

Estudos sobre a previdência complementar e saúde suplementar

VOLUME 2



○ **IPCOM - Instituto Brasileiro de Previdência Complementar e Saúde Suplementar** é uma associação civil sem fins lucrativos de caráter científico, que **promove o debate** sobre os sistemas de previdência complementar e saúde suplementar.

Reunimos especialistas da área jurídica, economistas, atuários, profissionais da área de investimentos, entre outros, para buscar o **desenvolvimento** e o fortalecimento desses sistemas através do estudo e do debate.

ÍNDICE

AUTORES	05
<hr/>	
A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E A SAÚDE SUPLEMENTAR DIANTE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	12
POR: WAGNER BALERA E ANA PAULA ORIOLA DE RAEFFRAY	
<hr/>	
REFLEXÕES SOBRE A TEORIA DA IMPREVISÃO E O CONTRATO PREVIDENCIÁRIO PRIVADO NO CONTEXTO DA PANDEMIA	25
POR: LYGIA AVENA	
<hr/>	
ANÁLISE JURÍDICA DAS MEDIDAS PRUDENCIAIS PREVENTIVAS DA PREVIC	38
POR: DANILO RIBEIRO MIRANDA MARTINS	
<hr/>	
GOVERNANÇA EM TEMPOS DE CRISE (E POR CAUSA DELA)	50
POR: APARECIDA RIBEIRO GARCIA PAGLIARINI	
<hr/>	
SANÇÕES PECUNIÁRIAS DA LGPD ÀS EFPC: TERIA O LEGISLADOR CRIADO UM “MULTIVERSO” DA RESPONSABILIDADE CIVIL?	62
POR: PEDRO HENRIQUE DE VASCONCELLOS	
<hr/>	
“PLANOS FAMÍLIA”: COMEÇA UMA NOVA ERA ENTRE ASSOCIAÇÕES DE APOSENTADOS E FUNDOS DE PENSÃO?	89
POR: JORGE FAIAD	
<hr/>	
SEGURO DE VIDA E A HIPÓTESE DE SUICÍDIO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO E DA CIÊNCIA ATUARIAL	107
POR: JOÃO MARCELO BARROS LEAL MONTENEGRO CARVALHO E RODOLFO DOS SANTOS BRAUN	
<hr/>	
INVESTIMENTOS EM ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR ABERTAS E FECHADAS À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019	125
POR: MARCELO NEVES E FABIANA LOPES DA SILVA	
<hr/>	

EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO PRUDENCIAL NA SAÚDE SUPLEMENTAR E SEUS EFEITOS	135
POR: ISAMARA SILVA COTA E FABIANA LOPES DA SILVA	
<hr/>	
FUNDOS DE INVESTIMENTOS EM PREVIDÊNCIA	147
POR: CARLOS HENRIQUE NERIS NOSSA, FABIANA LOPES DA SILVA, GEORGE ANDRÉ WILLRICH SALES E RODOLFO LEANDRO DE FARIA OLIVO	
<hr/>	
O INSTITUTO DO RESGATE DE CONTRIBUIÇÕES APORTADAS AOS PLANOS DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS OFERTADOS POR ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (EFPP) E A QUESTÃO DO PRAZO PARA EXERCÍCIO DESSE DIREITO	161
POR: CARLOS LONEL	
<hr/>	
TECNOLOGIA SERÁ DETERMINANTE PARA A SOBREVIVÊNCIA DO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR	178
POR: FRANCO MAURO RUSSO BRUGIONI	
<hr/>	
PREMISSAS ATUARIAS EM FUNDOS DE PENSÃO: ASPECTOS CONCEITUAIS	181
POR: FABIANA LOPES DA SILVA E BETTY LILIAN CHAN	
<hr/>	
O MODELO DO SUS COMPROVA QUE A DEMOCRACIA COM PROTEÇÃO SOCIAL É POSSÍVEL	194
POR: ANA PAULA ORIOLA DE RAEFFRAY E PIERRE MOREAU	
<hr/>	
LGPD - ALGUNS COMENTÁRIOS E APONTAMENTOS A NOVA LEI	199
POR: MAGALI ZELLER	
<hr/>	
O EMPRÉSTIMO CONSIGNADO OFERTADO PELAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR AOS SEUS PARTICIPANTES	203
POR: ELENICE PEDROZA E EDUARDO HENRIQUE LAMERS	

