais convenções. Como apontam COLIN e CAPITANT, há um consentimento emanado dos contraentes, embora da parte de um deles a manifestação volitiva se

¹⁵⁴ Manual de Direito Previdenciário Privado, p. 76.

reflita apenas através de uma anuência.”¹⁵⁵

Noutro giro, não deixa de ser digno de nota o fato de que o art. 1º da Lei Complementar n. 109/2001, ao repetir, praticamente *ipsis litteris*, a redação do art. 202 da Carta de 1988, omitiu o vocábulo *contratado*, presente no texto deste último dispositivo. Assim, enquanto o Texto Supremo fala em “constituição de reservas que garantam o benefício *contratado*”, o diploma complementar apenas estabelece a “constituição de reservas que garantam o benefício”. Será relevante a omissão, pelo legislador infraconstitucional, da palavra em destaque?

Entendemos que não, assim pela supremacia da Constituição face à lei complementar, como em decorrência das outras características enunciadas no art. 202 da primeira e reprisadas no art. 1º da segunda, principalmente a de a previdência sobre que versam tratar-se de regime *privado* e *facultativo*. Wladimir Novaes¹⁵⁶, doutrinando sobre a contratualidade do regime privado, ressalta que “não é a Constituição Federal o nicho ideal para a fixação dessa natureza jurídica; a conclusão decorre de muitos outros fatores, sendo irrelevante a menção accidental. O Estatuto Maior freqüentemente não é indicativo dessas posições e não se presta para essas definições.”

O mais provável, por conseguinte, é que a omissão do legislador complementar foi deliberada, tendo-se dado em virtude de o mesmo considerar desnecessária a menção de *contratado* no art. 1º da LC 109/2001 – assim como ela era desnecessária no próprio texto constitucional, segundo o articulista referido no parágrafo anterior.

Destacamos a seguir algumas das características do contrato previdenciário privado:

a) *bilateralidade*, com a característica da *sinalagmaticidade*, a significar a reciprocidade de prestações: o participante (ou alguém por ele) verte contribuições para a

¹⁵⁵ Direito Civil, vol. 3, p. 33.

¹⁵⁶ Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, p. 26.

entidade previdenciária e esta, em contrapartida, garante àquele o pagamento de benefícios em face de eventos predeterminados no contrato.

b) onerosidade: do lado do participante, da empresa patrocinadora ou de ambos, o ônus consiste em aportar contribuições à entidade previdenciária; do lado desta, em conceder ao primeiro ou aos seus dependentes prestações pecuniárias (benefícios).

c) aleatoriedade: característica de todo contrato em que “pelo menos uma das partes não pode antecipar o montante da prestação que receberá, em troca da que fornece. Compra-se um risco, como no exemplo do seguro, em que o segurado, em troca do prêmio, pode vir a receber a indenização, se advier o sinistro, ou nada receber, se este inostrar.”¹⁵⁷ Para Wagner Balera¹⁵⁸, a aleatoriedade é uma *essentialia negotii* no contrato de seguro – inclusive o seguro complementar, que se chama previdência privada.

Suponhamos, então, que uma pessoa física contribua para um plano de aposentadoria por invalidez. A álea, neste caso, reside na concreta possibilidade de esse participante jamais receber benefício algum, o que se dará na hipótese de o risco *invalidez* não se materializar.

d) é contrato de adesão: como visto algumas linhas atrás, chamam-se de adesão os contratos “em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto.”¹⁵⁹ Em regra, os contratos de previdência privada – sobretudo nos planos *abertos* - são padronizados, com as respectivas cláusulas adredemente estipuladas, de modo que os *clientes* da entidade já os recebem prontos, pouco ou em nada podendo interferir na sua estruturação: é aceitá-los em bloco, ou não contratar.

Objetivando recompor o equilíbrio nesse tipo de contrato, o art. 423 do Código Civil vigente estabelece que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas, ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

e) consensualidade, que é o modo de expressão, o atributo jurídico da *facultatividade* (qualidade também já examinada alhures). Significa que as pessoas se obrigam

¹⁵⁷ Silvio RODRIGUES, *in* *Direito Civil*, vol. 3, p. 33.

¹⁵⁸ Lição proferida em aula ministrada no Curso de Mestrado da PUC/SP, em 13/09/2004.

¹⁵⁹ *Ibid*, p. 44.

por consenso (com as considerações antes tecidas sobre a característica da *adesão*) e nos limites daquilo que foi pactuado. Na previdência privada, o contrato será sempre bem formalizado, clausulado, até mesmo padronizado, nunca verbal.

Não exatamente uma característica, mas elemento cuja presença é obrigatória neste e em quaisquer outras espécies de contratos, é a *boa-fé*, contemplada no art. 422 do atual Código Civil, nestes termos: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. O art. 765 do mesmo diploma, que dispõe sobre o contrato de seguro, vai mais além ao exigir “a mais estrita boa-fé e veracidade”.

Como exemplo da aplicação desta regra à previdência privada, temos que uma pessoa que deseje contratar, em benefício de seus dependentes, plano cujo risco coberto seja a sua própria morte, tem o dever de revelar à entidade qualquer doença de que eventualmente seja portador, a fim de que ela – a entidade – possa, com base nesse dado, dimensionar adequadamente o custo do plano, ou até mesmo exercer o seu direito de não efetivar o contrato. Se, todavia, resultar celebrado o contrato sem tal revelação, e sobrevindo a morte do participante em decorrência, direta ou indireta, daquela doença pré-existente, poderá a entidade invocar a nulidade do pacto, sob alegação de ter o contratante faltado com a necessária boa-fé, e, com isto, não pagar aos seus dependentes o benefício por ele contratado.

⑥ ... e regulado por lei complementar.

Diferentemente da previdência social, cuja regulação pode operar-se por lei meramente ordinária – o que, de fato, se dá, eis que os “Plano de Custeio” e “Plano de Benefícios” do regime geral foram instituídos, respectivamente, pelas Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991 -, a previdência privada há de ser disciplinada por lei complementar.

Não deixa de ser curioso que a nossa Constituição exija veículo legislativo qualificado – de aprovação mais dificultosa, comparativamente com a da lei ordinária - apenas para a regulação da previdência privada. Talvez, uma das razões para esse *discrímen* seja a necessidade, eventualmente sentida pelo constituinte derivado de 1998, de imprimir maior confiabilidade nesse negócio jurídico, cuja imagem andou – e, quem sabe, ainda se encontra, em

boa medida - maculada pela frustração experimentada por inúmeros participantes de planos de previdência complementar, operados por entidades que não honraram os compromissos com eles assumidos contratualmente.

Seja como for, é bom salientar, com Wagner Balera¹⁶⁰, que “nem toda a matéria relativa aos planos privados está sob reserva de lei complementar. (...) É que, de um lado, certos direitos já se encontram assegurados em plano constitucional. Nessas matérias, o veículo formal, que acaba completando a Constituição, pode ser a lei ordinária.”

A lei complementar requerida pela Superlei é a nº 109, de 29 de maio de 2001, que assim dispõe no seu art. 1º:

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

Esse veículo – que, aliás, revogou expressamente as Leis nº 6.435 e 6.462, ambas de 1977 - constitui, hoje, o quadro em que se encontram estampadas as normas infraconstitucionais básicas que regem a previdência privada no país. Trata-se de verdadeira lei orgânica, uma vez que, por meio de seus setenta e nove artigos, estabelece o disciplinamento do regime em todos os seus aspectos, pouco deixando para a legislação posterior – de igual ou inferior hierarquia – empreender, senão que minudenciar conforme o que nela já se encontra prescrito.

Em 23 de abril de 2002, sobreveio o Decreto n. 4.206, que “*dispõe sobre o regime de previdência complementar no âmbito das entidades fechadas*”, mas que, em verdade, preocupa-se muito mais em repetir dispositivos daquele diploma básico do que em regulamentá-los. E em 30 de dezembro de 2003, ainda no universo das *fechadas*, restou editado o Decreto n. 4.942, que “*regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidades por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar (...), a aplicação das penalidades administrativas, e dá outras providências.*”

¹⁶⁰ Sistema de Seguridade Social, p. 76.

No campo das entidades abertas, inexistiu decreto regulamentar, jazendo as normas infralegais imediatas, diretamente, em resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados, como, exemplificativamente, a Resolução CNSP n. 60, de 2001, que “*estabelece sanções administrativas e disciplina sua aplicação às pessoas físicas ou jurídicas que realizem ou intermediem operações de seguro, resseguro, capitalização ou previdência complementar, e dá outras providências*” e a Resolução CNSP n. 108, de 2004, que “*regula o Processo Administrativo Sancionador – PAS no âmbito da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (...) e dá outras providências*”.

Na mesma data em que editada a LC 109, o foi, também, a Lei Complementar n. 108, a qual, dando cumprimento ao prescrito no § 4º do art. 202 da Constituição Federal, “*dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades de previdência complementar, e dá outras providências*”. Trata-se, portanto, de diploma de aplicação restrita aos casos em que órgãos da administração pública, direta ou indireta, patrocinem entidades de previdência privada em benefício de seus servidores titulares de cargo efetivo, conforme preceituado no § 14 do art. 40 da Magna Carta.

2.3 Das entidades de previdência privada: disposições comuns

A exemplo do que já fazia a revogada Lei nº 6.435/77, a Lei Complementar nº 109, de 2001, classifica as entidades de previdência privada em *abertas* e *fechadas* (art. 4º), com uma particularidade, todavia, em face do diploma anterior: a distinção essencial entre uma e outra (como restará explicitado mais adiante) “é estabelecida antes pelo tipo de plano que as mesmas podem implementar do que (como no direito anterior) pela relação previdenciária entre a mesma, seu instituidor ou patrocinador e os participantes.”¹⁶¹

Ambas têm o mesmo objetivo principal, qual seja o de “instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário” (art. 2º), e suas atividades encontram-se sujeitas à normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle por parte de órgãos estatais

¹⁶¹ Wagner BALERA, *Sistema de Seguridade Social*, p. 79.

denominados *regulador* e *fiscalizador*. Assim, por exemplo, somente poderão instituir e operar planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo as normas aprovadas pelos referidos órgãos (art. 6º). Embora o art. 2º diga que a instituição e a operação de planos de benefícios *de caráter previdenciário* constituem o objetivo *principal* das entidades de previdência privada – sugerindo, com isto, a possibilidade da existência de planos com outro caráter que não o expressamente indicado no dispositivo –, forçoso é admitir que, em face do art. 76 da mesma lei, dificilmente nos depararemos com benefícios que não sejam de índole previdenciária, a não ser aqueles *serviços assistenciais à saúde* que já vinham sendo operados antes da edição da LC em comento. Sobre os *órgãos regulador e fiscalizador*, tantas vezes citados no corpo da LC, falaremos mais detidamente no Capítulo 4.

Os planos de benefícios das entidades privadas, na dicção do art. 7º, deverão atender a padrões mínimos fixados por aqueles órgãos regulador e fiscalizador, “com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.” Sobre o item *transparência*, é oportuno trazer à colação as seguintes palavras de Arthur Bragança Vasconcellos Weintraub:¹⁶² “Diáfana deve ser a Previdência em geral, tanto a oficial, quanto a complementar; e em se tratando da Previdência Privada, a transparência é imprescindível desde o aspecto do ajuste negocial até a gestão dos recursos envolvidos. O participante deve ter amplo e total conhecimento de todo o sistema e de suas próprias reservas. Ao participante deve ser possibilitado fiscalizar a organização e administração das entidades de Previdência Privada, monitorando o destino de suas aplicações.”

A *solvência* das entidades, entendida como a possibilidade econômica de adimplir, pontualmente, todas as obrigações assumidas perante a massa de participantes, somente será alcançada se observado o mandamento contido no art. 202, *in fine*, da Magna Carta: mediante a “constituição de reservas que garantam o benefício contratado”. Mas a LC 109, em seu art. 11, acrescenta um outro mecanismo pelo qual se há de garantir a solvência das entidades: o *resseguro*, que traduz o negócio celebrado entre a entidade de previdência privada e uma empresa seguradora, pelo qual esta assume os *riscos* que a primeira obrigou-se a suportar nos contratos celebrados com os participantes e/ou as empresas patrocinadoras. O resseguro (ou contra-seguro) trata-se, em verdade, de um *seguro do seguro*, e, sem dúvida alguma, fortalece sobremaneira a

¹⁶² Previdência Privada, p. 11.

solvência dos planos de benefícios da previdência privada.

Sendo as prestações do regime privado de natureza pecuniária, isto é, traduzindo-se elas em obrigação de *dar* dinheiro aos beneficiários vitimados por qualquer das contingências previstas em contrato, a *liquidez* dos planos, significando “a disponibilidade de dinheiro em caixa e/ou de valores (títulos, duplicatas, promissórias) imediatamente conversíveis em dinheiro”¹⁶³, é indispensável para garantir que os benefícios serão pagos pontualmente.

Grosso modo, *equilíbrio econômico-financeiro* quer dizer estabilidade financeira, possibilidade econômica de, a qualquer momento, sem qualquer transtorno, responder a entidade, prontamente, pelas suas obrigações de cunho pecuniário. Para Wladimir Novaes Martinez,¹⁶⁴ “segurança econômica e financeira, pensando na solidez do ordenamento, é o núcleo fundamental do plano de custeio e benefícios, a alma da instituição, o coração sadio do segmento supletivo, numa palavra, o sonho ideal do administrador.” Já o *equilíbrio atuarial*, ditado pelo ramo da ciência matemática dotado da mesma adjetivação, depende de uma eficiente *previsão* dos *sinistros* cobertos (morte, invalidez, etc.) – tarefa essa que é eminentemente técnica e cabe ao atuário levar a bom termo -, evitando-se que a entidade seja surpreendida com uma quantidade de ocorrências que não esteja em condições financeiras de suportar.

Relativamente às pessoas que podem usufruir dos benefícios estabelecidos nos planos dessas entidades, a lei complementar em apreço assim os define (art. 8º):

- *participante*: a pessoa física que aderir aos planos de benefícios; e
- *assistido*: o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.

Não dispõe a LC a respeito – e nem isto era necessário -, mas, sendo a previdência complementar impulsionada por meio de contratos (negócios jurídicos) – os quais, já o ressaltamos alhures, submetem-se às regras do direito privado -, o participante haverá de ser pessoa dotada de capacidade civil, conforme o art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de

¹⁶³ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, p. 1768.

¹⁶⁴ Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, p. 41.

2002. Wladimir Novaes¹⁶⁵ vai além, ao estabelecer que “por se tratar de pessoa física, o indivíduo terá de deter capacidade física, civil, econômica e previdenciária.” A nosso ver, se relativamente incapaz, poderá a pessoa figurar como participante, até porque, permitindo-lhe a Constituição Federal exercer atividade laborativa (art. 7º, XXXIII), expõe-se aos riscos inerentes ao trabalho, dentre os quais sobressaem-se a morte e a invalidez. O mesmo não diríamos dos absolutamente incapazes (exceto o menor aprendiz, referido no mesmo dispositivo constitucional há pouco citado, com idade entre 14 e 16 anos), pelas mesmas razões, mas inversamente, referidas linhas atrás.

Já do assistido - por não se obrigar no contrato, mas dele ser apenas beneficiário -, não se há, por óbvio, de exigir capacidade civil. Exemplo típico é o do menor cujo pai falecido era participante de um plano de previdência complementar que oferecia cobertura para o risco *morte*. A toda evidência, não ficará, esse dependente do *de cujus*, privado do benefício contratado pelo pai, unicamente por ser absolutamente incapaz para os atos da vida civil.

Objetivando resguardar os direitos de beneficiários e assistidos, a “LC 109” determina a adoção, por parte das entidades, de uma série de providências (algumas das quais já examinamos anteriormente), como as que constam nos arts. 9º a 11, a saber:

- a) constituição de reservas técnicas, provisões e fundos, bem como a aplicação dos recursos a eles correspondentes;
- b) menção expressa, nos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados de participantes, de condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador;
- c) disponibilização a todo pretendente e entrega a todo participante (neste caso, quando de sua inscrição do plano de benefícios), dos documentos arrolados no § 1º do art. 10, bem como de outros que venham a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador;
- d) possibilidade de contratação de operações de resseguro, por iniciativa própria das entidades ou por determinação do órgão regulador e fiscalizador.

¹⁶⁵ *Ibid*, p. 73.

Fazendo eco à dicção do art. 202 da Magna Carta, o art. 68 do diploma complementar registra que “as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.” A nós parece óbvio que estes dispositivos se aplicam, unicamente, à hipótese em que a empresa patrocina, total ou parcialmente, um plano de benefícios em favor dos trabalhadores com quem mantenha vínculo empregatício. É que somente em tal caso ambos esses atores – empresa e laboristas - serão parte nestas mesmas relações jurídicas de índole contratual: uma de trabalho, regida pela C.L.T., e outra de previdência privada, disciplinada pela Lei Complementar 109/2001. E o que a Constituição Federal e a LC querem dizer, por meio dos artigos há pouco citados, é que os dois contratos (o de trabalho e o de previdência) são inconfundíveis entre si e reciprocamente independentes, ou seja, eles não se integram, mas, ao contrário, caminham em paralelo.

Como exemplo das múltiplas conseqüências que disto advêm, temos que as contribuições feitas pela patrocinadora não têm natureza salarial, já que não decorrentes do contrato de trabalho, mas, sim, do contrato de previdência. Outra resultante consiste em que fica debilitada a tese de que a Justiça do Trabalho seria competente para dirimir os litígios entre participantes e entidades patrocinadas pelos empregadores daqueles, já que tais controvérsias não se caracterizam como as mencionadas no art. 114 da Carta Republicana de 1988 (aliás, nesta linha é o entendimento manifesto pelo Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista n. 589073/1999.8, quando declarou a incompetência da Justiça do Trabalho para solucionar causas envolvendo contribuições recolhidas para instituição de previdência privada)..

Com o inescandível propósito de incentivar a exploração do negócio previdenciário privado, o art. 69 da LC assegura que as contribuições vertidas para as entidades que atuam no setor são dedutíveis para fins de incidência de imposto de renda (*caput*), e que sobre elas não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza (§ 1º).

Em seus comentários ao *caput* desse artigo, Wladimir Novaes¹⁶⁶ observa que “as contribuições vertidas em favor da EFPC pelas patrocinadoras, entre outros recursos autorizados

¹⁶⁶ Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, pp. 695/696.

pela lei, diminuem o lucro quando da aferição da base de cálculo do imposto de renda. (...) na verdade, não é para fins de incidência, que não se altera com esses montantes, mas objetivando a determinação do *quantum* que se presta para o cálculo do tributo.” Quanto à natureza do *benefício* estabelecido no § 1º - não incidência de tributos e de contribuições (sic) sobre os aportes realizados pela empresa, a título de patrocínio da entidade de previdência -, o mesmo autor pontifica que “não se cuida de imunidade ou isenção, muito menos de anistia; a figura prevista é a da não-incidência, quer dizer, o montante não se constitui em fato gerador de qualquer exação.”¹⁶⁷

Feitas estas considerações, no geral pertinentes à previdência privada como um todo, passemos à análise do perfil de cada uma das entidades referidas no art. 4º da LC em foco: as *abertas* e as *fechadas*.

2.3.1 As entidades fechadas de previdência privada – EFPP

2.3.1.1 Noções genéricas

O conceito e as características gerais dessas entidades encontram-se nos arts. 31 a 35 da Lei Complementar nº 109/2001. De acordo com o art. 31, consideram-se *fechadas* as entidades de previdência privada acessíveis, exclusivamente: i) aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e ii) aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

No primeiro caso, a empresa ou grupo de empresas, bem como os órgãos públicos ali mencionados, são denominados *patrocinadores*, enquanto no segundo, as tais pessoas jurídicas se dizem *instituidores*.

Utilíssimo conceito doutrinário destas entidades é encontrado em Wladimir Novaez Martinez¹⁶⁸, nestes termos:

¹⁶⁷ Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, p. 695

¹⁶⁸ *Ibid*, p. 298.

(...) definem-se como pessoas jurídicas de direito privado, impulsionadas por empresas prestadoras de serviços e, mediante contribuição exclusiva dos participantes ou com seus aportes financeiros em relação aos empregados, organizam-se institucional, técnica, contábil, econômico-financeira e atuarialmente para, através de adesão facultativa dos interessados, oferecer planos de benefícios de pagamento continuado com caráter (esmaecidamente) complementar.

As EFPP têm como objeto, exclusivamente, a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, sendo-lhes vedada, por conseguinte, a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito desse objeto (art. 32, *caput* e parágrafo único). Entretanto, como dito anteriormente, permite-se às entidades que, na data da publicação da LC, já estivessem prestando a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde, 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” (art. 76).

Por força do inciso II do parágrafo 2º do art. 31, estas entidades somente podem instituir planos de *contribuição definida*, ficando, pois, excluída a possibilidade da criação de planos sob as modalidades *benefício definido* e *contribuição variável*. Vejamos, em brevíssimas palavras, o que significa cada um destes institutos:

Plano de Benefício Definido - Na lição de Augusto Tadeu Ferrari e Wanderley de Freitas:¹⁶⁹ “Também conhecida simplesmente como BD, é a modelagem na qual o benefício é previamente definido – geralmente relacionado ao cargo ou à remuneração – e contratado no instante de adesão ao plano, de tal forma que o seu valor pode ser determinado a qualquer tempo, a partir de uma fórmula matemática ou decorrente da última remuneração na ativa. O valor do benefício é a variável independente e a contribuição, a variável dependente, ou seja, nesses planos, a incógnita a ser determinada em função do valor do benefício (inicialmente definido) é o valor das contribuições necessárias para satisfazer o seu pagamento.”

Plano de Contribuição Definida - Contrariamente ao que se dá em relação à

¹⁶⁹ Previdência Complementar dos Instituidores e da União, dos Estados e dos Municípios, *in* Revista do 24º Congresso Brasileiro dos Fundos de Pensão, p. 39.

anterior, segundo os mesmos autores há pouco referidos, “a modelagem de Contribuição Definida, ou simplesmente CD, é aquela que define um plano individualista, no qual o valor do benefício não é estabelecido *a priori*. No instante da adesão define-se o valor das contribuições, enquanto o valor do benefício é a incógnita a ser determinada em função do patrimônio acumulado durante a fase contributiva. (...) uma eventual queda na rentabilidade, se não for acompanhada de ajuste nas contribuições, implicará em redução das metas almejadas (benefícios projetados, mas não contratados). Ao contrário, se houver excelente desempenho financeiro, os benefício projetados serão aumentados.”¹⁷⁰

Plano de Contribuição Variável - Também chamado, por alguns autores, de *plano de benefício não definido*, caracteriza-se este por facultar ao participante a decisão do valor de suas contribuições e o momento de efetuá-las. Quanto aos valores dos benefícios, serão eles calculados por ocasião da ocorrência do evento gerador (morte, invalidez, etc.), a partir do fundo acumulado que foi constituído com as contribuições do participante, capitalizadas à taxa definida no contrato.

Tomando-se como referência o inciso I do *caput* do artigo 31 da LC, constata-se que *patrocinador* é a empresa ou o grupo de empresas e as pessoas políticas ali referidas – e, por extensão, as respectivas autarquias e as fundações, bem como as sociedades de economia mista e outras entidades públicas -, que instituem para seus associados planos de benefício de caráter previdenciário. Dá-se-lhe o *nomem iuris* em questão porque é ele que custeia (patrocina), isoladamente ou com a co-participação dos seus empregados e equiparados, os planos de benefícios das EFPP.

Já com base no inciso II, também do *caput* do artigo 31, vemos que as pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (v.g., OAB, CUT e SESC, respectivamente) podem instituir (daí o termo *instituidores*) entidades de previdência privada para os seus associados, desde que (1) lhes ofereçam, exclusivamente, planos de benefícios na modalidade *contribuição definida*, (2) terceirizem a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões, mediante a contratação de instituição especializada (os responsáveis pela gestão destes recursos, diz o § 3º do artigo, deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio

¹⁷⁰ Previdência Complementar dos Instituidores e da União, dos Estados e dos Municípios, *in* Revista do 24º Congresso Brasileiro dos Fundos de Pensão, pp. 39-40.

dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada), e (3) não vertam contribuições para os planos que instituírem (talvez esteja aqui o seu principal traço distintivo em relação à figura do patrocinador, ao lado, é claro, do fato de que entre o instituidor e o participante não há vínculo empregatício nem qualquer outro de índole funcional, mas apenas associativo).

Nos termos do art. 13 da LC 109, a formalização da condição de *patrocinador* ou *instituidor* de um plano de benefício dar-se-á mediante *convênio de adesão* a ser celebrado entre tais figuras e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado.

As EFPP podem organizar-se sob a forma de *fundação* ou *sociedade civil* (art. 31, § 1º), mas sempre sem fins lucrativos. Embora não nos proponhamos a enfrentá-las, porque estranhas ao nosso objetivo, merecem referência duas questões, que se põem a partir vigência do novo Código Civil Brasileiro, em janeiro de 2003.

A primeira delas prende-se ao fato de o parágrafo único do art. 62 da Lei nº 10.406/2002 estabelecer que “a fundação somente poderá constituir-se para fins *religiosos, morais, culturais* ou de *assistência*”. Dado esse rol exaustivo de finalidades, como compatibilizar a LC 109/2001 – principalmente em face do que dispõem os seus arts. 32, *caput* e parágrafo único, e 76, retro examinados - com o novo estatuto civilístico?

A segunda questão decorre do simples fato de o CCb não mais prever a figura da sociedade civil.

Seguindo, entretanto, com nossas considerações, vamos encontrar, no art. 34 da lei complementar em exame, que as entidades fechadas podem ser assim qualificadas:

I) de acordo com o tipo de plano que administram:

a) de *plano comum*, quando administram plano ou conjunto de planos acessíveis ao universo de participantes; e

b) com *multiplano*, quando administram plano ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial.

II) de acordo com seus patrocinadores ou instituidores:

a) *singulares*, quando estiverem vinculadas a apenas um patrocinador ou instituidor; e

b) *multipatrocinadas*, quando congregarem mais de um patrocinador ou instituidor.

Finalizando o capítulo III da LC 109, diz o art. 35 que “as entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva”, devendo o estatuto dos dois primeiros prever representação dos participantes e assistidos, assegurando-lhes no mínimo um terço das vagas. Eis aqui a colaboração do legislador complementar, na perseguição do objetivo insculpido no inciso VII do parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal .

2.3.1.2 Plano de benefícios

O tema acha-se disciplinado entre os arts. 12 a 25 da LC 109/2001, dos quais buscaremos, neste tópico, extrair apenas os caracteres mais relevantes. O primeiro deles estabelece que “os planos de benefícios das entidades fechadas poderão ser instituídos por *patrocinadores e instituidores*”, figuras essas cujos conceitos já trouxemos noutra parte.

Os benefícios concedidos pelas EFPP podem coincidir ou não com os oferecidos pelo regime geral de previdência social, dada a já anunciada desvinculação deste com o regime privado, muito embora, na prática, se assemelhem. Discorrendo sobre este tema, Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci¹⁷¹ leciona: “Ao se deparar com a lista de benefícios concedidos pelas EFPP tem-se a impressão que se está diante das hipóteses beneficiárias do Regime Geral de Previdência Social. Na verdade há uma semelhança quase que absoluta nos tipos de benefícios a serem concedidos, e muitas vezes as entidades de previdência privada poderão implementar, complementar ou suplementar valores.”

¹⁷¹ A *Organização Institucional das Entidades Fechadas de Previdência Privada*, Revista de Direito Social n. 8, p. 71.

Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores (art. 16), para que exerçam a faculdade de aderir ou não a eles. Os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores são equiparáveis àqueles empregados e associados.

Aliás, o oferecimento dos planos a todos os empregados e aos a eles equiparados é condição *sine qua non* para que os valores dos aportes realizados pela empresa, a título de patrocínio da EFPP, não se incluam no salário-de-contribuição daqueles trabalhadores, para efeito das contribuições sociais previstas nos incisos I, *a*, e II, do art. 195 da Constituição Federal. É o que se encontra expressamente cravado no § 9º, *p*, do art. 28 da Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

...

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, *desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes*, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT;

Para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas (*v.g.*, aposentadoria por tempo de serviço e pensão por morte, respectivamente), impõe a LC o regime financeiro de capitalização – jamais adotável, portanto, o regime de repartição que vigora no RGPS. Discorrendo sobre as espécies de regimes financeiros existentes, Manuel Póvoas¹⁷² explica que o de capitalização “determina que o cálculo das contribuições seja feito de forma a que a sua expressão, em cada ano, cobrada do conjunto dos inscritos que existirem no plano, devidamente capitalizada, permita o pagamento, a cada beneficiário, das respectivas rendas”, enquanto o de repartição determina que o plano seja organizado de forma a que o cálculo atuarial determine uma expressão, para as contribuições que vão ser cobradas e capitalizadas num exercício econômico, que corresponda à expressão dos benefícios que se prevê sejam constituídos e pagos nesse mesmo exercício.

¹⁷² Previdência Privada: Filosofia ..., pp. 122/123.

Reza o art. 14 que os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos:

I – *benefício proporcional diferido*:

Na redação do art. 2º, I, da Resolução CGPC nº 13/02, trata-se do “instituto que faculta ao participante, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor e antes da aquisição do direito ao benefício pleno programado, optar por receber, em tempo futuro, benefício de renda programada, calculado de acordo com as normas do plano de benefícios.

Também referido por meio do vocábulo inglês *vesting*, esta figura corresponde a “benefício de caráter previdenciário, de vulto incompleto em termos de montante, cujo exercício se realiza ao tempo do atendimento das imposições pactuadas com a entidade”.¹⁷³

II – *portabilidade*:

Portabilidade *do direito acumulado pelo participante para outro plano*, diz a lei. Trata-se, segundo Arthur Bragança Weintraub,¹⁷⁴ da “possibilidade de transferência dos valores existentes em nome do participante, de um plano para outro, no caso de perda do vínculo empregatício. Ou seja, os valores acumulados (ou direito acumulado) em um plano específico de uma entidade de Previdência Privada, em nome do participante, podem ser transferidos para outro plano de outra entidade, desde que haja a cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador.”

Além da cessação do vínculo empregatício, impõe a LC outra condição para o exercício da portabilidade: que os correspondentes recursos financeiros não transitem pelos participantes dos planos de benefícios, sob qualquer forma; é dizer, os valores portados devem migrar, diretamente, de um plano para outro, sem que a eles os participantes tenham acesso.

III – *resgate*:

Implica a *restituição*, ao participante, do montante dos aportes acumulados sob a

¹⁷³ Wladimir Novaes MARTINEZ, *Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar*, p. 134.

¹⁷⁴ Previdência Privada, p. 117.

sua titularidade no fundo de previdência privada, descontados os custos administrativos. Maria da Glória Chagas Arruda¹⁷⁵ leciona que resgate “é o pagamento, total ou parcial, ao participante da provisão matemática de benefícios a conceder, formada pelas contribuições puras (contribuição comercial descontada o carregamento) durante o período de diferimento (período entre a data de inscrição do participante no plano previdenciário e a data da concessão do benefício).”

Prescreve o art. 15 da LC que “a portabilidade não caracteriza resgate.” Com efeito, este último difere da portabilidade sob dois aspectos: a) não se trata de transferência de recursos de um plano para outro, mas de retorno do dinheiro ao participante, e b) em regra, o objeto do resgate – diferentemente do que sucede com a portabilidade – é, tão somente, o montante dos aportes feitos pelo participante, descontadas as parcelas de custeio administrativo (excluídos, portanto, os valores acumulados em decorrência das contribuições da patrocinadora); pelo menos é esta a orientação contida na Súmula n. 290, do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos: “Nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador.”

Conforme Adacir Reis, “trata-se do único instituto que desvirtua a vocação previdenciária da poupança privada, tendo em vista que o resgate nada mais é que o saque sem qualquer destinação específica, ou seja, é o saque para o consumo.”¹⁷⁶

IV – *faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador:*

Conhecida por *autopatrocínio*, é a faculdade, atribuída ao participante, de, em caso de perda parcial ou total da remuneração que recebia (v.g., em virtude de mudança de cargo na empresa ou de gozo de licença sem remuneração), e com o objetivo de assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes, em regra, àquela mesma remuneração, permanecer vinculado ao plano previdenciário privado, mantendo o valor de sua contribuição e o da que era vertida pelo respectivo patrocinador.

¹⁷⁵ A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo, p. 148.

¹⁷⁶ Temas Centrais da Nova Legislação. *In: Fundos de Pensão em Debate*, p. 23.

Figura semelhante à do *autopatrocinio* - embora alcunhada, à época, de “contribuição em dobro” – encontrava-se no art. 9º do antigo e já revogado “Regulamento do Custeio da Previdência Social”, aprovado pelo Decreto nº 83.081, de 24 de janeiro de 1979. Previa o citado dispositivo que o segurado que deixasse de exercer atividade abrangida pela previdência social urbana, poderia manter essa qualidade desde que passasse a recolher, mensalmente, o valor resultante da aplicação da alíquota de 19,2% sobre o seu salário-de-contribuição – alíquota essa que, por sua vez, era a soma de 9,2% (contribuição do próprio segurado) + 10% (contribuição que a empresa deixara de recolher, em virtude da cessação do vínculo laborativo com o segurado).

Na prática, em especial nos casos de perda total da remuneração, não é de esperar que a regra seja a permanência do participante no plano. A razão é óbvia: ausente remuneração, inexistente, também, de comum, disponibilidade econômica para contribuir.

O art. 21 da LC 109/2001 dispõe que o resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, o que poderá ser feito, dentre outras formas: a) por meio do aumento do valor das contribuições; b) instituição de contribuição adicional; ou c) redução do valor dos benefícios a conceder. Quer dizer, as eventuais insuficiências financeiras no setor haverão de ser resolvidas pelos próprios contribuintes dos planos (patrocinadora e participantes) e pelos assistidos. A propósito, vale trazer à colação o § 3º do art. 202 da Constituição Federal, assim grafado: “É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.”

2.3.2 As entidades abertas de previdência privada – EAPP

2.3.2.1 Noções genéricas

Tais noções encontram-se nos arts. 36 a 40 da Lei Complementar nº 109, de 2001. Muito embora esta lei tenha dito, no seu art. 4º, que “as entidades de previdência complementar

são classificadas em fechadas e abertas, *conforme definido nesta Lei Complementar*”, ela acaba, em verdade, por não definir estas últimas. Por isso, valemo-nos do magistério de José Arthur de Vasconcellos Weintraub¹⁷⁷, segundo o qual “a entidade aberta de Previdência Privada é pessoa jurídica que comercializa planos de previdência acessíveis a qualquer pessoa, podendo haver certas limitações (como nos planos coletivos). Nas entidades abertas, a participação não depende, tampouco é condicionada à existência de vínculo empregatício, profissional, de classe ou associativo prévios.”

Nesta definição se percebe o grande traço distintivo entre as EAPP e as EFPP, qual seja o de que, enquanto nas segundas a adesão do participante aos respectivos planos de benefícios depende de que ele mantenha vínculo funcional ou associativo com a pessoa jurídica patrocinadora ou instituidora, nas primeiras, em se tratando de *planos individuais* (art. 26, I), tal adesão depende apenas da vontade da pessoa física em praticar o ato. O adjetivo *abertas*, por conseguinte, prende-se à circunstância de certos planos das entidades assim qualificadas serem acessíveis a qualquer pessoa física que deles deseje participar – desde que, é claro, se trate de pessoa civilmente capaz para celebrar o negócio previdenciário. Tudo, aliás, conforme o art. 36, *in fine*, da LC em comento.

Distinguem-se, outrossim, as EAPP das EFPP no tocante ao modo como se podem constituir. Com efeito, reza o art. 36 que “as entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas” (lembramos que as *fechadas* só se podem organizar sob a forma de fundação ou sociedade civil). Tal regra não é temperada sequer pelo parágrafo único desse artigo, segundo o qual as sociedades seguradoras que operam exclusivamente no ramo vida poderão ser autorizadas a operar os planos de benefícios a que se refere o *caput*, pois mesmo tais sociedades deverão revestir-se da forma de “S/A”.

Do mesmo modo como sucede com as *fechadas*, a constituição e o funcionamento das EAPP, bem como a comercialização dos respectivos planos de benefícios, dependem de prévia e expressa aprovação do órgão fiscalizador (art. 38).

Considerando o disposto no art. 36, constata-se que a finalidade da EAPP é praticamente a mesma da EFPP, ou seja, a instituição e a operação de benefícios de caráter

¹⁷⁷ Manual de Direito Previdenciário Privado, p. 26.

previdenciário. Não obstante, tal identidade não se verifica relativamente aos produtos oferecidos pelas *abertas*, como teremos oportunidade de ver no item subsequente.

2.3.2.2 Plano de benefícios

I) *Generalidades*:

Prescreve o art. 26 da LC 109/2001 que os planos de benefícios instituídos por entidades abertas poderão ser *individuais* ou *coletivos*.

São *individuais*, quando acessíveis a quaisquer pessoas físicas. Como assinalado alhures, tal universalização de acesso é o que justifica o qualificativo *abertas*, empregado em relação às entidades sob exame. A contratação de um plano individual se dá, diretamente, entre a pessoa física interessada (participante) e a EAPP, já que inexistentes, *in casu*, as figuras do patrocinador ou instituidor. Wladimir Novaes Martinez¹⁷⁸ assevera que “individuais são os planos destinados a pessoas físicas disseminadas pela sociedade sem qualquer elo particular com alguma entidade física ou jurídica.”

De outra banda, consideram-se *coletivos* os planos contratados por uma pessoa jurídica, com o objetivo garantir benefícios a pessoas físicas que com ela mantenham certo vínculo direto ou indireto. Vínculo direto haverá, principalmente, quando existente relação de emprego entre a pessoa jurídica contratante e o beneficiário, enquanto ter-se-á o vínculo indireto nos casos em que uma entidade representativa de pessoas jurídicas contrate plano previdenciário para grupos de pessoas físicas vinculadas a suas filiadas. Assim, serão coletivos os planos operados pelas EAPP, quando contratados por uma ou mais empresas em prol dos seus empregados, ou por uma ou mais entidades representativas de pessoas jurídicas, em benefício das pessoas físicas vinculadas a suas filiadas.

Vale aduzir que “são equiparáveis aos empregados e associados os diretores, conselheiros ocupantes de cargos eletivos e outros dirigentes ou gerentes da pessoa jurídica contratante” (§ 4º do art. 26).

Tanto os planos individuais como os coletivos podem apresentar-se, indistintamente, sob a modalidade de *benefícios definidos* ou de *contribuição variável* (esta, conhecida também por *benefícios não definidos*). Embora estas figuras já tenham sido conceituadas alhures, reiteramos que *plano de benefício definido*, de acordo com o inciso II do Anexo II do art. 2º da Resolução CNSP n. 93/02, é aquele em que o valor do benefício é determinado na data da contratação do plano, enquanto *de contribuição variável* é o plano em que o valor e o prazo de contribuição é que podem ser estipulados previamente, ficando o *quantum* relativo ao benefício para ser determinado apenas quando da ocorrência do evento gerador (inciso I do mesmo dispositivo há pouco citado). Em verdade, plano de contribuição variável é plano *de benefício não definido* – como, aliás, era chamado nas resoluções do CNSP anteriores à de n. 93/02.

É de grande utilidade conhecermos algumas das figuras encontráveis no universo das entidades abertas, pelo que apresentamos as seguintes definições (aliás, em sua maioria, válidas também no setor das entidades fechadas), baseadas em Maria da Glória Chagas Arruda¹⁷⁹:

- *participante*: pessoa física que subscreve um ou mais benefícios constantes de plano previdenciário;
- *beneficiário*: pessoa física indicada pelo participante para receber os valores de benefício ou resgate em decorrência do evento gerador (na ausência de indicação, consideram-se beneficiários os herdeiros enumerados no art. 1.829 do Código Civil Brasileiro);
- *instituidora*: pessoa jurídica que contrata plano previdenciário em face de seus empregados ou dirigentes, mediante participação no custeio daquele;
- *averbadora*: pessoa jurídica que contrata plano previdenciário em face de seus empregados ou dirigentes, sem onerar-se relativamente ao custeio daquele;
- *benefício*: pagamento em dinheiro efetuado pela entidade, por ocasião do evento gerador, em contraprestação às contribuições feitas para custeio do plano contratado. Pode apresentar-se sob a forma de pagamento único ou de renda continuada;

¹⁷⁸ Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, p. 256.

¹⁷⁹ A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo, pp. 73/74

- *evento gerador do benefício*: é a ocorrência da morte ou invalidez do participante durante o período de cobertura, ou sua sobrevivência ao período de diferimento contratado;

- *período de cobertura*: no plano cujo evento gerador é a sobrevivência do participante ao período de diferimento contratado, *período de cobertura* é o prazo compreendido pelos períodos de diferimento e de pagamento de benefício; já para o plano cujo evento gerador é a morte ou a invalidez do participante, é o período durante o qual o participante (no caso de invalidez) ou os seus beneficiários (no caso de morte daquele) farão jus aos benefícios contratados;

- *período de diferimento*: é aquele existente entre a data de início de vigência do contrato previdenciário e a data de início de percepção do benefício diferido contratado;

- *contribuição*: valor correspondente aos aportes efetuados pelo participante, pela pessoa jurídica ou por ambos, para o custeio do plano;

- *carregamento*: percentual incidente sobre as contribuições comerciais ou fundo acumulado (em caso de plano de benefícios não definidos) para fazer face às despesas de corretagem, colocação e administração do plano;

- *prazo de carência*: nos planos cujo evento gerador é a sobrevivência do participante, é o período em que não serão aceitas solicitações do participante para resgate ou portabilidade; nos planos cujo evento gerador é a invalidez ou a morte do participante, é o lapso temporal, contado a partir da data de início de vigência do contrato, durante o qual o participante e os beneficiários não terão direito à percepção dos benefícios contratados;

- “*vesting*”: o conjunto de cláusulas, constante do contrato entre a EAPP e a instituidora, que o participante, tendo expresso e prévio conhecimento, é obrigado a cumprir para que lhe possam ser oferecidos, e postos à sua disposição, os recursos da provisão (ou provisões) decorrentes das contribuições pagas pela instituidora, líquidas de carregamento, quando for o caso. Chamamos a atenção para o fato de que, no universo das entidades fechadas de previdência privada, o vocábulo *vesting* assume outra acepção, correspondendo ao *benefício proporcional diferido*.

Aos participantes dos planos operados pelas EAPP, a legislação assegura o direito à *portabilidade*, ao *resgate*, ao *saldamento* e ao *benefício prolongado*.

Portabilidade e *resgate* são figuras já apresentadas no item 2.3.1.2, cumprindo acrescentar, apenas, com relação à primeira, que ela é permitida inclusive para plano de benefício de entidade fechada, consoante o art. 27 da LC 109/2001. Vejamos, pois, as outras duas entidades:

- *Saldamento*:

Nos termos do item XXXVIII do Anexo I da Resolução CNSP n. 92/02, *saldamento* é a “interrupção definitiva do pagamento das contribuições ao plano, mantendo-se o direito à percepção proporcional do benefício originalmente contratado.”

Evento gerador desse direito, como se vê, é a interrupção definitiva do pagamento das contribuições ao plano, enquanto o seu objeto é a percepção do benefício contratado, na proporção das contribuições que até então foram vertidas pelo participante, pela pessoa jurídica a que estava vinculado, ou por ambos. Ensina Maria da Glória Chagas Arruda que, ocorrido o evento gerador, “a entidade de previdência privada, obedecendo a cálculos atuariais, verifica o montante acumulado na provisão matemática de benefícios a conceder e calcula o valor proporcional do benefício previdenciário a ser pago ao participante na forma de renda.”¹⁸⁰ Acrescenta essa autora, na mesma página de sua citada obra, que “a renda saldada pode ser recebida imediatamente pelo participante ou ser diferida, isto é, começar a ser recebida em data estabelecida para a aposentadoria na proposta de inscrição.”

- *Benefício Prolongado*:

Conceitua-o o item VI do Anexo I da Resolução CNSP n. 92/02 como “a interrupção definitiva do pagamento das contribuições, mantendo-se o direito à percepção, de forma temporária, do mesmo valor do benefício originalmente contratado.”

Embora, a exemplo do que se dá com o *saldamento*, o evento gerador do *benefício*

¹⁸⁰ A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo, p. 153.

prolongado seja a interrupção definitiva das contribuições, a diferença entre um e outro desses direitos recai sobre o respectivo objeto, ou seja, enquanto lá o que se tem é a possibilidade jurídica de usufruir benefício proporcional ao montante das contribuições vertidas, aqui a prestação corresponde, exatamente, àquela que foi contratada *ab initio*, modificando-se, contudo, o tempo de duração do benefício. Em outras palavras, do ponto de vista do *quantum*, o benefício será pago integralmente. Se-lo-á, todavia, apenas enquanto perdurar a provisão matemática constituída pelas contribuições feitas.

II) *Espécies:*

Os planos operados pelas EAPP, assim os contratados de forma individual como na modalidade coletiva, podem oferecer, juntos ou separadamente, os seguintes tipos básicos de benefícios:

1. *Renda por Sobrevivência:* renda a ser paga ao participante do plano, que sobreviver ao prazo de diferimento contratado, geralmente denominada de aposentadoria.

2. *Renda por Invalidez:* renda a ser paga ao participante, em decorrência de sua invalidez total e permanente, ocorrida durante o período de cobertura e após cumprido o período de carência.

3. *Pensão por Morte:* renda a ser paga ao(s) beneficiário(s) indicado(s) na proposta de inscrição, em decorrência da morte do participante, ocorrida durante o período de cobertura e após cumprido o período de carência estabelecido no plano.

4. *Pecúlio por Morte:* importância em dinheiro, pagável de uma só vez ao(s) beneficiário(s) indicado(s) na proposta de inscrição, em decorrência da morte do participante, ocorrida durante o período de cobertura e após cumprido o período de carência estabelecido no plano.

5. *Pecúlio por Invalidez:* importância em dinheiro pagável de uma só vez ao próprio participante, em decorrência de sua invalidez total e permanente, ocorrida durante o período de cobertura e após cumprido o período de carência estabelecido no plano.

As EAPP criaram alguns *planos padrões* – assim entendidos os que podem oferecer os benefícios de *Pecúlio por Morte*, *Pecúlio por Invalidez*, *Pensão por Morte* e *Renda por Invalidez* - que atualmente são comercializados pelo mercado de previdência aberta privada. São eles o Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL, o Plano com Remuneração Garantida e Performance – PRGP, o Plano com Atualização Garantida e Performance – PAGP e o Vida Gerador de Benefícios Livres - VGBL.

- Plano Gerador de Benefícios Livres – PGBL:

Conforme Maria da Glória Chagas Arruda, “o PGBL é o plano previdenciário privado na modalidade de contribuição variável (benefício não definido) sob o regime financeiro de capitalização, em que o valor do benefício é calculado ao término do período de contribuições com base no valor do saldo da provisão matemática de benefícios a conceder acumulado pelo participante”.¹⁸¹

Deflui-se das palavras da citada autora que, durante o período de diferimento, não há garantia de remuneração mínima, já que o valor desta dependerá da rentabilidade da carteira de investimentos do FIE, que é o fundo de investimento especialmente constituído para o plano. Em verdade, não há sequer garantia de alguma remuneração, eis que da inversão dos recursos poderá decorrer “rentabilidade” negativa.

Neste plano, evento gerador do benefício é a sobrevivência do participante ao período de diferimento estipulado no contrato, podendo a prestação consistir numa renda mensal vitalícia ou temporária. No primeiro caso, pode ainda a renda ser contratada com prazo mínimo garantido, reversível ao beneficiário indicado ou reversível ao cônjuge com continuidade aos menores.

A grande vantagem do PGBL sobre os outros planos diz com a possibilidade dele ajustar-se às possibilidades econômicas do participante, na medida em que este não precisa verter contribuições mensalmente nem em valores fixos, exigindo-se apenas que haja um saldo mínimo a título de provisão matemática de benefícios a conceder, nos termos do regulamento do plano. Provisão matemática de benefícios a conceder é o saldo individualizado, apurado entre a data de

¹⁸¹ A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo, p. 108.

inscrição do participante ao plano e a data de início da concessão do benefício, decorrente da movimentação de recursos de cada participante, sendo seu valor atualizado diariamente em função da valorização das contas do fundo de investimento especialmente constituído.

- Plano com Remuneração Garantida e Performance - PRGP:

Muito semelhante ao PGBL, este plano também objetiva a concessão de benefícios previdenciários. No entanto, diferentemente daquele, o PRGP garante, no decorrer do período de diferimento, remuneração dos recursos da provisão matemática de benefícios a conceder, por taxa de juros efetiva anual e índice de atualização de valores, os quais deverão estar previstos no regulamento. Diz Arthur Bragança Weintraub¹⁸² que, neste plano “há a previsão de uma remuneração mínima sobre os rendimentos do fundo, permitindo a dedução dos gastos previdenciários no cálculo do imposto de renda até o limite de 12% da renda bruta (com tributação sobre o montante total no resgate)”.

O evento gerador do benefício, aqui, também é a sobrevivência do participante ao período de diferimento estipulado no contrato, valendo as mesmas considerações feitas quanto ao PGBL, no tocante às modalidades de renda mensal.

- Plano com Atualização Garantida e Performance - PAGP:

Também uma mera variação do PGBL, este plano difere daquele e do PRGP pelo fato de que garante, no período de diferimento, atualização dos recursos da provisão matemática de benefícios a conceder, por índice de atualização de valores, o qual deverá estar previsto em regulamento. Trazemos, novamente, a oportuna lição de Arthur Bragança Weintraub,¹⁸³ segundo o qual o PAGP é “plano similar ao PGBL, onde contratualmente há a previsão da manutenção dos valores com independência das defasagens monetárias sobre os rendimentos do fundo, permitindo a dedução dos gastos previdenciários no cálculo do imposto de renda até o limite de 12% da renda bruta (com tributação sobre o montante total no resgate)”.

No mais, repita-se o que foi dito a respeito do PGBL, quanto às modalidades de

¹⁸² Previdência Privada, p. 118.

renda mensal.

- *Vida Gerador de Benefícios Livres – VGBL*:

Leciona Arthur Bragança Weintraub¹⁸⁴ que o VGBL “trata-se de um plano híbrido, união de Previdência Privada e seguro de vida, onde parte das contribuições feita pelo segurado vai compor a reserva para cobrir o risco de morte, e outra parte, destinada à aposentadoria, será aplicada num fundo de investimento.” Esclarece esse autor que, aqui, “diferentemente do PGBL, não é permitida a dedução do imposto de renda, mas a tributação ocorre apenas sobre os ganhos da aplicação. Assim, se o segurado vier a sobreviver pelo tempo determinado em contrato de adesão, receberá os rendimentos pré-definidos, que variam de acordo com o plano oferecido. Caso venha a falecer, o benefício indicado receberá a indenização como em um seguro de vida.”

Além destas quatro espécies de planos, insta trazer à baila, para brevíssimas considerações, o Fundo de Aposentadoria Programada Individual – FAPI, instituído pela Lei nº 9.477, de 24 de julho de 1997. Ensina Maria da Glória Chagas Arruda¹⁸⁵ que este fundo é um programa apartado das regras que regulam os planos previdenciários. Vejamo-lhe as palavras:

O Fundo de Aposentadoria Programada Individual- FAPI é constituído sob a forma de condomínio aberto, instituído e organizado por instituições financeiras ou por sociedades seguradoras, administrados na forma de cotas, sem garantia de rentabilidade financeira.

Este plano assemelha-se ao fundo financeiro, isto é, uma comunhão de recursos abertos às pessoas físicas e jurídicas, as quais adquirem as cotas e a instituição administradora aplica os valores, repassando aos cotistas o valor integral da renda obtida com a capitalização dos recursos. (...)

As instituições financeiras e seguradoras comprometem-se a administrar o fundo e, no fim do prazo contratado, o participante terá o direito de resgatar o capital acumulado, podendo aderir a plano previdenciário privado tradicional para receber o benefício na forma de renda mensal (...)

¹⁸³ *Ibid*, p. 112.

¹⁸⁴ Previdência Privada, p. 127.

¹⁸⁵ A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo, p. 102-103.