AUTORES



Wagner Balera

Presidente e diretor IPCOM

Professor Titular de Direitos Humanos e Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos na PUC de São Paulo. Graduado em Direito, com Mestrado em Direito Tributário, Doutorado em Direito das Relações Sociais e Livre-Docência em Direito Previdenciário. Membro da Academia Paulista de Direito, da Academia Paulista de Letras Jurídicas, da Academia Nacional de Seguros e Previdência, da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social e da Academia Brasileira de Direito Tributário. Coordenador da Revista Brasileira de Direitos Humanos.



Ana Paula Oriola de Raeffray

Diretora e Membro do Conselho Deliberativo do IPCOM

Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC de São Paulo. Professora dos cursos de pós-graduação da PUC de São Paulo e da Uniabrapp. Árbitra da CAMES – Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada. Sócia do escritório Raeffray Brugioni Advogados em São Paulo.



Lygia Avena

Advogada graduada pela PUC/RJ, pós graduada em Direito Empresarial, com MBA em Administração pelo IBMEC. Foi gestora executiva jurídica dos Fundos de Pensão Valia e Petros, membro da CRPC - Câmara de Recursos da Previdência Complementar e Coordenadora da Comissão Técnica Nacional de Assuntos Jurídicos da Abrapp - Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. É Consultora, Gestora Jurídica e Professora da UniAbrapp, ICDS - Instituto Connect de Direito Social e Professora convidada de outros cursos de especialização e pós graduação em Previdência Complementar. É sócia fundadora de Avena Advogados Associados, Conselheira do IPCOM, Árbitra em Previdência Complementar e profissional certificada pelo Instituto de Certificação dos Profissionais de Seguridade Social - ICSS.



Danilo Ribeiro Miranda Martins

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União, árbitro e mediador extrajudicial, mestre em Direito Previdenciário pela PUC-SP, especialista em Direito Previdenciário, Gestão Previdenciária e Previdência Complementar pelo UniCEUB e MBA em Finanças pelo IBMEC. Sócio-fundador da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada - CAMES Brasil. Membro do conselho editorial da Revista Síntese - Direito Previdenciário (IOB). Diretor do Instituto Brasileiro de Previdência Complementar e Saúde Suplementar - IPCOM. Autor do livro Previdência Privada: Limites e Diretrizes para a Intervenção do Estado. Membro consultor da Comissão Especial de Previdência Complementar da OAB-SP. Professor de regime repressivo no MBA em Economia e Gestão: Previdência Complementar da FGV-DF.



Aparecida Ribeiro Garcia Pagliarini

Advogada formada pela Universidade de São Paulo, é sócia fundadora do escritório Pagliarini e Morales Advogados Associados. É consultora de entidades fechadas de Previdência Complementar e membro do Conselho Deliberativo da OABPREV São Paulo, árbitro da Comissão PREVIC-CMCA e da CAMES, sócia do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) e instrutora de cursos da Uniabrapp - Universidade Corporativa da Previdência Complementar.



Pedro Henrique de Vasconcellos

Advogado, bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Especialista em Direito Societário e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Sócio do escritório Balera, Berbel & Mitne Advogados. Militante no segmento de previdência complementar e mercado de capitais desde 2012.



Jorge Faiad

Advogado especialista em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Direito Processual Civil pela UDF – Centro Universitário, atuou por mais de quinze anos como assessor jurídico de diretoria executiva e procurador de entidades fechadas de previdência complementar de médio e grande porte. Participou como membro da Comissão Técnico-jurídica da Região Centro-norte da Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (Abrapp) e da Comissão de Seguridade Social da OAB/DF. É professor de cursos de pós-graduação em previdência complementar, participante convidado da Comissão de Direito Previdenciário do Conselho Federal da OAB e presidente da Comissão de Previdência Complementar da OAB/DF.



João Marcelo Barros Leal Montenegro Carvalho

Advogado, Atuário e com MBA em Administração Financeira. Milita no segmento de previdência complementar desde 2006, acumulando experiências em fundo de pensão multipatrocinado e consultorias atuariais. Atualmente, é consultor no escritório Santos Bevilaqua Advogados. É também diretor do Instituto Brasileiro de Atuária, professor de cursos de extensão e de pós-graduação na Fundação Instituto de Administração – FIA e na Uniabrapp e membro da Comissão Nacional de Atuária da Previc e da Comissão Especial de Previdência Complementar da OAB/DF.



Rodolfo dos Santos Braun

Membro da Associação Internacional de Direito de Seguro (AIDA) e da Comissão de Direito Securitário OAB/SP. Mestrando em Direito de Negócios e Especialização em Direito Empresarial na Fundação Getúlio Vargas – FGV de São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.



Marcelo Neves

Mestre em Controladoria e Finanças, pós-graduação em Economia , pós-graduação em Administração Financeira, graduado em Ciências Contábeis. Professor em cursos de pós-graduação e MBA, Educação Executiva e treinamentos “in company”. Possui 30 anos de experiência profissional nas áreas financeira, controladoria, previdência, seguros e mercado de capitais adquiridos em big four, empresas multinacionais e fundos de pensão. Atualmente é sócio da MRN Serviços Financeiros e consultor sênior da NETInvest, atuando em consultoria nos mercados de previdência privada, “endowments funds” e finanças comportamentais.



Fabiana Lopes da Silva

Graduada em Ciências Contábeis pela USP, em Ciências Atuariais pela PUC-SP, MBA em Gestão Atuarial e Financeira pela FIPECAFI e doutora em Controladoria e Contabilidade pela USP. Professora do Mestrado Profissional em Controladoria e Finanças da Faculdade FIPECAFI, do Departamento de Atuária e Métodos Quantitativos da PUC-SP e do IBMEC. É pesquisadora do núcleo de docentes permanentes do Mestrado Profissional em Controladoria e Finanças da Faculdade FIPECAFI. Desenvolve projetos de consultoria na área financeira, contábil e atuarial. É assistente técnica em demandas judiciais, Diretora de Normas Internacionais de Contabilidade na ANEFAC e Membro do CODIM (Comitê de Orientação para Divulgação de Informações ao Mercado) representando a ANEFAC.



Isamara Silva Cota

Graduada em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Faculdade do Noroeste de Minas, em Ciências Contábeis pela Faculdade do Noroeste de Minas, MBA em Gestão de Cooperativas de Saúde - Controladoria pelo Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto/Fundação Unimed, MBA em Controladoria, Auditoria e Finanças pela Faculdade Pitágoras e Mestrado Profissional em Controladoria e Finanças pela Faculdade FIPECAFI.



Carlos Henrique Neris Nossa

Consultor Sênior na PwC. Bacharel em Ciências Contábeis pela FUCAPE Business School e mestre em Controladoria e Finanças pela Faculdade Fipecafi.



George André Wilrich Sales

Professor do Mestrado Profissional em Controladoria e Finanças, dos Cursos de MBA, dos Cursos In Company, da Graduação e ex-coordenador do Curso de Graduação em Ciências Contábeis da Faculdade FIPECAFI. Professor da Escola de Negócios FIA e do IBMEC. Professor visitante da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Graduado em Processamento de Dados pela Faculdade de Tecnologia da Baixada Santista (FATEC-BS), em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES) e em Ciências Contábeis pela USP. MBA em Conhecimento, Tecnologia e Inovação pela FIA/USP. Mestre em Contabilidade e Controladoria pela USP (linha de Mercado Financeiro e Finanças). Doutor em Administração de Empresas na Universidade Presbiteriana Mackenzie (linha de Finança). Atuou por 11 anos em Instituições Financeiras (Nacional e Internacional).