Nota-se, então, que o FAPI é apenas uma etapa eminentemente financeira que possibilitará, se o participante quiser, a concessão de benefícios previdenciários, devido à adesão a outro plano previdenciário privado. As instituições administradoras do FAPI não concedem qualquer tipo de pecúlio ou renda.

Digna de nota é a observação feita pela citada autora, no sentido de que o FAPI, a rigor, não é previdência, mas tão somente um *iter* com o objetivo de garantir recursos financeiros ao participante, com os quais ele possa, em desejando, aderir a um plano de previdência privada.

Além destes, outros tipos de planos, oferecidos pelas entidades abertas, encontram-se disponíveis no mercado, alguns dos quais consistindo em variações dos acima examinados, como o VRGP – Vida com Remuneração Garantida e Performance e o VAGP – Vida com Atualização Garantida e Performance. Aliás, conforme Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub, “a gama nova de planos previdenciários privados abertos é vicejante”,¹⁸⁶ o que, sem dúvida, deve ser creditado à notável expansão da previdência privada no Brasil nos últimos anos, sobretudo após a edição da Emenda Constitucional n. 20/98.

¹⁸⁶ Manual de Direito Previdenciário Privado, p. 28.

Capítulo 3

FUNDAMENTOS DO PODER ESTATAL DE FISCALIZAR AS EPP E DE INSTAURAR CONTRA ELAS O PROCESSO ADMINISTRATIVO

3.1 Introdução

As atividades desenvolvidas pelo Poder Público, no sentido da fiscalização das entidades de previdência privada e da instauração, contra elas, de processo administrativo tendente a verificar a ocorrência de infração à legislação que disciplina o negócio referido no art. 202 da Constituição Federal de 1988, inserem-se no contexto do chamado *poder de polícia* do Estado.

Tratando-se esse poder, como veremos logo mais, de uma faculdade característica da Administração Pública, e correspondendo esta, por seu turno, a uma das manifestações do Estado, por meio de seu *poder executivo* – principalmente, mas não com exclusividade –, julgamos conveniente, a fim de melhor situar o tema deste capítulo no cenário que a ele nos parece mais apropriado, trazer para esta parte algumas breves idéias acerca de *Estado, Poderes de Estado, Estado Regulador, Administração Pública, Poder de Polícia* e outros temas que lhes são correlatos.

Isto nos obriga a fazer algumas inserções nos domínios do Direito Constitucional e, ao depois, mais detidamente, do Direito Administrativo – neste caso, por ser ele o ramo do direito que mais subsídios tem a oferecer ao estudo e desenvolvimento científico do nosso tema. Aliás, já expressamos, anteriormente, opinião de que monografar cientificamente sobre *fiscalização e processo administrativo nas entidades de previdência privada* implica não apenas a necessidade de abrir um caminho – porque, até o momento, desconhecemos que haja produção doutrinária de profundidade nesta linha – como, também, a de fazer uma obrigatória interseção com o Direito Administrativo, cuja riquíssima literatura constitui, talvez, o mais valioso instrumental de que dispomos para tal mister.

Advertimos que as considerações extraídas de tais searas terão caráter meramente preliminar e serão apresentadas sem qualquer compromisso de nossa parte com o aprofundamento das inúmeras questões paralelas que elas suscitam, pois, como já antecipado,

esta abordagem inicial tem como único objetivo enquadrar o assunto principal no compartimento que a ele está reservado no vastíssimo universo do Direito.

3.2 Estado e Poderes de Estado

Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁸⁷ que, para a doutrina tradicional “o Estado é uma associação humana (*povo*), radicada em base espacial (*território*), que vive sob o comando de uma autoridade (*poder*) não sujeita a qualquer outra (*soberania*).” Nesta visão, são três, portanto, os elementos do Estado: povo, território e poder soberano. Este último é, de longe, o que mais tem despertado a atenção de estudiosos dos mais variados campos do saber, e sobre o qual já se produziram obras esplendorosas, em especial as dotadas de cunho filosófico. A palavra *poder* apresenta-se com inúmeras acepções – que o digam os bons dicionários! -, até porque, a substância que ela encerra é algo *fluídica*, passível de acomodar-se em discursos relativos às mais variadas temáticas. Assim, por exemplo, conforme Tércio Sampaio Ferraz Junior, “o poder se diz na política, na economia, no direito, na cultura, no amor, na ciência, e se vê na força, na violência, na persuasão, no convencimento, na vitória, na resistência e até na fraqueza e no desamparo.”¹⁸⁸

Dentre as múltiplas significações do vocábulo, a que mais interessa ao Direito é a que diz com a virtude de o governante de um povo – seja ele uma pessoa natural ou uma entidade abstrata, como o Estado – obter que as ordens dele emanadas sejam obedecidas pelos governados, de preferência – mas não necessariamente -, sem que para tanto seja necessário o emprego da força. Neste sentido, ou expressando as funções políticas e jurídicas básicas do Estado, fala-se em *poder de governo*, ou *poder de Estado*.

Séculos atrás, já preocupava o homem a concentração do poder – i.e., a acumulação daquela virtude, ou daquelas funções políticas e jurídicas basilares - nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão. Até porque a história já se mostrara pródiga em exemplos de que isto produzia governos tiranos; de que a posse de poderes absolutos, ou quase absolutos, resultava em que seus detentores, em regra, cometiam excessos. Foi essa constatação, aliás, que

¹⁸⁷ Curso de Direito Constitucional, p. 39.

¹⁸⁸ Estudos de Filosofia do Direito, p. 16.

levou Montesquieu¹⁸⁹ à seguinte e célebre afirmação: “(...) trata-se de uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites.”

Tal preocupação levou à concepção, na Inglaterra do século XVII, de uma doutrina que pregava a *divisão do poder*, ou seja, a atribuição daquelas funções estatais básicas a pessoas ou órgãos distintos, objetivando com isto coibir a tirania e, por via de consequência, garantir a liberdade, a propriedade e a segurança dos indivíduos. De acordo com o já citado Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁹⁰, “a divisão funcional do poder (...) não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o *Bill of Rights* de 1689”. Notável tributário daquela doutrina foi John Locke, para quem o poder total do Estado deveria dividir-se em poderes *legislativo*, *executivo* e *federativo*, cabendo ao primeiro editar as leis; ao segundo, a sua execução; e ao terceiro, tratar das relações externas da comunidade como um todo: paz, guerra, tratados, alianças, etc. Dado importantíssimo no pensamento de Locke é o da supremacia do legislativo em relação aos *poderes* executivo e federativo, conforme se observa nesta sua passagem citada por Guillermo A. Oddone:¹⁹¹

... por fuerza tendrá que ser poder supremo el legislativo, y por fuerza todos los demás poderes confiados a miembros o a partes de la sociedad tendrán que derivarse de aquél y estarle subordinado (...) lo mismo esse poder (el federativo) que el ejecutivo vienen a ser poderes delegados, subordinados al poder legislativo; ya vemos visto que éste sigue siendo el poder supremo en toda comunidad política bien constituida.

Ainda, para o pensador inglês, é imperioso que o poder legislativo, além de não *executar* as leis que faz, atue mediante um processo regular e não delegue o seu poder – em razão do que, conforme Robertônio Santos Pessoa¹⁹², esse filósofo é tido como principal paladino da *indelegabilidade* da função legislativa.

Na linha de consolidação da doutrina de Locke, Montesquieu – para quem, igualmente, era inconcebível que o mesmo homem, ou o mesmo órgão se encarregasse de fazer as leis, de executá-las e de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares - apresenta a sua

¹⁸⁹ O Espírito das Leis, *in* Livro XI, p. 166.

¹⁹⁰ Curso de Direito Constitucional, p. 117.

¹⁹¹ *Administración y División de Poderes*, p. 15.

¹⁹² Administração e Regulação, p. 8.

clássica tripartição do poder estatal em funções *legislativa, executiva e judiciária*, que tornou-se, ao depois, referência no constitucionalismo ocidental.

Aqui, igualmente, o legislativo desfruta de primazia em relação aos outros *poderes*, “*derivada de su función específica de sancionar la ley, a la que tanto los individuos como los otros poderes debían sumisión ...*”.¹⁹³ Destarte, ao executivo reservou-se missão de mero executor das leis, enquanto o judiciário restou concebido, na visão do próprio idealizador da teoria, como um poder, de certo modo, nulo.¹⁹⁴

Outro pensador que contribuiu significativamente para a consolidação da doutrina em comento foi Rousseau, que também acentua a idéia de primazia da lei e, conseqüentemente, de superioridade do poder legislativo, em relação ao qual o poder executivo ocupa uma posição subalterna. Em essência, o fundamento de sua tese reside no *contrato social*, ou seja, no concurso da vontade de todos, para conferir existência e vida ao corpo político. Nesse contexto, a supremacia da lei resulta, justamente, de que é nela que se registra essa vontade geral, que, para o autor genebrino, não é sinônimo de mera somatória da vontade de cada um: “há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta se refere somente ao interesse comum, enquanto a outra diz respeito ao interesse privado, nada mais sendo que uma soma das vontades particulares”¹⁹⁵.

Como se vê, a idéia da separação dos poderes, tal como concebida inicialmente, na Europa, adotava a supremacia da lei, isto é, a submissão de todos ao que nela se achasse previsto, o que resultou numa espécie de privilégio da função legislativa, por identificada como a principal função do Estado.

Ao mesmo tempo, da necessidade de se obviar abusos por parte de qualquer dos diversos *poderes*, planta-se a idéia de um mecanismo voltado ao estabelecimento do equilíbrio entre eles, garantido pelo controle recíproco de suas respectivas atividades. Trata-se do dispositivo do *balance of powers*, ou, na sua versão norte-americana, do *checks and balances*. Aqui, acentua-se menos a primazia da lei e mais a necessidade de um equilíbrio entre os poderes, de tal forma que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Entre nós, Afonso Arinos ensina que “a idéia da limitação dos poderes, da contensão de um poder pelo outro através do mecanismo que a tradição jurídica chama de freios e contrapesos, veio com naturalidade à mente

¹⁹³ Guillermo A. ODDONE, *Administración y División de Poderes*, p. 25.

¹⁹⁴ Guillermo A. ODDONE, *op. cit.*, p. 24.

¹⁹⁵ O Contrato Social, p. 37.

dos pensadores políticos muito antes da teoria jurídica da Constituição.”¹⁹⁶ Acrescenta esse ilustre brasileiro que “o pensamento jurídico foi evoluindo da idéia de separação para a idéia de limitação.”¹⁹⁷

Tal modo de pensar encontrou solo fértil nos Estados Unidos da América, onde o sistema de *freios e contrapesos* foi adotado como indispensável à proteção dos direitos individuais. Para sua efetivação, permitiu-se, ali, um maior controle das atividades legislativa e executiva por parte do poder judiciário, através da mecânica do *judicial review*, que comporta assim o controle de legalidade dos atos do poder executivo, como a própria constitucionalidade das leis. Paralelamente, o constitucionalismo daquele país desenvolveu a tese da supremacia da Constituição, a significar que esta (e não a lei) constitui o estatuto jurídico supremo, ao qual devem submeter-se o legislativo, o executivo e o judiciário. A minimização do *peso* do poder legislativo, em prol do equilíbrio entre as três funções estatais, possibilitou uma maior autonomia da Administração Pública norte-americana, assumindo ela, conforme Robertônio Santos Pessoa, uma posição mais constitutiva no contexto jurídico-normativo, e não meramente executiva. Portanto, nos EUA, ainda segundo esse autor, “o princípio da supremacia da lei não implicou, necessariamente, na impossibilidade da delegação legislativa, que (...) foi sendo progressivamente admitida, sem que tal diretriz fosse considerada violação ao princípio da separação dos poderes.”¹⁹⁸

Não obstante as particularidades verificadas entre os modelos europeu e norte-americano dos séculos XVII e XVIII, têm eles em comum o fato de que tanto os direitos individuais como a atuação do Estado aparecem delimitados pela lei – genérica e abstrata, expressiva da vontade geral a que se refere Rousseau.

3.3 A separação de poderes no Estado do Bem-Estar Social

Este panorama, entretanto, começa a alterar-se na passagem do século XIX para o século XX, com a *crise* do Estado Liberal e o conseqüente surgimento, à mesma época, do chamado Estado Social (*Welfare State*, ou Estado Providência), com perfil nitidamente

¹⁹⁶ Direito Constitucional: Teoria da Constituição; As Constituições do Brasil, p. 133.

¹⁹⁷ *Ibid*, p. 138.

¹⁹⁸ Administração e Regulação, p. 22.

intervencionista - ao contrário de seu antecessor, caracterizado por limitar-se, essencialmente, à proteção dos direitos individuais. Na precisa lição de Gordillo, “a diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar, é que enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado.”¹⁹⁹ Celso Bastos ressalta que “se o liberalismo econômico predominou no século XIX e princípios do XX, é forçoso reconhecer que neste o intervencionismo estatal ganhou muito espaço, em alguns lugares suplantando mesmo o liberalismo.”²⁰⁰ Interessante constatar, na obra do eminente professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que o novo comportamento do Estado foi requerido pela própria sociedade, necessitada que estava de solução para os problemas decorrentes da desorganização da economia. Assim, prossegue o mestre, nas citadas obra e página, “mesmo (...) em Estados onde vigoram a propriedade privada e a livre iniciativa foi o Poder Público que se responsabilizou, ao fim e ao cabo, pela condução do processo econômico.”

No mesmo diapasão, Caio Tácito²⁰¹ explica que, no Brasil, “a partir da terceira década do século²⁰², a crise financeira, gerada em parte pelos efeitos da Primeira Guerra Mundial, estimulou a ampliação de atividades pelo próprio Estado, com o nascimento, na década de 20, de entidades públicas de previdência social e a inauguração da intervenção estatal no campo da atividade produtiva. A empresa pública ingressa na economia social e a Constituição de 1934 admite, mediante lei especial, o monopólio de determinada indústria ou atividade econômica, por motivo de interesse público (art. 116), o controle estatal de exploração de recursos naturais (art. 119, § 4º), a par das relações de trabalho (art. 121).”

Mas, a possibilidade de ingerir na economia não constitui o único traço característico do Estado Social. Aliás, esta nova adjetivação decorre de um outro papel que o Poder Público passou a ter de desempenhar com o apagar das luzes do Estado Liberal, qual seja o de projetar sua atuação no domínio social, i.e., “de conformar a ordem social no sentido de promover a progressiva igualdade de todas as classes sociais e de assegurar a todos os cidadãos o

¹⁹⁹ Princípios Gerais de Direito Público, p. 74.

²⁰⁰ Curso de Direito Administrativo, p. 266.

²⁰¹ Agências Reguladoras da Administração, *in* RDA n. 221, p. 1.

²⁰² O autor refere-se ao século XX

acesso a um certo nível de bem-estar econômico, o desfrute dos bens culturais e uma cobertura contra os riscos vitais (desemprego, doença, invalidez, velhice, morte).”²⁰³

Tais e tão importantes funções não apenas legitimaram como tornaram imprescindível a intervenção do Estado nesses dois domínios – econômico e social -, do que resultou uma significativa transformação de suas relações com a sociedade. No dizer de Robertônio Santos Pessoa, “vocacionado a uma intensa atuação nas esferas social e econômica, bem como a uma grande interação com a sociedade, o Estado social importará, necessariamente, numa nova conformação do princípio da separação dos poderes, diversa daquela que marcou o Estado liberal”.²⁰⁴ Isto porque, acrescenta, no Estado Social, “o poder executivo será aquele que terá sua atuação mais fortemente ampliada”,²⁰⁵ daí resultando imperiosa uma nova acomodação daquele princípio.

A nova acomodação a que se refere esse autor implica, naturalmente, permitir-se à Administração Pública, para bem desempenhar as funções que lhe são ditadas pelo Estado Social, uma postura que seria impensável frente à dogmática tripartição *montesquieana*, qual seja a de editar normas que, há um século e meio atrás, somente se concebia vindas do poder legislativo. Não se trata, é claro, de transferir para o executivo o papel que, desde a primeira formulação da doutrina da repartição dos poderes estatais, se outorgou ao legislativo, mas de atribuir-se àquele, em nome da instrumentalidade de que necessita para dar conta de seus novos encargos (e no estrito limite dessa necessidade!), a prerrogativa de editar comandos com as mesmas características da lei – i.e., dotados dos atributos da generalidade e da abstração. Oportunas as palavras de Vicente Ráo²⁰⁶, para quem não há “como se desconhecer que a maior extensão dos deveres do Estado moderno, para além da ordem estritamente jurídica, exige se lhe confirmem novos poderes, para o exercício dos quais há de se apresentar instrumentalmente aparelhado, a fim de poder exercer as funções a tempo e com eficiência.”

Alexandre Santos de Aragão lembra que, “marcadamente após a 2ª Guerra Mundial, quando as atividades estatais adquiriram, frente a uma realidade tecnicizada e cambiante, inédita complexidade, a normatização social passou a ser crescentemente exercida por

²⁰³ SANTAMARIA PASTOR, *in Principios de Derecho Administrativo*, p. 107-108.

²⁰⁴ Administração e Regulação, p. 27.

²⁰⁵ *Ibid*, p. 28.

²⁰⁶ As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo, p. 16.

órgãos não integrantes do Poder Legislativo, mormente por órgãos e entidades da Administração Pública.”²⁰⁷

É claro que nada disto acontece sem que venha à tona a pergunta inevitável: até que ponto esse novo *poder* atribuído ao executivo não esfacela a vetusta teoria da repartição dos poderes e, também, não aniquila o sistema dos *freios e contrapesos* que se supõe imprescindível para a manutenção do equilíbrio entre as três funções do Estado e que busca evitar excessos por parte de qualquer um deles?

Para respondê-la negativamente, doutrinadores de renome buscam dessacramentalizar a referida teoria, ou seja, demonstrar que a mesma não deve ser objeto de interpretações radicais e absolutas, não contempladas sequer pelos seus idealizadores. É ainda Alexandre Aragão²⁰⁸ quem, citando Zippelius, afirma que, em primeiro lugar, não existe *uma* separação de poderes, mas muitas, variáveis segundo cada Direito positivo e cada momento histórico. Em seguida, sustenta o articulista que

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio, ele poderá, mantendo a substância, ser colocado em seus devidos termos, ou seja, como divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à historicamente perigosa concentração de poderes. Ele não é capaz, contudo, de levar à conclusão de que cada um destes distintos órgãos-Poderes só possa exercer uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. E mais, também não é capaz de fazer com que todas as funções do Estado devam necessariamente se subsumir a apenas uma destas três principais espécies classificatórias de funções estatais.

Na mesma linha, Karl Loewenstein²⁰⁹ leciona que

O que na realidade significa a assim chamada “separação de poderes”, não é, nada mais nada menos, que o reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem que cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outro, os destinatários do poder sejam beneficiados se estas funções forem realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o *telos* ideológico da teoria da separação de poderes. (...) O que, comumente, ainda que erroneamente, se costuma

²⁰⁷ *Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo*, RDA n. 225, p. 110.

²⁰⁸ *Ibid*, p. 111.

²⁰⁹ *Teoría de la Constitución*, pp. 55-56.

denominar como a separação dos poderes estatais, é na verdade a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. O conceito de “poderes”, apesar de estar profundamente enraizado, deve ser entendido neste contexto de uma maneira meramente figurativa.

Após asseverar que a teoria da separação de funções foi determinada pelo tempo e pelas circunstâncias como um protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo monolítico da monarquia dos séculos XVII e XVIII, este último autor conclui que o princípio da necessária separação das funções estatais segundo seus diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores, não é nem essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como uma verdade evidente e válida para todo tempo.

Em França, Jean Dabin²¹⁰ ensina que “se idealmente fundada a distribuição de funções entre instituições ou órgãos distintos e independentes, ela não possui, todavia, senão um valor de meio, não de um dogma, o que vale dizer que o princípio comporta uma série de exceções. As exceções serão justificadas, em primeiro lugar, toda vez que razões de interesse geral as imponham.”

Entre nós, Bilac Pinto já ensinava, há mais de sessenta anos atrás, que “o fato da outorga, pelo Estado moderno, de funções normativas e jurisdicionais a outros órgãos além dos que as monopolizaram, até o fim do século passado (Poder Legislativo e Poder Judiciário), constitui fenômeno universal, cujas proporções se avolumam cada vez mais.”²¹¹ E, posteriormente, Hely Lopes Meirelles²¹² fazia esta advertência:

... já se observou que Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões “separação de Poderes” ou “divisão entre os Poderes” (...). Seus apressados seguidores é que lhe deturparam o pensamento e passaram a falar em “divisão” e “separação de Poderes”, como se estes fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações, quando, na verdade, isto não ocorre, porque o Governo é a resultante da interação dos três *Poderes de Estado* (...), como a Administração o é de todos os órgãos desses *Poderes*.

²¹⁰ *Doctrine Générale del'État*, p. 284.

²¹¹ Regulamentação Efetiva dos serviços de Utilidade Pública, p. 107.

²¹² Direito Administrativo Brasileiro, p. 57.

Na mesma trilha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho²¹³ indaga: “Inexistente sua base científica, parcial a especialização que produz, que valor deve ser reconhecido à ‘separação’?”; e, na seqüência, afirma que, “historicamente, desempenhou ela papel relevante, contribuindo, e não pouco, para a instauração do governo moderado. Hoje, todavia, sua importância costuma ser minimizada; seu fim, profetizado; sua existência, até negada.”

Comparato suscita a inadequação da organização clássica de poderes ao caráter essencialmente dinâmico do Estado contemporâneo, cada vez mais absorvido na tarefa de programar e realizar políticas públicas, e cada vez menos empenhado em meras declarações de direito. Para ele, “se o mecanismo de *checks and balances* entre os diferentes ramos do poder consegue impedir o Estado de fazer o mal, também o impede de fazer o bem”.²¹⁴

Nada obstante a necessária releitura que dele se mostra necessária atualmente, o princípio da separação dos poderes, na visão de Robertônio Pessoa²¹⁵ (lastreado em Canotilho), ainda deve ser considerado como o princípio organizatório estrutural do Estado Constitucional de nossos dias, em continuidade com uma tradição que perpassa todas as formas estatais dos últimos dois séculos, desde o Estado Liberal até o Estado Social intervencionista, este último em suas diversas variações, onde se inclui o atual Estado Regulador. Também para Lúcia Valle Figueiredo²¹⁶, a *separação de poderes* é necessária para que se possa conceber um autêntico Estado de Direito. Respondendo a pergunta por ela mesma formulada: “Qualquer Estado poderá ser Estado de Direito?”, a eminente professora da PUC/SP assim se expressa:

Se não estiver o Estado curvado à *rule of law*, tal seja, à lei a que o poder estatal deve se submeter, sequer poderíamos cogitar na existência de um Estado Democrático de Direito. Todavia, a sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito materialmente; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a separação de poderes para a existência dos “freios e contrapesos”, do “juiz natural”, ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou *post facto*, e, além disso e certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente.

²¹³ Curso de Direito Constitucional, p. 119.

²¹⁴ Para Viver a Democracia, p. 97.

²¹⁵ Administração e Regulação, p. 31.

²¹⁶ Estado de Direito e Devido Processo Legal, *in* RDA n. 209, p. 7.

No entanto, para legitimar o perfil do Estado moderno em face da velha tripartição *montesquieana*, parece de todo necessário que a releitura desta acentue mais o seu caráter histórico, abandonando os esquemas tradicionais com que foi interpretada durante a vigência do Estado Liberal. Para Robertônio Pessoa, “uma leitura atual do princípio em apreço deve considerá-lo não somente um mecanismo de proteção negativa contra o abuso do poder, tendo em vista a proteção dos direitos, mas também, de forma positiva, como elemento de otimização funcional e de responsabilidade dos poderes, tendo em vista as tarefas do Estado.”²¹⁷

No direito brasileiro, a adoção do *poder tripartido* evidencia-se logo no art. 2º da Constituição Federal de 1988, onde está inscrito que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Resta extrair, desse dispositivo, interpretação que, sem negar a essência do princípio da tripartição, torne possível à Administração Pública, no exercício das novas funções que lhe são cometidas pelo modelo de Estado Social aqui implantado, desempenhar eficazmente o seu papel na grandiosa persecução dos objetivos traçados no art. 3º da Norma Ápice. Lecionando acerca daquele art. 2º, o saudoso Hely Lopes Meirelles²¹⁸ afirma que, “embora o ideal fosse a *privatividade* de cada função para cada Poder, na realidade isso não ocorre, uma vez que todos os Poderes têm necessidade de praticar *atos administrativos*, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento, e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder.” E, na seqüência, conclui: “O que há, portanto, não é separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das três funções estatais *precípuas* entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível.”

3.4 Estado Regulador

Como visto nos itens anteriores, a tradicional teoria da *divisão* dos poderes do Estado dedicava especial apreço à função legislativa, da qual as outras duas – executiva e judiciária – praticamente derivavam. Vimos, igualmente, que, saindo de cena o Estado Liberal e tomando o seu lugar o Estado Social - intervencionista e, por isso mesmo, caracterizado pela

²¹⁷ Administração e Regulação, p. 33.

²¹⁸ Direito Administrativo Brasileiro, p. 56-57.

atribuição de novos e vultosos encargos ao Executivo -, a idéia original que usualmente se extraía da *separação* passou a não mais sustentar-se. Conforme Guillermo A. Oddone,²¹⁹ esse modelo não acompanhou o ritmo das transformações que se produziam nos sistemas político e sócio-econômicos, “e esta falta de adequação determinou um deslocamento do centro de gravidade em favor do Executivo”, ou seja, “o sistema de três funções claramente diferenciadas cedeu passo – por império da necessidade – a outro no qual os limites não são, em geral, tão precisos e os conteúdos concretos de atuação são assumidos pelo órgão melhor dotado para dar solução aos problemas.”

Ainda de acordo com esse autor, nas mesmas obra e página retro citadas, a perda de gravitação do Legislativo deveu-se, justamente, àquele aumento das demandas dirigidas ao Estado, determinando um incremento de sua atividade que não pôde ser assumido pelo Legislativo por razões puramente técnicas, outras de índole jurídica (natureza dos atos que emite) e, finalmente, políticas. Uma dessas razões, prossegue o articulista,²²⁰ é dada pelas características das decisões a adotar: seu número, a rapidez com que devem implementar-se as políticas, a posse de dados técnicos, científicos, estatísticos, etc., com caráter prévio à tomada de decisão, demonstram que o órgão menos dotado é o legislativo, por tratar-se de um corpo deliberativo, com mecanismos lentos de adoção de decisões, e o qual se considera em geral pouco especializado.

No Estado Providência, diz Robertônio Pessoa, “observa-se um deslocamento de boa parte da normatização do poder legislativo para o poder executivo. Inclusive boa parte da legislação aprovada no âmbito do legislativo tem sua origem em projetos e iniciativas apresentadas pelo poder executivo.”²²¹ Aliás, segundo esse mesmo autor, no *Welfare State* ocorreu uma transformação na própria concepção de lei herdada do Estado liberal, com o surgimento de novos paradigmas normativos. “A lei, concebida no Estado liberal como norma geral e abstrata derivada da vontade geral (conforme o pensamento de Rousseau) e expressão da razão humana (conforme o pensamento de Kant), assume no Estado social uma nova dimensão, passando a constituir-se também em instrumento por excelência de sua ação interventiva no domínio econômico e social. Ou seja, de mero instrumento jurídico a lei passou também à condição de instrumento político, sem todavia, destaque-se, a tal ficar reduzida. A lei tende,

²¹⁹ *Administración y División de Poderes*, p. 37.

²²⁰ *Ibid*, p. 38.

²²¹ *Administração e Regulação*, p. 28.

assim, a assumir uma crescente função política. Além de definir situações abstratas com pretensão de permanência, a lei também busca a solução de problemas concretos e passageiros.”

Ocorre que o Estado social, a exemplo do que se deu com seu antecessor dos séculos XVII e XVIII, também haveria de experimentar a sua *crise*, determinada, principalmente, pelo fato de não ter sido capaz de assegurar aquilo que dele se esperava: um nível de bem-estar social condizente com o volume das atribuições estatais e das estruturas administrativas que em função delas se criaram. Segundo Bruno Brodbekier, constatou-se que, com a sua superestrutura, o Estado tornou-se agigantado demais e, principalmente, mostrou-se um péssimo prestador de serviços públicos. E, *apud* Marcos Juruena, assinala que “Não resta dúvida que um Estado hipertrofiado gera custos elevadíssimos, mantidos por tributos que sacrificam a poupança popular e o investimento empresarial sem o correspondente retorno em qualidade dos bens e serviços prestados.”²²²

Luiz Carlos Bresser Pereira, em pronunciamento reproduzido na obra de Robertônio Pessoa,²²³ assinala que, no Brasil, “a crise fiscal e a crise do modo de intervenção do Estado na economia e na sociedade começaram a ser percebidas nos anos 80. Foi nesse período, depois do fracasso de sucessivos planos econômicos, que a sociedade brasileira se deu conta, ainda que de forma imprecisa, de que estava vivendo fora do tempo (...) Os constituintes de 1988, porém, não perceberam a crise fiscal, muito menos a crise do aparelho do Estado. Não perceberam que era preciso recuperar a poupança pública. Que era preciso dotar o Estado de novas formas de intervenção, mais leves, em que a competição tivesse um papel mais importante.” Fazendo eco às palavras do ex-Ministro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto,²²⁴ salientando o descompasso entre o texto original da Superlei de 1988 e a evolução que, já àquela época, se fazia sentir nas relações entre o Estado e a sociedade, assim se pronuncia:

No Brasil, esta evolução sofreu um percalço que atrasou-nos o processo por quase uma década. Com efeito, a Constituição de 1988, ao ser promulgada, estava destinada a ser o último modelo instituidor de um Estado do Bem-Estar Social e, por isso, não continha nem previa providências para a retomada do desenvolvimento dos serviços públicos no País. Por considerar o modelo vigente

²²² Poder Regulamentar da Administração Pública, *in* RDA n. 233, p. 151.

²²³ Administração e Regulação, p. 50.

²²⁴ Mutações do Direito Administrativo, p. 150.

satisfatório, tratou apenas de mantê-lo, inclusive com uma atuante presença do Estado na prestação e sem maior preocupação com o controle.

É, de fato, o Brasil, com suas gritantes e bem conhecidas desigualdades sociais, e tolhido por um endividamento externo sem precedentes em sua história, exemplo do quanto o Estado Providência pode não ser apto a cumprir as finalidades que deram ensejo ao seu aparecimento. Isto fez com que, de repente, o *modus operandi* do Estado social - precipuamente, sob a forma de intervenção no domínio econômico - passasse a ser questionado. “Sua intervenção direta na economia, através de empresas públicas, mostrou-se em grande parte ineficiente, o que ocasionou, no caso brasileiro nos anos 90, o fenômeno da privatização. A prestação de serviços públicos pelo Estado modificou-se acentuadamente. Tais serviços foram em grande parte privatizados ou tiveram sua execução delegada a particulares. O Estado perdeu o monopólio na prestação dos serviços públicos para assumir a condição de agente regulador de tal prestação. Esta função regulatória estendeu-se também às atividades econômicas.”²²⁵

Realmente, com o fito de instituir-se a “reengenharia do Estado”, foi editada a Lei n. 8.031, de abril de 1990, que implementou o Plano Nacional de Desestatização – PND (disciplinado, atualmente, pela Lei n. 9.491, de setembro de 1997), plano esse que, como o próprio nome sugere, intenta promover a substituição do Estado pela iniciativa privada, em muitas das atividades antes desempenhadas pelo primeiro. Ressalta Bruno Brodbekier (RDA n. 233, p. 151) que, dentre os objetivos do PND, “estavam incluídos a alienação de participações acionárias do Estado, a extinção de empresas públicas com a venda de seus ativos, bem como a delegação a particulares, por meio de concessão, permissão e autorização, da execução dos serviços públicos, concentrando-se o Poder Público no planejamento e controle dessas atividades.”

Inevitavelmente, esse novo *estado de coisas*, não devidamente captado (na visão de Bresser Pereira) pelo legislador constituinte de 1988, acabaria por chocar-se com a ordem estabelecida por meio da Magna Carta então promulgada, demandando, assim, reformas no seu texto original. Atendendo a essa necessidade, restaram promulgadas, por exemplo, as Emendas Constitucionais n. 5, 8 e 9, todas de 1995, que, respectivamente: estabelece a abertura dos serviços públicos ao regime privado; dispõe sobre a concessão ou permissão nos serviços de

²²⁵ Robertônio Santos PESSOA, Administração e Regulação, pp. 50 e 51.

telecomunicações; e extingue o monopólio estatal de exploração de petróleo, admitindo o acesso de empresas privadas.

No dizer de Caio Tácito,²²⁶ “é importante assinalar que essas Emendas, ao mesmo passo em que abrem portas ao capital privado, determinam, de modo expresso, a criação, em lei, de um órgão público regulador da atividade privada. É o primeiro evento no caminho da instituição legal das agências reguladoras da atividade econômica ...”. Essas *agências reguladoras*, prossegue o autor, nas mesmas obra e página, “completam a liberação da atividade privada de natureza econômica, sobre a qual exercem, como representantes do Estado, atuação coordenadora e normativa, em garantia do interesse coletivo que representam.” Vanessa Vieira de Mello²²⁷ ressalta que as agências reguladoras “fazem com que o Estado deixe de ser o executor dos serviços públicos, para apenas regular setores da economia que ficam aos seus cuidados.” Em seguida, (*apud* Arnaldo Wald e Luiz Rangel de Moraes) destaca as quatro dimensões que caracterizam uma agência reguladora: “a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira.”

Verifica-se, portanto, que a tradicional forma de intervenção estatal no domínio privado restou substituída pela chamada *função regulatória*, a qual, segundo Robertônio Pessoa,²²⁸ (*apud* Marçal Justen Filho), é também um modo de intervenção do Estado, caracterizada, no entanto, pela utilização preponderante da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares, tendo em vista a realização de interesses públicos relevantes. Para ele, “a contrapartida para redução da intervenção estatal direta, na prestação de serviços públicos e na exploração de atividades econômicas reputadas até então estratégicas, foi o incremento das funções regulatórias.” Bruno Brodbekier²²⁹ explica que “a atuação do Estado como órgão regulador consiste na troca de papel do Poder Público de prestador dos serviços públicos, seja na prestação direta ou na indireta, para controlador da execução dos serviços outorgados a pessoas jurídicas públicas ou privadas.”

Aí está: enquanto a aglomeração de um sem número de serviços e atividades econômicas estratégicas nas mãos do Poder Público apresentava-se como um dos traços mais característicos do Estado social, a privatização de grande parte desses serviços e atividades, tendo

²²⁶ Agências Reguladoras da Administração, *in* RDA n. 221, p. 3.

²²⁷ Regime Jurídico da Competência Regulamentar, p. 89.

²²⁸ Administração e Regulação, p. 51.

²²⁹ Poder Regulamentar da Administração Pública, *in* RDA n. 233, p. 152.

como contrapartida a sua regulação estatal, traduz o perfil do moderno Estado regulador. Conforme Caio Tácito, na obra e página retro citadas, “a função das Agências Reguladoras (...) mantém o adequado equilíbrio entre a política de privatização e a preservação do interesse público, harmonizando a liberdade com a adequação dos fins básicos da manutenção dos interesses da comunidade. A privatização transfere o serviço público à gestão privada. O poder público retém, contudo, a supervisão sobre o exercício regular da atividade (...), na preservação do interesse geral, que o Estado representa.”

Tema pleno de controvérsias doutrinárias é o relativo ao fundamento constitucional desse *poder regulador* do Estado - principalmente quando ele é exercitado por meio de normas expedidas por essas autarquias especiais denominadas *agências reguladoras* -, em face dos princípios da *separação de poderes* e da *legalidade*. Deveras, na medida em que os atos de manifestação daquele poder advêm do Executivo, não são poucas as vozes que se têm levantado para questionar se essa concentração de tantos e tão distintos *poderes* num mesmo ente não afronta a tripartição estabelecida no art. 2º da Magna Carta. A este respeito, Vanessa Vieira de Mello²³⁰ lembra que as normas editadas por uma agência reguladora, no exercício de sua função assim qualificada, não são leis. “Não advêm de um Parlamento, não têm votação, mas veiculam sanções. Então, difícil se torna enquadrar a obrigatoriedade do cumprimento das normas advindas das agências em um Estado erguido sobre a pilastra do princípio da legalidade.”

Em busca de respostas para estas questões, Leila Cuéllar (citada na obra de Bruno Brodbekier²³¹) explica que a regulação seria a atuação do Estado como administrador na economia, cuja ação disciplinar, proibindo e condicionando atividades econômicas, coordenando-as e fiscalizando-as, seria forma de expressão do poder de polícia. “Isto se verificaria com a edição de normas legais e regulamentares, fiscalização de sua observância (vigilância) e expedição de atos administrativos de caráter preventivo (licenças, autorizações) ou repressivo (multas, invalidações de atos de fusão ou associações).”

Celso Antônio Bandeira de Mello²³² leciona que o fenômeno regulatório se insere entre as três formas de intervenção do Estado na economia, a saber: a) através de seu poder de polícia, atuando como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, desta

²³⁰ Regime Jurídico da Competência Regulamentar, p. 91.

²³¹ Poder Regulamentar da Administração Pública, *in* RDA n. 233, p. 153.

²³² Curso de Direito Administrativo, p. 611.

forma, as funções de fiscalização e planejamento de acordo com o art. 174 da Constituição; b) mediante incentivos à iniciativa privada, fomentando a economia com incentivos fiscais (também previsto no art. 174); e c) assumindo participação direta na economia, atuando empresarialmente no setor.

Por seu turno, Robertônio Pessoa, depois de admitir que “a competência normativa atribuída às agências reguladoras no Brasil, além de inerente à própria atividade de regulação, é imprescindível, para que tais entes possam desempenhar de maneira satisfatória e eficiente suas funções institucionais”, e de lembrar que “as nossas tradicionais autarquias, que também já gozavam de relativa autonomia administrativa, ostentavam competências normativas, que, de um modo geral, deveriam observar as limitações fixadas para o poder regulamentar”, assevera que “a incorporação de competências regulatórias mais acentuadas pelo Estado brasileiro não importou, como pretendem alguns, numa modificação radical da nossa sistemática constitucional e da ordenação de competências por ela fixada, assentada no princípio da separação dos poderes”, em razão do que “não se pode admitir que as agências reguladoras titularizem uma competência normativa originária desvinculada da lei.”²³³

Quanto ao fundamento constitucional da competência normativa *não originária* dessas agências, esse mesmo autor, acompanhando o raciocínio de Alexandre Santos Aragão²³⁴ – para quem não há distinção substancial entre *regulamentação* e *regulação*, diferenciando-se os dois conceitos apenas como aspectos do mesmo fenômeno –, afirma que “a regulação, pois, do ponto de vista jurídico, e na sua vertente normativa, tem a natureza de poder regulamentar. Portanto, a criação de agências reguladoras destina-se a propiciar o exercício, por uma entidade autônoma, de competências normativas inerentes ao Poder Executivo, no afã de assegurar uma fiel execução das leis instituidoras de políticas públicas setoriais. Assim, uma agência reguladora não titulariza uma competência normativa superior ou mais ampla que aquela reconhecida constitucionalmente ao Poder Executivo.” Ao contrário, salienta, tal competência “tem caráter secundário e instrumental, submetendo-se, como toda competência regulamentar, ao princípio da legalidade administrativa.”²³⁵

²³³ Administração e Regulação, pp. 170-172

²³⁴ Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo, *in* RDA n. 225, p. 109.

²³⁵ *Ibid*, pp. 170-175.

3.5 Administração Pública

Discorrendo sobre as acepções da palavra *administração*, Jean Rivero identifica nela dois sentidos: o primeiro diz-se ‘material’ – como quando se designa a atividade de administrar, de gerir um negócio; o segundo, ‘orgânico’ – quando a palavra se refere aos órgãos que exercem aquela atividade, sendo que, em ambos os sentidos, a expressão emprega-se assim para negócios privados quer para negócios públicos. Em França, prossegue o autor, o vocábulo “Administração”, grafado com maiúscula, pretende designar um conjunto de órgãos pelo qual se conduzem e executam tarefas públicas. “Nesta perspectiva, a administração é concebida ao mesmo tempo como essencialmente diferente da actividade dos particulares e como distinta de certas outras formas de actividade pública: a Legislação, o exercício da Justiça. É nestas duas direcções – com referência à acção dos particulares e com referência às outras actividades públicas – que é indispensável precisar o conceito de Administração.”²³⁶

Celso Bastos explica que vários são os critérios utilizados pelas doutrinas brasileira e estrangeira, na conceituação de Administração Pública, e, em seguida, destaca aqueles que considera os principais, a saber: o residual ou negativista, o formal ou subjetivo e o material ou objetivo. “Pelo residual, Administração Pública é toda atividade do Estado que não esteja compreendida na atividade legislativa e na judiciária. Pelo critério formal, é definida como o conjunto de órgãos incumbidos das funções administrativas. Finalmente, pelo material, Administração Pública é considerada como o conjunto de atividades concretas do Estado desempenhadas de forma imediata para atender às necessidades públicas.”²³⁷ Não é incomum, todavia, encontrar autores que combinam esses critérios para a conceituação do instituto.

Assim, Administração Pública é tida como “todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”, acrescentando-se que ela “não pratica *atos de governo*; pratica, tão-somente, *atos de execução*, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes” (Hely Lopes Meirelles²³⁸); ou, mais restritivamente, como “o conjunto de órgãos que propriamente acompanham a execução das leis e decisões em geral, ou que a preparam. ou, ainda,

²³⁶ Direito Administrativo, p. 13.

²³⁷ Comentários à Constituição do Brasil, 3º volume, tomo III, p. 1.

²³⁸ Direito Administrativo Brasileiro, p. 61.

que as executam por si” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho²³⁹). Para o já citado Rivero, “a Administração aparece-nos (...) como a actividade por meio da qual as autoridades públicas provêm à satisfação das necessidades do interesse público, servindo-se, se for caso disso, das prerrogativas do poder público.”²⁴⁰

As palavras dos citados mestres permitem-nos vislumbrar o carácter eminentemente instrumental da Administração Pública, no sentido de *meio* de que se vale o Estado (com o qual não se confunde) na sua busca da satisfação das necessidades coletivas. Daí a seguinte afirmação de Valéria Maria Sant’Anna: “Para que o Estado possa exercer suas funções, necessita de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos para a execução de suas decisões políticas. A esse conjunto denomina-se Administração Pública.”²⁴¹ Desta forma, podemos dizer que o perfil da Administração de um Estado acompanha o do que a este foi imposto no seu Estatuto Fundamental. Noutros termos, o *modelo* de uma dada Administração é ditado pelo *modelo* do Estado a que corresponde.

No caso brasileiro, adotou-se o modelo de *Estado Democrático de Direito* (CF/88, art. 1º), de forma que nossa Administração Pública não poderá discrepar desse perfil, sob pena de afrontar aquele mandamento da Superlei. No dizer de Robertônio Pessoa:²⁴² “ao consagrar o princípio democrático, a Constituição Federal de 1988 não se decidiu por uma teoria *in abstracto*, mas pela fixação de uma diretriz normativa para o Estado e para a sociedade brasileira, com inegáveis dimensões materiais e formais (procedimentais).”

Já se disse anteriormente, que o carácter do Estado Social é resultante da missão que lhe fora conferida pela vontade geral, qual seja a de garantir o bem-estar dos indivíduos e da sociedade. Tal empreendimento estaria fadado ao insucesso, caso não se dotasse a Administração Pública de uma conformação apta à consecução daquele objetivo. Queremos dizer que, no *Welfare State*, não pode ela apresentar-se como no Estado *gendarme* do século XVIII, i.e., como mecanismo destinado tão-somente à prevenção de riscos para a segurança e a ordem pública, e atividade apenas submetida, diretamente, aos ditames oriundos do poder legislativo. Ao contrário, hoje, dada a maior proximidade entre Estado e Sociedade – e a conseqüente flexibilização dos limites entre as esferas pública e privada -, demanda-se uma Administração não mais restrita à

²³⁹ Curso de Direito Constitucional, p. 193.

²⁴⁰ Direito Administrativo, p. 18.

²⁴¹ Direito Constitucional, p. 87.

²⁴² Administração e Regulação, p. 70.

sua abstenção em face dos direitos e garantias individuais (postura negativa, portanto), e, sim, mais prestativa, de execução das políticas públicas, cuja atuação não mais seja esporádica e ocasional, como nos áureos tempos do Estado Liberal, mas, pelo contrário, se revele mais complexa, planejada, regular e duradoura. A Administração unificada e hierarquizada do Estado Liberal cedeu lugar à Administração descentralizada e desconcentrada do Estado Social, com o surgimento de autarquias, fundações, empresas públicas e outros entes. Ao mesmo, tempo, conforme Robertônio Pessoa²⁴³ (*apud* Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva, *in* *Em busca del Acto Administrativo Perdido*),

Paralelamente à estrutura legal herdada do Estado Liberal, aparecem novos tipos normativos, como as leis instituidoras de políticas públicas nos âmbitos social e econômico, as leis-quadro, as leis de base. (...) Proliferam as leis de textura aberta e porosa, bem como a utilização de conceitos jurídicos indeterminados. (...) A lei surge, muitas vezes, como uma realidade remota e distante, como uma referência longínqua para as atividades concretas de um setor da Administração Pública, que muito freqüentemente se comporta com grande autonomia na realização dos fins públicos. (...) A lei, num número crescente de casos, limita-se à definição de grandes objetivos, bem como à indicação de princípios gerais de atuação, deixando às autoridades administrativas, amplas margens de apreciação no que respeita à sua concretização.

Ainda segundo o mesmo autor, “forjou-se, assim, uma consciência de que a submissão da Administração à lei pode apresentar uma intensidade variável, em conformidade com a estrutura e densidade normativa desta. Passou-se a admitir diferentes graus de submissão da Administração Pública à lei.”²⁴⁴

Sem dúvida, no ambiente do Estado Social, as atividades administrativas cresceram significativamente, assim no aspecto quantitativo, já que mais numerosas as atribuições cometidas à Administração pró-ativa, como no qualitativo, por natural exigência decorrente daquela maior proximidade entre Estado e Sociedade. Cassesse chega a afirmar que, hoje, “a Administração, e não a legislação, ou a atividade jurisdicional, constitui o centro de gravidade da atividade estatal.”²⁴⁵ Em capítulo intitulado “*O Poder Executivo e sua Missão*”,

²⁴³ Administração e Regulação, p. 47;

²⁴⁴ *Ibid*, p. 48.

²⁴⁵ *Le Basi del Diritto Amministrativo*, p. 10.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁴⁶ ensina que, “da transformação do *État-gendarme* no *Welfare State*, “resultou que, embora a estrutura constitucional não se modificasse, ainda que o Legislativo conservasse uma preeminência aparente, o centro real do poder político se deslocou para o Executivo. De fato, este se tornou o motor da vida política, a mola do governo, o que, em última análise, veio repercutir no próprio campo legislativo, com a legislação delegada etc.”. Acrescenta o constitucionalista brasileiro que “essa mudança na missão do poder, no seu caráter fundamental, tornou imprópria a designação Executivo. Como chamar de Executivo o poder que verdadeiramente governa?”

3.5.1 Administração Pública e o Princípio da Legalidade

Impende dizer que, em razão da *reforma do Estado* iniciada por volta de 1990, resultante da abdicação, pelo Estado brasileiro, do modo como intervinha na economia desde as primeiras décadas do século XX, e da conseqüente assunção de sua atual feição reguladora, a Administração Pública passou a manifestar-se, em muitos casos, com esse mesmo perfil – i.e., como Administração *reguladora*. Isto se dá, obviamente, sempre que pratica atos inerentes ao poder regulador do Estado, como por exemplo, a edição de normas destinadas a disciplinar certa atividade econômica desempenhada pelo particular. A propósito, Robertônio Pessoa²⁴⁷ assevera que “atualmente, tem sido intensificada a produção de normas gerais e abstratas de caráter administrativo. Esta competência implica o acentuado poder político para os órgãos e entidades da Administração direta e indireta, uma vez que normas gerais vinculam um número indeterminado de pessoas e situações, constituindo-se em forte instrumento de controle social.”

Não se deve, todavia, confundir os conceitos de competência normativa – de que a Administração é detentora – e competência legislativa – que somente o Poder Legislativo, no exercício da sua função típica, detém. Ambas levam à produção de normas jurídicas, só que de diferentes categorias estatais básicas: no primeiro caso, temos o *regulamento*, decorrente da função administrativa; no segundo, a *lei*, resultante do exercício da função legislativa e como única norma apta a inovar no ordenamento jurídico.

²⁴⁶ Curso de Direito Constitucional, pp. 191 e 192.

²⁴⁷ Administração e Regulação, p. 91.

Dada a superioridade hierárquica da lei em relação às normas administrativas (veja-se, por oportuno, que, nos termos do art. 84, IV, da CF/88, os decretos e regulamentos se prestam, unicamente, para fiel execução da lei), estas não apenas assumem um caráter secundário em face daquela, como não podem dispor diferentemente do que nela se acha prescrito – o que, aliás, é um modo de manifestação do *princípio da legalidade*, insculpido no inciso II do art. 5º (“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) e posto como primeiro guia da administração pública (“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade* ...”) no art. 37, ambos do Texto Fundamental. Tanto que Carlos Ari Sundfeld²⁴⁸ (*apud* Seabra Fagundes) assinala que “*administrar*, em visão sumária, é aplicar a lei, de ofício e sob controle judicial. O ato administrativo não inova originariamente na ordem jurídica, traduzindo mero comando complementar da lei.” Em seguida, acrescenta o articulista que “inexiste poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que ela não concede expressamente, nega-lhe implicitamente. Por isso, seus agentes não dispõem de liberdade – existente somente para os indivíduos considerados como tais – mas de competências, hauridas e limitadas na lei.”

Em idêntica linha de consideração, Celso Bastos ensina que “a regra de ouro que preside a atividade administrativa é o ser ela cumprida sempre debaixo da lei. (...) À Administração cabe, portanto, cumprir os fins queridos e expressados pela ordem jurídica. Daí o seu caráter secundário no que diz respeito à hierarquia com as próprias disposições legais.”²⁴⁹

Não obstante, Robertônio Pessoa nos dá conta de que, em alguns sistemas jurídicos, esta formulação tradicional – a da total submissão das normas administrativas à lei – vem sendo revista, em razão da importância assumida pelas normas editadas por entidades administrativas, principalmente no campo da regulação setorial. “Neste novo contexto, tem-se percebido a necessidade de um reexame mais detido em torno da questão do ‘*processo jurídico-normativo*’, apto a refletir a atual dinâmica das novas realidades sociais e institucionais.”²⁵⁰ Certamente, esta é uma questão que se põe a propósito do caráter assumido pelo Estado brasileiro a partir das reformas iniciadas na década de 90, e que pode ser formulada nestes termos: até que ponto está a Administração Pública em condições de instrumentalizar a contento o *poder*

²⁴⁸ Direito Administrativo Ordenador, pp. 28/29.

²⁴⁹ Comentários à Constituição do Brasil, 3º vol., tomo III, p. 3.

²⁵⁰ Administração e Regulação, p. 92.

regulador do Estado, mantendo-se inteiramente curvada ao princípio da legalidade? Dizendo de outro modo, será possível a essa mesma Administração, através dos seus órgãos diretos e indiretos, exercer a regulação de um sem número de atividades cometidas ao particular, sem que lhe seja concedido, ao menos nesse contexto, editar normas que inovem na ordem jurídica?

De um modo geral, levando em consideração que as emendas constitucionais editadas a fim de promover a *reengenharia* do Estado não revogaram nem modificaram os dispositivos que versam sobre a tripartição dos poderes e o princípio da legalidade – até porque isto nem seria possível, diante do que consta dos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Carta de 1988 -, a doutrina tem insistido em que não podem as normas administrativas criar *direito novo*, devendo elas, destarte, continuar desempenhando o seu papel nos limites da lei. Tal é o pensamento de Marçal Justen Filho,²⁵¹ para quem não se admite que o intérprete produza uma reorganização dos poderes políticos, adotando fórmulas inéditas de distribuição de competências; “não é possível que se afirme, pura e simplesmente, que o Poder Executivo deve dispor de amplas atribuições normativas e que não pode mais estar subordinado ao princípio da legalidade. (...) Permanece vigente e obrigatória a estruturação organizacional e funcional consagrada pela CF/88, que elege o princípio da legalidade como postulado fundamental da ordem jurídico-institucional pátria.”