Rodolfo Leandro de Faria Olivo

Doutor e Mestre em administração pela FEA-USP, possui pós-graduação em finanças pela EPGE-FGV e graduação em Administração de Empresas pela EAESP da Fundação Getulio Vargas - SP. É professor da FFIA - Faculdade FIA de Administração e Negócios na Graduação e do Mestrado Profissional em Gestão de Negócios. Vencedor por duas vezes do prêmio de melhor trabalho acadêmico do ano sobre franquias pela Associação Brasileira de Franchising (ABF) pela sua tese de doutorado (2015) e pela sua dissertação de mestrado (2012). Foi consultor de empresas na McKinsey&Company, executivo em empresas de telefonia celular, energia elétrica e de educação. Colabora em temas como: estratégia, franquias, empreendedorismo e finanças com as revistas PEGN - Pequenas Empresas & Grandes Negócios, Superinteressante, Você S/A e Jornal DCI.



Carlos Renato Lonel Alva Santos

Mestrando em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil e Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Relator da Quarta Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo (OAB/SP). Advogado, atualmente no exercício da função de Gerente Jurídico da Entidade Fechada de Previdência Complementar Metrus – Instituto de Seguridade Social.



Franco Mauro Russo Brugioni

Bacharel em Direito pela instituição Faculdades Metropolitanas Unidas – São Paulo/ SP Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Fundação Getúlio Vargas em São Paulo/ SP. Ordem dos Advogados do Brasil – secção São Paulo/SP (2000), Associação dos Advogados de São Paulo/SP (2000), Assessor e Relator da Terceira Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – secção São Paulo/ SP.



Betty Lilian Chan

Doutora e Mestre em Controladoria e Contabilidade pela Universidade de São Paulo (USP). MBA em Gestão Atuarial e Financeira pela FIPECAFI/USP. Graduação em Ciências Contábeis pela USP e Graduada em Ciências Atuariais pela PUC-SP. Professora da Faculdade FIPECAFI.



Pierre Moreau

Sócio Fundador da Moreau | Advogados e do Conselho Diretor da Casa do Saber - SP. Membro do Conselho Fiscal do Hospital Sírio Libanês. Árbitro na ICC - International Chamber of Commerce. Membro do Corpo Permanente de Árbitros da Câmara do Mercado (CAM) | B3. Árbitro da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem a Fundação Getulio Vargas. Membro da IBA - International Bar Association. Membro do Conselho de Direito do Insper - SP.

Professor no INSPER - SP. Mestre e Professor Doutor em DIREITO pela PUC - SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor Visitante na ST GALLEN UNIVERSITY, na Suíça.



Magali Rodrigues Zeller

Sócia e Consultora na AT Service Engenharia e Consultoria Atuarial Ltda., desde 1993. Graduada em Ciências Atuariais pela PUC- SP e Ciências Contábeis pela Faculdade Oswaldo Cruz. Especialização em Estatística pela USP, MBA em Gestão de Saúde pela FAAP, estágio na Fundação Kaiser Permanente em Oakland-Califórnia (EUA), com 9,3 milhões de beneficiários de planos de saúde, 167.300 empregados, 14.600 médicos, 37 centros médicos por reembolso, 611 centros médicos e 431.000 consultórios médicos.



Elenice Pedroza

Advoga, profissional certificada pelo ICSS – Instituto de Certificação dos Profissionais de Seguridade Social. Mestre en Dirección y Gestión de Planes y Fondos de Pensiones pela Organización Iberoamericana de Seguridad Social (Universidad de Alcalá – Madrid); Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí; e Mestre en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante (Espanha). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdades Integradas do Brasil, Pós-graduada em Direito pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Secretária Geral do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Secretária da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/PR. Possui artigos publicados. Professora e Conferencista.