Esse tema ganha novas implicações quando referido às agências reguladoras, pois aí se trata de saber também se é possível outorgar-lhes poder normativo, ou seja, se podem elas próprias editar as normas jurídicas necessárias ao exercício de seus misteres, e, em caso positivo, se tais normas podem inovar no ordenamento jurídico. Segundo Bruno Brodbekier,²⁵² “não obstante as severas críticas que esta possibilidade tem encontrado entre os administrativistas conservadores, existem numerosos autores que defendem enfaticamente a necessidade das agências serem capacitadas de competência regulamentar.” Um desses autores é Romeu Felipe Bacellar Filho,²⁵³ que ressalva, no entanto, a necessidade da submissão, das normas assim expedidas, à lei. Vejamo-lhe as palavras: “A competência reguladora das Agências, autarquias que integram a Administração Pública indireta, envolve a tarefa de expedir normas sobre a prestação de serviços públicos ou sobre o exercício de atividades econômicas, *sempre subordinada aos preceitos legais e regulamentares*.” Em seguida, assevera o articulista que

²⁵¹ O Direito das Agências Reguladoras Independentes, p. 503.

²⁵² Poder Regulamentar da Administração Pública, *in* RDA n. 233, p. 166.

²⁵³ O Poder Normativo do Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade, *in* RDA n. 230, p. 159

“revela-se bastante discutível a posição adotada por alguns juristas brasileiros que vêem na competência reguladora da Agência uma capacidade para produção de atos normativos primários, dotados de força para inovar, de forma originária, o ordenamento jurídico. Afinal, aceitar a transferência de funções legislativas ou mesmo regulamentares às pessoas jurídicas que integram a Administração Pública poderia importar, no regime brasileiro, quebra do princípio da separação de poderes, erigido a cláusula pétrea e verdadeiro limite material ao poder de reforma constitucional.”

De todo modo, paralelamente e alheias à discussão doutrinária, as leis que criam essas agências têm-lhes atribuído algum poder normativo; exemplo disso é a Lei n. 9.472/97, que instituiu a ANATEL. Com efeito, prescreve o art. 19 desse diploma, em vários de seus incisos, que compete à referida agência *expedir normas*, assim como o seu art. 21, § 1º, faz menção a *normas expedidas pela ANEEL* – outra agência reguladora também tratada na lei em apreço. Aliás, em casos como estes, uma outra questão que vem atormentando os administrativistas é a seguinte: admitindo-se a possibilidade de as agências reguladoras disporem de competência regulamentar, pode esta ser deferida, diretamente, pela lei (como já vem ocorrendo, segundo acabamos de ver), ou isto caberia, exclusivamente, ao Chefe do Executivo? Leila Cuéllar, citada por Bruno Brodbeckier,²⁵⁴ define-se pela inexistência desta exclusividade, quando assim se pronuncia:

O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas juridicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias.

Atribuindo essa prática, de a lei conferir ao administrador o poder de dispor sobre o exercício dos direitos pelos particulares, aos hábitos autoritários herdados das diversas ditaduras que pontilharam nossa história e, também, à crescente interferência do Estado na vida privada, por conta da maior complexidade de que esta se reveste a cada dia, Carlos Ari Sundfeld²⁵⁵ se manifesta nestes termos:

²⁵⁴ Poder Regulamentar da Administração Pública, *in* RDA n. 233, p. 167.

²⁵⁵ Direito Administrativo Ordenador, pp. 33/34.

É certo que a sociedade moderna exige uma mais densa regulamentação dos comportamentos dos indivíduos, a ensejar constantes flutuações nas normas. O Poder Legislativo tem sido impotente para acompanhar a velocidade das mudanças. Daí o Executivo assumir o papel de agente normativo da vida social.

Isso recoloca a questão dos limites do poder regulamentar. Em que medida pode a lei conceder ao Chefe do Executivo a faculdade de regular o comportamento dos particulares, sem incidir em delegação disfarçada de atribuições, incompatível com a Separação dos Poderes e, por conseguinte, com o Estado de Direito?

Lembrando que o problema, aqui, diz com a impossibilidade de delegação de funções entre Legislativo e Executivo, esse mesmo autor ressalta que, “em outras palavras, a interpretação do art. 5º, II, requer necessariamente a consideração do limite a partir do qual se incidiria em inconstitucionalidade por delegação indevida do poder de legislar.”²⁵⁶

Questões como as acima postas, concernentes ao poder normativo dos órgãos da Administração Pública – em especial, daqueles pertencentes à chamada *administración indirecta*, como as modernas agências reguladoras -, permanecem ainda abertas a discussões e necessitadas, talvez, de enfoques mais adequados aos novos tempos do Estado regulador. Na visão de Guillermo Oddone,

... ya nos es válido sostener que la Administración se limita a aplicar en supuestos concretos las soluciones definidas por la ley. La dinámica de la actuación estatal impide que la Administración ‘espere, en cada caso, la indicación de la ley’. La legalidad actúa ahora como un criterio de garantía de las libertades.²⁵⁷

No caso brasileiro, ainda que se tenha por procedentes estas instigantes palavras, resta o problema de encontrar (se isto for possível) a justa adequação do atual *modus operandi* da Administração Pública reguladora aos princípios da separação de poderes e da legalidade.

3.5.2 *Administración Pública e os demais princípios enunciados no art. 37 da CF/88*

²⁵⁶ Direito Administrativo Ordenador, p. 35.

²⁵⁷ *Administración y División de Poderes*, p. 45.

Na letra do já mencionado art. 37 da Magna Carta de 1988, a Administração Pública deve obediência a quatro outros princípios específicos, além do da legalidade. São eles os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Impessoalidade:

Segundo Hely Lopes Meirelles, o princípio da *impessoalidade* nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, “o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*. (...) a *finalidade* terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*.”²⁵⁸ Celso Bastos manifesta estranheza pela inclusão da impessoalidade no rol dos princípios informadores da Administração, por julgar difícil configurar a sua autonomia em face de outros princípios tais como o da finalidade, o da igualdade e mesmo o da própria legalidade. “De fato - diz o eminente articulista - a lei tem de ser aplicada de molde a não levar em conta critérios nela não inseridos. Toda vez que o administrador pratica algum entorce na legislação para abranger uma situação por ela não colhida ou para deixar de abarcar uma outra naturalmente inclusa no modelo legal, a Administração está se desviando da trilha da legalidade.”²⁵⁹

Telmo da Silva Vasconcelos identifica este princípio com o da igualdade, tanto que assim se expressa: “O princípio constitucional da impessoalidade está posto em nível constitucional no artigo 5º, *caput*, parte inicial, onde consta que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção de qualquer natureza. Tal assertiva é válida, também, à administração pública, à qual é defesa infligir qualquer sorte de distinção restritiva ou privilégios, especialmente por força do *caput* do artigo 37, que reza que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, *impessoalidade*, moralidade, publicidade e eficiência.”²⁶⁰

Moralidade:

O princípio da moralidade, na primorosa lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

²⁵⁸ Direito Administrativo Brasileiro, pp. 85/86.

²⁵⁹ Comentários à Constituição do Brasil, vol. 3º, tomo III, p. 33.

²⁶⁰ O princípio constitucional da impessoalidade e a privatização dos espaços públicos.

... tem utilidade na medida em que diz respeito aos próprios meios de ação escolhidos pela Administração Pública. Muito mais do que em qualquer outro elemento do ato administrativo, a moral é identificável no seu objeto ou conteúdo, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a Administração para atingir cada uma de suas finalidades. (...)

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.²⁶¹

Para Hely Lopes Meirelles, “a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do ‘bom administrador’, que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, ‘é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum’.”²⁶² Já Telmo da Silva Vasconcelos leciona que “a construção da teoria do princípio da moralidade está diretamente vinculada aos freios a serem impostos aos agentes públicos na execução dos poderes discricionários, surgida e desenvolvida junto à idéia de desvio de poder.” E, *apud* Juarez Freitas, acrescenta: “No tangente ao princípio da moralidade, por mais que tentem assimilá-lo a outras diretrizes e conquanto experimentado pronunciada afinidade com todos os demais princípios, certo é que o constituinte brasileiro, com todas as imensas e profundíssimas conseqüências técnicas e hermenêuticas que daí advêm, pretendeu conferir autonomia jurídica ao princípio da moralidade, o qual veda condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência.”²⁶³

Publicidade:

De mais fácil percepção, o princípio da *publicidade* informa que, em regra, os atos administrativos devem ser divulgados, para que deles o público tome conhecimento. Isto decorre

²⁶¹ *Apud* Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 38.

²⁶² *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 85.

²⁶³ O princípio constitucional da moralidade e o nepotismo.

do próprio fato de a Administração ser *pública*, isto é, de existir para atender ao interesse público. Nada mais coerente, portanto, que o seu agir possa ser acompanhado por quantos, em cada caso concreto, nele tenham interesse, o que só é possível mediante a publicização dos atos administrativos.

Em capítulo intitulado “Princípios do Processo Administrativo e a Importância do Processo Administrativo no Estado de Direito”, Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira assim se pronuncia: “É inerente à função pública que sejam públicos os atos da Administração, de seus agentes, detenham eles caráter instrumental ou decisório. (...) A publicidade permite sejam os atos acompanhados por qualquer cidadão, seja exercido sobre eles o controle de legalidade e moralidade.”²⁶⁴

Portanto, sempre que obrigatória – e ela, em regra, o é -, a publicidade constitui condição de eficácia do ato administrativo, o qual, destarte, reputa-se inválido na ausência daquela.

Eficiência:

Por fim, o princípio da *eficiência* - introduzido no art. 37 do Texto Magno somente em 4 de junho de 1998, por meio da Emenda Constitucional n. 19 – é recebido com ressalvas por alguns autores, como Egon Bockmann Moreira, para quem “a Emenda n. 19/98 pretendeu outorgar à Administração Pública uma máxima não-jurídica, típica da administração e economia, que se referem basicamente ao desempenho de entes privados. Para tais Ciências, o conceito do termo ‘eficiência’ pertence à relação entre trabalho, tempo, investimento e resultado lucrativo obtido em determinada ação empresarial; é o vínculo entre custos e produto final. Pretendeu-se a inserção de conceitos e objetivos absolutamente diversos daqueles essenciais à Administração Pública, num Estado Democrático de Direito.” Em seguida, conclui o articulista: “Consideramos que não há crítica positiva a ser feita, no âmbito estritamente político-jurídico. É um despropósito a transposição de parâmetro da administração gerencial privada competitiva, elevando-o, sem mais, à condição de princípio constitucional da Administração Pública.”²⁶⁵

Da mesma forma pensa Maurício Antônio Ribeiro Lopes, cuja enfática opinião é de que “inicialmente, cabe referir que a *eficiência*, ao contrário do que são capazes de supor os

²⁶⁴ Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo, p. 31.

²⁶⁵ As Leis de Processo Administrativo, pp. 325/326.

procederes do Poder Executivo Federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido – salvo se deixou de ser em recente gestão pública – *finalidade* da mesma Administração. Nada é eficiente por princípio, mas por consequência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante eficiente, se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções do alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência não tiver um paradeiro.”²⁶⁶

Nada obstante, após esgotadas as críticas preliminares acima transcritas, o mesmo Egon Bockmann Moreira apresenta a sua interpretação do princípio em apreço:

Em primeiro lugar, acreditamos que o princípio da eficiência deve ser concebido como estritamente vinculado aos demais princípios do *caput* do art. 37: legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Será eficiente a Administração Pública que cumprir com excelência a lei e a moral, de forma impessoal e pública.

...

Em segundo lugar, o princípio da eficiência dirige-se à maximização do *respeito à dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º). Esta é a finalidade básica da Administração Pública, num Estado Democrático de Direito. (...) Então, o princípio da eficiência relaciona-se não apenas com a finalidade normativa, mas especialmente com o *modo de execução* de tais fins. Num Estado Democrático de Direito não vale a regra do *atingimento da eficácia a qualquer custo*, mas é essencial que tal objetivo seja alcançado em respeito ao cidadão.

...

Em terceiro lugar, o princípio da eficiência é diretriz de *controle ‘interna corporis’* da Administração Pública, correspondendo a modo de *avaliação interna* dos servidores.

...

Em quarto lugar, o princípio da eficiência dirige-se ao controle de metas administrativas preestabelecidas em normas legais e (ou) regulamentares e contratuais. Significa dever de desenvolver, verificar e fiscalizar a atividade administrativa exercitada pela Administração e pessoas privadas a quem tal dever

²⁶⁶ Comentários à Reforma Administrativa ..., p. 108.

seja atribuído, examinando-a de modo mais preciso e vinculado com as disposições normativas pertinentes.²⁶⁷

Logo após sua inclusão no texto constitucional, por meio da EC n. 19/98, este princípio veio a ser contemplado, também, expressamente, na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o que denota a crescente preocupação do legislador, assim o constituinte derivado quanto o ordinário, em impor a eficiência ao agir do administrador público em todos os níveis.

É oportuno registrar, nesta parte, que os princípios norteadores da Administração Pública não se resumem aos cinco que restaram mencionados no art. 37 da *Lex Legum*. Aliás, se existe algo pacificado na doutrina, trata-se do entendimento de que essas normas jurídicas especiais, qualificadas como *princípios*, nem sempre se encontram escritas no texto constitucional, podendo, não raro, apresentar-se de modo implícito, ou seja, defluir, naturalmente, da interpretação sistemática do texto sob exame. Advirta-se, no entanto, que nem por ser implícito um princípio *vale menos* do que se estivesse grafado no corpo da lei. A esse respeito, vale trazer à colação este lapidar ensinamento de Roque Carrazza:²⁶⁸ “Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumental teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo.” E, transcrevendo Souto Maior Borges, informa que “o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Tudo vai depender do âmbito de abrangência de um e de outro, e não do fato de um estar melhor ou pior desvendado no texto jurídico.”

Assim é que a doutrina sói apontar outros princípios, não explicitados no art. 37 da CF/88, como sendo, também, orientadores da Administração Pública. Dentre eles, está o princípio da *boa-fé*, sobre o qual falaremos no item 3.7.

3.6 Poder de Polícia

Cretella Júnior²⁶⁹ nos dá conta de que a palavra portuguesa *polícia*, que se liga etimologicamente ao vocábulo *política* - pois ambas vêm do grego *pólis* (= cidade, Estado) -, “é o

²⁶⁷ As Leis de Processo Administrativo, pp. 330/332.

²⁶⁸ Curso de Direito Constitucional Tributário, p. 33.

²⁶⁹ Curso de direito administrativo, p. 405.

termo genérico com que se designa a *força organizada que protege a sociedade livrando-a de toda ‘vis inquietativa’*”.

Consectário de um dos elementos que compõem o Estado – no caso, o *poder*, sendo os outros dois, como visto, o *povo* e o *território* -, *poder de polícia*, para o mencionado autor, é “a faculdade discricionária da Administração de limitar, dentro da lei, as liberdades individuais em prol do interesse coletivo.”²⁷⁰

Para Hely Lopes Meirelles²⁷¹, é “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.”

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁷²

Pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a **atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança**.

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a **atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público**. destaques do original

Inúmeros outros conceitos do instituto são encontráveis na doutrina, nacional ou estrangeira, apresentando todos eles, entretanto, um traço em comum: exprimem sempre uma ingerência do Estado, com maior ou menor intensidade, na esfera privada das pessoas.

Tão disseminada encontra-se a locução *poder de polícia* no direito brasileiro, que de seu conceito ocupou-se – de forma prolixa, até - a Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, *in verbis*:

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

²⁷⁰ Curso de direito administrativo, p. 423.

²⁷¹ Direito Administrativo Brasileiro, p. 115.

²⁷² Direito Administrativo, p. 111.

à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Tal *poder* não constitui fenômeno recente na história humana. Carlos Ari Sundfeld ensina que “desde tempos imemoriais, o Poder Público interfere autoritariamente no agir dos indivíduos, para controlá-lo e dirigi-lo. Demorou, contudo, até que se percebesse a diferença entre essa atividade e outras manifestações estatais. Por isso, o termo *Polícia* parecia adequado para designar todas elas.” Com efeito, segundo esse autor,

... no período absolutista, *Estado-Polícia* significava um poder ilimitado, valendo-se do Direito para controlar a sociedade, ordenando e coagindo, sem sujeitar-se a ele. Mas, com a implantação do Estado de Direito, novas bases se assentaram na relação entre autoridade e cidadão. Liberdade e propriedade se tornaram direitos subjetivos públicos, constituindo um espaço de autonomia frente à atuação governamental. A consagração constitucional dos direitos do indivíduo resultou em severa restrição à interferência estatal. Entretanto, a liberdade e a propriedade, pelo fato de serem direitos, haveriam de ser regulamentados pela lei, ao menos para compatibilizar o exercício de todos os direitos.²⁷³

Pois a atividade estatal, voltada àquela regulamentação, pela lei, da liberdade e da propriedade, é o que se designa por *poder de polícia*, expressão que, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delineia a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.” De outra banda, prossegue o ilustre administrativista, “a expressão ‘Poder de Polícia’ pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de *Polícia Administrativa*.”²⁷⁴

Ainda conforme Celso Antônio, o *poder de polícia* tem, na quase totalidade dos casos, um sentido negativo, pois “através dele o Poder Público, de regra, não pretende uma

²⁷³ Direito Administrativo Ordenador, p. 9.

²⁷⁴ Elementos de Direito Administrativo, pp. 243/244.

atuação do particular, pretende uma *abstenção*. Por meio dele normalmente não se exige nunca um *facere*, mas um *non facere*.” E, com tal característica, ele se diferencia dos serviços públicos na medida em que estes “se traduzem em prestações de utilidade ou comodidade oferecidas pelo Estado ou quem lhe faça as vezes”, enquanto o *poder de polícia* “corresponde à atividade estatal que não almeja outra coisa senão uma abstenção dos particulares.”²⁷⁵

Hely Lopes Meirelles ensina que “a razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo.”²⁷⁶ E o seu objeto, prossegue o saudoso mestre, “é todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional, exigindo, por isso mesmo, *regulamentação, controle e contenção* pelo Poder Público.”²⁷⁷

3.6.1 Atributos do poder de polícia

Tema relevante no presente contexto é o dos limites do *poder de polícia*, pois, tratando-se ele, como visto, de atividade estatal restritiva de liberdades individuais, mediante imposição de abstenções (*non facere*) às pessoas, o seu exercício sempre poderá gerar perplexidades em face do princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF/88, art. 5º, II). O fato de a doutrina especializada apontar a *discrecionariade* como um dos atributos desse *poder*, facilita uma eventual e falsa interpretação de que o mero atendimento do interesse público é o quanto basta para legitimar o seu exercício *da maneira como bem entender a Administração*, o que não corresponde à realidade.

A discrecionariade significa, sim, a existência de uma certa margem de liberdade quanto a determinados elementos do ato de *polícia*, tais como o motivo ou objeto, mesmo porque não se pode esperar que o legislador tenha sido capaz de prever todas as hipóteses em que considera possível a atuação de polícia. Destarte, na maior parte dos casos concretos, deixa-se

²⁷⁵ Elementos de Direito Administrativo, p. 246.

²⁷⁶ Direito Administrativo Brasileiro, p. 116.

²⁷⁷ *Ibid*, p. 117.

que a Administração decida quanto à oportunidade e à conveniência de agir e de aplicar sanções ao administrado, bem como quanto ao meio de ação que tem por mais adequado *in casu*. Assim, por exemplo, em atenção ao interesse público, pode a Administração decidir se autoriza ou não o tráfego de veículos automotores em determinada rua da cidade, ou se concede ou não autorização para a edificação de prédios comerciais em certa região do município. Mas nada disto equivale a admitir que, por ser em regra discricionário, o *poder de polícia* é ilimitado.

A esse respeito, Cretella Júnior é enfático ao afirmar a existência de limites jurídicos ao *poder de polícia*, apresentando como exemplos deles os direitos do cidadão, as prerrogativas individuais e as liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis. Assevera o ilustre jurista que “não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. A coexistência da *liberdade individual* com o *poder de polícia* repousa na harmonia entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social.”²⁷⁸

Em igual sentido, Hely Lopes Meirelles²⁷⁹ prega que a discricionariedade só é legítima quando o ato de polícia administrativa se contenha nos limites legais e a autoridade se mantenha na faixa de opção que lhe é atribuída. Sem discrepar desses autores, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸⁰ pontifica que, “em rigor, no Estado de Direito, inexistente um *poder*, propriamente dito, que seja discricionário, fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário, abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa, é coisa que não existe.” E Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸¹ argüi que “como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à **competência** e à **forma**, aos **fins** e mesmo com relação aos **motivos** ou ao **objeto**; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei.”

²⁷⁸ Curso de Direito Administrativo, p. 423.

²⁷⁹ Direito Administrativo Brasileiro, p. 120.

²⁸⁰ Elementos de Direito Administrativo, p. 252.

²⁸¹ Direito Administrativo, p. 116.

A contraface do *poder discricionário* é o *poder vinculado*, em cujo exercício a Administração não tem aquela margem de juízo subjetivo acerca da oportunidade e conveniência da prática do ato de *polícia*, o qual, portanto, deverá apresentar-se, em todos os seus aspectos, exatamente como previsto na lei. Em tal hipótese, conforme Celso Bastos,²⁸² a própria lei apresenta uma minuciosa descrição do comportamento administrativo “de molde tal a que este se veja dispensado da necessidade do exercício de qualquer juízo valorativo. A subsunção do fato à hipótese normativa ocorre com uma tal aderência à lei e com uma predominância tão absoluta de variáveis puramente objetivas que o ato pode ser determinado a partir de processos puramente mecânicos que dispensem qualquer forma volitiva humana.” Surgem, então, os *atos administrativos vinculados*.

Exemplo de setor onde o *poder de polícia* não pode ser praticado com discricionariedade é o relacionado à cobrança de tributos. Di-lo expressamente o art. 3º da já referida Lei nº 5.172/66, para o qual tributo é prestação “cobrada mediante atividade administrativa *plenamente vinculada*”.

Além da discricionariedade – que, conforme visto, não é sinônimo de caminho para a arbitrariedade, mas algo cujos limites, segundo Celso Bastos, “defluem do próprio querer legislativo e nele sempre encontram parâmetros que vedam a sua utilização abusiva e incondicionada”²⁸³ –, costuma a doutrina apontar, como atributos do *poder de polícia*, a *auto-executoriedade* e a *coercibilidade*.

A *auto-executoriedade* quer dizer a possibilidade de a Administração dar execução às suas decisões, com os seus próprios meios, sem que seja necessária a prévia autorização de qualquer outro órgão ou Poder, como, por exemplo, o Judiciário. Diz-se, então, que os atos de *polícia* são auto-executáveis. Hely Lopes Meirelles adverte que tal atributo não se aplica às multas, ainda que decorrentes do poder de polícia, “pois estas só podem ser executadas por via judicial, como as demais prestações pecuniárias devidas pelos administrados à Administração.”²⁸⁴

A *coercibilidade* diz com a imperatividade dos atos de polícia, significando que estes são obrigatórios para seus destinatários, podendo a Administração, destarte, a fim de obter que eles produzam os seus efeitos, valer-se da força pública – que, por sua vez, deverá ser proporcional à resistência do administrado, sob pena de caracterizar-se excesso de poder. Maria

²⁸² Comentários à Constituição do Brasil, 3º vol., tomo III, p. 4.

²⁸³ *Ibid*, p. 4.

²⁸⁴ Direito Administrativo Brasileiro, p. 121.

Sylvia Zanella Di Pietro ensina que a coercibilidade é indissociável da auto-executoriedade, uma vez que “o ato de polícia só é auto-executório porque dotado de força coercitiva.”²⁸⁵

3.6.2 Poder de polícia e Estado Democrático de Direito

Já há algum tempo, parte da doutrina administrativista dos mais diversos países vem se insurgindo contra a manutenção do emprego do termo *poder de polícia*, por entender que ele não mais se justifica no moderno Estado de Direito. É o caso de Augustin Gordillo, que assim se manifesta sobre o tema:

No Estado de Polícia falava-se de um “poder de polícia” que era um poder estatal juridicamente ilimitado de coagir, ditar ordens, para realizar o que o soberano entendia conveniente; ao passar-se para o Estado de Direito a noção foi limitada quanto ao emprego ilimitado da coação, mas de todos os modos se mantém como instrumento jurídico não fundado conceitualmente e que freqüentemente desemboca em abusos.²⁸⁶

Entre nós, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que “a expressão ‘Poder de Polícia’ traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do ‘Estado de Polícia’, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do ‘príncipe’ e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma ‘natural’ titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato ‘poder de polícia’. Daí imaginar-se algumas vezes e do modo mais ingênuo, que tal ou qual providência – mesmo carente de supedâneo em lei que a preveja – pode ser tomada pelo Executivo por ser manifestação de ‘poder de polícia’.”²⁸⁷

Semelhante magistério encontramos em Carlos Ari Sundfeld, para quem a noção de *poder de polícia*

é terrivelmente problemática, por uma infinidade de motivos. O mais grave deles – que modernamente se quis eliminar, com a exclusão da palavra *poder*, passando-se a referir apenas a *polícia administrativa* – é seu timbre autoritário. Reconhecer à

²⁸⁵ Direito Administrativo, p. 115.

²⁸⁶ Princípios Gerais de Direito Público, p. 32.

²⁸⁷ Elementos de Direito Administrativo, p. 243.

Administração um poder de polícia parece significar algo além da mera descrição da função de *aplicar as leis* reguladoras dos direitos, único sentido que a expressão poderia ter no Estado de Direito. (...) Daí a admitir, mesmo inconscientemente, a existência de poderes não previstos em lei, mas supostos na *competência* para cuidar da boa ordem da coisa pública, é um passo. O grande problema é que nada disso se compatibiliza com o princípio da legalidade administrativa.”²⁸⁸

Defensor do banimento da locução em comento do nosso atual vocabulário jurídico (“parece óbvio que o primeiro passo será enviar para o museu não só a expressão *poder de polícia*, como a noção que recobre”²⁸⁹, diz ele), esse mesmo autor acena com sua substituição pelo termo *administração ordenadora*, cuja idéia, contrariamente à da *polícia*, “surge de outra ordem de raciocínio. Como ponto de partida, ela nega a existência de uma faculdade administrativa, estruturalmente distinta das demais, ligada à limitação dos direitos individuais. O poder de regular originariamente os direitos é exclusivamente da lei. As operações administrativas destinadas a disciplinar a vida privada apresentam-se, à semelhança das outras, como aplicação de leis.”²⁹⁰

Assim, Sundfeld conceitua *administração ordenadora* como “a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio.”²⁹¹

3.7 Direito Administrativo

Já assinalamos alhures que, a nosso ver, o Direito Administrativo é o *ramo* do direito que mais subsídios tem a oferecer ao desenvolvimento do tema que dá nome à presente dissertação. Nada mais oportuno, por conseguinte, do que tecermos algumas rápidas considerações a seu respeito, principiando pela sua conceituação.

²⁸⁸ Direito Administrativo Ordenador, p. 11.

²⁸⁹ *Ibid*, p. 15.

²⁹⁰ *Ibid*, p. 17.

²⁹¹ *Ibid*, p. 20

Inúmeros são os conceitos doutrinários deste setor do direito público interno, conforme exemplos fornecidos por Hely Lopes Meirelles em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 27 e 28, dentre os quais destacamos os seguintes:

“Ramo do Direito Positivo que especifica e privativamente rege a administração pública como forma de atividade; define as pessoas administrativas e a organização e os agentes do Poder Executivo das politicamente constituídas e lhes regula, enfim, os seus direitos e obrigações, em suas relações umas com as outras e com os particulares, por ocasião do desempenho daquela atividade.” (Rui Cirne Lima)

“Ramo do direito público interno que regula a atividade das pessoas jurídicas públicas e a instituição de meios e órgãos relativos à ação dessas pessoas.” (José Cretella Jr.)

“Ordenamento jurídico da atividade do Estado-poder, enquanto tal, ou de quem faça as suas vezes, de criação de utilidade pública, de maneira direta e imediata.” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello)

“Complexo de normas jurídicas internas que regulam as relações entre a Administração Pública, enquanto atuam para a consecução de suas próprias finalidades, e os sujeitos a ela subordinados.” (Francisco D’Alessio)

“O ramo do direito público que estuda o exercício da função administrativa e a proteção judicial existente contra esta.” (Augustín A. Gordillo)

Para o próprio Hely Lopes Meirelles, o conceito de *Direito Administrativo Brasileiro* “sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.”²⁹²

Verifica-se que os conceitos diferenciam-se quanto à extensão, mas, de um modo geral, todos expressam que, em essência, o Direito Administrativo: 1º) constitui-se de um conjunto de normas jurídicas (princípios e/ou regras jurídicas comuns) e 2º) que esse conjunto de normas jurídicas rege a atividade do Estado-Administrador – incluindo-se aí, por óbvio, as relações jurídicas que dela decorrem -, assim como a estrutura criada no interior da administração pública para instrumentalizar o exercício daquela atividade. Confirma-se o que ora afirmamos neste outro e breve conceito, da lavra de Jean Rivero: “O direito administrativo é o conjunto das regras

²⁹² Direito Administrativo Brasileiro, p. 29.

jurídicas distintas das do direito privado que regem a actividade administrativa das pessoas públicas.”²⁹³

Muito embora a maioria dos conceitos coloque o Direito Administrativo como conjunto de princípios e/ou de regras jurídicas – parecendo sugerir, com isto, serem estas suas únicas fontes -, a verdade é que a doutrina aponta outros mananciais onde ele abebera-se para sua formação. Destarte, têm-se como fontes do Direito Administrativo não apenas a *lei* – em sentido amplo, abrangendo as normas constitucionais, as medidas provisórias, os decretos regulamentares, etc. -, mas, também, a *doutrina*, a *jurisprudência* e (atualmente, em pequena medida) os *costumes*. Mas, sem sombra de dúvida, de todas essas fontes, a mais significativa de todas, *in casu*, é a Constituição Federal - ou, se se quiser, o Direito Constitucional, com o qual o Direito Administrativo mantém especial imbricação.

Neste sentido, afirma Mauro Roberto Gomes de Mattos que “o direito administrativo possui uma incidência mais intensa com a CF do que os demais ramos do direito, em razão dele ser essencialmente o regime jurídico do Poder Público que é controlado exatamente por aquele.” E, em seguida, para reforçar a assertiva, transcreve os seguintes trechos, de Marienhoff: “*El derecho constitucional y el derecho administrativo se relacionan por un vinculo similar al existente entre el derecho muy propriamente dicho (derecho substantivo) y la ley de procedimiento. De asi que se torna expresado que el derecho administrativo es el derecho procesal del derecho constitucional, con lo que quiere expresarse una vez más que si constitución equivale a la estructura, Administración supone actividad teleológica, acción en suma*”, e de Caio Tácito: “O direito constitucional e o direito administrativo se imbricam e se completam na prestação efetiva do Estado de Direito. Assim como o direito administrativo encontra suas bases no altiplano das Constituições, estas se tornarão inoperantes, como meras Cartas de princípio, sem o socorro do direito administrativo, que fará do sonho a realidade, da norma programática a efetividade da prestação administrativa, como duas faces que se completam na concretização dos ideais de justiça e igualdade social (...) Por essa forma, sobre as bases constitucionais se construirá a presença do direito administrativo.”²⁹⁴

²⁹³ Direito Administrativo, p. 25.

²⁹⁴ A constitucionalização das regras da Administração Pública e o controle do Poder Judiciário, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5618&p=2>, acesso em 11/12/2004.

Asseverando que a Administração Pública é o ponto avançado da máquina estatal – isto é, o que roça mais diretamente com o particular -, e que, por conseguinte, seja com este poder que mais naturalmente se fissionem, de um lado, os interesses públicos e, de outro, os particulares, Celso Ribeiro Bastos aponta o Direito Administrativo como uma tentativa de fazer com que esses interesses, embora antagônicos, encontrem um ponto de equilíbrio. “O exercício dos direitos individuais, por exemplo, será lícito dentro da latitude que a proteção jurídica confere ao particular. A partir do momento em que passam a prejudicar o interesse público surge a prevalência do interesse administrativo. Quem dita o ponto de intercessão é a própria lei que a Administração vai concretizar nas diversas hipóteses com que defronte.”²⁹⁵

O festejado mestre, na pág. 13 da citada obra, transcreve valiosíssima exposição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual, depois de salientar que as normas constitucionais sobre trabalho, seguro social, ensino, educação, proteção à família, maternidade, juventude, são em grande parte programáticas – é dizer, a sua concretização cabe ao Legislativo, por meio de leis, e à Administração Pública, por meio de sua atuação nos casos concretos -, conclui pela existência do que chama *papel socializador do Direito Administrativo*, “no sentido de que é por meio deste que se desenvolvem os princípios constitucionais consagradores dos direitos sociais e econômicos.” Essa realidade também é atestada por Robertônio Pessoa,²⁹⁶ que assinala: “A atuação administrativa, que no modelo do Estado Liberal era evitada, ou pelo menos controlada, hoje é desejada. Observe-se, nesse sentido, a questão dos ‘direitos sociais’. Embora tais direitos estejam garantidos no plano constitucional (educação, saúde, previdência social, moradia, meio ambiente sadio, etc.), a realização concreta dos mesmos passa, necessariamente, pela mediação de uma atuação administrativa.”

Sem negar a importância do Direito Administrativo no cenário jurídico pátrio, autores há, no entanto, que dirigem críticas ao modo como ele, atualmente, ainda *funciona* entre nós. Eliezer Pereira, v.g., afirma que no Brasil há dois *direitos administrativos* em franco embate: um a que ele chama *antidemocrático* (ou direito administrativo do injusto ou da vilania) e outro que, em contraste, qualifica como *democrático* (ou direito administrativo do justo). Para esse autor, o primeiro deles

²⁹⁵ Comentários à Constituição do Brasil, 3º vol., tomo III, p. 5.

²⁹⁶ Direito Administrativo moderno: a busca de um novo eixo central.

... serviu de arcabouço para os excessos do período de exceção vivido por nosso país sob a ditadura militar, que se findou com a abertura política. Este direito influenciou e foi influenciado pela ordem autoritária, legitimando os horrores do sistema político então vigente. (...) Verifica-se, no direito administrativo antidemocrático, incongruência entre as noções científicas e terminológicas e seus respectivos conteúdos. Assim, o direito administrativo antidemocrático esconde, sob a noção de *interesse público*, o interesse corporativo das classes dirigentes do Estado; na noção das *prerrogativas do Poder Público*, as prerrogativas dos usurpadores do poder; na *desigualdade jurídica entre Administração e administrado*, instrumento de submissão do mais fraco ao mais forte; e assim, num processo de dissimulação conceitual, a pretexto de acudir aos interesses mais elevados da sociedade política, em verdade, apenas dá suporte aos títeres do momento encastelados nas sinecuras públicas.

Já o *direito administrativo democrático*, prossegue o articulista,

... que se expressa em normas administrativas e posicionamentos afinados com os postulados do Estado de direito (...), alcançou seu ápice de expressão positivada com a Constituição de 1988, e neste passo expressa a nova ordem política regente da concepção de regime jurídico administrativo. (...) A mudança do paradigma antidemocrático para o modelo democrático não se processou de pronto com a edição da nova ordem constitucional democrática. Em verdade, a adoção do novo modelo plasma-se por etapas, em luta das mais renhidas.²⁹⁷

3.7.1 *Direito Administrativo e o princípio da boa-fé*

Os princípios que informam o Direito Administrativo são os que se encontram expressos no art. 37 do Texto Magno, além de outros, explícitos ou não, que os juristas logram identificar no seu trabalho de interpretar sistematicamente o objeto em apreço. Um desses princípios implícitos, como já antecipado alhures, é o da *boa-fé*.

Em verdade, costuma-se atribuir à boa-fé um campo de abrangência muito mais amplo do que o do Direito Administrativo ou do próprio direito público como um todo, por entender-se que ela deve estar presente nas relações jurídicas em geral. É o de que nos dá conta

²⁹⁷ Direito Administrativo Democrático, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=316>, acesso em 11/12/2004.

Jesus Gonzalez Peres, quando, discorrendo sobre o direito positivo de seu país, afirma: “*El de la buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen decisivo instrumento de integración.*”²⁹⁸ Logo mais, acrescenta: “*La buena fe como principio general constituye una regla de conducta a que han de ajustarse todas las personas en sus respectivas relaciones. Lo que significa, como dice DÍEZ-PICAZO: ‘que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones; y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellas.’*”²⁹⁹

Evidencia-se, nesta última citação, a idéia de que a boa-fé deve estar presente até mesmo na fase que antecede a constituição das relações jurídicas em geral. Entre nós, aliás, tal orientação encontra-se alçada à categoria de regra cogente, por exemplo, no art. 422 do atual Código Civil Brasileiro, nestes termos: “Os contratantes são obrigados a guardar, *assim na conclusão do contrato*, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*.”

Mas, qual o significado jurídico do princípio em tela?

Para Ruiz de Velasco, citado pelo autor portenho há pouco referido,³⁰⁰ por boa-fé deve entender-se “*el cumplimiento leal, honrado y sincero de nuestros deberes para con el prójimo, y el ejercicio también leal, honrado y sincero de nuestros derechos*”, de modo que “*no cabe la menor duda de que no actúa de buena fe el que los ejerce anormalmente con carácter antisocial, excediéndose de los límites normales, ni tampoco el que trata de burlar la ley, amparándose en un precepto de cobertura para lograr un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico o contrario al mismo, constituyendo el primer caso abuso del derecho, y el segundo el fraude de ley.*” Assim, para o próprio Jesus Gonzalez Peres,³⁰¹ “*lo que el principio de buena fe comporta es que el derecho se ejerce como se ejercitaría habitualmente, que su titular adopte la conducta normal*”, conduta esta que, trascrevendo BATLLE, “*habrá de ser apreciada por la comúnmente seguida por un hombre corriente, un hombre medio, lo que tradicionalmente se ha llamado un buen padre de familia, en función de la circunstancia de que se trate.*”

²⁹⁸ *El Principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*, p. 22.

²⁹⁹ *Op. cit.*, p. 28

³⁰⁰ *Op. cit.*, p. 24.

³⁰¹ *Op. cit.*, p. 30.

Outra referência espanhola nesta seara é Amelia González Méndez, a qual, abordando o princípio em questão no âmbito do direito tributário, sustenta que ele também deve servir de pauta para a atuação da Administração Pública, norteador a conduta na qualidade de antecedente necessário quando da aplicação e observância de enunciados jurídico-prescritivos. Trascrevemos, a seguir, parte de seu *Buena Fe y Derecho Tributario*, que chegou-nos por obra de Fernando Andreoni Vasconcellos:³⁰²

De las reflexiones anteriores se colige que si la ley contiene previsiones generales, la buena fe tiende a subjetivizar su aplicación al supuesto de hecho, de manera que realiza una función correctora de su defectuoso o incompleto encaje en la norma legal para ajustarlo al criterio de justicia que subyace en ésta. A tal efecto obliga a la Administración a particularizar cada una de las relaciones tributarias en que está involucrada, en el sentido de relacionar sus tomas de decisión con las circunstancias concurrentes a fin de promover el mejor desarrollo posible de la relación y el cumplimiento de la obligación tributaria.

Analizando este princípio em face da Administração Pública brasileira, o referido Fernando Andreoni Vasconcellos manifesta entendimento de que, “à luz do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, somente o Poder Judiciário poderá, *plenamente*, sopesando os argumentos colhidos na dilação probatória (ou mesmo na desnecessidade desta), verificar todos os argumentos prós e contra cidadão (boa-fé na conduta, inconstitucionalidade de normativo, observância das garantias processuais, publicidade etc.). Dessa forma, tão-somente na feitura da norma individual e concreta da sentença poder-se-á analisar todas as questões necessárias, em consonância com o Texto Constitucional, ao deslinde do embate entre cidadão e Administração Pública.” Idêntica é a visão de Clóvis Couto e Silva, cuja doutrina, reproduzida por Marília de Ávila e Silva Sampaio, é no sentido de que o princípio da boa-fé direciona-se sobretudo ao juiz, pois instiga-o a “formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte.” Acrescenta a referida autora que “o

³⁰² Boa fé e a Administração Pública: um sistema de fundamentos óbvios, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4558>, acesso em 11/12/2004.

conceito da boa-fé, como conceito aberto que é, exige do juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial aos novos fatos sociais, pois toda cláusula geral permite atividade criadora do mesmo.”³⁰³

Em sua obra retro citada, Jesus Gonzalez Peres³⁰⁴ expõe a doutrina de Sainz Moreno, a respeito das três restrições que eventualmente poderiam ser opostas à construção de uma *teoria geral da boa-fé*, que fosse igualmente válida para o direito público e para o direito privado. São elas: a) a diferença qualitativa das partes envolvidas na relação jurídico-administrativa; b) o princípio da legalidade, que rege a atuação administrativa; e c) a natureza distinta dos interesses em jogo. Refutando com maestria a todas estas restrições, Sainz Moreno posiciona-se no seguinte sentido:

a) Si bien es cierto que la posición institucional de la Administración es diferente de la de las personas privadas, ello no es debido a que tenga una naturaleza cualitativamente distinta, superior a la de éstas, sino a “una necesidad impuesta por el servicio que presta a los intereses generales (...)”, por lo que, no sólo no excluye la aplicación del principio de la buena fe, sino que exige su máxima vigencia.

(...)

b) El principio de legalidad no comporta que cuantas controversias puedan surgir en el ámbito de las relaciones administrativas deban resolverse exclusivamente por las normas que rigen la actividad de la Administración, sin que tenga cabida la aplicación de la buena fe. “El que sólo sea legítima la actuación administrativa cuando cuenta con una cobertura legal previa no implica que esa actuación quede sometida exclusivamente a la norma que la ampara. La cobertura legal previa condiciona *ab initio* la legalidad de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación”. “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico” (...) “La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa ... con sometimiento pleno a la Ley al Derecho”. (...) Toda la actuación administrativa está sometida al “ordenamiento jurídico”, al “Derecho”; por tanto también a los principios generales que lo integran y dan sentido.

(...)

c) Y, por último, tampoco excluye la consideración de la buena fe la distinta naturaleza de los intereses en juego. Pues el carácter público de ciertos intereses, no

³⁰³ Estudos sobre a Teoria da Boa-Fé Objetiva, *in* RDJ n. 1, p. 33.

³⁰⁴ *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, pp. 35-37.

implica oposición ni desvinculación del interés privado. “No existen intereses públicos ‘impersonales’ distintos de los que interesan particularmente a los ciudadanos. Los intereses públicos y los intereses privados están implicados entre sí hasta tal punto que cualquier interés público es, también, interés privado”.

Concordamos inteiramente com esse autor, sobretudo quando, enfrentando a primeira das três questões acima expostas, ele acrescenta que *“las Administraciones públicas son entes abstractos que han de realizar su actividad a través de personas físicas concretas, de hombres de carne y hueso, con los vicios y las virtudes de los demás hombres.”* De fato, não se pode invocar a diferente posição institucional em que se encontra a Administração Pública, com o propósito de afastar a aplicabilidade do princípio da boa-fé à sua atuação, uma vez que ela – a Administração – *fala* e age por meio de pessoas naturais, susceptíveis, destarte, aos mesmos comportamentos que podem apresentar as pessoas físicas em geral.

Lembrando, em acréscimo, que no Estado Social – principalmente no seu atual estágio, em que as antigas formas de intervenção na economia vêm sendo substituídas pela regulação de significativa parcela das atividades desempenhadas pelos particulares - a Administração Pública está cada dia mais imbricada com a sociedade, assim na quantidade como na diversidade das relações jurídicas que trava com os particulares, resulta impensável um Direito Administrativo não submetido ao princípio da boa-fé. Como assinala MAIRAL, também reproduzido na obra de Jesus Gonzalez Peres,³⁰⁵ *“parece difícil considerar al Estado excluido de la obligación de respetar un principio básico del derecho y de la moral como lo es el de la buena fe; el hecho de que la Administración persiga el bien común no autoriza a liberarle de ataderos morales, pues el fin no justifica los medios; por otra parte, tan intensa y múltiple es la intervención estatal en la vida cotidiana de los particulares, que la no vigencia del principio respecto de la Administración significaría que un vasto sector de las relaciones jurídicas quedaría fuera del amparo de una regla tan cardinal.”*

De fato, conforme destaca o próprio Jesus Gonzalez Peres, *“vivimos en una sociedad en la que el hombre encuentra limitada su libertad real en proporciones jamás soñadas, en la que la satisfacción de las más elementales necesidades depende de las prestaciones de la Administración pública, en la que el Estado há invadido las esferas más íntimas”*, de modo que, como nunca dantes, o princípio da boa-fé se impõe como uma das

³⁰⁵ *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, p. 38.

diretivas do Direito Administrativo, isto é, “*la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación comporta es especialmente necesaria en el mundo de las relaciones de la Administración con los administrados.*”³⁰⁶

Levando em conta os atributos que o doutrinador portenho vislumbra na *boa-fé* (*lealdade, honestidade e moralidade*), quer-nos parecer que, de certa forma, o princípio em comento está embutido no da *moralidade*, expressamente posto no art. 37 da nossa Lei Maior como um dos vetores da Administração Pública brasileira. Assim também parece a diversos autores pátrios, que se têm empenhado em demonstrar a identidade entre ambas as diretrizes, como se constata nas seguintes palavras de Cláudio Ari Mello: “De fato, o princípio da boa-fé na sua expressão objetiva funciona como a fonte normativa de deveres jurídicos contratuais que não estão estabelecidos em lei ou no instrumento contratual, mas que decorrem de uma exigência da moralidade interna específica às relações contratuais.” Em seguida, citando Giacomuzzi, acrescenta que o princípio da moralidade administrativa também “assume uma expressão objetiva, quando implica a emergência de deveres de conduta decorrentes do *telos* específico à administração pública, independentemente do elemento subjetivo das ações dos envolvidos nas relações jurídico-administrativas. Essa feição objetiva da moralidade administrativa equipara-se à função moralizadora que o princípio da boa fé objetiva passou a exercer nas relações obrigacionais ao longo do século XX. Ambos os princípios destinam-se a superar as insuficiências do princípio da legalidade e a resgatar o respeito à ética nas relações jurídicas.”³⁰⁷

Outros autores brasileiros, segundo Mello, têm examinado a associação entre os dois princípios em comento, eventualmente afirmando que, no nosso direito público, o princípio da boa fé contratual é uma derivação do princípio constitucional da moralidade administrativa. Vejamos mais estas palavras do citado autor: “Juarez Freitas assinala que o princípio da confiança ou da boa fé recíproca nas relações de administração é ‘manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança jurídicas’. Essa mesma vinculação da boa fé, no âmbito do direito público, ao princípio constitucional da moralidade administrativa é encarecida por José Guilherme Giacomuzzi, para quem ‘da moralidade insculpada no art. 37 da Constituição Federal de 1988 se deve – não só, mas sobretudo – extrair *deveres objetivos* de conduta

³⁰⁶ *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, pp. 41-42.

³⁰⁷ Fragmentos Teóricos sobre a Moralidade Administrativa, *in* RDA n. 235, p. 110.

administrativa a serem seguidos, proibindo-se a contradição de informações, a indolência, a leviandade de propósitos.”³⁰⁸

E é ainda Mello quem, lembrando que a Lei n. 9.784/99 prevê, no art. 2º, inciso IV, a exigência às partes das relações administrativas de “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa fé”, assim conclui: “Não parece errado afirmar que no direito brasileiro há uma relação interna sólida entre a moralidade administrativa e a boa fé, cânones que impõem aos envolvidos em relações jurídico-administrativas padrões de conduta que transcendem os deveres previstos em lei e nos contratos, porque decorrem de exigências da moralidade inerente às relações de direito administrativo. O resultado é o surgimento de deveres não enumerados na lei ou em contratos administrativos.”³⁰⁹

3.7.2 *Direito Administrativo e Estado Democrático de Direito*

Finalizando este item, ocorre-nos salientar que, a nosso ver, como consequência direta das recentes mudanças no modo como o Estado-Administrador brasileiro se relaciona com a sociedade – fenômeno que se manifesta, por exemplo, na *novel* forma de o Poder Público intervir na esfera privada, por meio de suas agências reguladoras -, o Direito Administrativo é um dos ramos do direito em que a necessidade de adaptação aos *novos tempos* se mostra mais premente. Apropriando-nos das palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “todas as figuras de descentralização extra-estatais (...) põem em evidência que, no Brasil, não obstante com baixa percepção, o *Direito Administrativo* se vai, efetivamente, ampliando, passando a reger não apenas o espaço do interesse público a cargo do Estado Administrador, como o novo espaço do *público não estatal*, um fenômeno sincrético que o vai reaproximando, no processo, tanto do Direito Privado, como das tendências da vertente jurídica anglo-saxônica; um novo aspecto que evidencia uma convergência de sistemas jurídicos, que já tem sido constatada desde há algumas décadas. (...) Em suma, ... tudo indica que esse novo Direito Administrativo, que surge enriquecido e expandido, não é mais o do *Estado de Direito*, em que lhe bastava a *legalidade* e a *eficácia*, e reinava soberano o princípio da supremacia do interesse público. Esse, é o Direito Administrativo do *Estado Democrático de Direito*, em que, além da legalidade, se demanda

³⁰⁸ Fragmentos Teóricos sobre a Moralidade Administrativa, *in* RDA n. 235, pp. 110-111.

³⁰⁹ *Ibid*, p. 111-112

legitimidade, além da eficácia se exige *eficiência* e nele se afirma indisputável, sobre quaisquer outras prelações, o princípio da *supremacia da ordem jurídica*.”³¹⁰

³¹⁰ Uma Nova Administração Pública, *in* RDA n. 220, pp. 181-182.

Capítulo 4

A FISCALIZAÇÃO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO NAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

4.1 Introdução

A respeito da matéria sobre que versa o presente capítulo – e que é, afinal, o tema da monografia em construção -, um dispositivo da Lei Complementar nº 109/2001 deve, de imediato, ser destacado. Trata-se do art. 3º, segundo o qual “A ação do Estado será exercida com o objetivo de: ... V) *fiscalizar* as entidades de previdência complementar, suas operações e *aplicar penalidades;*”. *destacamos*

Já como conseqüentes dessa norma basilar, merecem citada, também, os arts. 5º e 66 da mesma lei, dizendo o primeiro que “a normatização, coordenação, supervisão, *fiscalização* e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei ...”, e o segundo, que “as infrações serão apuradas mediante *processo administrativo*, na forma do regulamento, aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999”.

A referência, logo de início, a esses três artigos decorre de que, a nosso ver, eles constituem – depois da Constituição Federal, é claro - o fundamento de validade de toda a ação estatal voltada à fiscalização e à instauração de processo administrativo nas entidades de previdência privada. São eles, por assim dizer, o sustentáculo jurídico da ingerência do Poder Público na vida dessas entidades, no tocante às atividades de cunho fiscal e sancionador desempenhadas pelo mesmo.

Verifica-se, então, que incumbe ao Estado fiscalizar assim as EAPP como as EFPP, bem como, quando for o caso, aplicar-lhes as penalidades previamente cominadas na legislação de regência. A atribuição, pelo legislador complementar, de tais poderes-deveres à Administração Pública – cujo exercício se dará, consoante o referido art. 5º, por órgão fiscalizador a ser definido em lei – só faz eco à dicção do art. 21, inciso VIII, da Superlei, onde

está assentado que “compete à União: ... VIII) administrar as reservas cambiais do País e *fiscalizar* as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e *de previdência privada*”.

Quanto à expedição, para tal mister, de veículo normativo qualificado, é de ser trazido à baila, uma vez mais, o art. 202 da CF/88, *in verbis*:

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

Certamente, o valor que informa aquele inciso VIII do art. 21 da Magna Carta – e, por tabela, as normas da LC 109/2001 que vimos de citar – está preso ao interesse público em que a atividade de previdência privada fique sob a tutela do Estado. Discorrendo sobre a importância das EAPP – mas cujos dizeres têm idêntica aplicação às EFPP –, Raul Teixeira leciona:

Neste ponto, é importante chamar a atenção para o fato de que o seguro, e aí incluímos o resseguro, a capitalização e a previdência privada aberta, pela relevância social que representam, particularmente no que concerne à capacidade de formação de poupança interna, é tratado pelo texto constitucional como matéria de ordem pública, sendo esta entendida como a que afeta a toda coletividade e não apenas a determinados grupos de interesse.³¹¹

Desse superior interesse público advém, portanto, o poder de polícia do Estado em relação às entidades que atuam na área de previdência privada no Brasil. Da leitura de todo o art. 3º da LC 109/2001 constata-se que temos aí um setor da economia ocupado, naturalmente, pelo particular – já vimos, antes, que tanto as EAPP como as EFPP são pessoas jurídicas de direito privado e ao universo deste pertencentes – mas, ao mesmo tempo, inteiramente regulado e balizado pelo Poder Público. Demonstração dessa forte marcação do Estado está em que as expressões “órgão regulador” e “órgão fiscalizador”, juntas ou separadamente, bem como “órgão competente” (querendo referir-se a um daqueles dois) ou “fiscalização a cargo do Estado”, são referidas, na sua totalidade, setenta e seis vezes no corpo da Lei Complementar nº 109/2001.

³¹¹ Seguro, Previdência Privada e Capitalização, p. 7.

Quer dizer, uma lei de setenta e nove artigos – como é o caso – lança mão de uma daquelas expressões em setenta e seis oportunidades, a denotar, inequivocamente, que sua elaboração foi pautada por extrema preocupação dos membros do legislativo federal, no sentido de assegurar a mais ampla atuação do Estado no setor, quer a preventiva (v.g., na formulação da política de previdência complementar), quer a repressiva (que se mostra, v.g., por meio do seu *órgão fiscalizador* de que trata o art. 5º da LC).

A propósito, tão logo editada a lei complementar em comento, a então Vice-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da Previdência Social – ANPREV, Meire Lucia Gomes Monteiro, após ressaltar o fortalecimento do papel do Estado como agente regulador e fiscalizador, além de formulador de políticas e diretrizes para atingir os objetivos econômicos e sociais inerentes à previdência complementar, registrou o seguinte protesto:

Inacreditável, sob o ângulo da melhor técnica jurídico-legislativa, foi a obsessão do legislador complementar em repetir e até mesmo sobrepor dispositivos que tratam da coordenação, supervisão, fiscalização, acompanhamento e controle, os quais, ora serão realizados por “órgão competente”, ora por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, e (pasmem!) ou definidos expressamente, como o Banco Central, Receita Federal e o Ministério Público.³¹²

A articulista em questão credita – e com ela estamos de acordo - tal “fúria fiscalizatória e intervecionista” à baixa credibilidade dos setores de previdência complementar no Brasil. Aliás, já referimos neste trabalho a frustração a que inúmeros participantes de planos de previdência privada foram submetidos no passado, em virtude de muitas entidades não haverem prestado os benefícios previstos nos contratos com eles celebrados, seja por falta de idoneidade das operadoras (em alguns casos), seja por (em outros casos) haver lhes faltado possibilidade financeira de honrar os seus compromissos (em decorrência, por exemplo, de equívocos no dimensionamento de seus planos de benefícios em face das contribuições estabelecidas).

Creemos não haver dúvidas quanto à necessidade da presença no Estado no setor – até porque se trata de imperativo constitucional, conforme registrado linhas atrás. Como, no entanto, a Magna Carta não estabelece a medida exata dessa atuação, a disciplina da LC 109/2001

³¹² Os Trabalhadores e a Fiscalização dos Fundos de Pensão, RPS n. 253, p. 879.

queda aberta a críticas no que diz respeito ao *quantum* de interferência estatal. E é isto o que faz Meire Lucia Gomes Monteiro, indignada, consoante se verifica nesta seqüência de seu pronunciamento acima transcrito:

Por outro lado, todavia, pergunto: sujeitos que agora estão à mais estreita vigilância e permanente interferência do Estado, bem como a de seus assistidos, como estes entes conseguirão atingir resultados razoáveis em um mercado que, cada vez mais, exige agilidade na tomada de decisões e uma exagerada dose de criatividade e, por que não dizer, de ousadia na escolha das melhores aplicações, sem as quais tais fundos previdenciários correm o risco de ser tornarem deficitários?³¹³

O mesmo tema não escapou à arguta percepção de Wagner Balera³¹⁴, que, após lembrar, com Ataliba Nogueira, que o Estado é meio e não fim, e afirmar que “a interferência do poder social na vida das entidades de previdência privada não deve mais, sob pena de desbordar dos limites constitucionais bem traçados, ser de molde a ditar comportamentos; configurar estruturas; impor exigências”, conclui que “ao órgão regulador e fiscalizador compete, apenas e tão-somente, vigiar para que a entidade mantenha seu perfil a um só tempo previdenciário e securitário.”

Por outro lado, as vantagens da LC 109/2001 em relação à Lei nº 6.435/77, que ela revogou expressamente, são ressaltadas por Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub³¹⁵, para quem, “com a nova legislação, manifestou-se uma ênfase maior em relação à proteção dos participantes, havendo uma nítida *mens legis* do legislador em fortalecer a transparência (sob a forma de fiscalização tanto por parte do governo quanto do participante), a flexibilidade (maior liberdade de ingerência do participante sobre os recursos em seu nome), e a segurança (previsão de resseguro e reserva de contingência que garantam os benefícios).”

Abordando a nova lei complementar em face das EFPP, Adacir Reis destaca o “elenco extraordinário de competências reservadas ao aparato de regulação e fiscalização, o que aumenta significativamente a responsabilidade oficial no tocante aos fundos de pensão”, pelo que, a seu ver, “o órgão de fiscalização deve contar com uma estrutura logística compatível com

³¹³ *Os Trabalhadores e a Fiscalização dos Fundos de Pensão*, RPS n. 253, p. 880.

³¹⁴ *Aspectos Jurídicos dos Fundos Multipatrocinados de Previdência Complementar*, RPS n. 267, p. 135.

³¹⁵ *Manual de Direito Previdenciário Privado*, p. 15.

a complexidade do regime de previdência complementar.”³¹⁶

Autores há que, em face da onipresença estatal na regulação e fiscalização das atividades de previdência privada, acreditam poder-se afirmar que estas mantêm um *pé* no direito público e outro no privado, isto é, tratar-se-iam de atividades tipicamente estatais, qualificadas por ser o seu desempenho levado a cabo pelos particulares – no caso, as EAPP e as EFPP. Ao encontro dessa tese vem o fato dessa previdência estar inserida em seção da Magna Carta que dispõe sobre *previdência social*, a qual seção, por seu turno, está embutida em capítulo que versa, exclusivamente, sobre *seguridade social*, cuja organização compete ao Poder Público, privativamente, nos termos da lei (parágrafo único do art. 194 da CF/88).

Mais ou menos por isto - já o dissemos - que Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub vislumbra um caráter misto (institucional e contratual simultaneamente) nas relações jurídicas estabelecidas entre as entidades de previdência privada e aqueles que aderem aos seus planos de benefícios. Para esse autor, o elemento cogente, *in casu*, “está na imposição de limites legais que cercam as liberdades contratuais. Uma vez que haja o ingresso no sistema, existe uma esfera cogente envolvendo as relações jurídicas que transcendem aquilo que foi contratado.”³¹⁷

Também Raul Teixeira, discursando sobre a possibilidade dessa dupla visão em face do contrato previdenciário privado, assevera que

A visão contratual remete à natureza eminentemente comercial do instituto, embora regulado na sua essência pelo Código Civil onde se encontram o disciplinamento básico da matéria, suas regras e princípios gerais. (...)

A outra visão a que antes nos referimos diz respeito ao viés institucional do sistema de seguros, previdência e capitalização, o que significa a intervenção estatal regulatória disciplinando o funcionamento das entidades operadoras e fixando regras e critérios para aceitação dos riscos, realizando o Poder Público, dessa forma, uma verdadeira transferência de enfoque, do âmbito do direito privado para o direito administrativo.³¹⁸

³¹⁶ Temas Centrais da Nova Legislação. *In: Fundos de Pensão em Debate*, p. 29.

³¹⁷ Manual de Direito Previdenciário Privado, p. 76.

³¹⁸ Seguro, Previdência Privada e Capitalização, p. 3 e 4.

Em oposição a tal modo de ver as coisas, Wagner Balera³¹⁹ enfatiza que é o setor de atuação do ente privado – no caso, a *previdência* –, e não as suas atividades, que reside no terreno do direito público, circunstância que “decorre da natural força atrativa do regime geral de previdência social em torno do qual a previdência complementar segue gravitando”. Na sequência, conclui o mestre: “em definitivo, não me parece que a previdência privada possa ser considerada como integrante da administração descentralizada do Estado, como querem alguns.”

Abordando sucintamente a questão, Anníbal Fernandes³²⁰ afirma que, enquanto para alguns devemos adotar o modelo previdenciário chileno, “para outros, tais serviços de Previdência e Fundos de Pensão são de natureza pública, isto é, tarefa do Estado.” E acrescenta: “Enfim, sustentam os decorrentes Marxistas que para os serviços sociais é mister um sistema novo na história. Esse sistema consiste na combinação de serviços (a cargo dos particulares) com o poderio decorrente do setor público.”

A nosso ver, o fato de a previdência privada encontrar-se alojada no interior do sistema de seguridade social, significa que ela ali foi posta, pelo constituinte derivado de 1998, para cooperar com o Estado na árdua tarefa de consecução do objetivo insculpido no art. 194, parágrafo único, inciso I, da Superlei, qual seja o de realizar a *universalidade da cobertura*. Não extraímos desse fato, todavia, que se trate de atividade estatal realizada pela iniciativa privada, mas, conforme o mestre da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, apenas uma “fórmula bem amarrada de cooperação entre particulares e poderes públicos”.³²¹

Postas estas questões preambulares, apresentaremos, nos dois itens subseqüentes, algumas considerações, em específico, sobre *fiscalização* e *processo administrativo*.

4.2 Fiscalização

4.2.1 Conceito

³¹⁹ *Aspectos Jurídicos dos Fundos Multipatrocinados de Previdência Complementar*, RPS n. 267, p. 136.

³²⁰ *In* “Gestão da Previdência Pública e Fundos de Pensão”, de Remígio TODESCHINI, p. 11.

³²¹ Wagner BALERA, *Aspectos Jurídicos ...*, RPS n. 267, p. 136.

De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa³²², o verbo fiscalizar, em sua primeira acepção, quer dizer “verificar se (algo) está-se realizando como fora previsto”. Significa, também, *vigiar, pôr sob acurada vigilância, controlar*.

Lembrando que “fiscalizar é conceito tradicional no Direito Previdenciário”, Wladimir Novaes Martinez³²³, em seus comentários ao art. 3º da LC nº 109/2001, ensina que, *in casu*, “fiscalizar é compulsar documentos administrativos da entidade e verificar procedimentos, confrontando-os com a lei básica, atendendo de perto ao princípio da legalidade. E relatar o fato.”

Abordando a questão no terreno do Direito Tributário, mas cujas idéias se mostram plenamente aplicáveis nesta seara, Adelmo da Silva Emerenciano vê a atividade fiscalizatória do poder público como um *procedimento*. “A administração fiscal – afirma -, ao exercer sua competência para verificação do cumprimento das obrigações decorrentes das relações jurídicas instaladas por eclosão dos efeitos típicos das hipóteses de incidência, o faz por meio de uma seqüência de atos ordenados em sucessão itinerária que resulta, ou não, no ato de lançamento ou no reconhecimento da existência de obrigações pendentes no período fiscalizado. A esse agir sucessivo e encadeado é que denominamos de procedimento.”³²⁴

O mesmo autor, preocupado com a identificação dos fundamentos daquilo que parte da doutrina sói chamar de *poder de fiscalizar*, assinala que este, antes de mais nada, é um *dever*. Apoiado em Celso Antônio Bandeira de Mello e em Ruy Cirne Lima, assinala que “o regime jurídico administrativo impõe por si só, dado o princípio que lhe serve de esteio da indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos que, ao lado do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, define o conteúdo do regime jurídico administrativo, o dever de fiscalizar. (...) O exercício da fiscalização faz-se em uma relação de dever dirigido ao cumprimento de uma finalidade desenhada cuidadosamente pela lei.”³²⁵

Os dois princípios referidos no parágrafo anterior, mais o da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública – pelo qual, o interesse público delimitado na lei, impõe-se que seja perseguido incansavelmente -, são os em que, na opinião do monografista em apreço, estão

³²² Ed. 2001, p. 1349.

³²³ Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, p. 50.

³²⁴ Procedimentos fiscalizatórios e a defesa do contribuinte, p. 149.

³²⁵ *Ibid*, p. 155.

os fundamentos do dever de fiscalizar, para cujo cumprimento é atribuída uma competência. “Por isso – acrescenta ele – entendemos incorreto atribuir à atividade fiscalizatória a fonte de ‘poder’ para os agentes que a exercem. Vemo-la como mero exercício de uma competência, entendida esta como um feixe de atribuições, de direitos e de deveres vinculados a uma obrigação de atuar com vistas a uma finalidade, nota típica da norma legal administrativa.”³²⁶

4.2.2 *Princípios de procedimento fiscal*

É ainda Adelmo Emerenciano quem, novamente estribado em Celso Antônio, apresenta, na citada obra, um leque de *princípios informadores e reguladores do procedimento fiscalizatório*, de cuja observância, afirma, depende a validade dos atos administrativos deste resultantes. Reiteramos que o cenário em que o autor desenvolve o tema é o do Direito Tributário, mas que nem por isso as lições por ele proferidas, pela textura aberta com que elaboradas, deixam de ter aplicabilidade no nosso ambiente. Vejamos, pois, os princípios específicos identificados pelo publicista em tela, acompanhados de uma breve síntese de suas explicações a respeito do significado de cada qual:

1) *Princípio da Objetividade da ação fiscal*

Implica não ser dado ao Estado agir com surpresa ou indeterminação, pelo que o procedimento fiscal somente pode ser iniciado, em regra, depois de concedido ao administrado um prazo razoável para preparação das condições materiais concernentes ao escopo da fiscalização. Exige também este princípio a delimitação do objeto a ser fiscalizado, pois “não há espaço na área das condutas administrativas válidas para fiscalizações genéricas e de objetivo ou conteúdo incertos.”³²⁷

2) *Princípio da audiência do interessado*

Significa o dever do agente fiscal ouvir o interessado sobre circunstâncias e eventos relacionados ao objeto da investigação *durante* o transcurso do próprio procedimento, bem como de informá-lo das diligências que serão realizadas e dos resultados que já produziram

³²⁶ Procedimentos fiscalizatórios e a defesa do contribuinte, p. 156.

³²⁷ *Ibid*, p. 174.

as já realizadas.

3) *Princípio da Instrução Probatória ampla, regular e pertinente*

Tendo em mira a busca da verdade material, este princípio quer dizer a existência de deveres de ambas as partes: agente fiscal e fiscalizado. Daquele, no sentido de empreender intenso impulso com vistas a demonstrar, inequivocamente, os eventuais fatos jurídicos contrários à legislação, e deste, o de permitir que tal produção de prova(s) se dê sem empecilhos ou dificuldades; mas, ao mesmo tempo, quer dizer, também, a obrigação do fisco de assegurar condições para que o fiscalizado demonstre o cumprimento das obrigações surgidas em decorrência dos mesmos fatos jurídicos, ou a não-ocorrência destes.

Aliás, acrescentamos nós que, como a fiscalização levada a cabo pela SUSEP e pela SPC resulta, em muitos casos, na aplicação de penalidades assim às entidades de previdência privada como às pessoas físicas que as administram, a existência de provas quanto aos fatos articulados pelos agentes desses órgãos e, também, o modo pelo qual elas foram produzidas, adquirem significativo relevo, sendo mesmo condição de eficácia, por exemplo, do ato administrativo consistente na lavratura do auto de infração a que se refere o art. 2º do Decreto n. 4.942/2003.

Em excelente monografia intitulada *Da Prova no Processo Administrativo Tributário*, Paulo Celso Bonilha lembra que “o vocábulo prova (do latim ‘proba’, de ‘probare’) pode ser tomado em duas acepções: no sentido de tudo quanto possa convencer o juiz da certeza de um fato (acepção objetiva); e no sentido da convicção ou certeza da existência ou inexistência de um fato assumida pelo juiz (acepção subjetiva).”³²⁸

Normalmente, a discordância do administrado em relação aos fatos contra ele articulados pela fiscalização, bem como aos elementos de prova por esta utilizados para demonstrar a existência daqueles fatos, somente é manifestada no curso do processo administrativo instaurado para a aplicação da(s) penalidade(s) cabível(eis), mais especificamente, na fase destinada à impugnação do procedimento. Todavia, como as provas que possibilitam a aplicação dessas penas são coletadas, em regra, durante a fiscalização das entidades – antes,

³²⁸ Cf. *op. cit.*, p. 68.

portanto, da instauração do referido processo administrativo -, tem razão Adelmo Emerenciano quando afirma que o princípio em comento deve presidir a atuação estatal desde o seu primeiro movimento. “Exige o princípio em comento – argüi – que a produção de provas se dê de forma equilibrada e amplamente fiscalizada pelo contribuinte, podendo este requerer, realizar, indicar peritos e assistentes bem como acompanhar sua realização e seus resultados.”³²⁹

Impossível falar sobre este princípio sem lembrar o disposto nos incisos LIV, LV e LVI do art. 5º da Constituição Federal, que prevêem, respectivamente: i) que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; ii) que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*; e iii) que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Embora estes três incisos falem em *processo* – idéia mais ampla do que a de simples *procedimento fiscalizatório* -, o princípio ora examinado parece requerer a irradiação de seus efeitos desde o início da auditoria fiscal, ou seja, a instrução probatória há de se dar, o tempo todo, com obediência a tais premissas.

4) *Princípio da Preclusão do procedimento*

Na visão do autor que enuncia os princípio sob exame, “findado o procedimento fiscalizatório, sem que tenha sido realizado qualquer lançamento ou imposto qualquer auto de infração, o procedimento administrativo extravasa, como conseqüência, a situação de impossibilidade de sua revisão.”³³⁰

Trata-se, bem se vê, de princípio que informa ser vedada a famigerada *refiscalização* das pessoas físicas e jurídicas, relativamente aos mesmos fatos e circunstâncias auditados no procedimento anterior, ainda que este tenha sido realizado sem a qualidade que dele se esperava ou não tenha chegado ao resultado que se previa. O fundamento disto tudo, segundo Adelmo Emerenciano, está em que “quando se encerra o procedimento fiscalizatório, emite o agente fiscal um ato administrativo que certifica, na hipótese em estudo, que não encontrou irregularidades nos elementos objetos de exame. Tratando-se de ato administrativo, o mesmo somente poderá ser revisto nos limites em que tal modalidade de ato jurídico permite” (*op. cit.*, p.

³²⁹ Procedimentos fiscalizatórios e a defesa do contribuinte, p. 195.

³³⁰ *Ibid*, p. 200.

20).

5) *Princípio da Revisibilidade imediata*

“Assegura esse princípio o direito que tem o fiscalizado de que as decisões tomadas no curso da ação fiscal, durante sua condução, e que lhe sejam desfavoráveis, possam ser revistas antes mesmo da conclusão do procedimento fiscalizatório.”³³¹

Confirma-se, aqui, a visão do autor no sentido da projeção do *contraditório* e da *ampla defesa* (CF, art. 5º, LV) à fase que antecede a imposição de penalidade, isto é, ao momento da fiscalização. Assim, “se o fiscalizado requer que sejam analisados tais e quais documentos que a seu ver modificariam a formação de convicção ou se solicita uma conferência com dados ainda não levados em consideração pelo agente fiscal, e este não os faz, não os realiza ou não os toma com consideração, pode o fiscalizado imediatamente recorrer à autoridade do escalão hierárquico superior para ver atendida sua solicitação, devendo qualquer decisão que vier a ser tomada ser suficientemente motivada” (*op. cit.*, p. 201).

6) *Princípio da Representação e da Assistência*

Segundo Adelmo Emerenciano,³³² traduz o direito do fiscalizado de ser representado e assistido no transcurso do procedimento fiscal, sobretudo em apurações técnicas que dependam de conhecimentos específicos. Implica, portanto, a possibilidade de peritos de confiança do fiscalizado assistir e acompanhar a realização das averiguações técnicas procedidas dos agentes do Estado.

7) *Princípio da Verdade material*

Em rigor, um princípio de *processo* administrativo, implica ele que o agente fiscal, no dever de buscar a verdade substancial, não pode deixar de realizar as diligências probatórias necessárias pela natureza ínsita do objeto fiscalizado.³³³

8) *Princípio da Oficialidade*

³³¹ Procedimentos fiscalizatórios e a defesa do contribuinte, p. 201.

³³² *Ibid*, p. 202.

³³³ *Ibid*, p. 203.

Informa que o procedimento fiscal “faz-se como encargo da própria administração e seu impulso se dá de ofício por todo o tempo até a produção do ato final que deve ocorrer dentro dos prazos-limite legais estabelecidos.”³³⁴

9) *Princípio da Gratuidade*

Quer dizer que o procedimento fiscalizatório não pode trazer ônus econômicos ao administrado, nem dificultar ou impedir o livre exercício de sua atividade. Noutro dizer, do fato de a pessoa – física ou jurídica – estar sendo auditada, não pode resultar-lhe o embaraço à continuidade do seu negócio ou a realização de despesas, para que se impulse o agir fiscalizatório.³³⁵

4.2.3 Os “órgãos fiscalizadores”

Como já antes registrado, a fiscalização das entidades de previdência privada, consoante o art. 5º da Lei Complementar n. 109/2001, deverá ser exercida por *órgão fiscalizador*. Em verdade, “órgão ou órgãos regulador e fiscalizador” é o que diz, exatamente, o dispositivo, parecendo-nos que a alternativa entre o singular e o plural decorre de o legislador complementar não haver desejado assumir, quando elaborava a norma, se ambas as espécies de entidades – abertas e fechadas – ficariam submetidas aos mesmos órgão regulador e órgão fiscalizador, ou se haveria um de cada destes somente para as EFPP, e, da mesma forma, um de cada apenas para as EAPP.

Combatendo a pluralidade de órgãos, Wagner Balera protesta: “Para que ‘órgãos’? Para que tudo continue como dantes?” E, concluindo, “Para que o Conselho de Previdência Fechada e o Conselho de Previdência Aberta sigam existindo como instrumentos solos, desintegrando o sistema que, como comanda a Lei Suprema, deve ser integrado (art. 194).”³³⁶

Mas o comando estabelece a necessidade de lei para dispor sobre o tal (ou os tais) órgão(s) regulador(es) e fiscalizador(es), a qual, diga-se, não foi editada até o presente momento.

³³⁴ Procedimentos fiscalizatórios e a defesa do contribuinte, p. 204.

³³⁵ *Ibid*, p. 205.

³³⁶ Sistema de Seguridade Social, p. 103-104.

Por isso, vem sendo plenamente aplicado o art. 74 da mesma LC, que assim prescreve:

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.

Então, sumariando: as EFPP são fiscalizadas pela Secretaria de Previdência Complementar (SPC), vinculada ao Ministério da Previdência Social, enquanto as EAPP, pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), vinculadas ao Ministério da Fazenda. Discorreremos mais detidamente sobre estes órgãos nos itens 4.4.1 e 4.5.1.

O Capítulo V da LC, intitulado “Da Fiscalização”, composto dos arts. 41 a 43, dedica-se, com exclusividade, ao tema aqui enfocado, muito embora esse diploma empregue dezenas de vezes, ao longo de todo o seu texto, a expressão “órgão fiscalizador”, o que evidencia a notável amplitude da atuação da SPC e da SUSEP, a que antes nos referimos.

4.2.4 Os limites de atuação dos “órgãos fiscalizadores”

Para o fiel desempenho de suas atividades de fiscalização, os servidores dos dois órgãos retro citados terão livre acesso às entidades de previdência privada, “delas podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e quaisquer documentos, caracterizando-se embaraço à fiscalização, sujeito às penalidades previstas em lei, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo” (art. 41). Poderão, também, as autoridades fiscais solicitar quaisquer informações ou esclarecimentos às pessoas físicas ou jurídicas submetidas ao regime dessa lei complementar (art. 41, § 3º), a cuja prestação ficam elas obrigadas, sob pena de se sujeitarem às sanções previstas no art. 65.

No caso específico das EFPP, apesar de a ação fiscal regrada pela LC 109/2001 limitar-se à verificação das suas atividades - não se estendendo, portanto, às de seus

patrocinadores e instituidores -, reza o § 1º do art. 41 que estes deverão, quando solicitados pelos auditores fiscais, prestar informações “relativas aos aspectos específicos que digam respeito aos compromissos assumidos frente aos respectivos planos de benefícios”. E o § 2º comete aos mesmos patrocinadores e instituidores a responsabilidade pela supervisão sistemática das atividades das suas respectivas entidades fechadas, independentemente do exercício, pelo próprio Estado, do seu poder de polícia. Aliás, nesse movimento de cometer ao próprio particular envolvido com o negócio, a responsabilidade pelo profissionalismo, segurança e transparência na gestão das EFPP, a Resolução MPAS/CGPC n. 3, de 19 de dezembro de 2001, determina que as entidades fechadas de previdência complementar promovam, a cada cinco anos, a realização de auditorias externas de rotina em seus planos de benefícios previdenciais, assim no aspecto atuarial como no de benefícios (art. 1º), devendo tal providência ser igualmente adotada, excepcionalmente, no curso desses quinquênios, sempre que a Secretaria de Previdência Complementar considerá-la necessária (art. 4º).

Dispensável era a inclusão, no texto da lei, da regra contida no § 4º do art. 41: “o disposto neste artigo aplica-se, sem prejuízo da competência das autoridades fiscais, relativamente ao pleno exercício das atividades de fiscalização tributária.” Ora, não parece acreditável que alguém suponha seja a fiscalização levada a cabo pelos auditores da SPC ou da SUSEP excludente da competência dos chamados *fiscais tributários*, ou vice-versa, uma vez que tanto a LC 109/2001 como as leis tributárias em geral cuidam de delimitar, devidamente, a área de atuação de cada um de seus órgãos fiscalizadores. A circunstância de os auditores que atuam em nome da SPC tratarem-se de Auditores Fiscais da Previdência Social – AFPS, deslocados para o âmbito daquela Secretaria, não deve dar ensejo a confusões. Aliás, como ressalta Wladimir Novaes Martinez³³⁷, “há referência clara aos tributos, porque a fiscalização de que trata o art. 41 da LBPC não cuida especificamente de contribuições, embora o Auditor Fiscal do INSS tenha atribuição para verificar o cumprimento da LC n. 109/2001 e também os deveres exacionais do PCSS.”

Como o diploma sob exame prevê, mais adiante, em capítulos já não relativos à fiscalização, a possibilidade de intervenção nas entidades de previdência privada, ou da decretação de sua liquidação extrajudicial, estabelece o art. 42 um mecanismo voltado à

³³⁷ Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, p. 458.

prevenção de uma daquelas medidas, em relação às EFPP. Trata-se da possibilidade de o *órgão regulador e fiscalizador* (em seu art. 14, o Decreto n. 4.206, de 23 de abril de 2002, cuidou de definir que se trata do *órgão fiscalizador*) “nomear administrador especial, a expensas da entidade, com poderes próprios de intervenção e de liquidação extrajudicial, com o objetivo de sanear plano de benefícios específico ...”. O que possibilitará a nomeação de administrador especial será a constatação, pela SPC, na administração do plano de benefícios da entidade, de qualquer das hipóteses ensejadoras de intervenção ou de decretação de liquidação, arroladas nos arts. 44 e 48, respectivamente.

Em se tratando de EAPP, semelhante mecanismo preventivo é criado no art. 43, com as seguintes particularidades: 1) a própria LC já define que competente para a nomeação será o *órgão fiscalizador* (portanto, a SUSEP); 2) a figura aqui nomeada será um diretor-fiscal, e não administrador especial; e 3) tal providência se dará quando verificada uma das hipóteses de intervenção, tão-somente.

A exemplo do que sucede em relação às auditorias tributárias, levadas a cabo pelos órgãos estatais competentes, cumpre salientar que a fiscalização a cargo da SPC e da SUSEP, uma vez deflagrada, põe-se como atividade vinculada, isto é, pautada na legislação de regência, pouca ou nenhuma margem de discricionariedade restando aos servidores daqueles órgãos no desempenho de seu mister. Em consequência, conforme registro de Wladimir Novaes Martinez, “diante da irregularidade, o servidor público é obrigado a agir”³³⁸, não dispondo ele, relativamente à prática de seus atos, de “liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo” (Hely Lopes Meirelles³³⁹). Uma vez que o auditor transborde dos estritos limites estabelecidos nas normas que regem o procedimento fiscalizatório, tem-se que este resulta passível de anulação, *ex-officio*, pela própria Administração, ou em virtude de impugnação do administrado.

³³⁸ Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, p. 448.

³³⁹ Direito Administrativo Brasileiro, p. 102.

4.3 Processo Administrativo

4.3.1 Noções genéricas

Do poder fiscal decorre, por óbvio, o de aplicar penalidades, sempre que constatar-se ter o fiscalizado praticado ação ou incorrido em omissão em desconformidade com a lei. A fiscalização se põe, assim, como atividade destinada à verificação do comportamento do administrado frente às suas obrigações legais, de modo que desembocará, sempre, numa das seguintes constatações: 1ª) a de que o fiscalizado cumpriu, exemplarmente, todos aqueles seus deveres *ex lege*, ou 2ª) a de que um ou mais desses deveres restou (ou restaram) descumprido(s).

No primeiro caso – desnecessário dizê-lo –, não se cogita de aplicação de penalidade. No segundo – isto é, apurada qualquer infração –, é dever *ex officio* do órgão fiscalizador impor a pena que, para o caso, esteja previamente cominada na legislação.

Tendo em vista que o diploma complementar em comento estabelece enorme gama de obrigações para as entidades de previdência privada, ao longo de todo o seu texto (v., por ex., os arts. 10, 14, 18, § 1º, 22, 31, § 2º, etc.), constata-se que igualmente significativo é o rol de infrações possíveis, algumas das quais possuem as respectivas penalidades expressamente cominadas (v.g., indisponibilidade dos bens dos administradores, controladores e membros de conselhos estatutários de entidade sob intervenção ou em liquidação extrajudicial, consoante o art. 59), enquanto outras caem na vala comum do art. 65, assim redigido:

Art. 65. A infração a qualquer disposição desta Lei Complementar ou de seu regulamento, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, sujeita a pessoa física ou jurídica responsável, conforme o caso e a gravidade da infração, às seguintes penalidades administrativas, observado o disposto em regulamento.

I – advertência;

II – suspensão do exercício de atividades em entidades de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias;

III – inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições

financeiras e no serviço público; e

IV – multa de dois mil reais a um milhão de reais, devendo esses valores, a partir da publicação desta Lei Complementar, ser reajustados de forma a preservar, em caráter permanente, seus valores reais.

Pois bem, o art. 66 da LC nº 109/2001 estabelece que “as infrações serão apuradas mediante *processo administrativo*, na forma do regulamento, aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.”

Pelo exposto, dedicaremos os próximos sub-itens à abordagem de alguns aspectos do processo administrativo *lato sensu*, cientes de que isto nos será útil quando, mais adiante, enfocarmos o tema em face das entidades de previdência privada.

4.3.2 *Processo e processo administrativo: conceitos*

Na sempre precisa lição de Cretella Júnior, “pela etimologia, o vocábulo ‘processo’ prende-se à forma latina *processu(m)*, cognata do verbo *procedere*, prendendo-se à mesma raiz de origem indo-européia: *ced*. A forma verbal *procedere* significa *ir para adiante*, marchar para frente, avançar, progredir. (...) Na língua latina, *processus*, *us*, *m.*, ação de avançar, progresso, progressão é forma que se prende ao verbo *procedo*, *procedis*, *processi*, *processum*, *procédere*, que encerra o sentido de *avançar*, ir para diante, progredir. Por seu lado, *procédere* é formado de duas partes, o preverbo *pro* e a forma verbal *cédere*, infinitivo de *cedo*, *cedis*, *cessi*, *cessum*, *cédere*: *ir*, *marchar*. Entretanto, ao passo que a forma simples *cédere* abriga a idéia de *ir*, *marchar*, *caminhar* (tanto para frente como para os lados e, até, para trás, podendo, pois, significar, *retrogradir*, *retroceder*, *recuar*, *retirar-se*), o composto *procédere* envolve sempre a idéia bem precisa de *marchar para frente*, avançar progredindo, idéia acentuada pelo preverbo *pro*.”³⁴⁰

Segundo Alberto Xavier, “em geral, processo (de ‘procedere’) significa uma sucessão de atos, fatos ou operações que se agrupam segundo uma certa ordem para atingir um fim. Mas, na linguagem jurídica científica o conceito tem sido empregado para exprimir apenas

³⁴⁰ Prática do Processo Administrativo, p. 15.

aquelas sucessões de atos, fatos ou operações cujo objetivo fundamental é a decisão de um conflito de interesses juridicamente relevantes.”³⁴¹ Mais adiante, acrescenta que, para a doutrina tradicional, “demarcou-se assim o conceito de processo pela *função jurisdicional* que visa prosseguir: o processo em sentido *rigoroso* ou técnico seria mais especificamente apenas o que se desenrola perante os tribunais comuns, chegando CARNELUTTI a sugerir que a expressão ‘processo judicial’ envolve em si mesma uma tautologia.”³⁴²

Endossando as palavras o mestre lusitano, Odete Medauar³⁴³ afirma que “o termo processo, na área do direito, vem habitualmente vinculado à função jurisdicional e, portanto, relacionado ao Direito processual civil e penal, sobretudo”. Lembrando que “tornaram-se clássicas as considerações em torno da *autocomposição*, da *autodefesa* e do *processo*, como perspectivas de solução de conflitos juridicamente relevantes, numa coletividade”, a insigne administrativista conclui que, “sob tal enfoque, o processo apresenta-se como meio jurídico para a solução jurisdicional de uma pretensão litigiosa; caracteriza-se, então, por sua finalidade jurisdicional compositiva do conflito.”

Sem dúvida, o desenvolvimento científico mais aprofundado deste instituto deve ser creditado ao Direito Processual Civil, que, inclusive, desenvolveu diversas teorias acerca da natureza jurídica do processo. Assim é que este já foi (ou tem sido) visto como *contrato*, *quase-contrato*, *entidade jurídica complexa*, *instituição*, *relação jurídica*, *situação jurídica*, e *procedimento*. Ricardo Marcondes Martins atesta que a teoria da *relação jurídica* – surgida em 1868 com a edição da obra de Oskar von Bülow denominada “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, e posteriormente submetida ao novo conceito de *relação jurídica* desenvolvido pela Teoria Geral do Direito - é atualmente majoritária, tanto no Brasil como no exterior, tendo ela como uma das principais virtudes a de vislumbrar no processo uma relação jurídica distinta da relação jurídica material, elevando o Direito Processual ao patamar de ciência autônoma.³⁴⁴ Não obstante, o mesmo Ricardo Marcondes admite nunca ter sido questionado, nem pelo próprio Bülow, que o processo é também um procedimento (“ao menos etimologicamente – afirma – faz sentido considerar sinônimos processo e procedimento”), de modo que, para ele, a

³⁴¹ Do procedimento Administrativo, p. 8.

³⁴² *Ibid*, p. 9.

³⁴³ A Processualidade no Direito Administrativo, p. 11.

³⁴⁴ O Conceito Científico de Processo Administrativo, *in* RDA n. 235, p. 324.

teoria do procedimento pode, talvez, ser considerada sem reservas no direito estrangeiro ou no direito brasileiro vigente até a promulgação da Constituição Federal de 1988. E a ressalva feita quanto ao sistema local, decorre de que, na visão do publicista, “no direito pátrio atual há um entrave dogmático insuperável: o art. 24, inciso XI, da Lei Maior. Esse dispositivo determina competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre ‘procedimentos em matéria processual’. Por uma regra elementar e pacificamente aceita de hermenêutica, na lei, e muito mais na Constituição, não se presumem palavras inúteis. Se processo fosse tão-somente procedimento, o dispositivo seria inútil, pois não haveria diferença entre matéria de procedimento e matéria processual. Do dispositivo, a *contrario sensu*, não se extrai outra conclusão possível a não ser a de que: no Brasil processo e procedimento são institutos distintos.”³⁴⁵

Se são distintos, e já tendo sido examinado o que se entende por *processo*, resta buscar na doutrina o conceito de *procedimento*.

Alberto Xavier leciona que “a doutrina tradicional desenvolvida pelos processualistas completa-se logicamente com a distinção entre *processo* (...) e *procedimento*. Para COUTURE, GUASP e JOSÉ FREDERICO MARQUES, o procedimento seria mera sucessão de atos, independentemente do fim a que se dirige, mas já o processo seria aquela mesma sucessão teleologicamente orientada para a realização da função jurisdicional;”.³⁴⁶ Quer dizer, nesta linha *procedimento* é visto como um mero aspecto do fenômeno processual, o que possibilitou, segundo o referido autor, estender o conceito de modo a abranger outras realidades estranhas ao “processo”, mas em que também se verifica aquela mesma sucessão de atos e formalidades. Assim, ainda de acordo com Xavier, “poder-se-ia falar de um procedimento legislativo, de um procedimento administrativo, uma vez que neles é de regra o cumprimento ordenado de certos trâmites para a formação dos atos que se destinam a produzir; mas já não lhes quadraria bem o termo processo, que em linguagem técnica deveria ser reservado à função judicial ou, quando muito, jurisdicional.”³⁴⁷

Na doutrina brasileira, Cintra, Grinover e Dinamarco explicam que, pelo fato de

³⁴⁵ O Conceito Científico de Processo Administrativo, *in* RDA n. 235, pp. 326-327.

³⁴⁶ Do Procedimento Administrativo, p. 9.

³⁴⁷ *Ibid*, p. 10.

processo significar, etimologicamente, “marcha avante”, “caminhada”, foi ele confundido durante muito tempo com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano. Contudo, pontificam os mestres, “desde 1868, com a obra de Bülow (...), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos *atos* que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus *sujeitos*. O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.”³⁴⁸

Sempre preocupado com a adaptação das formulações doutrinárias ao atual direito positivo brasileiro, Ricardo Marcondes Martins entende que o fato de o art. 22, I, da Constituição de 1988 haver estabelecido ser competência privativa da União legislar sobre direito processual; e de o art. 24, incisos X e XI, da mesma Carta ter previsto ser competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar, respectivamente, sobre a criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas e sobre procedimentos em matéria processual, faz supor que o constituinte inspirou-se em antiga concepção que tomava *processo* e *procedimento* como duas realidades absolutamente apartadas. Em seguida, conclui o publicista que “essa concepção, nos dias de hoje, é completamente inaceitável. Processo e procedimento são realidades indissolúveis. Processo é, e isso não há mais dúvida, procedimento associado à relação jurídica. Há, assim, relação de inclusão, de continente-conteúdo: procedimento é um elemento estrutural do processo.”³⁴⁹

Vistos os significados de *processo* e de *procedimento*, cuidemos das locuções *processo administrativo* e *procedimento administrativo*, freqüentemente encontradas na literatura jurídica, sobretudo na relativa ao Direito Administrativo e ao Direito Tributário.

³⁴⁸ Teoria Geral do Processo, p. 277.

³⁴⁹ O Conteúdo Científico do Processo Administrativo, *in* RDA n. 235, p. 335.

Embora, eventualmente, possa parecer que a questão seja, simplesmente, a de trasladar as idéias acima expostas para a seara da Administração Pública – de modo que *processo administrativo* seria exatamente aquilo que se entende por processo, com a particularidade de desenvolver-se no interior de um órgão público; e que *procedimento administrativo* seria, na mesma ordem de idéias, o meio adotado por esse mesmo órgão do Poder Público para instaurar, impulsionar e extinguir o *processo* -, é preciso lembrar que boa parte da doutrina clássica jamais aceitou a primeira daquelas duas locuções mencionadas no parágrafo anterior, por entender só poder-se conectar *processo* à função jurisdicional, que se desenrola no seio dos tribunais comuns. Não haveria, portanto, um *processo* enquanto gênero, do qual seriam espécies o *judicial* e o *administrativo*; ao contrário, o substantivo em apreço traria em si, implicitamente, apenas a idéia do que hoje se costuma referir como *processo judicial*. Tanto que José Frederico Marques afirmava que “só por antonomásia fala-se em processo administrativo para a designação de procedimentos formados em repartições públicas, no tocante a atividades diversas que ali realizam órgãos da administração. Em tais casos o que existe é apenas procedimento administrativo.”³⁵⁰ Enfim, conforme nos explica Marcos Porta, “por tradição, os administrativistas têm se utilizado da expressão *procedimento administrativo* para designar o fenômeno da processualidade jurídico-administrativa. Essa escolha se justifica pelo fato de os processualistas terem estudado com maior afincio o processo e, a partir daí, o termo ter se tornado próprio da atividade jurisdicional.”³⁵¹

Corrente doutrinária mais moderna, todavia, não demonstra repugnância ao emprego dos vocábulos *processo* e *procedimento* assim no âmbito do Poder Judiciário como no da Administração Pública, do que resulta igualmente admissível falar-se, nestas duas searas, em *processo* e em *procedimento*. Exemplifiquemos com os respeitáveis Hely Lopes Meirelles, para quem enquanto “*processo* é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; *procedimento* é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”³⁵²; José Cretella Júnior, que define *processo administrativo* como “o conjunto de atos praticados na esfera administrativa quer apenas pela administração, quer pela administração e pelos administrados até a decisão final da autoridade competente, nessa

³⁵⁰ Citação na obra de ALBERTO XAVIER, *Do Procedimento Administrativo*, p. 11.

³⁵¹ *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*, p. 67.

³⁵² *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 584.

esfera”³⁵³; Odete Medauar, segundo a qual “a resistência ao uso do vocábulo ‘processo’ no campo da Administração Pública, explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou função de que é instrumento. (...) Utilizar a expressão ‘processo administrativo’ significa, portanto, afirmar que o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo, ocorre também no âmbito da Administração Pública.”;³⁵⁴ e Lúcia Valle Figueiredo, cujo magistério é no sentido de que “no processo administrativo sempre se contém procedimento”, devendo reservar-se este termo, entretanto, “às formalidades que devam preceder aos atos administrativos, à necessidade administrativa de praticar determinados atos anteriormente ao ato final.”³⁵⁵

Por isso é que, atualmente, pode-se observar inúmeros autores empregando ora a expressão *processo administrativo*, ora a expressão *procedimento administrativo*, para designar o fenômeno da processualidade jurídico-administrativa, muito embora, em geral, a segunda alternativa apareça atrelada somente ao aspecto intrínseco desse mesmo fenômeno, ficando a primeira reservada àquela realidade maior que, por tradição, a teoria geral do Direito designou como *processo*.

Nada obstante, resta também difundida uma corrente doutrinária que só concebe a existência de *processo administrativo* quando existente relação jurídica conflituosa. Ausente o conflito de interesses, o que se tem é, apenas, *procedimento administrativo*. Assim é que, para Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas³⁵⁶, “por *procedimento* concebe-se o sistema de atos interligados em uma relação de dependência sucessiva e unidos pelo fim comum que possibilita e legitima o ato final de consumação do exercício do poder”, enquanto *processo* ter-se-á somente “quando o contraditório se fizer presente”. As palavras da jurista de Campo Grande coincidem, na sua essência, com a seguinte lição de James Marins (proferida em relação ao ato de lançamento tributário, mas que se ajusta perfeitamente ao nosso ensino): “No instante em que o

³⁵³ Tratado de Direito Administrativo, vol. VI, p. 61.

³⁵⁴ A Processualidade no Direito Administrativo, p. 41.

³⁵⁵ Estado de Direito e Devido Processo Legal, p. 15.

³⁵⁶ Processo Administrativo Tributário, p. 45

percurso destinado à emissão do ato de lançamento se torna litigioso, altera-se a natureza jurídica da relação dinâmica que se transmuta de *procedimento* para *processo*.”³⁵⁷

Na mesma linha, Wladimir Novaes Martinez³⁵⁸, logo depois de admitir que “subsiste pequena dissensão quanto aos vocábulos ‘processo’ e ‘procedimento’, alguns defendendo a validade das duas palavras, tanto no Poder Judiciário quanto na administração”, conclui nestes precisos termos: “Aparentemente – pois a questão parece depender apenas de convenção – nas duas esferas, processo diria respeito à litigiosidade e procedimento a expediente não contencioso, embora em ambos os casos se possa falar em autos (papéis enfeixados e capeados) ou feito (o conteúdo técnico dos autos).”

Adotaremos, aqui, a locução *processo administrativo* para expressar aquela realidade maior de que nos dão conta Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari, ou seja, “o todo, panoramicamente identificado num conjunto, teleologicamente concebido, que parte de uma provocação ou requerimento e, por consequência inelutável, caminha mediante a prática de atos instrumentais, para a produção do resultado inevitável, qual seja, a decisão”,³⁵⁹ reservando, por conseguinte, a expressão *procedimento administrativo* à “realidade atomizada, concretizada no caminho que vai do início ao fim do processo, isto é, exatamente na série de atos, encadeados lógica e juridicamente” e à qual “a teoria geral do Direito após o nome de *procedimento*” (mesmas obra e página citadas).

Acrescentamos, ainda, que concordamos com os que afirmam ser o *processo administrativo* uma garantia fundamental no direito brasileiro, expressamente estabelecida no inciso LV do art. 5º da Magna Carta de 1988: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Assim, a nosso ver, a Administração Pública sempre deverá providenciar os meios para a solução, *intra muros*, das querelas em que se envolva com o particular – principalmente, mas não apenas com ele –, possibilitando que este tenha de valer-se do Poder Judiciário somente quando e se a decisão administrativa definitiva lhe for desfavorável.

³⁵⁷ Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário, p. 25.

³⁵⁸ Curso de Direito Previdenciário: Direito Previdenciário Procedimental, p. 23.

³⁵⁹ Processo Administrativo, p. 32.

Destacamos, por fim, somente para não passarmos em branco, a associação e, muitas vezes, a indevida confusão que se faz entre *processo administrativo* e *contencioso administrativo*. Conforme Odete Medauar, “à locução ‘contencioso administrativo’ vêm se atribuindo conteúdos variados. Por vezes aparece com o sentido de controvérsia entre a Administração e particulares ou entre a Administração e seus servidores, ou seja, de controvérsia que envolve a Administração Pública. É o sentido menos preciso e menos técnico, que mais se presta a confusões, devendo ser evitado. Outras vezes, a expressão vem usada para designar o sistema em que se atribui à própria Administração o julgamento definitivo dos litígios que tem com administrados ou servidores. Essa acepção representa a memória prolongada de um tempo em que na França, em muitos países europeus e até no Brasil, cabia ao Poder Executivo a solução de tais litígios.”³⁶⁰ Em seguida, assinala a autora que “contencioso administrativo, em sentido contemporâneo, significa atividade jurisdicional, dotada das mesmas conotações da atividade jurisdicional comum. Não se confunde portanto, com processo administrativo, que se refere à atividade administrativa relacionada a funções próprias da Administração Pública e realizadas em seu âmbito.”³⁶¹

Nesta última acepção, contencioso administrativo é algo inexistente no atual direito brasileiro, pois mesmo as decisões administrativas tidas como definitivas no processo de que aqui estamos tratando, são passíveis de modificação pelo Judiciário. É o que se encontra expresso no art. 5º, inciso XXXV, da Magna Carta de 1988, nestes dizeres: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

4.3.3 Finalidade do processo administrativo

Ao discorrer sobre o tema, Cretella Júnior afirma: “Qualquer que seja, porém, o sentido em que se tome a expressão *processo administrativo*, o elemento *teleológico* ou *finalístico* jamais pode deixar de estar presente. Como espécie do *processo*, em geral, o *processo administrativo* dirige suas vistas para um fim, que é um pronunciamento final, uma decisão concreta da Administração, um ato administrativo que consubstancie norma vigente.”³⁶²

³⁶⁰ A Processualidade no Direito Administrativo, p. 44.

³⁶¹ *Ibid*, p. 46.

³⁶² Prática do Processo Administrativo, p. 40.

Numa outra visão, extremamente consentânea com o atual estágio do Estado Democrático de Direito, Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari, depois de ressaltar que, hoje, muito mais que um *iter* para a produção dos atos administrativos, o processo administrativo é um instrumento de garantia dos administrados em face de outros administrados e, sobretudo, da própria Administração, afirmam que ele possui dois sentidos teleológicos: “assegurar a produção e a eficiência (...) do agir administrativo e maximizar as garantias do administrado.”³⁶³

Em análise mais abrangente, Odete Medauar pontifica que, “se num primeiro momento da atenção doutrinária o processo administrativo significava meio de observância dos requisitos de validade do ato administrativo e garantia de respeito dos direitos dos indivíduos, seus objetivos foram se ampliando à medida em que se alteravam as funções do Estado e da Administração, as relações entre Estado e sociedade e as próprias concepções do Direito Administrativo.”³⁶⁴ Em seguida, a respeitável publicista enuncia as seguintes finalidades do processo administrativo, que, conforme ressalta, se apresentam cumulativas, isto é, sem se excluírem, formando um conjunto entrelaçado, com vínculos recíprocos: a) *finalidades de garantia*; b) *melhor conteúdo das decisões*; c) *eficácia das decisões*; d) *legitimação do poder*; e) *correto desempenho da função*; f) *justiça na Administração*; g) *aproximação entre Administração e cidadãos*; h) *sistematização de atuações administrativas*; i) *facilitar o controle da Administração*; e j) *aplicação dos princípios e regras comuns da atividade administrativa*.³⁶⁵

Não obstante esse vasto elenco de finalidades, cumpre salientar que a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, enuncia, expressamente, apenas duas delas, consoante se verifica nos seguintes termos de seu artigo 1º: “Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à *proteção dos direitos dos administrados* e ao *melhor cumprimento dos fins da Administração*.” Se bem que essa lei admite a existência de outros objetivos (por isso o emprego, no seu art. 1º, da expressão “em especial”), resta evidente, para nós, que as finalidades da *garantia dos direitos dos administrados* e do *melhor cumprimento dos fins da Administração* foram tidas, pelo legislador ordinário, como as mais relevantes dentre as que persegue o processo administrativo.

³⁶³ Processo Administrativo, p. 25.

³⁶⁴ A Processualidade no Direito Administrativo, p. 61.

³⁶⁵ *Ibid*, pp. 62-69.

A observância do *devido processo legal* (princípio que será examinado logo mais) parece ser a maior de todas as garantias de que o administrado terá os seus direitos resguardados pelos órgãos do Poder Público. Quanto à segunda das diretrizes expressadas pela Lei 9.784/99, constata-se que é a de servir de ferramenta ao melhor cumprimento das finalidades da própria Administração, dentre as quais se destaca a de atender ao interesse público.

Acrescentamos que o processo administrativo - embora isto não seja posto, nem mesmo implicitamente, como uma de suas finalidades - acaba, na prática, exercendo a importantíssima função de *aliviar a carga* do Poder Judiciário - o que, ao menos no caso do Brasil, não é pouco significativo -, na medida em que, por seu intermédio, são resolvidos, nos *intra muros* da Administração Pública, inúmeros conflitos de interesses que, de outro modo, desaguiariam nos tribunais comuns, agravando assim o nosso tão conhecido quanto antigo problema da demora na prestação jurisdicional.

4.3.4 Fontes do processo administrativo

Segundo Cretella Júnior, “as mesmas fontes que informam o direito material ou substantivo são idôneas para o direito processual correspondente, incluindo-se, pois (...) a lei, o regulamento, as ordens, as instruções, as circulares, as portarias, a jurisprudência.”³⁶⁶

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 coloca-se como a primeira e mais notável das fontes do direito processual em qualquer esfera - judicial ou administrativa -, pois estabelece vários princípios (como veremos dentro em breve) relativos ao tema, dos quais nenhum dos três *poderes* da União pode afastar-se no exercício de seus misteres: nem o Legislativo, na elaboração das leis processuais; nem o Executivo, assim na edição de normas processuais internas como na resolução dos conflitos instaurados no seio da Administração; nem o Judiciário, ao decidir as causas que lhe são submetidas, incluindo-se aí as que eventualmente tenham sido, previamente, julgadas pelos tribunais administrativos .