Eduardo Henrique Lamers

Advogado. MBA em Previdência Complementar Fechada.. Diretor de Previdência do Fundo de Previdência Mais Futuro. Consultor Jurídico da ABRAPP e da CONECTA. Consultor Jurídico de Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Conselheiro Deliberativo da OABPrev/PR. Conselheiro Fiscal da PREVIPAR.

A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E A SAÚDE SUPLEMENTAR DIANTE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

**Por: Wagner Balera
Ana Paula Oriola De Raeffray**

1. INTRODUÇÃO

As virtudes da inteligência artificial (IA) e da robótica são, sem dúvida, inúmeras, nas mais diversas áreas. Segundo renomados especialistas a IA “já está reinventado a economia digital e, em breve, reconfigurará a economia física. Os objetivos do início século XXI para IA incluem ajudar máquinas autônomas a navegarem pelo mundo físico e ajudar os seres humanos e os computadores a se inter-relacionarem”.¹

De outra face, esses mesmos estudiosos da matéria alertam que “o funcionamento dos algoritmos de aprendizado automático ainda é muito obscuro para a maioria das pessoas, e esses mecanismos podem refletir preconceitos socialmente indesejáveis que precisarão ser corrigidos. As previsões de longo prazo dizem que não devemos subestimar as ameaças existenciais se o alinhamento entre os valores da IA e os valores humanos fracassar. Elas também advertem sobre os riscos de segurança cibernética que poderão ocorrer se os criminosos conseguirem hackear ou confundir os aplicativos de IA. Os pesquisadores, portanto, estão atualmente nos chamando para discussão de quadros éticos e de valores que orientem o desenvolvimento e a implementação da IA e da robótica”.²

Nas áreas que interessam a este trabalho – previdência complementar e saúde suplementar - os avanços da IA e da robótica já são perceptíveis.

Na área de saúde, por exemplo, os diagnósticos já contam com a ajuda

da IA, a qual, mediante análise de dados, possui a capacidade de indicar as probabilidades de determinada doença e as terapias aplicáveis, possibilitando tratamentos personalizados.

Na previdência complementar, a presença da IA já é realidade, ainda que de maneira tímida no Brasil, na concessão dos benefícios e na decisão de investimentos, posto que o mercado financeiro já conta com IA para analisar a rentabilidade futura de determinados investimentos, bem como para administrar investimentos. No EUA, já são aproximadamente 750 milhões de dólares administrado por robôs.

A CVM – Comissão de Valores Mobiliários já reconhece normativamente os robôs investidores, equiparando-os aos consultores de valores mobiliários (ICVM 592/2017). Esse cenário abrange ainda a assessoria financeira automatizada, especialmente para pessoas físicas, ofertada por diversas plataformas de investimento.

Muito embora a IA avance a passos largos, a sua regulamentação engatinha, fazendo com que venha à tona a questão de como será apurada a responsabilidade pelas falhas decorrentes da utilização da IA, já que uma das suas virtudes mais festejadas é a aprendizagem automática (machine learning), ou seja, é uma *inteligência artificial inteligente*.

A utilização da IA e da robótica mudam completamente as questões relacionadas a responsabilidade e a responsabilização. Quem é o responsável por qualquer falha da IA? A resposta tem sido: o humano mais próximo. Mas, se ela tem aprendizagem automática, essa é uma verdade?

Em áreas sensíveis aos seres humanos, com saúde e previdência, esse tema deve ser tratado com bastante cuidado, porque eventuais falhas da IA nessas áreas podem causar prejuízos irreparáveis. O fato é que a legislação brasileira que trata da responsabilidade civil, como parece

estar acontecendo em todos os países que adotam sistemas de IA, não está preparada pelo esse novo elo entre o conhecimento humano e conhecimento adquirido automaticamente pelos robôs.