No caso do processo administrativo instaurado pelos órgãos fiscalizadores das entidades de previdência privada, a fonte mais importante, depois da Norma Ápice, é a Lei

³⁶⁶ Prática do Processo Administrativo, p. 22.

Complementar n. 109/2001, seguida, por força do disposto em seu art. 66, da já citada Lei n. 9.784/99. Como fonte subsidiária, é de ser mencionado também o Código de Processo Civil. E, no plano infralegal, apresentam-se como principais fontes formais os decretos regulamentares (v.g., o Decreto n. 4.942, de 30 de dezembro de 2003) e os atos normativos expedidos pelos órgãos *reguladores* (CNSP e CGPC) e *fiscalizadores* (SUSEP e SPC). Por fim, como fontes não formais temos a jurisprudência, a doutrina e, em pequeníssima escala, os costumes.

4.3.5 *Espécies de processo administrativo*

Para Mônica Martins Simões, a abordagem deste tema é de grande importância, “pois a incidência dos princípios que informam o processo administrativo poderá variar de acordo com o caso”.³⁶⁷ Numa visão diametralmente oposta, Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari³⁶⁸ consideram de escassa rentabilidade científica (e até mesmo prática) o habitual esforço da doutrina por classificar as diversas modalidades de processo administrativo, uma vez que as garantias, os pressupostos e as finalidades deste são sempre idênticos: o que varia é o conteúdo do processo, ou seja, a temática sobre que ele irá dispor.

De todo modo, é fato que doutrinadores de tomo – v.g., Jesus Gonzalez Peres, Giannini, Escola, García de Enterría e Ramón Fernandez, no exterior; Cretella Júnior, Hely Lopes Meirelles, Sérgio de Andréa Ferreira e Ana Lúcia Berbert Fontes, no Brasil - já se dedicaram tenazmente à identificação e classificação das diversas espécies de processo administrativo. Levando em conta o disposto no inciso LV do art. 5º da CF/88, e apoiada nos ensinamentos dos publicistas brasileiros retro citados, Odete Medauar propõe a seguinte tipologia para os processos administrativos no direito pátrio:

- a. Processos administrativos em que há controvérsias, conflitos de interesses:
 - a.1. Processos administrativos de gestão, ex.: licitações, concursos públicos, concursos de acesso ou promoção.
 - a.2. Processos administrativos de outorga, ex.: licenciamentos de atividades e

³⁶⁷ O Processo Administrativo e a Invalidação dos Atos Viciados, p. 50.

³⁶⁸ Processo Administrativo, p. 36.

exercício de direitos, licenciamento ambiental, registro de marcas e patentes, isenção condicionada de tributos.

a.3. Processos administrativos de verificação ou determinação, ex.: prestação de contas, lançamento tributário, consulta fiscal.

a.4. Processo administrativo de revisão, ex.: recursos administrativos, reclamações.

b. Processos administrativos em que há acusados, denominados processos sancionadores ou punitivos:

b.1. Internos, são os processos disciplinares sobre servidores, alunos de estabelecimentos públicos, p. ex.

b.2 Externos, que visam a apurar infrações, desatendimento de normas e aplicar sanções sobre administrados que não integram a organização administrativa; ex.: sanções decorrentes do poder de polícia, da administração fiscal, aplicação de penalidades a particulares que celebram contrato com a Administração, inclusive concessionários.³⁶⁹

Tomando como base esta classificação, temos que, sem dúvida alguma, o processo administrativo referido no art. 66 da Lei Complementar n. 109/2001 qualifica-se como *sancionador ou punitivo* e *externo*, já que tem por escopo apurar a infração de qualquer disposição da referida LC ou do seu regulamento, bem como aplicar às pessoas físicas ou jurídicas responsáveis as penalidades cabíveis.

4.3.6 *Princípios que informam o processo administrativo*

Já vimos, algumas linhas atrás, que as mesmas fontes que informam determinado ramo do direito material o fazem em relação ao direito processual que lhe é correspondente. Isto posto, e tendo em vista que os princípios jurídicos são fontes formais do direito – até porque se tratam de normas jurídicas como as demais, com a particularidade de apresentarem uma *carga axiológica* de tal forma acentuada, que se tornam hábeis a servir como *diretivas* para o elaborador

³⁶⁹ A Processualidade no Direito Administrativo, p. 132.

das normas hierarquicamente inferiores e, também, como vetores interpretativos -, há que se concluir pela submissão do processo administrativo aos princípios aplicáveis à Administração Pública (e, pois, ao Direito Administrativo *material*), elencados no art. 37 da Constituição Federal, que são os da *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

Mas não apenas estes, pois outros princípios – alguns referidos especificamente ao tema *processo* - são encontráveis no Texto Magno, expressa ou implicitamente, e que, da mesma forma, se aplicam ao processo administrativo. Pode-se falar, portanto, em princípios *genéricos* (aplicáveis, também, a outros ramos do direito) e *princípios específicos* de direito processual administrativo.

Variam os autores quanto ao elenco de princípios que identificam, ou sobre os quais se propõem discorrer. Cármen Lúcia Antunes Rocha fala, primeiramente, num *sobreprincípio da jurisdição*, cujo significado, nos ordenamentos jurídicos em que se acha contemplado, é o de garantia do cidadão ao acesso à jurisdição (judicial ou administrativa). “Com tal garantia – leciona a publicista – se assegura o cumprimento de um dos fins essenciais do exercício do poder político da pessoa estatal, qual seja, o de solução de conflitos individuais e sociais na sociedade, a fim de que a liberdade esteja abrigada no espaço da convivência política na sociedade estatal.”³⁷⁰ Ainda de acordo com a autora, para que este sobreprincípio seja efetivado, “as Constituições modernas cuidaram de formular, expressamente, o conjunto de subprincípios que o informam, de tal modo que do acatamento de todos se tenha a garantia do processo eficazmente respeitada. Fundamentalmente, se tem como elenco de subprincípios embaixadores daquele princípio magno e da garantia do processo o do acesso à jurisdição, o do *devido processo legal*, o do *contraditório*, o da *ampla defesa*, o do *duplo grau de jurisdição*, o do *tratamento paritário das partes*, o da *motivação das decisões processadas*, o da *publicidade dos atos processuais*, dentre outros nos quais eles se desdobram” (*op. cit.*, p. 193, grifos nossos).

De fato, todos os *subprincípios* mencionados pela autora que vimos de citar resultaram consagrados no direito positivo brasileiro, encontrando-se a maior parte deles nos arts. 5º e 37 da própria Constituição Federal, enquanto outros se fazem presentes na legislação processual ordinária, como sucede com o *princípio da motivação*, previsto no art. 2º da Lei n.

³⁷⁰ Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro, *in* RDA n. 209, p. 193.

9.784/99. Vejamos, em breves linhas, os principais deles.

1) *Igualdade*

Praticamente em todos os estudos sobre o tema, a igualdade encabeça o rol de princípios constitucionais processuais. E não apenas em virtude do sobreprincípio insculpido logo no art. 5º da Carta (“*Todos são iguais perante a lei...*”), mas, certamente, porque sem a igualdade no tratamento das partes o processo perde credibilidade, suscitando, no mínimo, sérias dúvidas sobre a sua aptidão para resolver com imparcialidade o eventual conflito de interesses que o gerou. Mais do que um direito subjetivo das partes no processo, a igualdade é uma condição inafastável para que não se frustrasse o objetivo cravado no art. 1º, inciso II, da Constituição Federal (“*A República Federativa do Brasil ... tem como fundamentos: ... II - a cidadania*”).

Diferença substancial entre o processo administrativo e o judicial está em que, naquele, a Administração comparece, a um só tempo, como parte e *juiz*, o que já estabelece, *a priori*, uma significativa desigualdade entre as partes. Para que tal desequilíbrio seja atenuado - ou, o que seria ideal, anulado - é necessário que ele seja compensado, principalmente, por um comportamento da Administração o mais parecido possível com o que adotaria um órgão do Poder Judiciário que incumbido estivesse de julgar o mesmo caso; vale dizer, os servidores e os tribunais administrativos, no exercício da função de conduzir e decidir os processos que lhes são submetidos, devem fazê-lo com a maior isenção possível, isto é, sem confundir aqueles dois papéis, há pouco mencionados, que a Administração desempenha nesta seara. Neste sentido, é oportuno o magistério de Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, segundo o qual, “para o alcance da igualdade processual os órgãos julgadores hão de estar descomprometidos com as partes e dispensar a ambas tratamento igual, o que é uma exigência postulada pelos princípios do Estado de Direito.”³⁷¹

Na arguta percepção de Wagner Balera,³⁷² “parece hoje necessário admitir, como expressão da isonomia no processo administrativo e no judicial, o acesso gratuito dos interessados ao aparelho de Estado”, gratuidade essa que se manifesta, *in casu*, segundo o mesmo doutrinador, “pela supressão do pagamento de taxas de serviço, conforme se deduz do inciso

³⁷¹ Lídia Maria Lopes Rodrigues RIBAS, *Processo Administrativo Tributário*, p. 32.

³⁷² *Processo Administrativo Previdenciário – Benefícios*, p. 112.

XXXIV, do art. 5º, da Constituição de 1988, no exercício do direito de petição junto aos Poderes Públicos.”

De todo modo, face à leitura geralmente aceita que atualmente se faz do *princípio da isonomia* – ou seja, de que esta somente se concretiza *tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua(s) desigualdade(s)* -, devemos concluir que nem sempre a Administração deverá tratar igualmente, por exemplo, dois particulares que com ela litiguem no mesmo processo, ou em processos análogos. Ao contrário, situações há em que a lei, ou a própria Constituição Federal, impõe que se dispense tratamento diferenciado e/ou favorecido a certas categorias de pessoas, como os idosos, os menores, os deficientes, etc. Em tais casos, os julgadores e demais servidores administrativos que atuam no processo ficam obrigados a estabelecer o *discrímen* – obviamente, nos limites em que determinado pela norma -, sob pena de violar o princípio da igualdade das partes. No dizer de Caio Tácito,³⁷³ “a atividade administrativa pode, e em certos casos deve, distinguir entre pessoas, em função de peculiaridades que a lei manda observar. Não poderá jamais discriminar entre elas, sobrepondo o juízo personalista à objetividade legal de tratamento.”

2) *Legalidade*

Como princípio genérico, o da legalidade encontra-se consagrado no inciso II do art. 5º: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; como princípio da Administração Pública – e, portanto, de processo administrativo -, no *caput* do art. 37, ambos da Norma Ápice.

Na dicção de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “o princípio da legalidade, expressamente previsto no art. 37 da Constituição Federal, significa que a administração pública é uma atividade que se desenvolve debaixo da lei, na forma da lei, nos limites da lei e para atingir fins assinalados pela lei”, devendo entender-se por *lei*, conforme os mesmos publicistas, “tanto uma específica modalidade de ato normativo quanto o sistema jurídico como um todo, compreendendo, evidentemente, a Constituição Federal.”³⁷⁴

Interpretando o princípio em questão em face do processo administrativo fiscal, Gabriel Lacerda Troianelli ressalta que “a legalidade referente à Administração difere daquela

³⁷³ Princípio da Legalidade e Poder de Polícia, *in* RDA n. 227, p. 45.

³⁷⁴ Processo Administrativo, p. 55.

aplicável aos administrados, pois enquanto a estes é permitido fazer tudo que a lei não proíba, aquela só pode fazer o que a lei expressamente autorize.”³⁷⁵ Quer isto dizer que o processo administrativo, em todos os seus aspectos, é inteiramente vinculado ao que estiver, previamente, estabelecido na legislação de regência, nada restando à *inventiva* dos servidores que neles atuam, senão conduzir-se exatamente *secundum legem*.

É bastante comum, no Brasil, a inobservância deste princípio, em virtude de a Administração aplicar regras processuais por ela mesmo editadas – v.g., instruções ministeriais, ordens de serviços, circulares, etc. -, que não encontram o devido amparo em normas jurídicas de superior hierarquia. Sempre que isto ocorrer – o que se dá com não pouca frequência -, poderá o administrado argüir lesão à diretriz em comento, assim na própria esfera administrativa como, caso seu reclamo resulte inócuo nesta seara, perante o Judiciário.

3) *Devido processo legal*

Consagrado no inciso LIV do art. 5º da CF/88 (“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*”), este princípio significa não apenas que tais direitos (liberdade e patrimônio) somente poderão ser validamente cerceados por meio de processo, mas, também, que esse processo há de ser informado pelos demais princípios constitucionais a ele aplicáveis - como o da legalidade, da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, etc. -, sob pena de não se poder considerá-lo um processo *devido e legal*.

Analisando em separado, para fins meramente didáticos, cada um dos três aspectos (*devido, processo e legal*) deste princípio, Rafael Munhoz de Mello assim se pronuncia:

O vocábulo “processo” do princípio ora em comento diz respeito à necessidade de que todo ato estatal que se volte contra a liberdade e os bens dos particulares deva ser precedido de processo, no qual os interessados poderão exercer as garantias processuais previstas no ordenamento jurídico. (...)

O princípio do *due process of law* exige ainda que o processo a ser instaurado pela Administração Pública, previamente à edição de ato que atinja o patrimônio dos particulares, esteja previsto em lei. É o processo *legal* que deve ser adotado, de acordo com a cláusula ora comentada. (...) Mais do que isso: o processo a ser instaurado deve permitir que os indivíduos que poderão ser afetados pelo ato

³⁷⁵ Os Princípios do Processo Administrativo Fiscal, *in* “*Processo Administrativo Fiscal*”, p. 59

administrativo tenham oportunidade de exercer uma série de garantias processuais, as quais têm por escopo protegê-los da arbitrariedade da Administração Pública. Assim, não basta a instauração de um processo legal qualquer. O princípio em exame exige a instauração de um *devido* processo legal, coisa bem diferente.³⁷⁶

Mas, segundo Lúcia Maria L. R. Ribas, “o devido processo legal no âmbito administrativo não se restringe apenas às situações de privação de liberdade e de bens, mas também abrange hipóteses de controvérsia, conflito de interesses e situações de aplicação de sanções.” Para a citada autora, este princípio “visa a garantir o direito de ação, a igualdade das partes e o respeito ao direito de defesa e ao contraditório.”³⁷⁷

Neste sentido, por exemplo, qualquer ato da Administração que torne difícil ou impossível ao administrado defender-se amplamente contra uma imputação que lhe seja feita, caracteriza cerceamento de defesa, resultando na nulidade do ato ou, em alguns casos, de todo o processo.

4) *Contraditório e ampla defesa*

Praticamente um desdobramento do *devido processo legal*, o princípio do contraditório e da ampla defesa acha-se previsto no inciso LV do art. 5º da Magna Carta, nestes termos: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

A garantia do *contraditório* implica que o processo administrativo não deve ser um monólogo, em que somente a Administração se manifesta, colhendo e valorando os elementos de fato e de direito que, a seu único ver, se mostram suficientes para conduzi-la a uma correta decisão. Diferentemente disto, como ressaltam Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari, “o princípio do contraditório exige um diálogo: a alternância das manifestações das partes interessadas durante a fase instrutória. A decisão final deve fluir da dialética processual, o que significa que todas as razões produzidas devem ser sopesadas, especialmente aquelas apresentadas por quem esteja sendo acusado, direta ou indiretamente, de algo sancionável.”

Deve-se permitir, por conseguinte, que também o administrado produza e traga para os autos do processo as provas que entender cabíveis, bem como possa refutar as que, não

³⁷⁶ Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei nº 9.784/99, *in* RDA n. 227. pp. 90-91.

³⁷⁷ Processo Administrativo Tributário, p. 33.

tendo sido por ele produzidas, lhe sejam desfavoráveis. Aliás, o art. 3º, inciso III, da Lei n. 9.784/99, é expresso no sentido de que o administrado tem direito a “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.”

Em aprofundada abordagem sobre o tema, e depois de lembrar que a noção de contraditório vinha tradicionalmente associada ao processo jurisdicional, Odete Medauar ensina que “a idéia de contraditório em procedimentos administrativos ganha terreno também à medida que a atenção se volta para a relação Administração-administrados e que se buscam meios para circunscrever a atuação administrativa dentro de parâmetros, com o fim de refrear abusos. Admitindo-se a divergência de interesses, de pontos de vista e de interpretações jurídicas entre Administração e administrados e até entre órgãos da própria Administração, aceita-se o contraditório.”³⁷⁸

Quanto ao segundo aspecto do princípio ora enfocado, veja-se que o Texto Supremo de 1988 faz alusão não a simples direito de defesa, mas a *ampla defesa*, complementando que esta se dará *com os meios e recursos a ela inerentes*. Para alguns autores, a ampla defesa decorre do contraditório; para outros, dá-se o inverso. Há, ainda, os que se referem à *defesa* em sentido genérico, abrangendo ambos os aspectos, como Hely Lopes Meirelles, nestes termos: “Por *garantia de defesa* deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.”³⁷⁹ De qualquer maneira, concordam todos em que ambas essas garantias estão intimamente conectadas uma com a outra.

Lídia Maria Ribas afirma que “o princípio da garantia de defesa reveste-se, hoje, da natureza de um direito de audiência (oportunidade de ser ouvido)”, e que “além da observância do rito adequado, com a cientificação aos interessados e o acompanhamento de todos os atos do processo, pressupõe a defesa, que deve ser oportunizada, a impugnação e a utilização dos recursos cabíveis”, concluindo, em seguida, que “o princípio da ampla defesa é um ingrediente do contraditório, essencial ao direito processual.”³⁸⁰

³⁷⁸ A Processualidade no Direito Administrativo, p. 98.

³⁷⁹ Direito Administrativo Brasileiro, p. 588.

³⁸⁰ Processo Administrativo Tributário, pp. 34-36.

Pode-se dizer que somente será ampla a defesa quando o administrado tiver respeitados todos os seus direitos elencados no art. 3º da Lei n. 9.784/99 – mas não apenas isto, é claro, pois impõe-se, ainda, a observância dos demais princípios que informam o processo administrativo. Desatendido qualquer desses imperativos, resta caracterizado o vício conhecido por *cerceamento de defesa*, passível – repetimos - de anulação de atos do processo, ou deste por inteiro.

Por outro lado, embora reconheçam que “o direito à ampla defesa impõe à autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios jurídicos incidentes sobre o processo”, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari ressaltam que “cabe, todavia, assinalar que muitos abusos são cometidos sob esse título, levando à invalidação despropositada de processos. Somente haverá cerceamento de defesa se da omissão ou falha puder resultar um dano, potencial ou efetivo, ao acusado. Meras falhas formais, irrelevantes para o desfecho do feito, não são suficientes para acarretar a nulidade.”³⁸¹

Como exemplo de aplicação do princípio em tela ao processo administrativo instaurado no seio da previdência privada, cite-se que, tendo contra si a imputação de uma infração a dispositivo da LC nº 109/2001, o administrado tem a faculdade de, no prazo assinalado em lei, comparecer perante o órgão acusador (SPC ou SUSEP) e impugnar o procedimento. Ser-lhe-á oportunizado, então, contrapor suas razões às expendidas por aquele órgão, isto é, o direito ao contraditório, que, para alguns autores, corresponde ao modo de exercício da ampla defesa.

A propósito, é bom lembrar que, para uma parte da moderna doutrina, a impugnação transforma o que era simples procedimento (a imputação) em verdadeiro processo, no sentido de procedimento qualificado pela presença do contraditório.

Sem dúvida alguma, a maior demonstração de respeito ao contraditório e à ampla defesa - como, de resto, aos demais princípios de direito processual administrativo, sobretudo ao da verdade material - sucede quando o Poder Público, curvando-se às alegações e/ou às provas trazidas aos autos pelo administrado, declara a nulidade do processo ou a improcedência, total ou parcial, dos atos ou fatos que lhe imputara.

5) Oficialidade

³⁸¹ Processo Administrativo, p. 71

Instaurado o processo administrativo, cumpre aos órgãos estatais que nele atuam impulsioná-lo de ofício, e nisto ele difere largamente do processo civil, em que o impulso se dá não pelo juiz, mas pelas partes. Desta forma, tem-se a garantia de que a busca da verdade, até a decisão final, não cessará por inércia de qualquer dos polos da relação jurídica.

Conforme Lídia Maria Ribas, “o impulsionamento de ofício responde à exigência própria do interesse público e é o contrário do princípio dispositivo, que é incompatível com os direitos indisponíveis, segundo o qual o processo caminha por instigação da parte inicial.”³⁸²

Embora a regra seja, de fato, que o processo administrativo há de ser sempre impulsionado pela Administração, por dever de ofício, alguns autores sustentam a existência de exceções a ela. É o caso de Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira, na visão do qual o princípio em referência somente se aplica aos casos em que o interesse colimado pelo processo é preponderantemente público ou coletivo, ou seja, “quando o bem objetivado pelo processo administrativo interfere substancial e diretamente na seara de toda coletividade, a impulsão processual deve ser de ofício, vez que a função administrativa está atrelada ao cometimento de finalidades públicas. Na hipótese do bem tutelado pelo processo administrativo colimar interesse preponderantemente particular, isto é, do cidadão diretamente interessado, entendemos que a impulsão não deva ser de ofício.”³⁸³

6) *Informalidade*

Até porque dispensa a representação do administrado por advogado - o que, por si só, já é manifestação do princípio sob exame -, compreende-se e até se deseja que o processo administrativo revista-se de um certo grau de informalidade, traduzida esta pela dispensa de rigor formal excessivo, principalmente no que diz respeito aos atos praticados pelo particular. Assim, por exemplo, ocorrências que no processo civil determinariam a nulidade ou a anulabilidade do ato, com a conseqüente necessidade de sua repetição (a título de ilustração, cite-se o erro, cometido pelo administrado, na identificação da autoridade recorrida), no processo administrativo devem, na medida do possível, ser toleradas, validando-se, portanto, o ato.

E nem poderia ser diferente, em virtude do que também já foi dito e se complementarà no item seguinte, a respeito da prevalência do interesse pela verdade real sobre o

³⁸² Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, *Processo Administrativo Tributário*, p. 38.

³⁸³ Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo, p. 34.

interesse no aspecto formal puro e simples do processo. Assim, sem embargo da necessidade de algumas formalidades, o fato é que elas devem limitar-se àquelas absolutamente imprescindíveis à segurança jurídica e à credibilidade das decisões proferidas pela autoridade administrativa.

Censurando a denominação *informalidade*, por lhe parecer que ela dá a entender que não há ritos e formas no processo administrativo, Odete Medauar refere-se a esta diretriz como *princípio do formalismo moderado*, o qual, de acordo com seu magistério, “consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa; em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.”³⁸⁴

7) Verdade material

Ao lado do princípio da informalidade, o da verdade material é um dos mais característicos do processo administrativo. Implica que os órgãos julgadores devem não apenas considerar e sopesar os argumentos e provas trazidos pelas partes, mas, também, envidar todos os esforços no sentido de que outras provas, de cuja existência tenham conhecimento, sejam carreadas aos autos, a fim de que a decisão ao final proferida corresponda tanto quanto possível à verdade real. Contrapõe-se ao princípio da verdade *formal*, que vigora no processo judicial, e que significa que aquilo que não consta dos autos não pode ser levado em conta pelo juiz, cuja decisão fica jungida às provas produzidas pelos litigantes.

Indiscutivelmente, a busca da verdade material é facilitada pela informalidade que, como visto acima, também caracteriza esse tipo de processo.

Para Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, esse dever que tem a Administração de trazer para os autos e considerar em suas decisões provas que não tenham sido produzidas pelas partes, decorre do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. “Não pode o julgador – afirmam os autores – cingir-se ao que pareceu conveniente ao interessado, ou aos interessados, trazer ao processo; seu dever é sempre o de assegurar a melhor satisfação possível ao interesse público.” Em seguida, arrematam: “Por força do princípio da verdade material,

³⁸⁴ Processualidade no Direito Administrativo, p. 122.

mesmo no silêncio da lei, e até mesmo contra alguma esdrúxula disposição nesse sentido, nem há que se falar em confissão e revelia, como ocorre no processo judicial. Nem mesmo a confissão do acusado põe fim ao processo; sempre será necessário verificar, pelo menos, sua verossimilhança, pois o que interessa, em última análise, é a verdade, pura e completa.”³⁸⁵

8) Impessoalidade

Na lição de José Afonso da Silva (citado por Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari³⁸⁶), o princípio da impessoalidade “significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.” Já Hely Lopes Meirelles entende que este princípio corresponde ao da *finalidade*, “o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*.”³⁸⁷

Num ou noutro caso, todavia, a *impessoalidade* é incompatível com quaisquer comportamentos parciais da Administração, no sentido de beneficiar ou prejudicar indevidamente as partes no processo ou terceiros interessados. Noutro dizer, a Administração deve atuar no processo com absoluta imparcialidade, para cuja garantia, aliás, encontramos alguns dispositivos expressos na Lei n. 9.784/99, como, por exemplo, a regra contida no art. 18: “É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I – tenha interesse direto ou indireto na matéria; II) tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III) esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.” Ainda, os três artigos seguintes estabelecem, respectivamente: *a*) a obrigatoriedade da autoridade ou servidor que incorrer em impedimento comunicar o fato à autoridade competente e abster-se de atuar no processo; *b*) a possibilidade da suspeição da autoridade ou servidor ser argüida pelas partes; e *c*) o direito de recurso contra eventual indeferimento da alegação referida na letra *b*.

³⁸⁵ Processo Administrativo, p. 87.

³⁸⁶ *Ibid*, p. 54.

³⁸⁷ Direito Administrativo Brasileiro, p. 85.

9) *Moralidade*

Doutrinando a respeito deste princípio, Mônica Martins Simões, baseada no pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem “a moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins”, afirma que “não basta o processo administrativo ser legal: há de ser legítimo, isto é, pautado em comportamentos éticos que possibilitem a realização legítima do fim legalmente delimitado.”³⁸⁸

Bastam estas poucas palavras para percebermos que a presente diretriz – enunciada, expressamente, no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e, também, no do art. 2º da Lei n. 9.784/99 - mantém-se num precário equilíbrio sobre a antiga linha de tensão que os jurisfilósofos estabeleceram entre a Moral e o Direito, ou, melhor dizendo, repousa na fluídica área de interseção entre estas duas searas – isto é, naquela região comum em que se encontram os preceitos éticos que resultaram absorvidos pelo direito positivo.

Tema que se tem revelado tormentoso é o concernente à fixação de um entendimento a respeito da *moralidade administrativa*, locução correntemente empregada por diversos autores que escrevem sobre a diretriz em comento. Pelo que se viu no parágrafo anterior, parece que a expressão está conectada com o conjunto de valores morais – não pré-determinados, diga-se – que se deseja sejam consagrados no universo da Administração Pública. Em seu *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*, Márcio Cammarosano se manifesta nestes termos:

Procurando depurar o conceito de moralidade administrativa, sustentamos que não está referida direta e imediatamente à moral comum, individual ou social não institucionalizada, nem a este ou àquele ideal de justiça consubstanciado nas convicções pessoais de quem quer que seja, ou numa suposta justiça universal. Está referida sim a valores que informam o direito positivo, como a lealdade, boa-fé, veracidade, honestidade. Essa referibilidade a valores juridicizados, consubstanciados em normas e princípios, não nos permite reconhecer a moralidade

³⁸⁸ O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados, p. 71.

administrativa como princípio dotado de autonomia.³⁸⁹

O maior problema que se encontra na atualização deste princípio, conforme ressaltam Sérgio Ferraz e Adílson de Abreu Dallari,³⁹⁰ está na inexistência de padrões de moral automaticamente aplicáveis aos casos concretos e na instabilidade, temporal, social e geográfica, da noção do que é e do que não é moral, dada a íntima relação com preceitos e credos de ordem religiosa, política, etc. Discorrendo sobre esse mesmo aspecto, Celso Bastos vai além, ao afirmar que “embora ... seja inteiramente louvável o intuito do Texto Constitucional em coibir o mais possível os abusos que ocorrem em muitos setores da atuação administrativa, o mérito daí advindo sofre o risco de esvaziamento diante de eventuais conseqüências da falta de objetivação que possa cercar a utilização desse conceito.” Para ele, a dificuldade “reside no encontro de um espaço jurídico específico para a moralidade administrativa que já não esteja coberto pela impessoalidade e pela finalidade.”³⁹¹

Com efeito, a fluidez - no tempo, no espaço e na sociedade – dos valores morais torna especialmente delicada a missão dos órgãos administrativos de conduzir-se eticamente, como, também, a dos tribunais comuns, consistente em julgar se o comportamento daqueles pautou-se, efetivamente, pela diretriz da moralidade. Sobre este último aspecto, é ainda Celso Bastos quem aduz que “a inovação de um difuso princípio de moralidade pode na verdade escamotear um ingresso que até então não tem sido aceito do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo.” (*op. cit.*, p. 39)

Alguns autores vêem a irradiação deste princípio em diversos pontos do Texto Fundamental, como, por exemplo, no § 4º do artigo 37 – que estabelece sanções ao servidor que incorrer em improbidade administrativa –, e no inciso V do art. 85 – o qual tipifica como crime de responsabilidade, qualquer ato do Presidente da República que atente contra a probidade na administração. Exemplo dos que vislumbram a *probidade* como parte deste princípio é Marcelo Figueiredo, para quem ela é “espécie do gênero moralidade administrativa a que alude, ‘v.g.’, o artigo 37, ‘caput’ e seu § 4º, da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à administração em todas as suas

³⁸⁹ *Apud* Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira, *in* *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo*, p. 28.

³⁹⁰ *Processo Administrativo*, p. 67.

³⁹¹ *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, pp. 38-39.

manifestações”.³⁹²

10) *Publicidade*

Como já se disse noutra parte, este princípio informa que, em regra, os atos praticados pelos servidores da Administração, assim os instrumentais como (e principalmente) os de cunho decisório, devem ser públicos, isto é, devem dar-se a conhecer a todos quantos neles tenham algum interesse. Essa publicidade tanto envolve a simples possibilidade de o administrado obter, em relação a tais atos, as informações que, por iniciativa própria, vai buscar nas repartições públicas (e, na hipótese, o princípio imbrica com as normas contidas nos incisos XIV e LXIII do art. 5º da CF/88), como a obrigatoriedade que tem a Administração de *levar a informação* sobre determinados atos aos eventuais interessados, por meio de veículo apropriado – que, em regra, é a imprensa oficial.

Por conseguinte, a prática de atos administrativos sigilosos é exceção, apenas tolerável quando houver expressa previsão legal neste sentido – é o que se dá, por exemplo, nos incisos XXXVIII, letra *b*, e LXXII, também letra *b*, ambos do art. 5º Constituição Federal, segundo quais assegura-se, respectivamente, o sigilo das votações do júri e a retificação de dados *por processo sigiloso*. Ressalte-se, entretanto, que, mesmo quando autorizado, o sigilo não significa um privilégio atribuído à Administração, pois que, em verdade, o que ele visa é “assegurar o direito dos particulares à intimidade, bem este, também, constitucionalmente garantido.”³⁹³

Sempre que se impuser a publicidade do ato administrativo – e, em regra, repita-se, ela se impõe –, a eficácia deste depende daquela. Assim, por exemplo, qualquer decisão proferida em processo administrativo somente surtirá seus normais efeitos – *v.g.*, início da contagem de prazo para recurso – quando dela tomar conhecimento a parte interessada. Vale dizer, enquanto o administrado não restar cientificado da decisão, por qualquer dos meios admitidos pela legislação, ela é ineficaz sob todos os aspectos.

³⁹² *Apud* Luiz Tarcísio Teixeira FERREIRA, *in* *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo*, p. 28.

³⁹³ Celso Ribeiro BASTOS, *in* *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 46.

11) *Eficiência*

Também já nos referimos a este princípio anteriormente, o qual, relembramos, foi introduzido no texto do art. 37 da Superlei por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, e, ao depois, contemplado no art. 2º da Lei n. 9.784/99.

Abstendo-nos de repetir o significado jurídico que a doutrina corrente atribui ao vocábulo *eficiência*, bem como as críticas que alguns autores fazem à elevação dessa virtude ao *status* de princípio constitucional, dedicaremos, aqui, apenas algumas palavras acerca da aplicabilidade da diretriz em apreço ao processo administrativo.

Excelente abordagem a respeito é feita por Davi Chicóski, que, partindo da distinção entre *procedimento administrativo* e *processo administrativo* – ou seja, tomando o primeiro como a sucessão ordenada de atos e fatos jurídicos destinados a um fim almejado pela Administração Pública, e o segundo como espécie do gênero procedimento administrativo, que se forma sempre que há a participação de interessados em contraditório -, e depois de fixar a premissa de que “seja no procedimento seja no processo, os anseios de eficiência devem condizer com os demais princípios constitucionais de direito administrativo e, sobretudo, com os princípios do Estado de Direito. Caso contrário, não haverá eficiência jurídica, mas deturpação dos valores constitucionais”, expõe o seguinte pensamento:

No procedimento administrativo *stricto sensu* (...) há sensível possibilidade de influência do princípio constitucional da eficiência, pois, quanto mais célere, simples e econômico, mais acessível ele se torna à população, a qual em muitos momentos não está em contraditório, nem com a Administração nem com outros cidadãos, mas apenas requerendo a efetivação de direitos substanciais que lhe são constitucionalmente assegurados. De outro lado, como no processo administrativo abre-se margem a maior dúvida quanto ao conteúdo da decisão, a qual deve surgir da relação em contraditório dos participantes, a preocupação referente ao equilíbrio entre as garantias processuais e a necessidade de eficiência procedimental é acentuada. Tal preocupação decorre da possibilidade de que a busca por eficiência, sob determinado enfoque, enfraqueça as garantias do contraditório e da ampla

defesa, constitucionalmente asseguradas.³⁹⁴

Em seguida, conclui esse doutrinador que, “de qualquer modo, em um ou em outro caso, se aplicado dentro dos parâmetros constitucionais, o princípio da eficiência não importa em risco aos direitos e garantias, mas, ao contrário, funciona como mais um mecanismo de controle da Administração Pública, pois esta, agora, além de agir com legalidade, deve pautar-se por uma conduta eficiente.”³⁹⁵

Também Egon Bockmann Moreira, lembrando que o processo administrativo exige participação de todas as partes envolvidas, de molde a assegurar legitimidade e transparência de seu conteúdo e objetivo, dedica-se à demonstração do possível nexo entre essa realidade e o princípio da eficiência. Na sua visão, “a eficiência garante o desenvolvimento de um processo célere, simples, com finalidade predefinida, econômico e efetivo. Se, por um lado, nenhuma dessas qualidades é inédita (tal como se houvesse sido instalada pela EC n. 19/98 ou Lei 9.784), por outro, todas relacionam-se entre si. Trata-se de enfeixar características que, unidos, podem conferir noção processual plena ao princípio da eficiência.”³⁹⁶ Apresentamos, a seguir, alguns excertos relativos às cinco características referidas por esse autor, extraídos da mesma obra:

Celeridade. “Impõe que os atos processuais sejam praticados no mais curto espaço de tempo possível, de forma contínua e ordenada.” (p. 334)

Simplicidade. “Será *simples* o processo que não se revestir de formalidades extravagantes ou desnecessárias ao atingimento da finalidade por si visada.” (p. 334)

Finalidade predefinida. “A exigência de *finalidade predefinida* impõe-se para que não existam processos administrativos ‘aleatórios’, sem um escopo claro. (...) Acreditamos ser essencial à validade do processo a definição precisa, contemporânea à instalação do processo administrativo, do fim visado pela Administração (ou particular que o requer).” (p. 336)

Economia. “A *economia* processual diz respeito ao mais alto grau de concentração

³⁹⁴ O Princípio da Eficiência e o Processo Administrativo, *in* RDA n. 237, pp. 105-107.

³⁹⁵ *Ibid*, p. 107.

³⁹⁶ Processo Administrativo e Eficiência, *in* As Leis de Processo Administrativo, p. 333.

e prestígio aos atos já praticados. Para Cintra, Grinover e Dinamarco, o princípio da economia ‘preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.’” (p. 337)

Efetividade. “Os característicos acima expostos conduzem à idéia de *efetividade* processual, tão bem definida por José Carlos Barbosa Moreira como a ‘aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena.’ Sob este aspecto, não pode haver dúvida quanto à integração dos conceitos de *eficiência* e *efetividade* no processo administrativo.” (p. 339)

Na Lei n. 9.784/99, a preocupação com a concretização da eficiência evidencia-se, por exemplo, nos diversos dispositivos que estabelecem prazos (às vezes exíguos) para a prática de determinados atos processuais. Para ilustrá-lo, citamos o art. 24, segundo o qual: “Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.”

12) *Motivação*

O princípio da motivação acha-se contemplado em diversos pontos da Lei n. 9.784/99. Citamos, como exemplos, o *caput* e o inciso VII do art. 2º, que a ele se referem, respectivamente, como princípio da Administração Pública e do processo administrativo - neste último caso, aparece enunciado sob a forma de descrição de um dos modos como pode materializar-se, ou seja, na “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Exprime-se, também, no parágrafo único do art. 6º, que veda à Administração a recusa *imotivada* de recebimento de documentos, e no § 2º do art. 38, onde está inscrito que a recusa de provas propostas pelos interessados deverá operar-se mediante decisão *fundamentada*.

No texto constitucional - embora num âmbito mais restrito -, constata-se a sua presença no art. 93, cujo inciso X prevê que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas.”

Com base no referido inciso VII do art. 2º da Lei 9.784/99, pode-se afirmar que,

no processo administrativo, a *motivação* consiste, principalmente, na apresentação, pela autoridade julgadora, das razões que a levaram a decidir da maneira como o fez, isto é, na explicitação dos elementos que formaram o seu convencimento de que *aquela* decisão era a mais correta, devendo ainda ser indicados os fatos e os fundamentos jurídicos que foram levados em consideração na prolação do *decisum*. Tais informações são imprescindíveis, a fim de que o administrado, em desejando, possa exercer plenamente o seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Neste sentido, decisão não motivada caracteriza cerceamento de defesa, sendo, pois, passível de nulidade. Mais do que isso, na precisa lição de Lúcia Valle Figueiredo, a falta de motivação viola as garantias constitucionais do acesso ao Poder Judiciário, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, constituindo-se, portanto, em vício gravíssimo.³⁹⁷

Existe certa dissensão doutrinária acerca da necessidade de motivação dos atos administrativos praticados no exercício do poder discricionário. Comentando este princípio, o clássico Hely Lopes Meirelles afirma ser claro que “nos atos oriundos do poder discricionário a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa.”³⁹⁸ Numa perspectiva totalmente oposta, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari defendem que atualmente tal entendimento é absolutamente insustentável diante da evolução doutrinária e jurisprudencial quanto ao conceito e significado da discricionariedade. Vejamo-lhes as palavras: “Já se tem claro que discricionariedade não se confunde com arbítrio, pois nunca é absoluta, sendo indiscutivelmente sujeita a controle judicial (pelo menos para se aferir se houve, ou não, desbordamento de seus limites). Sem a motivação do ato discricionário fica aberta a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade ou, mesmo, impossibilidade de efetivo controle judicial.”³⁹⁹

A Lei n. 9.784/99 dedica todo o seu Capítulo XII ao princípio em comento, apresentando, no art. 50, o rol dos atos administrativos que devem ser motivados, “com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos”. De um modo geral, a doutrina, embora reconhecendo que tal enumeração seja bastante abrangente, critica a sua elaboração sob a forma de rol exaustivo, por reduzir o âmbito de incidência do princípio.

³⁹⁷ *Apud* Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu Dallari, *in* *Processo Administrativo*, p. 59.

³⁹⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 181.

³⁹⁹ *Processo Administrativo*, p. 59.

13) *Finalidade*

Significando que a missão do processo administrativo é, em última análise, a de atender ao interesse público, esta diretriz decorre, naturalmente, do fato de que a própria Administração Pública tem, substancialmente, essa mesma finalidade – e que, portanto, todos os atos por ela praticados, inclusive os de natureza processual, hão de apontar para tal direção.

Ou, numa visão mais abrangente, pode-se dizer que, antes da Administração, toda lei visa ao atendimento de um fim de interesse público (conforme o art. 5º da LICC, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”), o que coloca o princípio da finalidade em íntima conexão com o da legalidade, como se vê nesta brilhante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado “desvio de poder” ou “desvio de finalidade” – são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à *própria lei*.⁴⁰⁰

Acrescentamos que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.784/99, apresenta o interesse público como finalidade do processo administrativo em dois momentos: no inciso III (*objetividade no atendimento do interesse público*) e no inciso XIII (*interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige*).

14) *Razoabilidade e Proporcionalidade*

Explicando o significado jurídico do primeiro, Maria Paula Dallari Bucci assim se manifesta:

⁴⁰⁰ *Apud* Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI, *in* *Processo Administrativo*, p. 57.

O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito. Esse “bom-senso jurídico” se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do Direito.”⁴⁰¹

O princípio da razoabilidade padece da mesma dificuldade encontrada pelo da moralidade, qual seja a de que ambos correspondem a valores de difícil mensuração na prática, pois, também aqui, o que para uns é razoável, para outros pode não sê-lo. Por isso, alguns autores sustentam que mais fácil é aferir-se o que *não é* razoável, havendo quem aponte alguns parâmetros para se chegar a tal resultado *negativo*. É o caso de Weida Zancaner, que o faz nestes termos: “... um ato não é razoável quando não existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando, mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outros; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas, que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída.”⁴⁰²

Quanto ao princípio da proporcionalidade, costumam os doutrinadores abordá-lo conjuntamente com o anterior, em virtude da íntima conexão que os dois mantêm entre si, chegando mesmo, alguns publicistas, a afirmar que ambas essas diretrizes se confundem.

De todo modo, este segundo princípio exige a mais justa adequação possível entre o ônus imposto pelo ato administrativo e o benefício gerado pela sua prática. No dizer da própria Lei n. 9.784/99, “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: ... VI – *adequação entre meios e fins*, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;” (art. 2º, parágrafo único, inciso VI).

⁴⁰¹ *Apud* Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI, *in* *Processo Administrativo*, p. 61.

⁴⁰² *Ibid*, p. 63.

Da própria letra da lei, deflui-se que será lesivo ao princípio da proporcionalidade, todo ato cujas conseqüências negativas sobre o respectivo destinatário se mostrem flagrantemente superiores às que seriam bastantes para se atingir o resultado que o agir administrativo demandava – resultado esse, frise-se, que nunca poderá afrontar o sobreprincípio do interesse público. Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari salientam que “o princípio da proporcionalidade, especialmente por causa de sua íntima relação com o princípio da razoabilidade, não impede apenas as exigências exageradas; impede, sim, também exigências inúteis, que lamentavelmente continuam sendo feitas pela Administração Pública.”⁴⁰³

15) *Segurança jurídica*

Trata-se, em verdade, de um sobreprincípio, da própria razão da existência de um sistema jurídico. Conforme Jacintho de Arruda Câmara, “a própria ‘razão-de-ser’ do Direito vincula-se à idéia de segurança. É por propiciar segurança – estabilizando as relações sociais qualificadas como juridicamente relevantes – que o Direito se faz imprescindível na vida do homem em sociedade.”⁴⁰⁴ Pode-se dizer, pois, que todo o arcabouço jurídico do nosso Estado Democrático de Direito, desde a Constituição Federal até o ato normativo de mais baixo nível hierárquico – incluindo-se aí, obviamente, todas as *sobrenormas* que são os princípios -, tem como objetivo essencial produzir segurança jurídica, sem a qual inexistiria não apenas estabilidade *social* – utilizando a expressão do publicista que vimos de citar -, mas até mesmo estabilidade *pessoal*, entendida esta como a sensação individual de tranqüilidade do homem quanto à sua posição jurídica em relação ao mundo circundante.

Levando-se em conta que todo o corpo normativo do Estado está direcionado à atualização deste princípio, é natural que em toda lei – utilizado o vocábulo em seu sentido mais amplo – encontremos normas que, de maneira explícita, veiculam *modos* de se atingir o objetivo em apreço, ou seja, que introduzem específicos *instrumentos* jurídicos para a consecução de tal nobre mister. É o que sucede, *v.g.*, nos incisos do art. 5º da Constituição de 1988 que estabelecem formas de se garantir os direitos individuais também ali enunciados – para ficarmos no âmbito *processual*, citemos, a título de ilustração, os incisos LIV, LV, LVI e LXIX, que asseguram,

⁴⁰³ *Apud* Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI, *in* *Processo Administrativo*, p. 65.

⁴⁰⁴ *Apud* Mônica Martins Toscano SIMÕES, *O Processo Administrativo e a Invalidação dos Atos Viciados*, p. 82.

respectivamente: o devido processo legal; o contraditório e a ampla defesa; a inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos; e a obtenção de mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo. Ainda do art. 5º da Magna Carta, merece especial referência o inciso XXXVI, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O princípio da segurança jurídica é também expressamente mencionado no art. 2º da Lei n. 9.784/99, a qual, por sua vez, cuida de estabelecer diversos mecanismos especificamente voltados à asseguuração daquele. Vejam-se, por exemplo: o inciso XIII do próprio art. 2º, que impede a alteração de ato ou situação jurídica por força da aplicação retroativa de nova interpretação do texto legal; e o art. 54, que fixa em cinco anos o prazo para a Administração exercer o direito de anular os seus atos de que tenham decorrido efeitos favoráveis para os respectivos destinatários. Quer dizer, decorrido esse lapso quinquenal, sem que o Poder Público tenha tomado qualquer providência no sentido de anular o seu ato, os efeitos deste se cristalizam, tornam-se definitivos.

Lecionando sobre este princípio, sob a perspectiva do referido inciso XIII do art. 2º da Lei n. 9.784/99, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim se posiciona: “O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já conhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será possível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa.”⁴⁰⁵

No processo administrativo, outro exemplo de norma que contribui para a realização da segurança jurídica é o já mencionado princípio da informalidade, pois garante que certos atos praticados pelas partes – em especial, pelo administrado – em descompasso, sobretudo, com aspectos formais de menor importância, sejam validados. Assim, por exemplo, um recurso administrativo, interposto pelo particular, com erro na identificação da autoridade pública a quem é dirigido, não será considerado inepto; ao contrário, o recorrente tem a garantia

⁴⁰⁵ Direito Administrativo, p. 85.

de que mencionado instrumento restará normalmente processado, a despeito da incorreção nele contida. Nesta linha, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari pontificam que “a segurança das relações jurídicas, que é um superprincípio jurídico, determinante da existência do próprio sistema jurídico, não se coaduna com a instabilidade gratuita, decorrente de meras irregularidades irrelevantes. Muitas vezes o desfazimento do ato ou da situação jurídica por ele criada pode ser mais prejudicial do que sua manutenção, especialmente quanto a repercussões na ordem social. Não há razão para invalidar ato que tenha atingido sua finalidade, sem causar dano algum, seja ao interesse público (que acabou sendo satisfeito), seja a direitos de terceiros.”⁴⁰⁶

16) *Interesse público*

Eis aqui um outro *superprincípio*, também mencionado expressamente no art. 2º da Lei n. 9.784/99, assim no *caput* como, diversas vezes, no seu parágrafo único, segundo o qual “nos processos administrativos serão observados, entre outros: ... II - atendimento a fins de interesse geral ...; III - objetividade no atendimento do interesse público ...; e XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige ...”.

Discorrendo sobre a dicotomia *interesse particular x interesse público*, Celso Antônio Bandeira de Mello profere esta magistral lição:

O que fica visível (...) é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas *singularmente consideradas* -, e que, de par com isso, existe também o interesse *igualmente pessoal* destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem *enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.

(...)

Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do

⁴⁰⁶ Processo Administrativo, p. 74.

*conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.*⁴⁰⁷

Do conceito elaborado pelo insigne administrativista, resulta claro que interesse público não se confunde com interesse *do Poder Público*, embora seja de esperar que o deste coincida sempre com aquele. Mas, como isto nem sempre acontece – é dizer, como o agir da Administração, não raro, colide com o interesse público –, o processo administrativo se apresenta como valioso instrumental para *colocar ou recolocar as coisas em seus devidos lugares*, ou seja, para que o eventual prejudicado force a Administração a adequar o seu comportamento àquele interesse maior.

A respeito da abrangência da diretriz em tela, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “esse princípio, também chamado princípio da **finalidade pública**, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o **legislador** e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.”⁴⁰⁸

17) *Boa-fé*

O último dos princípios por nós selecionados é o da *boa-fé*, já abordado anteriormente neste trabalho. Como princípio orientador do processo administrativo, encontra-se ele expressamente enunciado na Lei n. 9.784/99, precisamente no inciso IV do parágrafo único do art. 2º, nestes termos: “Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: ... IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e *boa-fé*.”

Além do que dissemos alhures a seu respeito, cremos importante salientar ainda que este é um princípio que tem *mão e contramão*, isto é, observá-lo não é dever apenas dos servidores públicos que atuam no processo, mas, também, dos administrados. Confira-se, em relação a estes, o disposto no art. 4º da lei ordinária há pouco referida: “São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: ... II – proceder com lealdade, urbanidade e *boa-fé*.” Ambas as partes, portanto, devem comportar-se

⁴⁰⁷ *Apud* Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *in* *Processo Administrativo*, p. 77.

⁴⁰⁸ *Direito Administrativo*, p. 68.

segundo os padrões de boa-fé vigentes no momento e no meio social em que praticado o ato.

A notável Maria Sylvia Zanella Di Pietro vislumbra interessante relação desta diretriz com o princípio da segurança jurídica, apresentando, para ilustrar o seu pensamento, a seguinte situação hipotética: “Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.”⁴⁰⁹

Já os tão citados Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari entendem que a boa-fé do particular, dada a sua significância jurídica, deve ter repercussão quando da prática de determinados atos processuais por parte da Administração. “No processo administrativo – afirmam eles –, no tocante à decisão de validar ou invalidar um ato, de manter ou desconstituir uma situação jurídica, de aplicar ou não uma penalidade, a boa-fé do particular envolvido deve ser levada em consideração, pois sua intenção é efetivamente relevante para o Direito.”⁴¹⁰

Jesus González Peres, já aqui referido por nós, a propósito da anterior abordagem deste princípio, desenvolveu ingentes estudos sobre a aplicação da diretriz da boa-fé ao processo administrativo. Dedicaremos as próximas linhas a algumas referências sobre o pensamento desse autor, em cujo país as respectivas doutrina e jurisprudência parecem estar mais adiantadas do que as do nosso, no que diz respeito ao desenvolvimento deste tema. É claro que tais lições, se estão completamente ajustadas ao sistema jurídico espanhol, podem assim não apresentar-se em relação ao brasileiro, o que, todavia, não as torna menos importantes para nós.

Partindo do pressuposto de que o processo é um instrumento que o Estado disponibiliza aos particulares e às suas próprias entidades, para resolver seus litígios, declarar ou verificar seus direitos e, sendo caso, satisfazê-los – e não, pelo contrário, um *campo de batalha*,

⁴⁰⁹ Direito Administrativo, p. 85.

⁴¹⁰ Processo Administrativo, p. 83.

onde se permita o emprego de todo tipo de armas e truques -, adota o autor as palavras de Morales Molina, para quem: *“El primer deber de las partes – se ha dicho – es proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, o sea que éstos se inspiren en la lealtad, en la veracidad, en la honestidad.”*⁴¹¹

Na seqüência, fixa esse publicista alguns *supuestos de aplicación del principio*. Apresentamos, exemplificativamente, os seguintes:

1. **Regra geral** - O princípio da boa-fé não pode, de modo algum, resultar na inaplicação de normas processuais de ordem pública, como as que delimitam as distintas esferas de competência jurisdicionais. Assim, por exemplo, iniciada uma ação perante um tribunal incompetente para conhecer daquela específica matéria, mesmo que o demandado, sabedor desta circunstância, deixe de argüi-la na sua defesa prévia – comportamento este que não se ajusta às exigências da boa-fé processual, pois importa na indevida continuação de um processo inútil -, o órgão julgador deverá proclamar-se incompetente, isto é, a má-fé da parte não implica prorrogação da competência. Isto porque, aduz o autor, *“la infracción de las reglas de la buena fe procesal en modo alguno puede permitir la inaplicación de las normas procesales imperativas.”*⁴¹²

2. **Utilização indevida do processo** - Considerando que o processo é o instrumento idôneo para obter-se a tutela dos direitos e interesses legítimos, contraria também o princípio da boa-fé a sua utilização com qualquer finalidade que não aquela, o que pode dar-se: a) quando não exista, extraprocessualmente, oposição à satisfação dos direitos e interesses nele invocados, ou b) quando esteja prejudicada a questão, seja porque, v.g., o demandante pode obter a satisfação de suas pretensões por meios não processuais mais expeditos, rápidos e econômicos, seja por existir jurisprudência reiterada e constante contrária a tais pretensões. Acrescenta o autor que *“se inicia un proceso para fines distintos a los propios de la institución siempre que con ello sólo se busque el daño de un tercero, no necesario imprescindiblemente para la satisfacción de los intereses del demandante o para los intereses públicos en el supuesto de ejercicio de la acción pública.”* Neste sentido, *“es incuestionable que el principio general de la buena fe puede*

⁴¹¹ *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, p. 162.

⁴¹² *Ibid*, pp. 164-165.

*conducir ciertamente a negar la legitimación procesal, no sólo en los supuestos de ejercicio de la acción pública, sino en los de ejercicio de cualquier acción.”*⁴¹³

3. Atuação contraditória - Referindo-se já aos atos praticados no curso do processo, Gonzalez Peres cita como atentatória à boa-fé a atuação contraditória de qualquer das partes, isto é, a exteriorização de posições que não condizem com suas manifestações nos autos. *“No se trata del incumplimiento del deber de comportamiento consistente en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, en que tiene su fundamento la norma conforme a la cual a nadie es lícito venir contra sus propios actos; sino de la conducta contradictoria a lo largo de un proceso y de sus actos preparatorios. Nos referimos a los supuestos del litigante que mantiene posiciones distintas en los escritos que va formalizando en el proceso.”*⁴¹⁴

4. Incidentes e trâmites inadequados à finalidade do processo – Afrontam, identicamente, o princípio da boa-fé, ocorrências como a utilização de expedientes protelatórios, visando a retardar a decisão do processo; a juntada de prova documental impertinente; a demora na apresentação de escritos, *“esperando a que se notifique la providencia declarando caducado el trámite para presentarlo el mismo día ...”*. Na seqüência, ressalta o autor que *“cada una de las partes debe observar en el proceso una conducta normal, recta y honesta. Cada una de las partes puede esperar de la otra la conducta que, en el proceso, cabría esperar de una persona corriente, normal: una conducta civiliter.”*⁴¹⁵

5. Continuação indevida do processo – Lesiona a boa-fé não apenas iniciar um processo contrariando o que seria a conduta de um *homem normal* – como já restou dito anteriormente -, mas também dar-se-lhe seqüência indevidamente, ou seja, quando, *“al sobrevenir determinadas circunstancias, la reacción normal sería la de provocar la terminación del proceso.”*⁴¹⁶ Como exemplos de tais circunstâncias, menciona o autor o advento de jurisprudência uniforme e reiterada a respeito da mesma matéria, e a solução do litígio extraprocessualmente, após o início da ação.

⁴¹³ *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, pp. 166-167.

⁴¹⁴ *Ibid*, p. 173.

⁴¹⁵ *Ibid*, pp. 174-175.

⁴¹⁶ *Ibid*, p. 175.

4.3.7 Processo administrativo e controle judicial

Tema jurídico da mais alta relevância, sobretudo nestes tempos de *Estado Regulador*, é o concernente aos meios de controle dos atos praticados pela Administração Pública. Não é nova a preocupação com a vigilância recíproca entre os órgãos do Legislativo, Executivo e Judiciário, pois, como vimos, desde as primeiras formulações teóricas a respeito da *repartição* do poder do Estado nessas três funções, havia a consciência da necessidade de um sistema de *freios e contrapesos* que obviasse o cometimento de excessos por parte de qualquer um desses setores. Como também já foi referido, se, no período do Estado Liberal, era o Legislativo que demandava maior cuidado no particular - dada a proeminência de que desfrutava em relação aos outros *poderes* -, sobrevindo o Estado Social, o foco das atenções volta-se – embora não com exclusividade - para o Executivo, em virtude de ser por intermédio de suas projeções que o Estado passa a intervir acentuadamente no setor privado.

Assim, embora seja certo que quando se fala em *controle da Administração Pública*, não se está referindo apenas à vigilância dos atos praticados pelo Executivo – uma vez que também o Legislativo e o Judiciário desempenham, em seu interior, atividades tipicamente administrativas -, não é menos certo que aquele, pelas suas atuais características, tende a responder pelo maior quantitativo de atritos com as liberdades individuais e, por conseguinte, exige com maior frequência o acionamento dos mecanismos destinados a combater os excessos ou os desvios de poder.

O *controle da Administração Pública* é definido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como “o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.”⁴¹⁷ É ainda a referida autora quem classifica esse *controle* em diversas espécies:

1. quanto ao órgão que o exerce, pode ele ser *administrativo*, *legislativo* ou *judicial*;

⁴¹⁷ Direito Administrativo, p. 599.

2. quanto ao momento em que se efetua, pode ele ser *prévio*, *concomitante* ou *posterior*;
3. consoante decorra de órgão integrante ou não da própria estrutura em que se insere o órgão controlado, pode ele ser *interno* ou *externo*; e
4. finalmente, conforme o aspecto da atividade administrativa a ser controlada, pode ele ser de *legalidade* ou de *mérito*.⁴¹⁸

Muito a respeito dessas espécies poderia ser dito em relação ao processo administrativo, pois os atos neste praticados sujeitam-se, tanto quanto os demais, ao controle administrativo ou judicial; interno ou externo; de legalidade ou de mérito, etc., bem como à combinação destes modos – assim é que, por exemplo, o art. 53 da Lei n. 9.784/99 prevê uma hipótese de controle, a um só tempo, *administrativo*, *interno* e de *legalidade*, conforme se depreende do texto do dispositivo: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de ilegalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.” No entanto, interessa-nos aqui abordar somente a questão do controle judicial das ocorrências verificadas neste tipo de processo, pelo que centraremos nossas atenções nos mecanismos a ele atinentes, previstos no ordenamento jurídico pátrio.

A importância do controle judicial sobre os atos praticados pela Administração Pública é ressaltada por tantos autores quantos os que se dedicam ao presente tema. Para citar apenas dois deles, vejamos o que dizem a já citada Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”;⁴¹⁹ e Vladimir da Rocha França: “O Poder Judiciário tem forte responsabilidade para a construção da administração pública democrática. É ao juiz que o administrado usualmente confia o papel de restaurar a submissão da ação administrativa ao ordenamento jurídico. É ao juiz que o administrado recorre quando a

⁴¹⁸ Direito Administrativo, pp. 599-600.

⁴¹⁹ *Ibid*, p. 616.

administração pública se faz abusiva ou surda, diante das reivindicações da coletividade.”⁴²⁰

Quando se fala em *controle judicial*, merece particular referência o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” -, pois daí se extrai a relevante orientação no sentido de que as decisões proferidas no processo administrativo não fazem coisa julgada em desfavor do administrado, que pode, assim, em saindo vencido naquela seara, requerer a tutela jurisdicional acerca da mesma pretensão que ali já formulara. Aliás, essa tutela pode ser buscada, inclusive, durante ou mesmo antes de iniciado o processo administrativo, já que este não é obrigatório para o administrado. Isto tudo porque o Brasil adotou o sistema de jurisdição *una*, pelo qual – contrariamente ao que se dá em países que implantaram a chamada *dualidade de jurisdição* -, resta impossibilitado a quaisquer órgãos do Legislativo ou do Executivo “dizer o direito” em caráter definitivo.

Tal impossibilidade não diminui, todavia – como alguém poderia argüir – a importância do processo administrativo, pois, embora as decisões neste proferidas sejam sempre passíveis de revisão pelo Judiciário, não se há de negar a sua inestimável contribuição como meio de solução dos litígios que se travam no seio da Administração Pública, principalmente se levarmos em conta que nem sempre a parte vencida se põe em atitude de irrisignação diante do que aqui restou decidido; ao contrário, em grande parte dos casos, as *sentenças* ou os *acórdãos* proferidos pelos órgãos julgadores administrativos, em vez de serem resistidos, resultam cumpridos ou executados sem que lhes seja apresentada qualquer oposição. Mas não apenas sob a perspectiva da prática vislumbra-se a relevância do processo administrativo, pois este, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, “passou a ser compreendido constitucionalmente como uma consequência inafastável da democracia que impregna todas as funções estatais, aí incluída, obviamente, a administrativa. Constitucionalizada a Administração Pública, o processo administrativo cuidado, em seus princípios essenciais, como matéria inserida no sistema jurídico fundamental do Estado, não pode ser tido senão como consectário daquela primeira decisão constituinte.”⁴²¹

Também é de ser mencionado que as garantias com que se cercou o processo

⁴²⁰ Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro, p. 4.

⁴²¹ Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Brasileiro, *in* RDA n. 209, p. 196.

administrativo no Brasil – como, por exemplo, as do contraditório e da ampla defesa, bem como, de forma genérica, os cinco princípios referidos no art. 37 do Texto Supremo -, possibilitam um maior e melhor controle de sua legalidade, pois sempre que inobservada qualquer uma delas, ter-se-á ensejo para invocar a atuação corretiva do Judiciário. E este, uma vez que para tanto seja provocado, tem a seu cargo a indelegável função de aferir se o ato contra o qual investe o eventual prejudicado é *moral, legal, impessoal, eficiente*, se cumpre o requisito da *publicidade*, e assim por diante.

Num sistema como o nosso, em que os três *poderes* do Estado gozam de recíproca independência (CF, art. 2º), o controle judicial dos atos emanados do Legislativo e do Executivo sempre suscitará o problema de saber-se até que ponto ele não caracteriza ofensa à divisão funcional do poder. Respondendo negativamente a essa questão, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado, reiteradamente, no sentido de que o controle jurisdicional, antes de macular o princípio da separação de poderes, o consagra em sua essência. É o que resta patente neste seu *decisum*, proferido no MS nº 23.452-1/RJ:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição.

Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.

O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes.

Evidentemente – e o excerto que vimos de reproduzir o confirma –, o *poder*

atribuído ao Judiciário para controlar os atos da Administração Pública é, também, limitado. Nem sempre será fácil identificar esse limite em face de um determinado caso concreto, principalmente em se tratando de atos praticados no exercício do poder administrativo discricionário. Mas, não obstante a dificuldade, a doutrina e a jurisprudência já se encarregaram de pacificar que, no moderno Estado de Direito, mesmo os atos discricionários ficam-se sujeitos - com as limitações ditadas pela suas próprias características - ao controle judicial. Exemplificamos a assertiva, mais uma vez, com Vladimir da Rocha França, para quem “o dever-poder discricionário é uma função exercida pelo administrador em nome do interesse público. Submete-se aos ditames normativos e ao controle jurisdicional, respeitados a separação funcional do poder e os princípios do regime jurídico-administrativo.” Todavia, não deixa esse autor de defender que “as novas tarefas da Administração, principalmente com a expansão da discricionariedade no seu campo de atuação, advinda justamente do deslocamento de maiores parcelas de atividades legislativa para o Poder Executivo, demandam uma revisão dos parâmetros utilizados pelo Poder Judiciário para o controle de juridicidade da conduta do administrador.”⁴²²

Lembrando que os órgãos do Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, não procedem de ofício, mas somente quando provocados pelo interessado, é de referir-se que este dispõe de vários caminhos para obter daquele um pronunciamento acerca de determinado ato administrativo supostamente viciado. Esses caminhos compreendem desde as ações judiciais comuns, até aquelas previstas no próprio Texto Supremo – as quais a doutrina convencionou chamar *remédios constitucionais*, por visarem amparar os direitos fundamentais. Os *remédios constitucionais*, no caso, são: o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o *habeas data* (art. 5º, LXXII), o mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a ação popular (art. 5º, LXXIII) e a ação civil pública (art. 129, III).

4.3.8 A prova no processo administrativo

Ainda não suficientemente desenvolvido pela doutrina brasileira é o tema relacionado à prova no processo administrativo. Desta forma, questões como *meios de prova*, *espécies de prova*, *ônus da prova*, etc., permanecem ainda, neste setor do direito, no aguardo de

⁴²² Invalidação judicial da discricionariedade administrativa ..., pp. 174-175.

desenvolvimento científico mais aprofundado, obrigando a que, muitas vezes, os casos concretos sejam interpretados e resolvidos por meio da analogia, isto é, com observância das soluções que para equivalentes situações sejam apontadas pela legislação, pela doutrina ou pela jurisprudência pertinentes a outras áreas do direito processual.

É pena que assim seja, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, a importância da prova **em qualquer espécie de processo** é evidenciada já na própria Constituição Federal, em diversas passagens. Assim, quando o art. 5º da Norma Ápice estabelece, no inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial *ou administrativo* (...) são assegurados o contraditório e ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*”, está afirmando, no mais alto e no melhor som possíveis, que esses litigantes têm o direito de apresentar, nesses processos, elementos que visem *provar o contrário*, ou seja, demonstrar a improcedência, total ou parcial, dos fatos que contra eles foram deduzidos nos autos. Trata-se do mais lúdico corolário do Estado Democrático de Direito, que não se afeiçoa às condenações feitas a título precário, sem que ao imputado seja permitido esgotar todos os meios de defesa, e cuja inobservância macula, igualmente, a norma insculpida no inciso LIV do mesmo artigo da Constituição, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Veja-se que o que a Superlei assegura não é o direito a simples defesa, mas a *ampla* defesa. A nosso ver, é de solar clareza que o adjetivo em destaque qualifica todos os aspectos da defesa, principalmente o relativo à produção de provas, já que a eficácia daquela depende, em grande parte dos casos, não apenas do que o litigante ou o acusado alega em seu favor, mas dos elementos materiais (*v.g.*, documentos) que ele apresenta para dar sustentação ao que alegou. Por isso, a amplitude da defesa não pode restringir-se ao direito de *falar*, devendo estender-se, também, ao de *provar* aquilo que se fala. Há que se admitir, destarte, um amplo direito de prova, limitado apenas, em princípio, pelo disposto no inciso LVI do mesmo art. 5º da Constituição: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

No campo da teoria geral do direito processual civil, encontramos a seguinte lição de Moacyr Amaral Santos:

Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa.

A prova tem, pois, um *objeto*. Prova-se um cálculo matemático, a distância do equador ao pólo, o grau alcoólico do vinho, a potência de uma alavanca, uma afirmação científica, um fato histórico.

Tem uma *finalidade*: a formação da convicção de alguém.

Tem um *destinatário*, que pode ser terceiro, ou terceiros, ou o próprio agente da demonstração.⁴²³

Tais idéias ajustam-se perfeitamente ao processo administrativo, onde a prova: a) também visa ao convencimento do espírito, sobre a verdade a respeito de alguma coisa (v.g., o descumprimento, imputado ao particular, de determinada regra de conduta estabelecida pela Administração Pública; b) tem um *objeto*, que, no exemplo dado, corresponde àquela infração de que o particular é acusado; c) tem uma *finalidade* específica, que é a de formar a convicção do órgão administrativo (monocrático ou colegiado) incumbido de decidir acerca das alegações das partes; e d) tem um *destinatário*, que é, justamente, o órgão referido na letra c.

Algo que deve ser lembrado e salientado nesta parte é que, no processo de que estamos cuidando, vigora o *princípio da oficialidade*, que informa, dentre outras conseqüências, que o órgão administrativo a quem incumbe a tarefa de decidir não está jungido às provas produzidas pelos interessados, podendo ele próprio determinar que outros elementos sejam carreados aos autos, sempre que isto lhe parecer necessário à melhor formação do seu convencimento a respeito dos fatos controvertidos. Concordamos, pois, com Lílian Regina Gabriel Moreira Pires, para quem “a impulsão de ofício está a autorizar a Administração a requerer diligências, investigar fatos, solicitar pareceres, laudos, rever os seus atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público perseguido, bem como para a garantia da verdade material.”⁴²⁴

Nas leis que cuidam, especificamente, das diversas espécies de processos administrativos (disciplinares, tributários, de licitação pública, etc.), o tema relativo à prova recebe diferentes abordagens, algumas mais extensas, outras mais restritas. Para não nos afastarmos do nosso objetivo, citaremos, aqui, apenas alguns dispositivos do diploma processual

⁴²³ Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, p. 327.

⁴²⁴ Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo, p. 175.

genérico, representado pela Lei n. 9.784/99, por ser ele aplicável (consoante o seu art. 69, *in fine*), ainda que apenas subsidiariamente, a todas as modalidades de processo administrativo.

Pois bem, o art. 3º da referida lei ordinária prevê que “o administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: ... III – formular alegações *e apresentar documentos* antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.” Em seus comentários a este dispositivo, Laís Maria de Rezende Ponchio Casagrande assinala que “o direito do administrado de apresentar documentos, inserido no princípio da ampla instrução probatória, significa, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘não apenas o direito de oferecer e produzir provas, mas também o de, muitas vezes, fiscalizar a produção das provas da Administração, isto é, o de estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente se efetuaram com correção ou adequação técnicas devidas.’”⁴²⁵

Em contrapartida, o inciso IV do artigo seguinte impõe ao administrado o dever de “prestar informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimentos dos fatos.” Quer dizer, de um lado, o direito dele próprio apresentar os elementos de prova de que dispuser; de outro, o seu dever de prestar informações que visem esclarecer os fatos controvertidos nos autos – informações essas que podem, inclusive, contribuir para a prolação de uma decisão que lhe seja favorável.

Reprisando, desnecessariamente, a norma contida no inciso LVI do art. 5º da CF/88, prescreve o art. 30 da lei ordinária em referência que “são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.”

A fim de disciplinar a questão do ônus da prova, o art. 36 vem assim redigido: “Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.” Quer dizer, como regra, a Lei n. 9.784/99 consagra o velho princípio de que “incumbe o ônus da prova a quem *diz*, ou *afirma*, ou *age*”⁴²⁶, embora, por questões de simplicidade, celeridade e economicidade, ele apareça aqui temperado pelo artigo 37, vazado nos seguintes termos: “Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração

⁴²⁵ Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo, p. 58.

⁴²⁶ Moacyr Amaral SANTOS, *in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 345.

responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.”

Quanto ao momento em que os elementos de prova podem ser apresentados, vale reproduzir o art. 38 da Lei n. 9.784/99: “O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.” O § 1º deste artigo estabelece regra segundo a qual todos os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão, enquanto o § 2º, cuidando de exceção a tal regra, diz da possibilidade de recusa de provas, mediante decisão fundamentada, desde que elas sejam ilícitas (o que, como vimos, está previsto no art. 5º, inciso LVI, da própria CF/88), impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

A lei processual em referência também se aplica, subsidiariamente, ao processo administrativo instaurado no âmbito da previdência privada, consoante o art. 66 da Lei Complementar n. 109/2001. Deste modo, as questões relacionadas à prova haverão de submeter-se, neste universo, à disciplina estabelecida no referido diploma ordinário, sempre que para elas não houver outra solução prevista na legislação específica.

E, em verdade, essa legislação específica é parcimoniosa no particular, sobretudo o Decreto n. 4.942/2003, que “regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime de previdência complementar, operado pelas entidades fechadas”. De fato, este diploma somente se reporta ao tema em dois momentos: a) quando estabelece que o autuado, em sua defesa, deverá indicar “todas as *provas* que pretende produzir de forma justificada, inclusive o rol de eventuais testemunhas” (inciso IV do art. 9º), e b) quando prescreve que “integra a decisão-notificação o relatório contendo resumo dos fatos apurados, a análise da defesa e das *provas* produzidas” (art. 12, § 1º).

Já a Resolução CNSP n. 108/2004, que “regula o Processo Administrativo Sancionador – PAS no âmbito da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP”, ocupa-se um pouco mais do assunto, tanto, com exclusividade, no capítulo IV (intitulado “Das Provas”), como, inclusivamente, nos capítulos IX (“Da Instrução”) e X (“Do Procedimento em Primeira

Instância”). Tornaremos ao assunto quando da exposição de cada uma das fases do PAS.

4.4 Fiscalização e processo administrativo nas entidades fechadas (EFPP)

4.4.1 Fiscalização

Como já exposto alhures, em virtude de não ter sido ainda editada a lei a que se refere o art. 5º da Lei Complementar nº 109/2001- e da conseqüente aplicabilidade do art. 74 do mesmo diploma -, as funções do órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência privada têm sido exercidas pela Secretaria de Previdência Complementar – SPC.

Trata-se de órgão integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social, incumbido, além da fiscalização das EFPP, de estimular a criação de planos de previdência complementar e a adesão de novos participantes aos fundos de pensão. De acordo com o item 3.1 do seu “Relatório Anual 2001”, divulgado na internet por meio do *site* da previdência social (www.previdenciasocial.gov.br):

No cumprimento de suas atribuições a SPC orienta e acompanha o funcionamento das EFPC, verificando a regularidade sob os aspectos jurídico, atuarial, contábil e financeiro, compreendendo este último a aplicação dos recursos disponíveis correspondentes às reservas técnicas, às provisões e aos fundos, feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Para tanto, cabe à SPC (...) propor edição de instruções para a execução dos normativos emanados pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC e promover as atividades de fiscalização (...) Deve, ainda, propor e acompanhar a execução dos regimes especiais instalados nas entidades (liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial) ...

A SPC divide-se em cinco departamentos e uma coordenação geral: Departamento de Fiscalização, Departamento de Análise de Investimentos, Departamento de Análise e Orientação Jurídica, Departamento de Atuária, Departamento de Contabilidade e Coordenação Geral de Projetos Especiais e de Fomento.

Segundo Waldemir Bargieri, à época diretor do Departamento de Fiscalização, a SPC promove duas espécies de fiscalização: a *direta* e a *indireta*. A primeira é orientada no sentido de atuar não somente na apuração de irregularidades, mas também sobre as suas causas, que quase sempre remetem a deficiências de controles internos das entidades. “Assim – afirma o diretor – a Fiscalização Direta deverá avaliar a eficiência e a eficácia da governança e da gestão dos fundos de pensão no gerenciamento dos riscos inerentes aos seus planos previdenciários, de modo a se prevenir a ocorrência de situações que possam afetar sua saúde financeira, ou infringência às normas. (...) Os órgãos de governança e gestão das EFPCs deverão, pois, desenvolver mecanismos de controles internos, adequados ao seu porte e à complexidade de suas operações, capazes de tempestivamente identificar, avaliar, controlar e monitorar os riscos à saúde financeira e ao equilíbrio de seus planos de benefícios.”⁴²⁷ Já a fiscalização indireta opera-se por meio do processamento de informações diárias fornecidas à SPC pelos fundos de pensão e por seus custodiantes, referentes a toda sua movimentação nos mercados de renda fixa e de renda variável.

São atribuições da Secretaria de Previdência Complementar, conforme o art. 12 do Decreto nº 5.256, de 27 de outubro de 2004:

I - propor as diretrizes básicas para o sistema de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar;

II - harmonizar as atividades das entidades fechadas de previdência complementar com as políticas de desenvolvimento social e econômico-financeira do Governo;

III - supervisionar, coordenar, orientar e controlar as atividades relacionadas com a previdência complementar fechada;

IV - analisar e aprovar os pedidos de autorização para constituição, funcionamento, fusão, incorporação, grupamento, transferência de controle das entidades fechadas de previdência complementar, bem como examinar e aprovar os estatutos das referidas entidades, os regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações;

V - examinar e aprovar os convênios de adesão celebrados por patrocinadores e por instituidores, bem como autorizar a retirada de patrocínio; e

⁴²⁷ *in* Boletim da Secretaria de Previdência Complementar, n. 1, pp. 4-5.

VI - decretar a administração especial em planos de benefícios operados pelas entidades fechadas de previdência complementar, bem como propor ao Ministro de Estado a decretação de intervenção ou liquidação extrajudicial das referidas entidades.

As atividades de fiscalização das EFPP são executadas, em nome da SPC, por Auditores Fiscais da Previdência Social – AFPS, pertencentes ao quadro de carreira da Secretaria da Receita Previdenciária, também vinculada ao Ministério da Previdência Social. Sobre tal atribuição de competência, assim dispõe o § 3º do art. 229 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99:

A fiscalização das entidades fechadas de previdência privada, estabelecida na Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, será exercida pelos Fiscais de Contribuições Previdenciárias do Instituto Nacional do Seguro Social,⁴²⁸ devidamente credenciados pelo órgão próprio, sem prejuízo das atribuições e vantagens a que fazem jus, conforme disposto no Decreto nº 1.317, de 29 de novembro de 1994.

Acrescenta, o § 5º do mesmo dispositivo do RPS, que à fiscalização em tela “aplica-se o disposto na Lei nº 8.212, de 1991, neste Regulamento e demais dispositivos da legislação previdenciária, no que couber e não colidir com os preceitos das Leis nº 6.435, de 1977, e 9.717, de 1998.”

Lembrando que, ali onde se lê “Lei nº 6.435, de 1977”, deve-se considerar “Lei Complementar nº 109, de 2001”, porquanto aquela foi por esta revogada, expressamente, constata-se, destarte, que muito do que se acha previsto na Lei nº 8.212/91 e no RPS, acerca das prerrogativas dos Auditores Fiscais da Previdência Social, tem plena aplicabilidade no tocante à atuação dos mesmos em face das EFPP. Somente não se aplica aquilo que não tiver relação com o aspecto material daquela atuação (o que é óbvio), bem como o que colidir com os preceitos da legislação específica que rege tais entidades.

Assim, no tocante à fiscalização das EFPP, o elenco de prerrogativas dos AFPS corresponde à soma das que lhes conferem assim a legislação sobre previdência privada como a legislação da previdência social (v.g., as estabelecidas no art. 41 da LC 109/2001 e no § 1º do art. 33 da Lei nº 8.212/91, respectivamente).

⁴²⁸ Quando editado o Decreto n. 3.048/99, os AFPS pertenciam ao quadro de carreira do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Hoje, encontram-se vinculados à Secretaria da Receita Previdenciária.

Portanto, nos estritos limites desse dever-poder legal, cabe aos AFPS executar as tarefas de que fala o inciso V do art. 3º da LC 109/2001, isto é: *fiscalizar as entidades de previdência complementar* (no caso, apenas as fechadas), *suas operações e aplicar penalidades*. Tudo isto, diga-se, segundo rito previamente estabelecido na legislação e, principalmente, com estrita obediência dos princípios jurídicos aplicáveis a tal atividade, conforme exposto anteriormente.

4.4.2 Processo Administrativo

Dando cumprimento ao que determina o art. 66 da LC 109/2001, o Executivo Federal expediu o Decreto nº 4.942, em 30 de dezembro de 2003, o qual, nos termos da respectiva ementa, “*regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime de previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, de que trata o art. 66 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, a aplicação das penalidades administrativas, e dá outras providências.*”

Esse decreto é, portanto, o instrumento que, com fundamento de validade imediato na Lei Complementar nº 109, de 2001, regula o processo administrativo que tem como partes, de um lado, a Administração Pública, e de outro, uma entidade fechada de previdência privada, e cujo objeto, nos termos do seu art. 2º, é:

1) apurar responsabilidades de pessoa física ou jurídica, por ação ou omissão, no exercício de suas atribuições ou competências, aplicando-se-lhes as correspondentes penalidades administrativas; ou

2) instauração de inquérito administrativo, decorrente: a) da decretação de intervenção ou liquidação extrajudicial; b) do oferecimento de denúncia e representação; e c) de atividade de fiscalização levada a efeito pela Secretaria de Previdência Complementar.

No primeiro caso, e com relação à aplicação das penalidades administrativas, um dos grandes méritos do decreto em questão está em que, nos seus artigos 63 a 109, ele tece minuciosa descrição das condutas tidas como infrações à legislação que rege a previdência

complementar, apontando e quantificando, para cada uma delas, a(s) respectiva(s) sanção(ões), dentre as cominadas no art. 65 da LC 109/2001. Exemplifiquemos com o art. 85, assim redigido:

Art. 85. Promover a extinção de plano de benefícios ou a retirada de patrocínio sem autorização da Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com inabilitação de dois a dez anos.

Ainda quanto às penalidades, o art. 110 descreve uma espécie de *infração genérica*: “Violar quaisquer outros dispositivos das Leis Complementares n°s 108 e 109, de 2001, e dos atos normativos regulamentadores das referidas leis complementares”, sujeita à pena de multa de R\$ 10 mil reais, podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois anos até dez anos. Este artigo recebeu especial reprimenda de Jarbas de Biagi, quando diretor presidente do Banesprev, para quem o dispositivo “objetiva ser um ‘guarda-chuva’ de proteção ao cumprimento das Leis Complementares 108 e 109, mas peca ao não tipificar a infração e não graduar as penalidades. O não preenchimento de um dos campos do Demonstrativo de Resultado de Avaliação Atuarial (DRAA) ou a entrega fora do prazo do Demonstrativo Analítico de Investimentos e Enquadramento das Aplicações (DAIEA), por exemplo, pode resultar em multa de R\$ 10 mil, sem que haja uma advertência inicial.”⁴²⁹

Interessante notar que, embora o art. 65 da LC 109/2001 preveja que a multa por infração a qualquer de seus dispositivos ou de seu regulamento é de R\$ 2 mil a R\$ 1 milhão, o Decreto n. 4.942 não comina, para qualquer das infrações, penalidade pecuniária superior a R\$ 25 mil. A única exceção fica por conta da conduta “exercer atividade própria das entidades fechadas de previdência complementar sem a autorização devida da Secretaria de Previdência Complementar”, para a qual foi fixada multa variável entre os limites mínimo e máximo referidos na segunda linha deste parágrafo.

A nosso ver, a estipulação, para a quase totalidade das infrações, de multas em valores muito abaixo do máximo permitido é resultante de deliberada intenção, por parte do

⁴²⁹ *in* Revista “Fundos de Pensão” (ABRAPP • SINDAPP • ICSS), Ano XXIII, n. 290, jan. 2004, p. 28.

legislador regulamentar, de não impor às entidades um ônus financeiro que eventualmente – ou, em alguns casos, certamente - elas não pudessem suportar sem prejuízo da massa de beneficiários dos planos por elas operados; noutro dizer, parece que o desejo do Executivo foi, realmente, o de não onerar excessivamente as entidades, diante da possibilidade de, com isto, sacrificar, indiretamente, os seus próprios planos de benefícios – de onde poderia resultar sacado o numerário destinado ao pagamento da multa.

Mais ou menos neste sentido é o entendimento expresso pela redação da revista Fundos de Pensão, nestas palavras:

O Decreto 4.942 gradua o valor das multas, mantendo-as, em sua maioria, no intervalo entre R\$ 10 mil e R\$ 20 mil, o que condiz mais com a realidade dos fundos de pensão. Embora o Decreto tenha mantido o valor máximo da multa em R\$ 1 milhão, considerado alto demais pelo setor, esse nível só seria atingido numa infração considerada ‘inconcebível’ pelo sistema: o exercício da atividade sem autorização da Secretaria de Previdência Complementar.”⁴³⁰

Frise-se, no entanto, que, conforme o art. 2º do decreto em tela, o processo administrativo por ele regulamentado visa apurar responsabilidade não apenas das entidades de previdência complementar, isto é, não somente das pessoas jurídicas, mas, também, de seus administradores, controladores e membros dos respectivos conselhos estatutários, ficando estes igualmente sujeitos às penalidades àquelas impostas.

Antes de passarmos ao exame mais detalhado do *processo administrativo decorrente do auto de infração*, cumpre lembrar que sobre ele incidirão, de um modo geral, aquelas normas especiais retro examinadas, a que chamamos “*princípios que informam o processo administrativo*”. É dizer, o processo regulamentado pelo Decreto n. 4.942/2003 submete-se, como qualquer outro qualificado como *administrativo*, às diretrizes da igualdade, da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da informalidade, da verdade material, da publicidade, da moralidade, da eficiência, e assim por diante.

Isto posto, vejamos os principais aspectos dos dois *processos* tratados no referido

⁴³⁰ “Fundos de Pensão” (ABRAPP • SINDAPP • ICSS), Ano XXIII, n. 290, jan. 2004, p. 28.

decreto, que são o já citado processo administrativo decorrente do auto de infração e o inquérito administrativo.

4.4.2.1 O processo administrativo decorrente do auto de infração

1. Instauração

Como o próprio título deste item sugere (e o art. 2º do Decreto nº 4.942/2003 o confirma), este processo administrativo inicia-se com a lavratura do auto de infração (AI), que, nos termos do art. 3º do mesmo diploma, “é o documento destinado ao registro de ocorrência de infração praticada no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.”

Para cada infração constatada pelo Auditor Fiscal da Previdência Social – AFPS, será lavrado um AI, de modo que “em uma mesma atividade de fiscalização, serão lavrados tantos autos de infração quantas forem as infrações cometidas” (parágrafo único do art. 3º).

Até como reflexo do *princípio da publicidade* (art. 37 da CF/88), imprestável será o AI não notificado, regularmente, ao(s) autuado(s), por qualquer dos meios indicados no art. 6º (notificação *pessoal*, por *via postal* ou por *edital*). Igualmente viciado será o auto não formalizado com todos os requisitos elencados no art. 4º, principalmente os dos incisos III (*descrição sumária da infração*) e IV (*os fundamentos legais da autuação e das circunstâncias em que foi praticada*), pois isto caracteriza cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa, outro princípio expressamente consagrado no Texto Supremo (art. 5º, LV).

2. Defesa

Dispõe o autuado do prazo de quinze dias, contado do recebimento da notificação do AI, para, em desejando, impugnar o procedimento. Na contagem desse prazo, devem ser observadas as seguintes regras, todas contidas no art. 28:

a) exclui-se o dia do começo e computa-se o do vencimento (*caput*);

b) considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento

cair em feriado nacional ou em dia em que, no órgão onde deva ser praticado o ato, não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal (§ 1º);

c) o prazo somente começa a correr a partir do primeiro dia útil após a notificação (§ 2º);

d) havendo dois ou mais autuados no mesmo processo, os prazos processuais são comuns (§ 3º).

Os requisitos mínimos da impugnação (ou *defesa*) são os do art. 9º, muito embora, em respeito ao *princípio da informalidade*, a Administração deva tolerar pequenas incorreções de forma, desde que nenhum prejuízo tragam à obtenção da certeza jurídica e à segurança processual. O próprio regulamento é expresso, em seu art. 35, no sentido de que “a inobservância de forma não acarreta nulidade do ato processual quando não houver prejuízo para a defesa.”

Não é demais lembrar que a impugnação do autuado instaura a fase litigiosa do procedimento, a partir da qual, para alguns autores, segundo vimos, se passa a ter, verdadeiramente, *processo* administrativo, no sentido de procedimento resistido, a demandar a interferência de uma terceira pessoa (no caso, o julgador administrativo) para compor a lide.

Na letra do inciso IV do mesmo art. 9º, é na defesa que o autuado deverá indicar “todas as provas que pretende produzir de forma justificada, inclusive o rol de eventuais testemunhas.” Chama-se a atenção para o fato de que o dispositivo não estabelece que as provas devem ser *apresentadas* na defesa, mas apenas que devem ser indicadas. Desta forma, põe-se a questão de saber o momento final em que a apresentação das mesmas poderá ocorrer.

Tendo em vista o pressuposto contido no § 1º do art. 12 do decreto - de que o órgão julgador, ao decidir, já terá sopesado as provas *apresentadas* pelo autuado (“Integra a decisão-notificação o relatório contendo resumo dos fatos apurados, a análise da defesa e das *provas produzidas*”) -, entendemos que aquele momento limite é qualquer um que seja anterior ao em que foi prolatada a decisão. O que, aliás, vai ao encontro do disposto no art. 3º da Lei n. 9.784/99, segundo o qual ao administrado é assegurado: “III – formular alegações e apresentar documentos *antes da decisão*, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.”

3. Julgamento

Enquanto a lavratura do AI incumbe, como se sabe, ao Auditor Fiscal da Previdência Social – AFPS, o seu julgamento, necessário em face da insurgência do administrado, compete ao Secretário de Previdência Complementar (art. 11).

É este quem verificará, por exemplo: i) se o auto de infração foi corretamente emitido (i.e., se apresenta os requisitos mínimos estabelecidos no art. 4º); ii) se todas as pessoas tidas por infratoras (caso haja mais de uma) foram notificadas do procedimento; iii) se a impugnação é tempestiva e encontra-se formalizada nos termos do art. 9º; iv) se as razões da defesa são pertinentes ou meramente protelatórias; v) se há necessidade de realização de perícia, e assim por diante.

Concluindo que o processo encontra-se em termos, o titular da SPC proferirá o seu julgamento, que poderá ser num desses sentidos:

a) *procedência da autuação*, quando entender corretamente formalizado o processo e improcedentes as razões da impugnação;

b) *procedência em parte da autuação*, quando entender corretamente formalizado o processo e procedente(s) alguma ou algumas das razões da impugnação;

c) *improcedência da autuação*, quando entender corretamente formalizado o processo e procedentes todas as razões da impugnação;

d) *nulidade da autuação*, quando entender incorretamente formalizado o processo, ou seja, quando este apresentar vício formal insanável (v.g., erro na identificação do autuado).

Nos casos das letras *b* a *d*, o Secretário de Previdência Complementar deverá submeter sua decisão ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC, por força do disposto no art. 16. Estamos diante do conhecido *recurso de ofício*, sempre obrigatório nas decisões administrativas de primeira instância que dêem provimento, no todo ou em parte, à impugnação do administrado.

O julgamento é reduzido a termo, em formulário intitulado “decisão-notificação”,

o qual, por sua vez, “é o documento pelo qual se dá ciência ao autuado do resultado do julgamento do auto de infração” (art. 12).

4. Recurso

Curvando-se, mais uma vez, ao princípio insculpido no art. 5º, LV, da Magna Carta, estabelece o regulamento, em seu art. 13, que “da decisão do Secretário de Previdência Complementar caberá recurso ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar, com efeito suspensivo, no prazo de quinze dias, contado do recebimento da decisão-notificação.”

Sobre a contagem desse prazo – que é preclusivo –, vale o que dissemos anteriormente acerca do prazo de defesa.

O recurso deve ser apresentado à SPC, mediante protocolo em uma de suas repartições ou remessa por via postal; até porque, o titular da Secretaria tem, em face das razões expendidas pelo autuado em sua nova insurgência, a prerrogativa de reconsiderar a sua decisão, desde que o faça motivadamente e no prazo de quinze dias, contado do recebimento do recurso.

Dentre as várias espécies de penalidades que o AFPS pode aplicar – nos termos, é claro, da legislação –, quando da lavratura do AI, está a chamada *penalidade pecuniária*, caracterizada pela imposição de multa (v. a propósito, o art. 65, IV, da LC 109/2001). Pois bem, sendo este o caso, dispõe o art. 14 do regulamento que o recurso do autuado somente será conhecido se for comprovado o depósito antecipado de trinta por cento do valor da multa aplicada – comprovação essa que, ressalte-se, deve ser feita no momento em que interposto o recurso.

Semelhante regra é encontrada no § 1º do art. 126 da Lei nº 8.213/91, onde também se estabeleceu que os recursos dos contribuintes do RGPS, se pessoas jurídicas ou sócios destas, dirigidos ao Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, devem ser instruídos com comprovante de depósito “*de valor correspondente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão.*”

Não sendo, embora, o objetivo deste trabalho, queremos apenas registrar que pairam sobre a exigência desse depósito seríssimas discussões sobre ser ela constitucional ou não.

A doutrina majoritária (sobretudo a tributarista) pende para resposta negativa, enquanto o Judiciário não pacificou entendimento em qualquer dos dois sentidos. E o que está em foco, nessas discussões, é até que ponto tal imposição de garantia de instância não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa, elevado – repetimos - à categoria de princípio constitucional, conforme o já citado inciso LV do art. 5º da Superlei.

De todo modo, o recurso será encaminhado, para julgamento, ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC, cuja decisão, proferida sob a forma de acórdão, poderá ocorrer num destes sentidos:

- *não conhecimento*, quando o órgão julgador entender que o recurso não atende a todos os pressupostos para sua admissibilidade, como, p. ex., a tempestividade (v. art. 15) ou a garantia de instância;

- *conhecimento e não provimento*, quando o órgão julgador entender que o recurso atende a todos os pressupostos de admissibilidade, mas, no mérito, não traz razões suficientes para a modificação da decisão recorrida;

- *conhecimento e provimento parcial*, quando o órgão julgador entender que o recurso atende a todos os pressupostos de admissibilidade e, quanto ao mérito, apresenta razões suficientes para a modificação apenas parcial da decisão recorrida. Neste caso, tendo havido depósito para garantia de instância, parte do respectivo valor será restituída ao recorrente, na proporção da diminuição do valor da multa;

- *conhecimento e provimento*, quando o órgão julgador entender que o recurso atende a todos os pressupostos de admissibilidade e, quanto ao mérito, apresenta razões suficientes para a demonstração de total improcedência da autuação – e, por conseguinte, da decisão recorrida. Neste caso, tendo havido depósito para garantia de instância, o respectivo valor será integralmente restituído ao recorrente; e

- *conhecimento e nulidade*, quando o órgão julgador entender que o recurso atende a todos os pressupostos de admissibilidade e, sem adentrar o mérito, vislumbrar vício(s) de forma passíveis de anular o processo. Aqui, da mesma forma, tendo havido depósito para garantia de instância, o respectivo valor será integralmente restituído ao recorrente

Após a decisão do CGPC (da qual não cabe recurso e cujo teor será publicado no Diário Oficial da União), os autos do processo administrativo retornarão à Secretaria de Previdência Complementar, para as providências que, em cada caso, forem cabíveis.

5. Penalidades administrativas

Constatada infração à legislação de previdência privada, o AFPS aplicará, conforme o caso, as seguintes penalidades, todas de cunho meramente administrativo (art. 65 da LC 109/2001 e art. 22 do Regulamento):

I) advertência;

II) suspensão do exercício de atividades em entidade de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias, durante o qual o infrator não fará jus à remuneração paga pela EFPP (art. 24);

III) inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidade de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público; e

IV) multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), valores esses que devem ser periodicamente reajustados, de modo a preservar, em caráter permanente, seus valores reais. Esta pena pode ser aplicada cumulativamente com as demais, mas será, sempre, imputada ao agente responsável pela infração (art. 25).

Não fica ao alvedrio do AFPS decidir, em cada caso, qual ou quais das penalidades acima aplicará - até porque, já assinalamos, sua atividade, neste particular, é plenamente vinculada, não havendo, pois, espaço para subjetivismo ou discricionariedade. Ao contrário, o que deve ele fazer, diante de um comportamento (ação ou omissão) do administrado, que a lei qualifique como infração, é aplicar a(s) pena(s) que para a espécie tenha(m) sido expressamente cominada(s) pelo legislador. Reprisamos que o Capítulo VIII (arts. 63 a 110) do Regulamento faz minuciosa descrição das infrações e das respectivas penalidades, servindo ele, destarte, de precioso instrumental para o AFPS, no exercício desse mister.

Já no tocante à *dosagem* das penas, o Regulamento prevê circunstâncias que as

podem *atenuar* ou *agrarar* (art. 23). São elas:

I) *circunstâncias atenuantes*:

a) inexistência de prejuízos à EFPP, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante;

b) regularização do ato que ensejou a infração, até a decisão administrativa de primeira instância.

Dispõe o § 1º do art. 23, que para cada atenuante verificada, a penalidade de multa será reduzida em vinte por cento do seu valor original, enquanto nas hipóteses de suspensão e inabilitação, os prazos serão reduzidos em dez por cento, respeitados os prazos mínimos previstos nos incisos II e III do art. 22.

II) *circunstâncias agravantes*:

a) reincidência, entendida como a infração ao mesmo dispositivo legal, pela mesma pessoa, no período de cinco anos, contados da decisão condenatória administrativa definitiva (§ 4º);

b) cometimento de infração com a obtenção de vantagens indevidas, de qualquer espécie, em benefício próprio ou de outrem;

c) não-adoção de providências no sentido de evitar ou reparar atos lesivos dos quais tenha tomado conhecimento.

Interessante observar que a presença de uma agravante exclui a incidência das atenuantes (§ 3º). Os critérios para o agravamento das penas, sob a forma de aumento do valor da multa ou dos prazos de suspensão ou inabilitação, encontram-se minudenciados nos §§ 2º, 5º e 6º do art. 23.

Por fim, dispõe o art. 27 que a aplicação das penalidades acima – todas, repetimos, de cunho meramente administrativo – não exime o AFPS de noticiar ao Ministério Público o exercício de atividade no âmbito do regime de previdência complementar por qualquer pessoa,

física ou jurídica, sem a autorização devida do órgão fiscalizador, ou a comercialização de planos de benefícios, bem como a captação ou administração de recursos de terceiros com o objetivo de, direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma.

4.4.2.2 Inquérito administrativo

Conforme o parágrafo único do art. 2º do Regulamento, o inquérito administrativo (IA) pode decorrer: 1) da decretação de intervenção na EFPP, ou de sua liquidação extrajudicial; 2) de oferecimento de denúncia e representação; ou 3) de atividade de fiscalização levada a efeito pelo órgão fiscalizador.

Em qualquer hipótese – diz o art. 61 da Lei Complementar n. 109/2001 -, presta-se à apuração de responsabilidades específicas das pessoas físicas mencionadas no art. 59 da mesma LC 109/2001, quais sejam: os administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades. Não esclarece o Decreto nº 4.942/2003, tampouco o faz a citada lei complementar, quais seriam, exatamente, aquelas *responsabilidades específicas*, sendo lícito supor-se, com base na redação – afinal não positivada - do art. 93 da Minuta do Regulamento, que se prendem à administração temerária, fraudulenta ou danosa daquelas pessoas físicas. Veja-se o texto do referido artigo da minuta:

Art. 93. As responsabilidades específicas por irregularidades praticadas no âmbito das entidades fechadas decorrentes de administração temerária, fraudulenta ou danosa dos administradores, insolvência ou prejuízos deverão ser, obrigatoriamente, apuradas mediante inquérito administrativo instaurado pelo órgão regulador e fiscalizador, sempre que os administradores e conselheiros da entidade fechada não tiverem tomadas devidas e necessárias providências para apuração das responsabilidades (...) e o conseqüente ressarcimento dos prejuízos.

Wladimir Novaes Martinez define o IA como “encaminhamento interno formalizado, *in casu*, iniciado por portaria que designará o titular impulsionador, consignando o nome dos arrolados, as fontes formais que cuidam da matéria, as possíveis irregularidades

cometidas, o ilícito ou crime consumado para apuração das responsabilidades.”⁴³¹

São fases do IA - valendo ressaltar que em qualquer delas o processo será arquivado, se ficar evidenciada a improcedência da denúncia ou da representação (art. 56):

1. Instauração

Dá-se com a publicação, no Diário Oficial da União, de portaria expedida pelo Secretário de Previdência Complementar – que é, portanto, a autoridade competente para a prática do ato -, na qual deverá ser designada comissão de inquérito, composta por, no mínimo, três servidores federais ocupantes de cargo efetivo (art. 40).

Deverá ainda essa portaria conter o objeto do inquérito, a indicação do presidente da comissão e o prazo para a conclusão dos trabalhos.

2. Instrução Prévia

Instaurado o IA, devem ser notificados, conforme o caso: a) o denunciado ou o representado; b) as pessoas referidas nos arts. 59 da LC 109/2001, já acima identificadas; c) a EFPP; d) caso o IA decorra de atividade de fiscalização, todas as pessoas que possam ter participado, de qualquer forma, da prática dos atos objeto de apuração; e e) qualquer pessoa contra quem, no decorrer dos trabalhos, surjam indícios de responsabilidade que lhe seja imputável.

Cabe ao presidente da comissão, quando entender necessário, coletar depoimentos dos notificados e de todos aqueles que possam contribuir para a elucidação dos fatos objeto de apuração, bem como requerer diligências, perícias e juntada de documentos e informações da EFPP (art. 42).

Concluída esta etapa, e em não ficando evidenciada a improcedência da denúncia ou da representação, o presidente da comissão lavrará documento de acusação formal (art. 43), denominado *ultimação de instrução*, onde descreverá a irregularidade, tipificará o fato, indicará os dispositivos legais infringidos, identificará o agente responsável e a penalidade prevista na

⁴³¹ Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar, p. 612.

esfera administrativa.

3. Defesa

Tendo em mira o direito ao contraditório e à ampla defesa, estabelece o art. 44 do Regulamento que, uma vez lavrada a ultimação de instrução, o presidente da comissão notificará o acusado para apresentar defesa no prazo de quinze dias. Sobre formalização e prazo de defesa, prevalece tudo o que foi dito a respeito do processo administrativo decorrente de auto de infração.

São admitidos, no IA, todos os meios de provas em direito permitidas, inclusive oitiva de testemunhas e perícia (art. 45), podendo, no entanto, o presidente da comissão, motivadamente, indeferir a produção de provas consideradas impertinentes ou meramente protelatórias.

Concluída a instrução, a comissão, considerando as provas produzidas e a defesa apresentada pelo acusado, emitirá relatório conclusivo, a ser submetido a julgamento pelo Secretário de Previdência Complementar.

A decisão do titular da SPC, a respeito do relatório, será publicada no Diário Oficial da União, sem prejuízo da notificação do acusado do seu inteiro teor.

4. Recurso

Da decisão referida no final do item anterior cabe recurso ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC, na forma e nos prazos assinalados para o processo administrativo decorrente de auto de infração.

A decisão do CGPC é definitiva.

4.5 Fiscalização e processo administrativo nas entidades abertas (EAPP)

4.5.1 Fiscalização

As EAPP encontram-se integradas no Sistema Nacional de Seguros Privados -

SNSP, instituído pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e que é composto dos seguintes órgãos: *Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, as sociedades autorizadas a operar em seguros privados e os corretores habilitados.*

Interessa-nos, aqui, examinar de perto a SUSEP, que, na qualidade de executora da política traçada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, possui, dentre um elenco de atribuições, a de fiscalizar a constituição, organização, funcionamento e operação das sociedades seguradoras, de capitalização, das resseguradoras e das entidades abertas de previdência privada. É ela, também, responsável pelo julgamento em primeira instância, dos processos administrativos para aplicação de penalidades, tema que será abordado no item seguinte.

Conforme os arts. 1º e 2º de seu Regimento Interno - RI (consolidado pela Deliberação SUSEP nº 102, de 22 de novembro de 2004), a Superintendência Nacional de Seguros Privados é uma entidade autárquica especial, nos termos do Decreto nº 96.904, de 3 de outubro de 1988, vinculada ao Ministério da Fazenda, dotada de personalidade jurídica e patrimônio próprio, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro e âmbito de atuação em todo território nacional.

Atualmente, sua competência para fiscalizar as EAPP está assegurada pelo art. 67 da LC 109/2001 - devendo perdurar até que seja editada a lei referida no art. 5º do mesmo diploma – e confirmada no art. 3º do seu regimento interno, *verbis*:

Art. 3º A SUSEP tem por finalidade:

...

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

Prevê o art. 4º, do mesmo regimento, que a SUSEP funciona, como órgão de deliberação colegiada, com a seguinte organização básica: I) Conselho Diretor; II) Procuradoria Geral; e III) Secretaria Geral. Dentre os diversos setores que compõem a sua estrutura interna, destacamos o Departamento de Fiscalização – DEFIS, o qual, por sua vez, é subdividido em

diversas gerências, merecendo particular citação a Gerência de Fiscalização de Previdência Complementar Aberta, Capitalização e Corretores – GEFIP, à qual compete, nos termos do art. 21, inciso VI, do RI em comento:

- a) planejar e elaborar os programas de fiscalização e diligências nas áreas de previdência complementar aberta, capitalização e corretores;
- b) coordenar e supervisionar as atividades de fiscalização executadas nas áreas de previdência complementar aberta, capitalização e corretores;
- c) manter permanente integração com as unidades e gerências regionais de fiscalização, com vistas à necessária orientação quanto aos procedimentos de fiscalização externa;
- d) instruir processos administrativos gerados por denúncia, auto de infração e representação contra pessoas físicas e jurídicas e elaborar parecer circunstanciado;
- e) emitir parecer sobre consultas que envolvam assuntos de competência do Departamento, na área de previdência complementar aberta, capitalização e corretores; e
- f) analisar os procedimentos de apoio ao consumidor, com vistas a eventual necessidade de instauração de processo administrativo.

As pessoas que, em nome da SUSEP, praticam os atos de fiscalização nas EAPP são Analistas Técnicos e outros funcionários de carreira do órgão. Estes é que, para tal mister, terão livre acesso às entidades abertas, “delas podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e quaisquer documentos, caracterizando-se embaraço à fiscalização, sujeito às penalidades previstas em lei, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo” (art. 41 da LC 109/2001). São eles, também, que, quando for o caso, aplicarão as sanções administrativas previstas na Resolução CNSP nº 60, de 2001, instaurando com isto o processo administrativo regulado pela Resolução CNSP nº 108, de 2004, como veremos no próximo item.

4.5.2 Processo Administrativo

Dois instrumentos normativos – ambos citados há pouco - prestam-se, no momento, a orientar a instauração e a instrução do processo administrativo no âmbito das EAPP, quais sejam:

1) a Resolução CNSP 60, de 2001, que “*estabelece sanções administrativas e disciplina sua aplicação às pessoas físicas ou jurídicas que realizem ou intermediem operações de seguro, resseguro, capitalização ou previdência complementar*”; e

2) a Resolução CNSP nº 108, de 2004, que “*regula o Processo Administrativo Sancionador – PAS no âmbito da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP*”.

Vejamos cada uma delas *per se*.

4.5.2.1 Sanções administrativas

Prevê o art. 31, da Resolução CNSP n. 60/2001, que a infração a disposições legais ou infralegais disciplinadoras do Sistema de Previdência Complementar sujeitará a entidade aberta de previdência complementar e seus administradores às seguintes sanções administrativas:

a) *advertência*

Aplicada à EAPP e ao titular de cargo de diretor, administrador, conselheiro fiscal, conselheiro deliberativo, conselheiro consultivo ou assemelhado, direta ou indiretamente responsável pela prática de qualquer infração prevista na Resolução em foco, desde que não seja reincidente.

b) *suspensão do exercício de atividades em entidade de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias*

Esta pena é aplicada tão-somente às pessoas físicas referidas no item anterior, quando venham a reincidir em determinadas infrações previstas no art. 33.

c) *inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidade de previdência complementar, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e instituição financeira, bem como no serviço público*

Da mesma forma que a suspensão, trata-se de penalidade impositiva apenas às pessoas físicas citadas na letra *a*, quando houver nova reincidência nas infrações de que trata a letra *b*, ou quando reincidirem em outras e determinadas infrações previstas no art. 33.

d) multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)

Esta pena, que poderá ser cumulada com as sanções das letras *a* a *c*, é aplicada ao agente responsável, respondendo solidariamente a EAPP.

Não diferentemente do que se dá em relação às EFPP, também aqui os valores básicos da multa ficam muito aquém daquele máximo de R\$ 1 milhão. Em verdade, o art. 33 do normativo ora examinado prevê quatro valores para essa penalidade: R\$ 5 mil (inciso I), R\$ 9 mil (inciso II), R\$ 13 mil (inciso III) e R\$ 17 mil (inciso IV), cada um deles se referindo a específicas e determinadas espécies de infração. Ressalte-se que tais importâncias podem vir a ser acrescidas ou reduzidas, diante das eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes. A única hipótese em que a multa é aplicada, de início, no seu valor máximo, é a do exercício de atividade de previdência complementar por qualquer pessoa, física ou jurídica, sem a devida autorização do órgão competente, inclusive a comercialização de plano de benefícios e a captação ou administração de recursos de terceiros com o objetivo de, direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma. (art. 36)

Lembramos que, com base no inciso IV, *in fine*, da LC 109/2001, os valores de multa previstos na legislação deverão ser periodicamente reajustados de forma a preservar, em caráter permanente, seus valores reais.

O prazo para pagamento da multa aplicada com base na Resolução n. 60/2001 é de quinze dias, contado da data de recebimento da intimação, após o qual o respectivo valor será acrescido dos juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais - acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento -, devendo ainda ser observados os arts. 389 e 406 do Código Civil Brasileiro e o art. 1º do Decreto-lei n. 1025, de 21 de outubro de 1969 (este último declarou extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968).

Além dos acréscimos legais, o não pagamento da multa, no prazo estipulado, implicará inscrição do correspondente crédito em dívida ativa da SUSEP, para conseqüente

execução judicial. (art. 62)

Os critérios para a imposição das penalidades acima vistas, sobretudo no tocante à determinação do seu *quantum*, encontram-se estabelecidos no Título XVI da Resolução 60/2001 (arts. 51 a 56).

Diz o art. 51 que, na gradação da pena, serão consideradas, primeiramente, as circunstâncias *agravantes* e, somente depois, as *atenuantes*. Aqui, diferentemente do que sucede com as EFPP – lá, a ocorrência de agravante exclui a incidência de atenuante -, a legislação permite o concurso entre ambas as circunstâncias.

Consideram-se *agravantes* as seguintes circunstâncias (art. 52):

- a) ter o infrator, comprovadamente, cometido a infração para obter vantagens indevidas;
- b) aproveitar-se o infrator da condição cultural, social ou econômica desfavorável do consumidor;
- c) deixar o infrator, tendo conhecimento da infração, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas conseqüências;
- d) ter a infração ocorrido em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoa portadora de deficiência física, mental ou sensorial, interditado ou não; e
- e) dissimular o infrator a natureza ilícita da infração.

No caso de sanção administrativa de multa, cada agravante eleva o seu valor em R\$ 2 mil; nas hipóteses de suspensão e de inabilitação temporária para o exercício do cargo, cada agravante eleva o prazo da sanção em 60 e em 150 dias, respectivamente.

Sendo reincidente o infrator, a sanção será acrescida do triplo do seu valor ou do triplo do seu prazo. Caracteriza reincidência a prática de nova infração, da mesma natureza, após transitar em julgado a decisão de última instância administrativa que tenha condenado por infração anterior. (art. 54) No entanto, para efeito de reincidência, não será considerada a sanção

anterior cuja data da decisão administrativa transitada em julgado tenha transcorrido há mais de três anos da data da ocorrência da infração posterior. (art. 55)

Por circunstâncias *atenuantes* entende-se (art. 53):

a) ter o infrator utilizado comprovadamente, na tentativa de resolução do conflito de interesses, ouvidoria ou sistema semelhante de atendimento ao consumidor devidamente aprovado pela SUSEP;

b) a ação do infrator não ter sido fundamental para a prática da infração; ou

c) ter o infrator providenciado a correção da infração ou das consequências decorrentes da sua prática até o julgamento do processo em primeira instância.

No caso de sanção administrativa de multa, cada atenuante reduz o seu valor em R\$ 1 mil; nas hipóteses de suspensão e de inabilitação temporária para o exercício do cargo, cada atenuante reduz o prazo da sanção em 37 e em 140 dias, respectivamente.

O art. 56 da resolução contempla a figura da *infração continuada*, ali conceituada como “aquela que pode ser considerada única e que, enquanto não sanada, se projeta no tempo.” Ao mesmo tempo, o parágrafo único do dispositivo reza que “Não se enquadra como infração continuada qualquer infração cujo efeito afete ou possa vir a afetar a solvência da sociedade.”

Já o art. 57 prevê que, se o descumprimento de dispositivo legal ou infralegal ocorrer por motivo de força maior, fica excluída a ilicitude, enquanto o art. 58 estabelece as seguintes hipóteses de extinção da punibilidade:

a) morte do infrator;

b) prescrição administrativa; ou

c) retroatividade de ato normativo que não mais considere infração o fato gerador da sanção.

Finalmente, o art. 65 prescreve que, em regra, o deferimento de qualquer pleito formulado por pessoas físicas ou jurídicas subordinadas à ação fiscalizadora da SUSEP fica

condicionado à inexistência de pendências, a serem definidas por norma editada por aquela autarquia. Para tornar efetiva a implementação da medida, o Departamento de Fiscalização – DEFIS da SUSEP manterá à disposição dos demais Departamentos e do seu Conselho Diretor os registros de antecedentes das pessoas físicas ou jurídicas submetidas à sua fiscalização. (art. 67)

4.5.2.2 Processo Administrativo Sancionador – PAS

No parágrafo único de seu art. 1º, a Resolução CNSP nº 108/2004 define Processo Administrativo Sancionador – PAS como aquele que verse sobre a aplicação de sanções administrativas por infração a dispositivos legais ou infralegais disciplinadores do mercado de seguros, *previdência complementar aberta*, capitalização e corretagem de seguros.

Determina o art. 3º, do mesmo normativo, que na prática dos atos processuais deverá ser observado o princípio da celeridade e da economia processual, “não se formulando exigências que não as estritamente necessárias à elucidação dos fatos.” E, conforme o parágrafo único desse dispositivo, “quando existirem alternativas para a prática de ato processual ou para o cumprimento de exigência, preferir-se-á a menos onerosa para o interessado.” Sem dúvida alguma, contemplou-se aqui, embora com outras palavras, o *princípio da eficiência*, o qual, para Egon Bockmann Moreira (conforme vimos no nº 11 do nosso item 4.3.6), “garante o desenvolvimento de um processo célere, simples, com finalidade predefinida, econômico e efetivo.”⁴³²

Outros princípios processuais aparecem consagrados ao longo do texto da Resolução 108, como buscaremos destacar nesta exposição. Veja-se, por exemplo, o art. 26, onde o *princípio da informalidade* (ou do *formalismo moderado*, como prefere Odete Medauar) se mostra nos seguintes termos: “As irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade, desde que haja, no processo, elementos que permitam saná-las sem cerceamento do direito de defesa.” Quer dizer, sempre que tais vícios puderem ser sanados sem sacrifício do direito de defesa do administrado, bem como da segurança jurídica com que deve revestir-se o processo, não deverá ser proclamada a nulidade do ato – é dizer, o processo deverá seguir avante.

⁴³² Processo Administrativo e Eficiência, *in* As Leis de Processo Administrativo, p. 333.

Também as diretrizes da *oficialidade* e da *verdade material* resultam contempladas no normativo, assim no art. 47: “As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão *serão realizadas de ofício*, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias”, como no art. 70: “Se o Chefe do Departamento competente da Sede da SUSEP ou seu Conselho Diretor considerar insuficientes os elementos constantes dos autos, poderá determinar a realização de diligências na forma e no prazo previsto no § 3º do art. 55 desta Resolução.” É exatamente isto o que informam os princípios aqui citados: i) o da *oficialidade*, que, uma vez instaurado o processo administrativo, devem os órgãos estatais que nele atuam impulsioná-lo de ofício, ou seja, não ficar na dependência de que as partes o façam; e ii) o da *verdade material*, que os órgãos julgadores não se limitem aos argumentos e provas trazidos pelas partes, mas, quando isto lhes parecer necessário ao descobrimento da verdade real, enviem eles próprios todos os esforços no sentido de que outros elementos de prova sejam carreados para os autos do processo.

Como será pormenorizado nas próximas linhas, são três as instâncias administrativas por onde trafega o processo administrativo em questão, sendo elas representadas: a) a primeira, pelos Chefes de Departamento da Sede da SUSEP; b) a segunda, pelo Conselho Diretor da SUSEP; e c) a terceira e última, pelo Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização – CRSNSP. (art. 52)

Inicia-se o PAS, de ofício ou por provocação do interessado, com:

1. o auto de infração;
2. a denúncia; ou
3. a representação.

Vejamos, a seguir, as principais regras concernentes a cada um destes três procedimentos.

1. Auto de Infração - AI

1.1 Finalidade

Presta-se, *in casu*, para formalizar a constatação de infração às disposições legais ou infralegais disciplinadoras do mercado de previdência complementar aberta (art. 31).

Os requisitos formais do AI – muito semelhantes, aliás, aos do auto de infração lavrado contra as EFPP – são elencados no art. 33. Dentre eles, destacamos os seguintes: a) correta qualificação do autuado; b) descrição circunstanciada do fato punível; e c) intimação do autuado, para que cumpra a exigência formulada no AI – em respeito, bem se vê, ao princípio da publicidade.

1.2 Lavratura

Incumbe, privativamente, aos servidores que tenham competência para as atividades de fiscalização (art. 32).

Para infrações de natureza diversa, poderão ser lavrados um ou mais autos de infração, exceto quando os ilícitos decorrerem do mesmo fato e a sua comprovação depender dos mesmos elementos de convicção, hipótese em que se lavrará, apenas, um AI (art. 35).

O AI é emitido em três vias, destinando-se a segunda à intimação do autuado, realizando-se esta (art. 18):

- a) ordinariamente, por via postal, comprovando-se sua entrega pelo Aviso de Recebimento (AR) ou documento similar, com a mesma finalidade, emitido pelo serviço postal;
- b) pela ciência aposta pelo intimado, seu representante ou preposto, em razão de comparecimento espontâneo no local onde tramita o processo;
- c) pessoalmente, pelo servidor a quem for conferida tal atribuição; ou
- d) por edital publicado uma única vez no Diário Oficial da União, se frustradas as tentativas de intimação por via postal e pessoal, decorrentes da constatação de estar o intimado em lugar ignorado ou incerto.

A intimação do autuado é de suma importância sob dois aspectos, pelo menos: 1º) atribui eficácia ao ato praticado pelo servidor da SUSEP, pois os atos administrativos de

obrigatória comunicação ao interessado (e este é o caso) só se consideram eficazes com a adoção desta medida; e 2º) deflagra o início da contagem do prazo para pagamento da multa (se desta penalidade se tratar) ou para impugnação do Auto. Por isso é que o art. 17 da resolução em comento determina que “A intimação mencionará: ... II – o prazo para defesa ou interposição de recurso, quando for o caso”.

Em busca, mais uma vez, da celeridade processual, autoriza o art. 21 a que, no caso de cumprimento de diligências para suprir falha ou omissão detectada em qualquer ato do processo, a intimação se faça por meio de “simples comunicação”, expedida por qualquer meio, inclusive por via postal simples ou transmissão remota de documento, consignando-se, no processo, a providência adotada, com a devida motivação do procedimento, o recibo expedido pelo serviço postal ou pelo próprio equipamento de transmissão remota.

1.3 Do Procedimento em Primeira Instância

O prazo para impugnação do AI é de quinze dias (art. 54), cabendo ao interessado a prova dos fatos que alegar. A contagem desse prazo segue as mesmas regras aplicáveis à do prazo de defesa para as EFPP (veja-se, a propósito, o nº 2 do item 4.4.2.1).

A fim de possibilitar o pleno exercício do direito consagrado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, na fluência do prazo para apresentação de defesa, é facultado ao administrado o exame, a vista ou a extração de cópias de peças dos autos, no local designado na intimação e durante o expediente normal dos órgãos que devam concedê-lo. (art. 54, parágrafo único)

A defesa deve ser deduzida por escrito e dirigida ao Chefe de Departamento competente da Sede da SUSEP, devendo ser instruída com os documentos em que se fundamente (art. 53). Embora, como se vê, a regra seja a de que as provas devam ser apresentadas na impugnação, permite o art. 50 que, a qualquer momento - desde que antes da tomada de decisão – sejam juntados documentos ou pareceres, requeridas diligências e aduzidas alegações referentes à matéria objeto do processo.

Aliás, a resolução sob exame ocupa-se mais do que o Decreto n. 4.942/2003, na

normatização das questões relativas à produção de provas. Em seu capítulo IV, inteiramente dedicado ao tema, inscreveu a regra genérica de que “serão admitidas todas as espécies de prova permitidas em direito”, somente podendo ser recusadas as provas requeridas ou apresentadas pelos interessados (mediante justificativa nos autos, por meio de termo fundamentado em que sejam apontadas, explicitamente, as razões desses atos) quando forem ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou não relacionadas com a atividade realizada pela SUSEP (art. 14).

Decorrente da máxima segundo a qual o ônus de provar o fato recai sobre quem o invoca em seu benefício, o art. 48 ressalta que “cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever do setor responsável de prover a instrução do processo.” Exceção a esta regra a encontramos no art. 49, onde se estabelece que o interessado fica desonerado quanto à(s) respectiva(s) prova(s), sempre que demonstrar que fatos e dados imprescindíveis para o deslinde da controvérsia estão registrados em documentos existentes na própria SUSEP. Em tal hipótese, o setor responsável pela instrução do processo é quem deverá promover, de ofício, a obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Decorrido o prazo para apresentação de defesa, com ou sem manifestação do interessado, o servidor responsável pela instrução do processo elaborará relatório circunstanciado e o remeterá à Procuradoria Geral Federal – PRGER (art. 55), a qual, após efetuar o exame da regularidade e emitir parecer, remeterá os autos para decisão, ao Chefe de Departamento competente da Sede da SUSEP (art. 56).

Proferida a decisão, o interessado dela será intimado (art. 57). Havendo cominação de multa, é facultado ao interessado pagá-la com desconto de um quarto do seu valor, desde que o faça no prazo para recurso e renuncie ao direito de recorrer (art. 58).

1.4 Do Procedimento em Segunda Instância

Havendo recurso da decisão de primeira instância, os autos serão encaminhados para decisão do Conselho Diretor da SUSEP (art. 60).

Em princípio, o recurso - cujo prazo é, também, de quinze dias - não tem efeito suspensivo. No entanto, a autoridade que tenha proferido a decisão poderá, a pedido do

recorrente, atribuir tal efeito ao recurso, ouvida a PRGER, sempre que houver justo receio de prejuízo de difícil e incerta reparação decorrente da execução da decisão (art. 71).

Não será conhecido e não produzirá qualquer efeito o recurso intempestivo ou o que não esteja acompanhado do comprovante de pagamento da integralidade da multa (art. 61), ressalvando-se que, se o recorrente for pessoa física, estará obrigado a pagar o valor máximo de R\$ 10 mil, ficando o restante para ser pago, se for o caso, após decisão do Conselho Diretor.

Há, no particular, essencial diferença em relação ao processo administrativo nas EFPP, pois o normativo em tela fala em *pagamento* da multa, e não em depósito; além disso, tal pagamento deve corresponder à *integralidade* da pena pecuniária, e não a trinta por cento do seu valor.

De todo modo, da decisão que não conhecer do recurso por falta dos requisitos de admissibilidade, caberá recurso ao Diretor da SUSEP, no prazo de quinze dias, contado a partir da data da ciência ou da divulgação oficial da decisão recorrida (art. 73).

Proferida a decisão, pelo Conselho Diretor da SUSEP, o recorrente dela será intimado, até para que, em saindo vencido, exerça o seu direito de recorrer à terceira instância administrativa.

Obviamente, em caso de provimento do recurso, o valor da multa será restituído ao interessado.

1.5 Do Procedimento em Terceira Instância

Havendo recurso da decisão de segunda instância, os autos serão encaminhados para julgamento, em terceira e última instância, do Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização – CRSNSP (arts. 67 e 68).

Conforme o art. 1º de seu Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 2.824, de 27/10/98, o CRSNSP é um órgão colegiado integrante da estrutura básica do Ministério da Fazenda, que tem por finalidade o julgamento, em última instância administrativa, dos recursos de decisões da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP e do IRB - Brasil Resseguros S.A., nos casos especificados nos Decretos-Leis nº 73, de 21 de novembro de 1966, e 261, de 28

de fevereiro de 1967, e na Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, na parte em que dispõe esta última (em lugar da qual, aliás, devemos hoje considerar a LC 109/2001) sobre entidades abertas de previdência privada.

Reza o parágrafo único do art. 11 do referido normativo que “na ausência de dispositivo legal expresso, o prazo para interposição de recurso, sem efeito suspensivo, será de quinze dias.”

O julgamento do recurso ao CRSNSP é precedido de oferecimento de contrarrazões por parte do Procurador da Fazenda Nacional, que pode, antes disso, requerer diligências e esclarecimentos que julgar necessários à completa instrução do processo.

Devidamente relatados e revisados, serão os autos conclusos ao Presidente, que determinará a sua inclusão em pauta.

A decisão do CRSNSP, em forma de acórdão, será assinada pelo relator, pelo Presidente e pelo Procurador da Fazenda Nacional. O resumo da ata de cada sessão será publicado no Diário Oficial da União, destacando o nome dos interessados, o número dos autos sorteados e dos submetidos a julgamento, a decisão e outros fatos relevantes.

Findo o julgamento, os autos serão remetidos ao órgão de origem, para implementação da decisão proferida pelo Conselho.

• • •

Questão que vem recebendo diferente disciplinamento, ao longo do tempo, é a do destino do processo administrativo em curso no momento da decretação de liquidação da EAPP.

A Resolução CNSP n. 60/2001 dizia, em seu art. 61, que: “Decretada a liquidação da sociedade, ficam extintos, sem apreciação de mérito, todos os processos administrativos para aplicação de sanção administrativa cuja decisão ainda não tenha transitado em julgado.” Todavia, a Resolução CNSP n. 108/2004 deu nova redação a esse dispositivo, que agora vige com os seguintes dizeres: “Decretada a liquidação extrajudicial de sociedade seguradora, de capitalização e de entidade de previdência complementar aberta, o processo prosseguirá até o trânsito em julgado da decisão administrativa.”

Evidentemente, a nova solução é diametralmente oposta à anterior, pois, agora, ao invés de extinguir-se, *in continenti*, com o advento da liquidação da EAPP, o processo segue avante, sem solução de continuidade, *até o trânsito em julgado da decisão administrativa*. Daí para frente, e em se tratando de decisão acerca de aplicação de pena de multa, há de observar-se o

disposto nos §§ 1º e 2º do mesmo art. 61, acrescentados pela citada Resolução 108/2004, que assim prescrevem:

§ 1º Após o trânsito em julgado da decisão administrativa que tenha cominado sanção de multa, os autos serão remetidos à PRGER para inscrição do crédito em dívida ativa da SUSEP.

§ 2º A exigibilidade do crédito devidamente constituído será suspensa enquanto perdurar a liquidação extrajudicial.

Como o tempero desse § 2º somente diz respeito à pena de multa, é claro que as decisões relativas às demais penalidades, uma vez transitadas em julgado, são plenamente executáveis mesmo na vigência de liquidação da entidade.

Aliás, quanto à eficácia das manifestações dos órgãos julgadores que atuam no PAS, é de referir-se que o art. 75 da Resolução 108 estabelece que são definitivas as decisões: I) de primeira e segunda instâncias, expirado o prazo para o recurso, sem que este tenha sido interposto; e II) de terceira e última instância. E o parágrafo único desse artigo acrescenta que, na primeira hipótese, mesmo se interposto recurso, são também definitivas as decisões na parte que dele não tenha sido objeto.

Ainda a respeito da eficácia, impõe-se registrar que, em determinadas hipóteses, as decisões do órgão julgador de primeira instância só se tornam executáveis, independentemente de manifestação do interessado, após a devida homologação pelo Conselho Diretor da SUSEP. Nos termos do art. 59 da Resolução 108, tais são os casos:

I – cominação de sanção de cancelamento de registro de corretor de seguros;

II – cominação de sanção de inabilitação temporária para o exercício de cargo;

III – cominação de sanção de qualquer natureza, desde que o processo tenha sido instaurado com base em auto de infração; e

IV – cominação de sanção de multa superior a R\$ 17 mil.

A homologação de que aqui se trata corresponde ao conhecido *recurso de ofício*, ao qual, nos processos administrativos em geral, costuma a legislação obrigar os órgãos

julgadores de primeira instância, sob pena de ineficácia de determinadas decisões por eles proferidas, ainda que estas resultem não resistidas pelo administrado.

Sempre que interposto recurso às decisões exaradas no PAS, poderá o órgão recorrido reconsiderá-las, no prazo de dez dias, caso em que deixará de encaminhar o recurso à instância *ad quem*. (art. 72)

2. Denúncia

Qualquer pessoa estranha à SUSEP, que tiver conhecimento de atos ou fatos que considere infração às disposições legais ou infralegais disciplinadoras do mercado de previdência complementar aberta, poderá apresentar denúncia, para resguardo do seu interesse e da Administração (art. 40).

A denúncia pode ser feita por escrito ou verbalmente, sendo que, na segunda hipótese, será reduzida a termo no setor competente em que for apresentada. Qualquer que seja o modo por que se dê, os requisitos de que deve revestir-se são os do art. 41, a saber:

I – a indicação, com a precisão possível, do infrator, dos fatos e da infração cometida;

II – os documentos e quaisquer outros elementos de prova em que, porventura, se baseie;

III – a qualificação do denunciante ou de quem o represente;

IV – o endereço do denunciante ou outro local para recebimento de comunicação;

V – a data; e

VI – a assinatura do denunciante ou de quem o represente.

Não caracterizam denúncia a consulta e a solicitação de providências ou requerimentos assemelhados, quando inexistentes indícios de violação a dispositivo legal ou infralegal. (art. 43)

Após o registro da denúncia, no setor competente, dá-se início à *fase de mediação*, assim considerada o meio pelo qual os interessados, assistidos pela SUSEP, previnem ou resolvem conflitos (art. 42).

Ultrapassada a fase de mediação e restando indícios de violação a dispositivo legal ou infralegal, o setor competente instaurará o processo e intimará o denunciado, devendo este último ato conter, dentre outros, os seguintes elementos: I – a qualificação do denunciado; II – a qualificação do denunciante; III – a descrição circunstanciada do fato punível; IV – o dispositivo legal ou infralegal infringido e o que lhe comine a sanção; e VI – o prazo para apresentação de defesa. (art. 44)

Daqui em diante, aplica-se a rotina acima examinada, a partir do item 1.3 (*Do Procedimento em Primeira Instância*).

3. Representação

O servidor da SUSEP que verificar a ocorrência de infração às disposições legais ou infralegais disciplinadoras do mercado de previdência complementar aberta, comunicará o fato, em representação circunstanciada, ao seu chefe imediato, que adotará as providências cabíveis (art. 45).

Em essência, difere da denúncia no tocante à pessoa que dá início ao procedimento. Com efeito, enquanto o denunciante será, sempre, *qualquer pessoa estranha à SUSEP* (art. 40), o representante, pelo contrário, há de ser, necessariamente, servidor da superintendência em questão.

Quanto ao aspecto formal do ato sob exame, merece citada o art. 46 da Resolução 108, segundo o qual “a representação será formalizada por escrito, em modelo apropriado, e conterá os seguintes elementos: I) a qualificação do representado; II) a descrição circunstanciada do fato punível; III) o dispositivo legal ou infralegal infringido; IV) os documentos ou quaisquer outros elementos de prova em que se baseie; V) a ocorrência de circunstâncias agravantes e atenuantes, inclusive reincidências; e VI) a assinatura do servidor, a indicação do seu nome por extenso, cargo ou função e o número da matrícula.

Finalmente, lembramos que a representação é um dos modos (os outros são o auto de infração e a denúncia) pelo qual se dá início ao Processo Administrativo Sancionador - PAS, consoante o já mencionado art. 30 da Resolução CNSP n. 108, de 2004.

Capítulo 5

CONCLUSÕES

1. Do comportamento do homem primitivo, consistente na provisão de bens que imaginava seriam-lhe necessários num futuro próximo, até os modernos sistemas de previdência, verificou-se notável aprimoramento de técnica, sem que, todavia, estes últimos hajam perdido a essência daquele – isto é, a necessidade humana de segurança no presente, em relação ao porvir.

2. No Brasil, a previdência privada antecedeu a social, tendo sido esta implantada sob inspiração dos modelos já então existentes daqueloutra.

3. Com o surgimento da previdência social, a previdência privada passou a desempenhar o papel de mero complemento da primeira (do que resultou-lhe a qualificação de *complementar*, empregada até mesmo no texto da atual Constituição Federal), no sentido de que incumbia-lhe pagar benefícios em valores correspondentes à diferença entre a remuneração do segurado, enquanto na ativa, e os valores dos benefícios a ele garantidos pela previdência pública.

4. A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, a previdência privada tornou-se parte integrante do sistema de seguridade social, referido no art. 194 da Magna Carta, diferindo, no entanto, da previdência social no tocante às seguintes características, presentes naquela: é regime *privado*, *complementar*, *autônomo em relação à previdência pública*, *facultativo*, *contratual* e *regido por lei complementar*.

5. Não obstante faça parte do sistema de seguridade social, a previdência privada, face às suas particularidades, não se submete a todos os princípios elencados no parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal. Exatamente, não cumpre os seguintes objetivos:

i) *da universalidade do atendimento*, por não amparar a todas as pessoas acometidas das mesmas necessidades sociais, mas apenas aquelas que aderiram a plano de benefícios operado por uma EPP;

ii) *da distributividade na prestação dos benefícios e serviços*, por não dispensar cobertura mais incisiva às pessoas que possuem maiores necessidades, isto é, por não *distribuir* maior proteção aos mais necessitados, mas, ao invés disso – já que os benefícios são pagos na estrita proporção dos aportes financeiros realizados pelos participantes e/ou pelas empresas patrocinadoras-, acarretar distributividade inversa à que se impõe aos outros setores da seguridade social, uma vez que resultam mais protegidos, pela previdência privada, os que dispõem de maior capacidade econômica;

iii) *da equidade na forma de participação no custeio*, porque, como já dito, os montantes dos aportes financeiros realizados pelos participantes (e/ou pelos respectivos empregadores, na condição de patrocinadores) não são dimensionados em função da capacidade contributiva de cada qual, mas, diretamente, do tipo de plano de benefícios que contrataram. Não possui, destarte, a previdência privada aptidão para reduzir as desigualdades sociais, como sucede, na perfeita visão de Wagner Balera,⁴³³ com os demais setores do sistema; e

iv) *da diversidade da base de financiamento*, pelo simples fato de que ela, a previdência privada, não é financiada por toda a sociedade – trabalhadores, empregadores e Poder Público -, mas tão somente pelo primeiro ou pelo segundo desses atores, ou por ambos, conjuntamente. Quer dizer, o ônus econômico dos planos de benefícios operados pelas EPP é suportado, unicamente, pelos respectivos participantes e/ou seus empregadores.

6. A qualificação de *complementar*, ainda hoje atribuída à previdência privada, não traduz a mesma realidade que a justificava anteriormente à edição da EC nº 20/98, já que, ao ganhar *autonomia* em face do RGPS, o regime privatístico não tem mais aquela função de pagar benefícios em valores iguais à diferença mencionada no item 3. cremos, entretanto, que o *complementar* pode significar a aptidão, do regime do art. 202 da Superlei, para aproximar as pessoas do nível máximo de seguridade almejado, em 1988, pelo constituinte originário.

⁴³³ Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 89.

7. Não concordamos com os que censuram o caráter da facultatividade da previdência privada, pois, tratando-se esta de uma atividade explorada, com exclusividade, pelo particular, sua eventual transformação em regime de filiação obrigatória – como se dá com a previdência social – implicaria a concessão de odioso privilégio a tal setor da economia.

8. Discordamos, igualmente, de que o regime estatuído no art. 202 da Norma Ápice seja tido como de previdência *social*, por não revestir-se aquele das características que, historicamente, vêm sendo mencionadas para compor próprio conceito desta última, sobretudo a de ser a previdência social uma instituição pública e a de o respectivo custeio ser provido não apenas por contribuições dos trabalhadores e dos empregadores, mas, também, por aportes realizados pelo Poder Público. Para o salvamento da tese que não defendemos, teríamos que ver na locução *previdência social*, contida no art. 194 da Magna Carta - e que, antes da Emenda nº 20/98, designava apenas o regime do art. 201 -, como gênero, do qual seriam espécies a *previdência social* em sentido estrito e a previdência privada.

9. A partir da EC nº 20/98, não remanesce dúvida alguma de que as relações jurídicas de previdência privada – tanto as estabelecidas entre participantes e EPP, como entre estas e as empresas patrocinadoras e/ou instituidoras - regem-se pelas normas do Direito Civil. O texto do art. 202 da Constituição Federal é suficientemente claro neste sentido, ao prescrever que tais relações são de índole *contratual* – caracterizando, pois, *negócios jurídicos*, disciplinados pelo direito privado.

10. Por outro lado, a atividade de previdência privada foi posta sob acentuada regulação por parte do Poder Público, compreendendo-se nessa ingerência estatal, dentre outras prerrogativas legais, a própria formulação da política de previdência complementar; a proteção dos interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios; e a fiscalização das EPP e de suas operações, aplicando-se-lhes, quando for o caso, as penalidades cabíveis.

11. A regulação da atividade de previdência privada, mencionada no item anterior, é manifestação do *poder de polícia*, na sua moderna acepção de atividade estatal voltada à limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Assim, por

meio da regulação, o Estado policia a ação das EPP, tendo em mira, em última instância, assegurar que estas estejam sempre dotadas de possibilidade econômica para honrar os compromissos previdenciários assumidos, contratualmente, com a massa de participantes e, indiretamente, seus respectivos dependentes. Este o interesse público que justifica o policiamento do setor, levado a termo pelos órgãos estatais disto encarregados.

12. No exercício do poder de polícia, os órgãos que constituem a *longa manus* do Estado junto às entidades de previdência privada (CNSP, CGPC, SUSEP e SPC, principalmente), devem atuar com obediência aos princípios enunciados, expressamente, no art. 37 da Constituição Federal, bem como às demais diretrizes desse mesmo nível que, manifestas em outros dispositivos do Texto Supremo (ainda que implicitamente) ou na legislação infraconstitucional, vinculam a Administração Pública em geral.

13. Embora os órgãos citados no item anterior não se tratem, formalmente, de *agências reguladoras*, não há negar-se que eles desempenham papel idêntico ao destas autarquias especiais, e, por conseguinte, que sua existência e atuação encontram-se intimamente conectadas com o modo pelo qual, atualmente, o Estado brasileiro intervém na economia: por meio de regulação daquelas atividades do particular, tidas como de interesse público. Isto é, ao invés dele próprio desempenhar tais atividades – como se deu, em inúmeros casos, a partir da segunda e até a penúltima décadas do século XX -, o Estado *concede* que os particulares o façam, com exclusividade, reservando-se, todavia, o poder de exercer a *regulação* desses setores.

14. No direito positivo brasileiro, a fiscalização e a instauração de processo administrativo, nas entidades de previdência privada, encontram o seu fundamento de validade, principalmente, no art. 21 da Constituição Federal e nos arts. 3º, 5º e 66 da Lei Complementar nº 109, de 2001. Deste último diploma, o art. 3º fixa, em grandes linhas, os limites da própria atuação estatal no setor; o art. 5º prevê que a fiscalização será levada a cabo por meio de órgãos definidos em lei; e, por fim, o art. 66 estabelece, expressamente, que as infrações eventualmente cometidas, assim pelas entidades como por certas pessoas físicas a elas ligadas, serão apuradas mediante processo administrativo.

15. O valor que informa os dispositivos citados no item anterior é o interesse público em que a atividade de previdência privada, pelo relevante papel que desempenha nos campos social e econômico, fique sob a tutela jurídica do Estado.

16. A extrema preocupação do legislador complementar, manifesta no texto da LC 109/2001, em regular a previdência privada no país, decorre, em grande parte, do comportamento condenável que, no passado, tiveram muitas entidades que atuaram nesse campo, as quais acabaram por não conceder aos seus respectivos segurados os benefícios a que eles faziam jus em razão das contribuições que verteram aos cofres daquelas.

17. Apesar de extremamente marcante a presença do Estado no campo da previdência privada, não concordamos com os que vêem nesse negócio um misto de público e privado. Como já dito anteriormente, para nós, trata-se de atividade tipicamente privada, decorrendo a superabundante regulação estatal da circunstância de tal atividade ser de peculiar interesse público. Este, a nosso ver, é o que justifica a ingerência leviatânica no negócio em questão.

18. Não se justifica, como bem apontam alguns autores, a existência de distintos órgãos para a *regulação* e a *fiscalização* das entidades. Dentre as inúmeras desvantagens dessa pluralidade, apontamos a ausência de uniformidade entre os procedimentos dos órgãos a que se submetem as EFPP e daqueles a que se vinculam as EAPP - para constatá-lo, basta uma perfunctória leitura comparativa do Decreto nº 4.942/2003 e da Resolução CNSP nº 108/2004.

19. O processo administrativo instaurado pela SPC e pela SUSEP deve obediência aos princípios constitucionais que regem o processo administrativo em geral, sobretudo os princípios da *igualdade*, da *legalidade*, do *devido processo legal*, do *contraditório* e da *ampla defesa*, da *oficialidade*, da *informalidade* e da *verdade material*.

20. Digna de citada, uma vez mais, é a extraordinária preocupação a que fizemos referência no item 13 destas conclusões. O que se espera, todavia, é que, com o correr dos anos, à medida em que a atividade de previdência privada for recuperando e/ou angariando a confiança

da sociedade, possa o Estado afrouxar ou pouco as amarras com que hoje *prende* as entidades que atuam no setor. Se – e quando – isto ocorrer, é de supor que elas, valendo-se da expansão de sua liberdade para atuar, terão ensejo para desempenhar com maior efetividade o relevante papel que lhes cabe no cenário da proteção social no país.

ADENDO

Quando já ultimávamos o texto da presente dissertação, o Executivo Federal fez publicar a Medida Provisória n. 233 (p. 282), de 30 de dezembro de 2004, que promove algumas significativas inovações no âmbito das EFPP, dentre as quais destacam-se as abaixo enumeradas:

1ª) Cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC (art. 1º), uma autarquia de natureza especial dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social, com sede e foro no Distrito Federal e atuação em todo o território nacional, que atuará como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar por elas operado. Será administrada por uma Diretoria Colegiada (art. 4º), composta por um Diretor-Superintendente e quatro Diretores, todos indicados pelo Ministro da Previdência Social;

2ª) Institui a Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar – TAFIC (art. 12), a ser cobrada a partir de 1º de abril de 2005, cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia legalmente atribuído à PREVIC para fiscalização e supervisão das EFPP (que são, por isso mesmo, os sujeitos passivos desse novo tributo); e

3ª) Estabelece que a Secretaria de Previdência Complementar – SPC e o Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC passam a denominar-se, respectivamente, Secretaria de Políticas de Previdência Complementar – SPPC (art. 15) e Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC (art. 16), cabendo ao primeiro atuar como órgão responsável pela proposição das políticas e diretrizes do regime de previdência complementar operado pelas EFPP, e também como órgão de apoio ao Conselho Nacional de Previdência Complementar e ao Ministro de Estado da Previdência Social na função de supervisão das atividades da PREVIC, enquanto o CNPC exercerá a função de órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas EFPP e será responsável pela definição das políticas e diretrizes aplicáveis ao referido regime; e

4ª) Inclui na estrutura do CNPC a Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC, instância especial encarregada de julgar os recursos contra determinadas decisões da Diretoria da PREVIC.

Evidentemente, a MP 233 implica algumas alterações no texto deste trabalho (por exemplo, onde nele se lê “Secretaria de Previdência Complementar”, dever-se-á ler “Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC”).

Todavia, como o art. 53 do referido ato presidencial determina que, enquanto não publicados os regulamentos referentes à entidade e aos órgãos de que tratam os seus arts. 1º, 15 e 16, a SPC e o CGPC continuarão desempenhando suas atribuições, em conformidade com a legislação vigente na data anterior à publicação da MP; ainda, considerando a possibilidade de a Medida Provisória vir a ser rejeitada pelo Legislativo Federal, ou ser convertida em lei com alterações; e, finalmente, levando-se em conta que, até o fechamento desta monografia, os regulamentos mencionados naquele art. 53 não haviam ainda sido editados, optamos por não retificar o texto principal da dissertação, mas, ao invés disto, indicar, neste adendo, como ficaria a redação das respectivas partes que resultaram afetadas pela MP em questão.

Destarte, passamos à demonstração dos reflexos da MP n. 233 no texto de nossa dissertação. Serão indicadas, a seguir, as páginas objeto das alterações, assim como, em cada caso, se se trata de alteração e/ou acréscimo(=) ou de supressão (≠) de texto.

Alterações introduzidas pela MP n. 233, de 30 de dezembro de 2004

pág. 70

= Um pouco menos gritante, no aspecto ora examinado, é a composição do Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, que exerce função semelhante à do CNSP, mas em relação à previdência privada fechada. De fato, conforme o art. 17 da Medida Provisória n. 233, de 30 de dezembro de 2004, o CNPC é integrado: I) pelo Ministro de Estado da Previdência Social, que o presidirá; II) pelo Diretor-Superintendente da PREVIC; III) por um representante: a) da Secretaria de Políticas de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social; b) da Secretaria de Previdência Social do Ministério da Previdência Social; c) do Ministério da Fazenda; d) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; e) dos patrocinadores de

entidades fechadas de previdência complementar; f) de instituidores de entidades fechadas de previdência complementar; g) das entidades fechadas de previdência complementar; e h) *dos participantes e assistidos das entidades fechadas de previdência complementar*. Aqui, apesar de não haver equivalência na participação dos atores (são seis representantes do Governo, contra apenas um dos patrocinadores, um dos instituidores, um das entidades fechadas e um dos participantes e assistidos), a composição do órgão está mais próxima de atender ao objetivo da gestão quadripartite – se bem que nunca passará da mera proximidade, pois, sendo apenas um representante dos participantes e assistidos, não há assento para um representante dos trabalhadores e outro dos aposentados.

pág. 86

⇒ O detalhamento do modo como deverão constituir-se as reservas é encontrado na legislação dos órgãos reguladores – Conselho Nacional de Seguros Privados/CNSP e Conselho Nacional de Previdência Complementar/CNPC.

pág. 174

⇒ Aliás, acrescentamos nós que, como a fiscalização levada a cabo pela SUSEP e pela PREVIC resulta, em muitos casos, na aplicação de penalidades assim às entidades de previdência privada como às pessoas físicas que as administram, a existência de provas quanto aos fatos articulados pelos agentes desses órgãos e, também, o modo pelo qual elas foram produzidas, adquirem significativo relevo, sendo mesmo condição de eficácia, por exemplo, do ato administrativo consistente na lavratura do auto de infração a que se refere o art. 2º do Decreto n. 4.942/2003.

pág. 177 e pag. 178

⇒ Mas o comando estabelece a necessidade de lei para dispor sobre o tal (ou os tais) órgão(s) regulador(es) e fiscalizador(es), a qual, ao menos em relação às entidades abertas, não foi editada até o presente momento. Por isso, no tocante a elas, vem sendo plenamente aplicado o art. 74 da mesma LC, que assim prescreve:

(...)

Quanto às EFPP, temos que a Medida Provisória n. 233, de 30 de dezembro de 2004, estabeleceu que as atividades de *fiscalização* competem à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC (órgão criado pela referida MP), enquanto as de *regulação* cabem ao Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC (nova denominação que a mesma MP atribuiu ao já existente Conselho de Gestão de Previdência Complementar – CGPC).

Então, sumariando: as EFPP são fiscalizadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), vinculada ao Ministério da Previdência Social, enquanto as EAPP, pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), vinculadas ao Ministério da Fazenda. Discorreremos mais detidamente sobre estes órgãos nos itens 4.4.1 e 4.5.1.

O Capítulo V da LC, intitulado “Da Fiscalização”, composto dos arts. 41 a 43, dedica-se, com exclusividade, ao tema aqui enfocado, muito embora esse diploma empregue dezenas de vezes, ao longo de todo o seu texto, a expressão “órgão fiscalizador”, o que evidencia a notável amplitude da atuação da PREVIC e da SUSEP, a que antes nos referimos.

pág. 179

⇒ Dispensável era a inclusão, no texto da lei, da regra contida no § 4º do art. 41: “o disposto neste artigo aplica-se, sem prejuízo da competência das autoridades fiscais, relativamente ao pleno exercício das atividades de fiscalização tributária.” Ora, não parece acreditável que alguém suponha seja a fiscalização levada a cabo pelos auditores da PREVIC ou da SUSEP excludente da competência dos chamados *fiscais tributários*, ou vice-versa, uma vez que tanto a LC 109/2001 como as leis tributárias em geral cuidam de delimitar, devidamente, a área de atuação de cada um de seus órgãos fiscalizadores. A circunstância de os auditores que atuam em nome da PREVIC tratarem-se de Auditores Fiscais da Previdência Social – AFPS, deslocados para o âmbito daquela Superintendência, não deve dar ensejo a confusões.

pág. 180

⇒ (...) O que possibilitará a nomeação de administrador especial será a constatação, pela PREVIC, na administração do plano de benefícios da entidade, de qualquer das hipóteses ensejadoras de intervenção ou de decretação de liquidação, arroladas nos arts. 44 e 48, respectivamente.

(...)

A exemplo do que sucede em relação às auditorias tributárias, levadas a cabo pelos órgãos estatais competentes, cumpre salientar que a fiscalização a cargo da PREVIC e da SUSEP, uma vez deflagrada, põe-se como atividade vinculada, isto é, pautada na legislação de regência, pouca ou nenhuma margem de discricionariedade restando aos servidores daqueles órgãos no desempenho de seu mister.

pág. 191

⇒ No caso do processo administrativo instaurado pelos órgãos fiscalizadores das entidades de previdência privada, a fonte mais importante, depois da Norma Ápice, é a Lei Complementar n. 109/2001, seguida, por força do disposto em seu art. 66, da já citada Lei n. 9.784/99. Como fonte subsidiária, é de ser mencionado também o Código de Processo Civil. E, no plano infralegal, apresentam-se como principais fontes formais os decretos regulamentares (v.g., o Decreto n. 4.942, de 30 de dezembro de 2003) e os atos normativos expedidos pelos órgãos *reguladores* (CNSP e CNPC) e *fiscalizadores* (SUSEP e PREVIC). Por fim, como fontes não formais temos a jurisprudência, a doutrina e, em pequeníssima escala, os costumes.

pág. 200

⇒ Como exemplo de aplicação do princípio em tela ao processo administrativo instaurado no seio da previdência privada, cite-se que, tendo contra si a imputação de uma

infração a dispositivo da LC nº 109/2001, o administrado tem a faculdade de, no prazo assinalado em lei, comparecer perante o órgão acusador (PREVIC ou SUSEP) e impugnar o procedimento. Ser-lhe-á oportunizado, então, contrapor suas razões às expendidas por aquele órgão, isto é, o direito ao contraditório, que, para alguns autores, corresponde ao modo de exercício da ampla defesa.

pág. 229

⇒ Como já exposto alhures, a partir da edição da Medida Provisória n. 233, de 30 de dezembro de 2004, as funções do órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência privada passaram a ser exercidas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC.

Nos termos do art. 1º dessa MP, a PREVIC é uma “autarquia de natureza especial dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social, com sede e foro no Distrito Federal e atuação em todo o território nacional, que atuará como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar ...”.

Dentre as tarefas que competem à PREVIC, elencadas no art. 2º da mesma medida provisória, destacamos as de:

- a) proceder à fiscalização das atividades das EFPC e suas operações, e aplicar as penalidades cabíveis;
- b) expedir instruções e estabelecer procedimentos para aplicação das normas relativas à sua área de competência, de acordo com as diretrizes do Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC;
- c) autorizar a constituição e o funcionamento das EFPC, bem como a aplicação dos respectivos estatutos e regulamentos de planos de benefícios e de suas alterações;
- d) decretar intervenção e liquidação extrajudicial das EFPC, bem como nomear interventor ou liquidante, nos termos da legislação aplicável;

e) nomear administrador especial de plano de benefícios específico, podendo atribuir-lhe poderes de intervenção e liquidação extrajudicial no respectivo plano;

f) decidir, na esfera administrativa, conflitos de interesse entre EFPC e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, assim como dispor sobre os casos omissos; e

g) apurar e julgar as infrações, aplicando as penalidades cabíveis.

A MP n. 233 também cuidou de discriminar, em seu art. 11, as diversas receitas destinadas à manutenção da PREVIC. Dentre elas encontra-se a Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar – TAFIC, instituída no art. 12 do mesmo diploma provisório, nestes termos:

Art. 12. Fica instituída a Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar – TAFIC, que será cobrada a partir de 1º de abril de 2005, cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia legalmente atribuído à PREVIC para fiscalização e supervisão das atividades descritas no art. 2º.

Contribuintes da TAFIC são as próprias EFPP, ao passo que o *quantum* desse novo tributo (porque disto se trata, indubitavelmente), a ser por elas recolhido trimestralmente – até o dia dez dos meses de janeiro, abril, julho e outubro de cada ano -, varia de R\$ 15,00 (quinze reais) a R\$ 2.800.000,00 (dois milhões e oitocentos mil reais), em função do valor em reais dos Recursos Garantidores por plano de benefícios administrado pelas entidades.

pág. 229

✍ Trata-se de órgão integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social, incumbido, além da fiscalização das EFPP, de estimular a criação de planos de previdência complementar e a adesão de novos participantes aos fundos de pensão. De acordo com o item 3.1 do seu “Relatório Anual 2001”, divulgado na internet por meio do *site* da previdência social (www.previdenciasocial.gov.br):

No cumprimento de suas atribuições a SPC orienta e acompanha o funcionamento das EFPC, verificando a regularidade sob os aspectos jurídico, atuarial, contábil e

financeiro, compreendendo este último a aplicação dos recursos disponíveis correspondentes às reservas técnicas, às provisões e aos fundos, feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Para tanto, cabe à SPC (...) propor edição de instruções para a execução dos normativos emanados pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC e promover as atividades de fiscalização (...) Deve, ainda, propor e acompanhar a execução dos regimes especiais instalados nas entidades (liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial) ...

A SPC divide-se em cinco departamentos e uma coordenação geral: Departamento de Fiscalização, Departamento de Análise de Investimentos, Departamento de Análise e Orientação Jurídica, Departamento de Atuária, Departamento de Contabilidade e Coordenação Geral de Projetos Especiais e de Fomento.

Segundo Waldemir Bargieri, à época diretor do Departamento de Fiscalização, a SPC promove duas espécies de fiscalização: a *direta* e a *indireta*. A primeira é orientada no sentido de atuar não somente na apuração de irregularidades, mas também sobre as suas causas, que quase sempre remetem a deficiências de controles internos das entidades. “Assim – afirma o diretor – a Fiscalização Direta deverá avaliar a eficiência e a eficácia da governança e da gestão dos fundos de pensão no gerenciamento dos riscos inerentes aos seus planos previdenciários, de modo a se prevenir a ocorrência de situações que possam afetar sua saúde financeira, ou infringência às normas. (...) Os órgãos de governança e gestão das EFPCs deverão, pois, desenvolver mecanismos de controles internos, adequados ao seu porte e à complexidade de suas operações, capazes de tempestivamente identificar, avaliar, controlar e monitorar os riscos à saúde financeira e ao equilíbrio de seus planos de benefícios.” Já a fiscalização indireta opera-se por meio do processamento de informações diárias fornecidas à SPC pelos fundos de pensão e por seus custodiantes, referentes a toda sua movimentação nos mercados de renda fixa e de renda variável.

São atribuições da Secretaria de Previdência Complementar, conforme o art. 12 do Decreto nº 5.256, de 27 de outubro de 2004:

I - propor as diretrizes básicas para o sistema de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar;

II - harmonizar as atividades das entidades fechadas de previdência complementar com as políticas de desenvolvimento social e econômico-financeira do Governo;

III - supervisionar, coordenar, orientar e controlar as atividades relacionadas com a previdência complementar fechada;

IV - analisar e aprovar os pedidos de autorização para constituição, funcionamento, fusão, incorporação, grupamento, transferência de controle das entidades fechadas de previdência complementar, bem como examinar e aprovar os estatutos das referidas entidades, os regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações;

V - examinar e aprovar os convênios de adesão celebrados por patrocinadores e por instituidores, bem como autorizar a retirada de patrocínio; e

VI - decretar a administração especial em planos de benefícios operados pelas entidades fechadas de previdência complementar, bem como propor ao Ministro de Estado a decretação de intervenção ou liquidação extrajudicial das referidas entidades.

pág. 231

⇒ As atividades de fiscalização das EFPP são executadas, em nome da PREVIC, por Auditores Fiscais da Previdência Social – AFPS, pertencentes ao quadro de carreira da Secretaria da Receita Previdenciária, também vinculada ao Ministério da Previdência Social. Sobre tal atribuição de competência, assim dispõe o art. 8º da Lei n. 10.593, de 6 de dezembro de 2002, na redação que lhe deu a Medida Provisória n. 233:

Art. 8. São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Previdência Social:

I – em caráter privativo:

...

b) relativamente ao regime de previdência complementar operado por entidades fechadas de previdência complementar:

1. executar os procedimentos de auditoria e fiscalização de suas atividades e operações, objetivando ao cumprimento da legislação, bem como lavrar auto de infração ou propor a sua lavratura;

2. examinar a contabilidade das entidades fechadas de previdência complementar e de seus patrocinadores, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 e 1.191 e observado o disposto nos arts. 1.192 e 1.193, todos do Código Civil;
3. aplicar penalidades administrativas ou propor sua aplicação aos agentes responsáveis por infrações objeto de processo administrativo decorrente de ação fiscal, representação ou denúncia, bem como de atividade de administrador especial, interventor ou liquidante; e
4. constituir em nome da PREVIC, mediante lançamento, os créditos decorrentes do não-recolhimento da Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar - TAFIC e promover a sua cobrança administrativa;

...

§ 3º No desempenho de suas atribuições, é assegurado ao Auditor-Fiscal da Previdência Social o livre acesso às dependências e informações dos entes objeto de ação fiscal, na forma da lei, deles podendo requisitar e apreender livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados, caracterizando-se embaraço à fiscalização, punível nos termos da legislação, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo.

pág. 231

✍ A fiscalização das entidades fechadas de previdência privada, estabelecida na Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, será exercida pelos Fiscais de Contribuições Previdenciárias do Instituto Nacional do Seguro Social, devidamente credenciados pelo órgão próprio, sem prejuízo das atribuições e vantagens a que fazem jus, conforme disposto no Decreto nº 1.317, de 29 de novembro de 1994.

Acrescenta, o § 5º do mesmo dispositivo do RPS, que à fiscalização em tela “aplica-se o disposto na Lei nº 8.212, de 1991, neste Regulamento e demais dispositivos da legislação previdenciária, no que couber e não colidir com os preceitos das Leis nº 6.435, de 1977, e 9.717, de 1998.”

Lembrando que, ali onde se lê “Lei nº 6.435, de 1977”, deve-se considerar “Lei Complementar nº 109, de 2001”, porquanto aquela foi por esta revogada, expressamente, constata-se, destarte, que muito do que se acha previsto na Lei nº 8.212/91 e no RPS, acerca das

prerrogativas dos Auditores Fiscais da Previdência Social, tem plena aplicabilidade do tocante à atuação dos mesmos em face das EFPP. Somente não se aplica aquilo que não tiver relação com o aspecto material daquela atuação (o que é óbvio), bem como o que colidir com os preceitos da legislação específica que rege tais entidades.

Assim, no tocante à fiscalização das EFPP, o elenco de prerrogativas dos AFPS corresponde à soma das que lhes conferem assim a legislação sobre previdência privada como a legislação da previdência social (*v.g.*, as estabelecidas no art. 41 da LC 109/2001 e no § 1º do art. 33 da Lei nº 8.212/91, respectivamente).

pág. 232

⇒ 2) instauração de inquérito administrativo, decorrente: *a)* da decretação de intervenção ou liquidação extrajudicial; *b)* do oferecimento de denúncia e representação; e *c)* de atividade de fiscalização levada a efeito pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar.

pág. 237

⇒ Enquanto a lavratura do AI incumbe, como se sabe, ao Auditor Fiscal da Previdência Social – AFPS, o seu julgamento, necessário em face da insurgência do administrado, far-se-á pela Diretoria Colegiada da PREVIC, já que é sua atribuição, nos termos do art. 5º, inciso III, da Medida Provisória n. 233/2004, “decidir sobre as conclusões do relatório final dos processos administrativos, iniciados por lavratura de auto de infração ou por instauração de inquérito administrativo, instaurados para apurar a responsabilidade de pessoa física ou jurídica, por ação ou omissão, no exercício de suas atribuições ou competências, relativa a infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.”

É tal órgão colegiado que decidirá, por exemplo: i) se o auto de infração foi corretamente emitido (*i.e.*, se apresenta os requisitos mínimos estabelecidos no art. 4º); ii) se todas as pessoas tidas por infratoras (caso haja mais de uma) foram notificadas do procedimento; iii) se a impugnação é tempestiva e encontra-se formalizada nos termos do art. 9º; iv) se as razões

da defesa são pertinentes ou meramente protelatórias; v) se há necessidade de realização de perícia, e assim por diante.

Entendendo que o processo encontra-se em termos, o órgão julgador proferirá a sua decisão, que poderá ser num desses sentidos:

...

Nos casos das letras *b* a *d*, a Diretoria Colegiada da PREVIC deverá submeter sua decisão ao Conselho Nacional de Previdência Complementar – CGPC, por força do disposto no art. 16. Estamos diante do conhecido *recurso de ofício*, sempre obrigatório nas decisões administrativas de primeira instância que dêem provimento, no todo ou em parte, à impugnação do administrado.

pág. 238

— Curvando-se, mais uma vez, ao princípio insculpido no art. 5º, LV, da Magna Carta, estabelece o regulamento, em seu art. 13, que “da decisão do Secretário de Previdência Complementar caberá recurso ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar, com efeito suspensivo, no prazo de quinze dias, contado do recebimento da decisão-notificação.” A redação entre aspas é anterior à Medida Provisória n. 233/2004, de modo que, em face das alterações por esta introduzidas em seus arts. 5º, inciso III (já examinados linhas atrás), e 18, devemos ler, em lugar de “Secretário de Previdência Complementar”, PREVIC; e, em lugar de “Conselho de Gestão da Previdência Complementar”, Câmara de Recursos da Previdência Complementar.

Deveras, o art. 18 da medida provisória em apreço tem o seguinte texto:

Art. 18. Somente das decisões da Diretoria da PREVIC decorrentes da aplicação do disposto nos incisos III e IV do art. 5º caberá recurso à Câmara de Recursos da Previdência Complementar, instância especial no âmbito do Conselho Nacional de Previdência Complementar, nos termos do regulamento, composta por servidores federais ocupantes de cargo efetivo designados pelo presidente do referido Conselho.

(...)

O recurso deve ser apresentado à PREVIC, mediante protocolo em uma de suas repartições ou remessa por via postal; até porque, o referido órgão tem, em face das razões expendidas pelo autuado em sua nova insurgência, a prerrogativa de reconsiderar a sua decisão, desde que o faça motivadamente e no prazo de quinze dias, contado do recebimento do recurso.

pág. 239

⇒ De todo modo, o recurso será encaminhado, para julgamento, à Câmara de Recursos da Previdência Complementar, cuja decisão, proferida sob a forma de acórdão, poderá ocorrer num destes sentidos:

pág. 240

⇒ Após a decisão da CRPC (da qual não cabe recurso e cujo teor será publicado no Diário Oficial da União), os autos do processo administrativo retornarão à PREVIC, para as providências que, em cada caso, forem cabíveis.

Obviamente, essa decisão deverá ser comunicada ao autuado, para que se possa considerar eficaz.

pág. 243

⇒ 1. Instauração

Dá-se com a publicação, no Diário Oficial da União, de portaria expedida pela Diretoria Colegiada da PREVIC – que é, portanto, o órgão competente para a prática do ato, nos termos do art. 5º, inciso II, da Medida Provisória n. 233/2004 -, na qual deverá ser designada comissão de inquérito, composta por, no mínimo, três servidores federais ocupantes de cargo efetivo (art. 40).

pág. 244

⇒

3. Defesa

Concluída a instrução, a comissão, considerando as provas produzidas e a defesa apresentada pelo acusado, emitirá relatório conclusivo, a ser submetido a julgamento pela Diretoria Colegiada da PREVIC.

A decisão da referida Diretoria Colegiada, a respeito do relatório, será publicada no Diário Oficial da União, sem prejuízo da notificação do acusado do seu inteiro teor.

4. Recurso

Da decisão referida no final do item anterior cabe recurso à Câmara de Recursos da Previdência Complementar, instância especial no âmbito do Conselho Nacional de Previdência Complementar, na forma e nos prazos assinalados para o processo administrativo decorrente de auto de infração.

A decisão da CRPC é definitiva.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 233, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004

(DOU 31.12.2004)

Cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, altera a denominação do Instituto Nacional do Semi-Árido - INSA, cria e extingue cargos públicos de provimento efetivo e em comissão, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 5º da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º Fica criada a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, autarquia de natureza especial dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social, com sede e foro no Distrito Federal e atuação em todo o território nacional, que atuará como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, observadas as disposições constitucionais, legais e regulamentares.

Art. 2º Compete à PREVIC:

I - proceder à fiscalização das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e suas operações, e aplicar as penalidades cabíveis, nos termos da legislação;

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

III - autorizar:

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

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

c) a celebração de convênios e termos de adesão por patrocinadores e instituidores, e suas alterações, bem como as retiradas de patrocinadores e instituidores; e d) as transferências de patrocínio, grupos de participantes e assistidos, planos de benefícios e reservas entre entidades fechadas de previdência complementar;

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

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

VI - nomear administrador especial de plano de benefícios específico, podendo atribuir-lhe poderes de intervenção e liquidação extrajudicial no respectivo plano, na forma da legislação;

VII - decidir, na esfera administrativa, conflitos de interesse entre entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, assim como dispor sobre os casos omissos;

VIII - apurar e julgar as infrações, aplicando as penalidades cabíveis;

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

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

Parágrafo único. No exercício de suas competências administrativas, compete ainda à PREVIC:

I - deliberar e adotar os procedimentos necessários, nos termos da lei, quanto à:

a) celebração, alteração ou extinção de seus contratos;

b) nomeação e exoneração de servidores;

II - contratar obras ou serviços, de acordo com a legislação aplicável;

III - adquirir, administrar e alienar seus bens;

IV - submeter ao Ministro de Estado da Previdência Social a sua proposta de orçamento;

V - criar escritórios regionais nos termos do regulamento; e

VI - exercer outras atribuições decorrentes de lei ou regulamento.

Art. 3º A PREVIC terá a seguinte estrutura básica:

- I - Diretoria;
- II - Procuradoria Federal;
- III - Coordenações-Gerais;
- IV - Ouvidoria; e
- V - Corregedoria.

Art. 4º A PREVIC será administrada por uma Diretoria Colegiada composta por um Diretor-Superintendente e quatro Diretores, escolhidos dentre pessoas de ilibada reputação e de notória competência, a serem indicados pelo Ministro de Estado da Previdência Social e nomeados pelo Presidente da República.

Art. 5º Sem prejuízo do disposto no art. 2o, ficará, ainda, a cargo da Diretoria Colegiada da PREVIC o exercício das seguintes atribuições:

- I - apresentar propostas e oferecer informações detalhadas ao Ministério da Previdência Social para formulação das políticas e regulação do regime de previdência complementar, operado por entidades fechadas de previdência complementar;
- II - determinar investigações, instaurar inquéritos e aprovar programas anuais de fiscalização no âmbito do regime operado por entidades fechadas de previdência complementar, bem como decidir sobre as penalidades cabíveis;
- III - decidir sobre as conclusões do relatório final dos processos administrativos, iniciados por lavratura de auto de infração ou por instauração de inquérito administrativo, instaurados para apurar a responsabilidade de pessoa física ou jurídica, por ação ou omissão, no exercício de suas atribuições ou competências, relativa a infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar;
- IV - apreciar e julgar, em primeiro grau, as impugnações referentes aos lançamentos tributários da Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar - TAFIC, a que se refere o art. 20;
- V - elaborar e divulgar relatórios periódicos de suas atividades; e
- VI - revisar e encaminhar os demonstrativos contábeis e as prestações de contas da PREVIC aos órgãos competentes.

§ 1º As deliberações da Diretoria Colegiada referentes aos incisos III e IV deste artigo serão adotadas por maioria absoluta.

§ 2º Em relação às demais matérias, as deliberações serão tomadas por maioria simples, presente a maioria de seus membros, cabendo ao Diretor-Superintendente, além do seu voto, o de qualidade.

§ 3º A Diretoria Colegiada poderá, por maioria absoluta, delegar competência a qualquer de seus membros, na forma do regulamento.

§ 4º Considerando a gravidade da infração, o valor da multa aplicada ou do montante do crédito cobrado, a Diretoria poderá delegar as competências relativas aos incisos III e IV deste artigo.

Art. 6º Ao Diretor-Superintendente e aos diretores é vedado o exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária, salvo a de magistério, desde que em horário compatível, observadas as demais disposições legais.

Art. 7º O ex-membro da Diretoria fica impedido, por um período de quatro meses, contados da data de sua exoneração, de prestar serviço ou exercer qualquer atividade no setor sujeito à atuação da PREVIC.

Art. 8º O Ministério da Previdência Social estabelecerá metas de gestão e desempenho para a PREVIC, mediante acordo a ser negociado e celebrado entre o Ministro de Estado da Previdência Social e a Diretoria Colegiada da Autarquia.

§ 1º As metas de gestão e desempenho estabelecidas constituir-se-ão no instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da PREVIC e da avaliação de seu desempenho.

§ 2º As metas referidas no caput terão duração mínima de um ano, sendo periodicamente avaliadas e, se necessário, revisadas.

Art. 9º As metas de gestão e desempenho serão acompanhadas e avaliadas por comissão integrada por representantes da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério da Previdência Social e do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, designados pelo Ministro de Estado da Previdência Social.

Art. 10. Constituem acervo patrimonial da PREVIC os bens e direitos de sua propriedade, os que lhe forem conferidos ou que venha a adquirir ou incorporar.

Art. 11. Constituem receitas da PREVIC:

- I - dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais e adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;
- II - recursos provenientes de convênios, acordos e contratos celebrados com entidades, organismos e empresas, públicas ou privadas, nacionais ou internacionais;
- III - receitas provenientes do recolhimento da TAFIC;
- IV - produto da arrecadação de multas resultantes da aplicação de penalidades decorrentes de fiscalização ou de execução judicial;
- V - doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;
- VI - valores apurados na venda ou locação de bens, bem como os decorrentes de publicações, dados e informações técnicas; e
- VII - outras rendas eventuais.

Art. 12. Fica instituída a Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar - TAFIC, que será cobrada a partir de 1º de abril de 2005, cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia legalmente atribuído à PREVIC para fiscalização e supervisão das atividades descritas no art. 2o.

§ 1º São contribuintes da TAFIC as entidades fechadas de previdência complementar constituídas na forma da legislação.

§ 2º A TAFIC é devida trimestralmente, em valores expressos em reais, conforme tabela constante do Anexo III desta Medida Provisória, e seu recolhimento será feito até o dia dez dos meses de janeiro, abril, julho e outubro de cada ano.

Art. 13. Os valores relativos à TAFIC não pagos na forma e prazo determinados sofrerão os acréscimos de acordo com a legislação aplicável aos débitos em atraso relativos a tributos e contribuições federais.

Parágrafo único. Incidirá multa de mora de vinte por cento sobre o montante resultante da aplicação do § 2º do art. 12, que será reduzida a dez por cento se o pagamento for efetuado até o último dia útil do mês subsequente ao do vencimento.

Art. 14. A TAFIC será recolhida ao Tesouro Nacional, em conta vinculada à PREVIC, por intermédio de estabelecimento bancário integrante da rede credenciada.

Art. 15. A Secretaria de Previdência Complementar, do Ministério da Previdência Social, passa a denominar-se Secretaria de Políticas de Previdência Complementar, que atuará como órgão responsável pela proposição das políticas e diretrizes do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, e também como órgão de apoio ao Conselho Nacional de Previdência Complementar e ao Ministro de Estado da Previdência Social na função de supervisão das atividades da PREVIC.

Art. 16. O Conselho de Gestão da Previdência Complementar, órgão da estrutura básica do Ministério da Previdência Social, passa a denominar-se Conselho Nacional de Previdência Complementar, que exercerá a função de órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar e será responsável pela definição das políticas e diretrizes aplicáveis ao referido regime.

Art. 17. O Conselho Nacional de Previdência Complementar será integrado:

- I - pelo Ministro de Estado da Previdência Social, que o presidirá;
- II - pelo Diretor-Superintendente da PREVIC;
- III - por um representante:
 - a) da Secretaria de Políticas de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social;
 - b) da Secretaria de Previdência Social do Ministério da Previdência Social;
 - c) do Ministério da Fazenda;
 - d) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
 - e) dos patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar;
 - f) de instituidores de entidades fechadas de previdência complementar;

g) das entidades fechadas de previdência complementar; e h) dos participantes e assistidos das entidades fechadas de previdência complementar.

Parágrafo único. As regras de funcionamento do Conselho Nacional de Previdência serão definidas em regulamento.

Art. 18. Somente das decisões da Diretoria da PREVIC decorrentes da aplicação do disposto nos incisos III e IV do art. 5º caberá recurso à Câmara de Recursos da Previdência Complementar, instância especial no âmbito do Conselho Nacional de Previdência Complementar, nos termos do regulamento, composta por servidores federais ocupantes de cargo efetivo designados pelo presidente do referido Conselho.

§ 1º O recurso referido no caput que tenha por objeto discutir a aplicação de penalidade pecuniária somente terá seguimento se o recorrente instruí-lo com a prova do pagamento antecipado a que se refere o § 3º do art. 65 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001.

§ 2º O recurso referido no caput que tenha por objeto discutir o auto de infração relativo à TAFIC, somente terá seguimento se o recorrente instruí-lo com a prova do depósito de trinta por cento do valor devido.

§ 3º Após a decisão final nos processos mencionados nos §§ 1º e 2º, o valor antecipado para fins de seguimento do recurso será:

I - devolvido ao recorrente, se a decisão lhe for favorável, pelo valor atualizado nos termos do caput do art. 13; e

II - convertido em pagamento, devidamente deduzido do valor da exigência, se a decisão for desfavorável ao recorrente.

Art. 19. A Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 8º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Previdência Social:

I - em caráter privativo:

a) relativamente às contribuições administradas pelo Ministério da Previdência Social, por meio da Secretaria da Receita Previdenciária:

1. executar auditoria e fiscalização, objetivando o cumprimento da legislação da Previdência Social, lançar e constituir os correspondentes créditos apurados;

2. efetuar a lavratura de auto de infração quando constatar a ocorrência do descumprimento de obrigação legal e de auto de apreensão e guarda de livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades;

3. examinar a contabilidade das empresas e dos contribuintes em geral, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 e 1.191 e observado o disposto nos arts. 1.192 e 1.193, todos do Código Civil;

4. julgar os processos administrativos de impugnação apresentados contra a constituição de crédito previdenciário;

5. reconhecer o direito à restituição ou compensação de pagamento ou recolhimento indevido de contribuições, quando for necessário o exame da contabilidade da empresa ou quando envolver sigilo fiscal;

6. auditar a rede arrecadadora quanto ao recebimento e repasse; e

7. supervisionar as atividades de orientação ao contribuinte efetuada por intermédio de mídia eletrônica, telefone ou plantão fiscal;

b) relativamente ao regime de previdência complementar operado por entidades fechadas de previdência complementar:

1. executar os procedimentos de auditoria e fiscalização de suas atividades e operações, objetivando ao cumprimento da legislação, bem como lavrar auto de infração ou propor a sua lavratura;

2. examinar a contabilidade das entidades fechadas de previdência complementar e de seus patrocinadores, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 e 1.191 e observado o disposto nos arts. 1.192 e 1.193, todos do Código Civil;

3. aplicar penalidades administrativas ou propor sua aplicação aos agentes responsáveis por infrações objeto de processo administrativo decorrente de ação fiscal, representação ou denúncia, bem como de atividade de administrador especial, interventor ou liquidante; e

4. constituir em nome da PREVIC, mediante lançamento, os créditos decorrentes do não-recolhimento da Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar - TAFIC e promover a sua cobrança administrativa;

c) relativamente aos regimes próprios de previdência social:

1. exercer as atividades de auditoria e fiscalização das entidades e dos fundos dos respectivos regimes;

2. examinar a contabilidade de entidades, fundos e entes públicos que operam os regimes próprios de previdência social, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 e 1.191 e observado o disposto nos arts. 1.192 e 1.193, todos do Código Civil;

3. lavrar auto de infração ou propor a sua lavratura; e

4. aplicar penalidades administrativas ou propor sua aplicação aos agentes responsáveis por infrações objeto de processo administrativo decorrente de ação fiscal, representação ou denúncia e de outras situações estabelecidas em lei;

II - em caráter geral, as demais atividades inerentes às competências do Ministério da Previdência Social e dos órgãos e entidades a ele vinculados.

§ 3º No desempenho de suas atribuições, é assegurado ao Auditor-Fiscal da Previdência Social o livre acesso às dependências e informações dos entes objeto de ação fiscal, na forma da lei, deles podendo requisitar e apreender livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados, caracterizando-se embaraço à fiscalização, punível nos termos da legislação, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo.

§ 4º Quando em exercício no âmbito dos órgãos e entidades vinculados ao Ministério da Previdência Social, os ocupantes dos cargos referidos neste artigo farão jus a todos os direitos e vantagens dos respectivos cargos.” (NR)

“Art. 8ºA. Os concursos públicos para ingresso na Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social poderão ser realizados por área de especialização, observados os seguintes requisitos:

I - fixação, em edital, do número de cargos a serem providos nas áreas de previdência social básica e previdência complementar;

II - aferição no concurso de conhecimentos específicos exigidos para o exercício das atividades de auditoria e fiscalização em cada área de atuação; e

III - estabelecimento de período mínimo de permanência no órgão ou entidade de exercício, a partir da data de investidura no cargo, não inferior a trinta e seis meses, observada a disponibilidade de realocação quando da realização de novo concurso público.

Parágrafo único. Fica autorizada a instituição, no âmbito do Ministério da Previdência Social, do Comitê Supervisor da Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social, com a finalidade de formular propostas e critérios para alocação, remoção, aferição de desempenho, promoção e treinamento dos seus quadros, nos termos do regulamento.” (NR)

Art. 20. Fica o Ministro de Estado da Previdência Social autorizado a fixar o exercício, no âmbito da PREVIC, de trezentos Auditores-Fiscais da Previdência Social, sem prejuízo da percepção da remuneração e das demais vantagens relacionadas ao cargo.

Art. 21. Ficam criadas, para exercício exclusivo na PREVIC, e observados os respectivos quantitativos constantes no art. 22, as carreiras de:

I - Especialista em Previdência Complementar, composta de cargos de nível superior de Especialista em Previdência Complementar, com atribuições voltadas para as atividades especializadas de análise, avaliação e supervisão para fins de autorização a que se refere o art. 33 da Lei Complementar nº 109, de 2001, compatibilização, controle e supervisão do regime de previdência complementar operado por entidades fechadas de previdência complementar com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro do País, bem como à implementação de políticas e à realização de estudos e pesquisas respectivos a essas atividades, preservadas as atribuições e competências da Procuradoria-Geral Federal;

II - Analista Administrativo, composta de cargos de nível superior de Analista Administrativo, com atribuições voltadas para o exercício de atividades administrativas e logísticas relativas ao exercício das competências constitucionais e legais a cargo da PREVIC, fazendo uso dos equipamentos e recursos disponíveis para a consecução dessas atividades;

III - Técnico Administrativo, composta de cargos de nível intermediário de Técnico Administrativo, com atribuições voltadas para o exercício de atividades administrativas e logísticas de nível intermediário relativas ao exercício das competências constitucionais e legais a cargo da PREVIC, fazendo uso dos equipamentos e recursos disponíveis para a consecução dessas atividades.

Art. 22. Ficam criados cento e vinte cargos efetivos de Especialista em Previdência Complementar, cem cargos efetivos de Analista Administrativo e oitenta cargos efetivos de Técnico Administrativo, no Quadro de Pessoal da PREVIC, para provimento gradual, conforme disponibilidade orçamentária e financeira.

Art. 23. O Procurador-Geral Federal definirá a distribuição de cargos de Procurador Federal na Procuradoria Federal de que trata o inciso II do art 3o.

Art. 24. Ficam criados, na Carreira de Procurador Federal de que trata o art. 35 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, regidos pelas leis e normas próprias a ela aplicáveis, cinquenta cargos efetivos de Procurador Federal.

Art. 25. Para os efeitos desta Medida Provisória, consideram-se:

- I - carreira, o conjunto de classes de cargos de mesma profissão, natureza do trabalho ou atividade, escalonadas segundo a responsabilidade e complexidade inerentes a suas atribuições;
- II - classe, a divisão básica da carreira integrada por cargos de idêntica denominação, atribuições, grau de complexidade, nível de responsabilidade, requisitos de capacitação e experiência para o desempenho das atribuições; e
- III - padrão, a posição do servidor na escala de vencimentos da carreira.

Art. 26. As Carreiras a que se refere o art. 21 estão organizadas em classes e padrões, na forma do Anexo I desta Medida Provisória.

Art. 27. O desenvolvimento do servidor nas Carreiras de que trata o art. 21 ocorrerá mediante progressão funcional e promoção.

Parágrafo único. Para fins desta Medida Provisória, progressão é a passagem do servidor para o padrão de vencimento imediatamente superior dentro de uma mesma classe; e promoção, a passagem do servidor do último padrão de uma classe para o primeiro padrão da classe imediatamente superior.

Art. 28. O desenvolvimento do servidor nas Carreiras referidas no art. 21 observará:

- I - o interstício mínimo de um ano entre cada promoção ou progressão;
- II - a competência e qualificação profissional; e
- III - a existência de vaga.

§ 1º A promoção e a progressão funcional obedecerão à sistemática da avaliação de desempenho, capacitação e qualificação funcionais, conforme disposto em regulamento específico da PREVIC.

§ 2º Ressalvado o disposto no § 3º deste artigo, é vedada a progressão do ocupante de cargo efetivo das Carreiras referidas no art. 21 antes de completado o interstício de um ano de efetivo exercício em cada padrão.

§ 3º Mediante resultado de avaliação de desempenho ou da participação em programas de capacitação, o interstício previsto no inciso I deste artigo poderá sofrer redução de até cinquenta por cento, conforme disciplinado em regulamento específico da PREVIC.

Art. 29. Será de quarenta horas semanais a jornada de trabalho dos integrantes das Carreiras a que se refere o art. 21.

Art. 30. A investidura nos cargos efetivos de que trata o art. 21 dar-se-á por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, exigindo-se curso de graduação em nível superior ou certificado de conclusão de ensino médio, conforme o nível do cargo, e observado o disposto em regulamento próprio da PREVIC, de publicação obrigatória no Diário Oficial da União, e a legislação aplicável.

§ 1º Os concursos públicos para provimento dos cargos a que se refere o art. 21 serão propostos pela instância de deliberação máxima da entidade, ouvido o Ministério da Previdência Social, e autorizados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, observada a disponibilidade orçamentária e de vagas.

§ 2º O concurso público será realizado para provimento efetivo de pessoal no padrão inicial da classe inicial de cada carreira.

§ 3º O concurso público observará o disposto em edital da PREVIC, devendo ser constituído de prova escrita e podendo, ainda, incluir provas orais e avaliação de títulos, de acordo com critérios previamente divulgados aos candidatos.

§ 4º O concurso referido no caput deste artigo poderá ser realizado por áreas de especialização, organizado em uma ou mais fases, incluindo, se for o caso, curso de formação, conforme dispuser o edital de abertura do certame, observada a legislação pertinente.

§ 5º O edital definirá as características de cada etapa do concurso público, os requisitos de escolaridade, formação especializada e experiência profissional, critérios eliminatórios e classificatórios, bem como eventuais restrições e condicionantes.

§ 6º Constituirá fase obrigatória do concurso para provimento dos cargos referidos no inciso I do art. 21 curso de formação específica, com efeito eliminatório e classificatório.

Art. 31. Os vencimentos dos cargos das Carreiras de que trata o art. 21 constituem-se de:

- I - vencimento básico e Gratificação de Desempenho de Atividade de Monitoramento da Previdência Complementar - GDPC, para os cargos a que se refere o inciso I do art. 21;

II - vencimento básico, para os cargos de que tratam os incisos II e III do art. 21; e

III - Gratificação de Qualificação - GQ, para os cargos referidos nos incisos I e II do art. 21, observadas as disposições específicas fixadas no art. 38.

Parágrafo único. Os vencimentos básicos dos cargos de que trata o art. 21 são os constantes do Anexo II desta Medida Provisória.

Art. 32. Fica instituída a Gratificação de Desempenho de Atividade de Monitoramento da Previdência Complementar - GDPC, devida aos ocupantes dos cargos a que se refere o inciso I do art. 21, quando em exercício de atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo na PREVIC, no percentual de até trinta e cinco por cento, observando-se a seguinte composição e limites:

I - o percentual de até vinte por cento, incidente sobre o vencimento básico do servidor, em decorrência dos resultados da avaliação de desempenho individual; e

II - o percentual de até quinze por cento, incidente sobre o maior vencimento básico do cargo, em decorrência dos resultados da avaliação institucional.

§ 1º Ato do Poder Executivo disporá sobre os critérios gerais a serem observados para a realização das avaliações de desempenho individual e institucional da GDPC, no prazo de até cento e oitenta dias a partir da data de publicação desta Medida Provisória.

§ 2º Os critérios e procedimentos específicos de avaliação de desempenho individual e institucional e de atribuição da GDPC serão estabelecidos em ato específico da Diretoria Colegiada da PREVIC, observada a legislação vigente.

§ 3º A avaliação de desempenho individual visa a aferir o desempenho do servidor, no exercício das atribuições do cargo ou função, com foco na sua contribuição individual para o alcance das metas institucionais.

§ 4º A avaliação de desempenho institucional visa a aferir o desempenho no alcance das metas institucionais, podendo considerar projetos e atividades prioritárias e condições especiais de trabalho, além de outras características específicas da PREVIC.

§ 5º Caberá à Diretoria Colegiada definir, na forma de regulamento específico, no prazo de até cento e vinte dias a partir da definição dos critérios a que se refere o § 1º deste artigo, o seguinte:

I - as normas, os procedimentos, os critérios específicos, os mecanismos de avaliação e os controles necessários à implementação da GDPC; e

II - as metas, sua quantificação e revisão a cada ano civil.

Art. 33. O titular de cargo efetivo referido nos incisos I a III do art. 21, em exercício na PREVIC, quando investido em cargo em comissão ou função de confiança fará jus à GDPC, nas seguintes condições:

I - ocupantes de cargos comissionados DAS 1 a 4, ou cargos equivalentes, perceberão até o percentual máximo da GDPC exclusivamente em decorrência do resultado da avaliação institucional; e

II - ocupantes de cargos comissionados DAS 5 e 6, ou cargos equivalentes, perceberão a GDPC no seu percentual máximo.

Art. 34. O titular de cargo efetivo referido nos incisos I a III do art. 21 que não se encontre em exercício na entidade de lotação, excepcionalmente, fará jus à GDPC nas seguintes situações:

I - quando requisitado pela Presidência ou Vice-Presidência da República, perceberá a GDPC com base na regra prevista do inciso I do art. 33; e

II - quando cedido para órgãos ou entidades do Governo Federal, distintos dos indicados no caput e no inciso I deste artigo, da seguinte forma:

a) o servidor investido em cargo em comissão de Natureza Especial, DAS 6, DAS 5, ou equivalentes, perceberá a GDPC com base no seu percentual máximo; e

b) o servidor investido em cargo em comissão DAS 4, ou equivalente, perceberá a GDPC no percentual de setenta e cinco por cento do seu percentual máximo.

Art. 35. Enquanto não forem editados os atos referidos nos §§ 1º e 2º do art. 32, e até que sejam processados os resultados da avaliação de desempenho, a GDPC corresponderá a vinte por cento incidentes sobre o vencimento básico de cada servidor.

§ 1º O resultado da primeira avaliação gera efeitos financeiros a partir do início do período de avaliação, devendo ser compensadas eventuais diferenças pagas a maior ou a menor.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se aos ocupantes de cargos comissionados que fazem jus à GDPC.

Art. 36. Para fins de incorporação aos proventos da aposentadoria ou às pensões, a GDPC:

I - somente será devida, se percebida há pelo menos cinco anos; e

II - será calculada pela média aritmética dos percentuais de gratificação percebidos nos últimos sessenta meses anteriores à aposentadoria ou à instituição da pensão, consecutivos ou não.

Art. 37. Os servidores alcançados por esta Medida Provisória não fazem jus à percepção da Gratificação de Atividade - GAE de que trata a Lei Delegada nº 13, de 27 de agosto de 1992.

Art. 38. É instituída a Gratificação de Qualificação - GQ, vantagem pecuniária a ser concedida aos ocupantes dos cargos referidos nos incisos I e II do art. 21, em retribuição ao cumprimento de requisitos técnico-funcionais, acadêmicos e organizacionais necessários ao desempenho das atividades de supervisão, gestão ou assessoramento, quando em efetivo exercício do cargo, em percentual de dez por cento ou vinte por cento do maior vencimento básico do cargo, na forma estabelecida em regulamento.

§ 1º Os requisitos necessários à percepção da GQ abrangem o nível de capacitação que o servidor possua em relação: I - às políticas, diretrizes e estratégias setoriais e globais da PREVIC;

II - aos serviços que lhe são afetos, na sua operacionalização e na sua gestão; e

III - à conclusão, com aproveitamento, das seguintes modalidades de cursos:

a) doutorado;

b) mestrado; ou

c) pós-graduação em sentido amplo, com carga horária mínima de trezentas e sessenta horas-aula.

§ 2º A adequação dos cursos às atividades desempenhadas pelo servidor na PREVIC será objeto de avaliação pelo Comitê Especial para Concessão de GQ, a ser instituído mediante ato de sua Diretoria Colegiada.

§ 3º Os cursos de especialização com carga horária mínima de trezentas e sessenta horas-aula, em área de interesse das entidades, poderão ser equiparados a cursos de pós-graduação em sentido amplo, mediante avaliação do Comitê a que se refere o § 2º deste artigo.

§ 4º Ao servidor com o nível de qualificação funcional previsto no § 1º deste artigo será concedida GQ, na forma estabelecida em regulamento, observados os seguintes parâmetros e limites:

I - GQ de vinte por cento do maior vencimento básico do cargo, até o limite de quinze por cento dos cargos de nível superior providos; e

II - GQ de dez por cento do maior vencimento básico do cargo, até o limite de trinta por cento dos cargos de nível superior providos.

§ 5º A fixação das vagas colocadas em concorrência, com a oferta mínima de setenta e cinco por cento das vagas existentes, e os critérios de distribuição, homologação, classificação e concessão da GQ, serão estabelecidos em regulamento específico.

§ 6º Os quantitativos previstos no § 4º deste artigo serão fixados, semestralmente, considerado o total de cargos efetivos providos em 31 de dezembro e 30 de junho.

Art. 39. Além dos deveres e das proibições previstos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aplicam-se aos servidores em efetivo exercício na PREVIC:

I - o dever de manter sigilo sobre as operações ativas e passivas e serviços prestados pelas entidades fechadas de previdência complementar de que tiverem conhecimento em razão do cargo ou da função, conforme regulamentação da PREVIC;

II - as seguintes proibições:

a) prestar serviços, ainda que eventuais, a entidades fechadas de previdência complementar cuja atividade seja controlada ou fiscalizada pela PREVIC, salvo os casos de designação específica;

b) firmar ou manter contrato com entidades fechadas de previdência complementar;

c) exercer outra atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa, ou direção político-partidária, excetuados os casos admitidos em lei;

d) contrariar deliberações, parecer normativo ou orientação técnica adotados pela Diretoria da PREVIC; e

e) exercer suas atribuições em processo administrativo, em que seja parte ou interessado, ou haja atuado como representante de qualquer das partes, ou no qual seja interessado parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, cônjuge ou companheiro, bem como nas demais hipóteses da legislação, inclusive processual.

§ 1º A não-observância ao dever previsto no inciso I do caput deste artigo é considerada falta grave, sujeitando o infrator à pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, de que tratam os arts. 132 e 134 da Lei nº 8.112, de 1990.

§ 2º As infrações das proibições estabelecidas no inciso II do caput deste artigo são punidas com a pena de advertência, suspensão, demissão ou cassação de aposentadoria, de acordo com a gravidade, conforme o disposto nos arts. 129, 130 e seu § 2º, 132 e 134 da Lei nº 8.112, de 1990.

§ 3º Aplicam-se aos Procuradores Federais em exercício na PREVIC as disposições deste artigo, exceto o disposto na alínea “d” do inciso II.

Art. 40. São pré-requisitos mínimos para promoção às classes dos cargos de nível superior referidos no Anexo I desta Medida Provisória os seguintes:

I - Classe B:

a) possuir certificação em eventos de capacitação, totalizando no mínimo trezentas e sessenta horas, e experiência mínima de cinco anos, ambas no campo específico de atuação de cada carreira; ou b) possuir certificação em eventos de capacitação, totalizando no mínimo duzentas e quarenta horas, e experiência mínima de oito anos, ambas no campo específico de atuação de cada carreira;

II - Classe Especial:

a) ser detentor de certificado de conclusão de curso de especialização de no mínimo trezentas e sessenta horas e experiência mínima de quatorze anos, ambos no campo específico de atuação de cada carreira; ou

b) ser detentor de título de mestre e experiência mínima de doze anos, ambos no campo específico de atuação de cada carreira; ou

c) ser detentor de título de doutor e experiência mínima de dez anos, ambos no campo específico de atuação de cada carreira.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, não se considera o tempo de afastamento do servidor para capacitação como experiência.

Art. 41. Para fins de progressão e promoção na carreira, os ocupantes dos cargos referidos no art. 21 serão submetidos à avaliação de desempenho funcional, que terá seus resultados apurados semestralmente e consolidados a cada doze meses, obedecendo ao disposto nesta Medida Provisória.

§ 1º A PREVIC implementará instrumento específico de avaliação de desempenho, estabelecendo critérios padronizados para mensuração do desempenho de seus empregados, observados os seguintes critérios mínimos:

I - produtividade no trabalho, com base em padrões previamente estabelecidos de qualidade e economicidade;

II - capacidade de iniciativa;

III - cumprimento das normas de procedimentos e de conduta no desempenho das atribuições do cargo; e

IV - disciplina.

§ 2º Os critérios de avaliação serão aplicados e ponderados em conformidade com as características das funções exercidas, sendo considerado insuficiente, para obtenção de progressão ou promoção por merecimento, o desempenho apurado em avaliação que comprove o desatendimento, de forma habitual, de qualquer dos requisitos previstos no § 1º deste artigo.

§ 3º Será dado conhecimento prévio aos servidores dos critérios, das normas e dos padrões a serem utilizados para a avaliação de seu desempenho.

§ 4º É assegurado ao servidor o direito de acompanhar todos os atos de instrução do procedimento que tenha por objeto a avaliação de seu desempenho.

Art. 42. Ficam criados cento e cinquenta cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, que integrarão a estrutura da PREVIC, nos seguintes níveis: um DAS 6, um DAS 5, oito DAS 4, quarenta e dois DAS 3, setenta e quatro DAS 2 e vinte e quatro DAS 1.

Art. 43. Fica o Poder Executivo autorizado a remanejar, transferir ou utilizar os saldos orçamentários do Ministério da Previdência Social, uma vez atendidas as necessidades de reestruturação deste, para fazer frente às despesas de estruturação e manutenção da PREVIC, utilizando-se das dotações orçamentárias destinadas às atividades finalísticas e administrativas, observadas as mesmas ações orçamentárias e grupos de despesas previstos na Lei Orçamentária.

§ 1º Serão transferidos para a PREVIC os acervos técnicos e patrimonial, bem como as obrigações e direitos do Ministério da Previdência Social correspondentes às atividades a ela atribuídas.

§ 2º Os processos administrativos em tramitação no Conselho de Gestão da Previdência Complementar e na Secretaria de Previdência Complementar, do Ministério da Previdência Social, respeitadas as competências mantidas no âmbito das unidades do referido Ministério, serão transferidos para a Câmara de Recursos da Previdência Complementar do Conselho Nacional de Previdência Complementar e para a PREVIC, respectivamente.

Art. 44. Até a definição do quadro de pessoal da PREVIC, os servidores em exercício na Secretaria de Previdência Complementar, a critério do Ministério da Previdência Social, serão cedidos à PREVIC, independentemente da ocupação de cargo em comissão ou função de confiança, sem prejuízo dos direitos e vantagens inerentes aos respectivos cargos efetivos, observado o disposto no art. 8º da Lei no 10.593, de 2002.

Art. 45. As competências atribuídas à Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social, por meio de ato do Conselho de Gestão da Previdência Complementar, do Conselho Monetário Nacional e de decretos, ficam automaticamente transferidas para a PREVIC, ressalvadas as disposições em contrário desta Medida Provisória.

Art. 46. A Advocacia-Geral da União e o Ministério da Previdência Social promoverão, no prazo de cento e oitenta dias, a contar da data de publicação desta Medida Provisória, levantamento dos processos judiciais em curso envolvendo matéria de competência da PREVIC, que sucederá a União em tais ações.

§ 1º A Advocacia-Geral da União peticionará perante o juízo ou Tribunal em que tramitarem os processos mencionados no caput informando a sucessão de partes.

§ 2º Enquanto não for cumprido o disposto no § 1o, caberá à Advocacia-Geral da União acompanhar o feito e praticar os atos processuais necessários.

Art. 47. O inciso XVIII do art. 29 da Lei nº 10.683, de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação: “XVIII - do Ministério da Previdência Social o Conselho Nacional de Previdência Social, o Conselho de Recursos da Previdência Social, o Conselho Nacional de Previdência Complementar e até três Secretarias;” (NR)

Art. 48. Incluem-se entre as entidades fechadas de previdência complementar tratadas nesta Medida Provisória aquelas de natureza pública, referidas no art. 40 da Constituição.

Art. 49. Ficam criados, no âmbito do Poder Executivo Federal, para atender as necessidades dos Ministérios do Esporte, da Defesa, da Ciência e Tecnologia e da Comissão Nacional de Energia Nuclear, quarenta e quatro cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, sendo dois DAS-5, onze DAS-4, treze DAS-3, oito DAS-2 e dez DAS-1, bem como uma Função Gratificada - FG -3.

Art. 50. O Instituto Nacional do Semi-Árido - INSA, criado pela Lei nº 10.860, de 14 de abril de 2004, passa a denominar-se Instituto Nacional do Semi-Árido Celso Furtado - INSA-CF.

Art. 51. Ficam extintos, no âmbito do Poder Executivo Federal, os cargos vagos do Plano de Classificação de Cargos – PCC discriminados no Anexo IV.

Parágrafo único. Ato do Poder Executivo identificará a lotação dos cargos extintos nos termos desta Medida Provisória.

Art. 52. Ficam criados no Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, de que trata a Lei nº 10.480, de 2002, os cargos efetivos discriminados no Anexo V.

Art. 53. Até que sejam publicados os regulamentos referentes à entidade e aos órgãos de que tratam os arts. 1o, 15 e 16, a Secretaria de Previdência Complementar e o Conselho de Gestão da Previdência Complementar continuarão desempenhando suas atribuições, em conformidade com a legislação vigente na data anterior à publicação desta Medida Provisória.

Art. 54. Fica revogado o art. 7º da Medida Provisória nº 222, de 4 de outubro de 2004.

Art. 55. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 30 de dezembro de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Nelson Machado

Amir Lando

BIBLIOGRAFIA

ALMIRO, Affonso. A Conscientização da Previdência Supletiva. In: *A Previdência Supletiva no Brasil*. São Paulo: LTr, 1978, p. 35-52.

ANDREUCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. A Organização Institucional das Entidades Fechadas de Previdência Privada. *Revista de Direito Social* nº 8. Porto Alegre: Notadez, 2002, p. 65-84.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo (texto elaborado a partir da transcrição de palestra proferida sob o mesmo título na PUC-RJ, em 12 de abril de 2000). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 225, pp. 109-129, jul./set. 2001

ARINOS, Afonso. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição – As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo*. São Paulo: LTr, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, p. 153-162, out./dez. 2002.

BALERA, Wagner. Processo Administrativo Previdenciário: Benefícios. São Paulo: LTr, 1999.
_____. *Sistema de Seguridade Social*. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____. Aspectos Jurídicos dos Fundos Multipatrocinados de Previdência Complementar. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 267, p. 133-145, fevereiro 2003.

_____. Sobre Reformas e Reformas Previdenciárias. *Revista de Direito Social*. Porto Alegre: Notadez, n. 12, p. 11-54, 2003.

_____. Reflexões sobre o Reordenamento Normativo da Previdência Complementar. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 108, p. 669-672, novembro 1989.

_____. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARGIERI, Waldemir. A fiscalização da SPC no contexto da supervisão das EFPCs. *Boletim da Secretaria de Previdência Complementar*. Brasília: Ministério da Previdência Social, ano 01, n. 01, out./nov. 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º volume. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*, 8º volume, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONILHA, Paulo Celso B. *Da Prova o Processo Administrativo Tributário*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 1997.

BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

BRODBEKIER, Bruno. Poder Regulamentar da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, p. 141-177, jul./set. 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CARDONE, Marly Antonieta. *Seguro Social e Contrato de Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1973.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASAGRANDE, Laís Maria de Rezende Ponchio. *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99)*. Coord. Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CASSESSE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 1989.

CASSONI, Cesar Augusto. O Sistema de Previdência Complementar. *Estudos em Homenagem ao Professor Wagner Balera*. São Paulo: Moreau-Advogados, p. 74-95, 2004.

CHICÓSKI, Davi. O Princípio da Eficiência e o Procedimento Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 237, p. 93-118, jul./set. 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMPARATO, Fábio. *Para Viver a Democracia*. Brasília: Editora Brasiliense, 1989.

COSTA, Eliane Romeiro. O Benefício Contratado na Seguridade Independente. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 268, p. 239-240, março 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio-São Paulo: Forense.

_____. *Prática do Processo Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Curso de direito administrativo*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DABIN, Jean. *Doctrine Générale del'État*. Bruylant e Sirey, Bruxelas e Paris, 1939.

DAIBERT, Jefferson. *Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho Urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

Dicionário Houaiss da língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 1ª ed., 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

DUPEYROUX, J. J. *Droit de La Sécurité Sociale*. Paris: Dalloz, 6ª ed.

EMERENCIANO, Adelmo da Silva. *Procedimentos fiscalizatórios e a defesa do contribuinte*. Campinas: Copola, 2000.

FERNANDES, Anníbal. Mutualismo: sua origem, sentido e alcance. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 68, p. 387-392, julho 1986.

FERRARI, Augusto Tadeu; FREITAS, Wanderley de. Previdência Complementar dos Instituidores e da União, dos Estados e dos Municípios. *Revista do 24º Congresso Brasileiro dos Fundos de Pensão*. São Paulo: ABRAPP, ICSS e SINDAPP, pp. 32-48, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99)*. Coord. Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Previdência Complementar: Os Limites de Fiscalização e de Regulação*. Brasília: Brasília Jurídica, p. 99-109, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 7-18, jul./set. 1997.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREUDENTHAL, Sergio Pardal. A Previdência Social Pública e Privada. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 262, p. 765-769, setembro 2002.

GORDILLO, Augustin. *Princípios Gerais de Direito Público* (trad. de Marco Aurélio Greco). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

GUERREIRO, Marcelo Fonseca. *Seguros privados: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HORVATH, Estevão. *O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*, 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

JACARD, Pierre. *História Social do Trabalho*. Lisboa: Livros Horizonte, 2ª ed. Tomo III, 1971.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LEITE, Celso Barroso. Previdência Social e Previdência Privada. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 67, p. 335-339, junho 1986.

_____. Um Século de Previdência Social. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 36, p. 7-15, julho-agosto 1983.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (trad. de Alfredo Gallego Anabitarte). Ariel, 1986.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Reforma Administrativa: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINS, James. *Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário*. São Paulo: Dialética, 1998.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Subsídios à Pré-História da Previdência Social Brasileira. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: Editora Previdenciária, n. 16, p. 37-59, 1980.

_____. *A Seguridade Social na Constituição Federal*. 2ª edição. São Paulo: LTr, 1992.

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

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

_____. *Curso de Direito Previdenciário: Direito Previdenciário Procedimental*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Princípios de Direito Previdenciário*, 4ª edição. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. Tomo II – Plano de Benefícios, 6ª edição. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Ana Paula Oriola. O Princípio da Equidade: Um dos Pilares do Sistema de Seguridade Social. *Estudos em Homenagem ao Professor Wagner Balera*. São Paulo: Moreau-Advogados, p. 13-16, 2004.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O Conceito Científico de Processo Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 235, p. 321-381, jan./mar. 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *A constitucionalização das regras da Administração Pública e o controle do Poder Judiciário*. Endereço na internet: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5618&p=2>, acessado em 11/12/2004.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Cláudio Ari. Fragmentos Teóricos sobre a Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 235, p. 93-116, jan./mar. 2004.

MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001.

MELLO, Rafael Munhoz. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei n. 9.784/99. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 227, p. 83-104, jan./mar. 2002.

MENTE, Paulo. *Curso de Direito Previdenciário: Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira* (coordenação de Wagner Balera), 4ª edição. São Paulo: LTr, 1998.

MONTEIRO, Meire Lucia Gomes. Os Trabalhadores e a Fiscalização dos Fundos de Pensão. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 253, p. 879-880, dezembro 2001.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, Livro XI, Capítulo IV. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. *As Leis de Processo Administrativo* (coord. Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz). São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Uma Nova Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, p. 179-182, abr./jun. 2000.

NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ODDONE, Guillermo A. *Administración y División de Poderes*. Montevideu: Julio César Faíra Editor, 1995.

OLIVEIRA, Aldemir de. *A Previdência Social na Carta Magna*. São Paulo: LTr, 1997.

OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *A Previdência Social Brasileira e a sua Nova Lei Orgânica*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1961.

_____. *Previdência Social*. Manuais Freitas Bastos, 1987.

PEREIRA, Eliezer. *Direito Administrativo Democrático*. Endereço na internet: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=316>, acessado em 11/12/2004.

PERES, Jesus Gonzalez. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 2ª edição. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

PERSIANI, Mattia. *Diritto della Previdenza Sociale*. 12ª ed. Padova: Cedam, 2002.

PESSOA, Robertônio Santos. *Administração e Regulação*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Direito Administrativo moderno: a busca de um novo eixo central* <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3225>, acesso em 11/12/2004

PINTO, Bilac. *Regulamentação Efetiva dos serviços de Utilidade Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

PIRES, Lílían Regina Gabriel Moreira. *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99)*. Coord. Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PORTA, Marcos. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

PORTUGAL, Flávio Jahrmann. A Natureza Jurídica da Previdência Privada. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 118, p. 517-518, setembro 1990.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência Privada: Filosofia, Fundamentos Técnicos e Conceituação Jurídica*. São Paulo: FUNENSEG, 1985.

_____. *Previdência Privada: Planos Empresariais*. Segundo volume. Fundação Escola Nacional de Seguros, 1991.

RAMOS, Maria Cibele de Oliveira. As Entidades Fechadas de Previdência Privada e os Planos de Benefícios. *Revista de Direito Social*. Porto Alegre: Notadez, n. 7, p. 99-110, 2002.

RÁO, Vicente. *As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo*. São Paulo: Max Limonad, 1966.

REIS, Adacir. Temas Centrais da Nova Legislação. *Fundos de Pensão em Debate*. Brasília: Brasília Jurídica, p. 15-36, 2002.

REIS, Ernesto José Pereira dos. A Previdência Privada Aberta. *Curso de Direito Previdenciário (Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira)*. 4ª Ed. São Paulo: LTr, p. 117-144, 1998.

_____. O Papel Supletivo da Previdência Privada. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 72, p. 647-659, novembro 1986.

RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. *Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2000.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo* (trad. portuguesa de Doutor Rogério Ehrhardt Soares). Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997.

RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*, volume 3, 28ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Forense; Pelotas: Universidade de Pelotas, 1979.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Estudos sobre a Teoria da Boa-Fé Objetiva. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, nº 68, pp. 16-38, jan./abr. 2002.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I, 3ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

SANT'ANNA, Valéria Maria. *Direito Constitucional*. São Paulo: Edipro, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º volume, 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁCITO, Caio. Agências Reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 221, 1-5, jul./set. 2000.

_____. Princípio de Legalidade e Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 227, 39-45, jan./mar. 2002.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TEIXEIRA, Raul. *Seguro, Previdência Privada e Capitalização: Uma Visão Institucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TODESCHINI, Remígio. *Gestão da Previdência Pública e Fundos de Pensão*. São Paulo: LTr, 2000.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Os Princípios do Processo Administrativo Fiscal. *Processo Administrativo Fiscal* (coord. Valdir de Oliveira Rocha). São Paulo: Dialética, 4º vol., 1999.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Boa fé e a Administração Pública: um sistema de fundamentos óbvios*. Site na internet: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4558>, acesso em 11/12/2004.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. *O princípio constitucional da impessoalidade e a privatização dos espaços públicos*. Site na internet: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4099>, acessado em 11/12/2004.

_____. *O princípio constitucional da moralidade e o nepotismo*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4101>, acessado em 11/12/2004.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Manual de Direito Previdenciário Privado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Previdência Privada*. 2ª edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.