II – A responsabilidade civil e a IA

Como era de se esperar, já estão surgindo disputas em diversos países acerca de prejuízos potencialmente causados pela IA, desde erros de diagnósticos, que levaram a morte de pacientes, até consequências inesperadas em procedimentos cirúrgicos realizados por robôs.

Na previdência complementar, o grande risco está na opção pelos investimentos mediante a utilização de robôs investidores. Já foi noticiado na imprensa internacional em um artigo publicado pela Bloomberg em maio de 2019, que um empresário de Hong Kong perdeu mais de 20 milhões de dólares após realizar um elevado investimento em uma plataforma automatizada. Sem legislação específica, ele resolveu processar a humano que lhe vendeu a plataforma, o qual se defende afirmando que a IA tem aprendizagem automática, que não é controlável por quem a criou.³

A legislação brasileira que trata da responsabilidade civil não parece estar adequada a essa nova forma de responsabilidade. Nas normas jurídicas que tratam da tecnologia, ciência, inovação, como a Lei da Inovação de 2004 e o denominado Marco Civil da Internet, de 2014, não foi dispensando nenhum tratamento específico para os sistemas autônomos de IA, restando, portanto, aplicar as previsões constantes do Código Civil Brasileiro de 2002 acerca da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil extracontratual no ordenamento jurídico brasileiro está fundada primordialmente na responsabilidade subjetiva, prevista no artigo 927, do Código Civil, dependendo, portanto, da comprovação da culpa do agente causador do dano, demonstrando-se a existência de imprudência, negligência ou imperícia na prática do ato danoso.

No Código Civil também estão expressas as possibilidades de responsabilização objetiva do agente, indicadas no artigo 927, havendo, outrossim, previsão geral de responsabilidade objetiva em seu parágrafo único, assim fixado: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

No Código de Defesa do Consumidor – CDC também há a previsão de hipóteses específicas de responsabilidade objetiva, tomando-se em conta o risco da atividade. Como adverte Christine Albiani: “Dessa forma, paralelamente ao CC que trata das relações privadas não abrangidas pela relação de consumo está o CDC que estipula dentre os direitos básicos do consumidor (art. 6º) o direito à vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços. Nesse sentido, existe um movimento de defesa da necessidade de se compreender a responsabilidade civil das inteligências artificiais sob a ótica consumerista, tendo em vista as relações fornecedor e consumidor, envolvendo produtos dotados de inteligência artificial estariam sob a égide do CDC”.⁴

A relação entre fornecedor e consumidor, não é, entretanto, a que de fato se encaixa na complexa relação jurídica que sustenta a IA. Não é a culpa exclusiva do fabricante ou a má utilização do produto pelo consumidor. É isso e muito mais, porque a IA é alimentada com dados, é treinada por humanos e com base nesses dados e nesse treinamento chega a um aprendizado próprio e autônomo.

Esse aprendizado autônomo da IA parece não ser previsível, porque imitando a inteligência humana ela chega sempre a novas conclusões, a partir dos dados que lhe são imputados. A pergunta que ainda não tem resposta objetiva e que não se subsume às normas, é justamente quem é responsável pelo aprendizado autônomo da IA.

No âmbito da União Europeia algumas propostas já surgiram, como as contidas na Resolução de 2017, sobre as regras de Direito Civil e Robótica

do Parlamento Europeu⁵, como a de atribuir personalidade jurídica a IA (personalidade eletrônica) e a obrigação de contratação de seguro quando da utilização da IA. Algumas das considerações do Parlamento Europeu, no que toca à reponsabilidade, merecem destaque:

A. Considerando que desde o Frankenstein de Mary Shelley ao mito clássico do Pigmaleão, passando pela história do Golem de Praga ao robô de Karel Čapek, que cunhou o termo, as pessoas têm fantasiado acerca da possibilidade de construir máquinas inteligentes, frequentemente andróides com características humanas;

B. Considerando que, agora que a humanidade se encontra no limiar de uma era em que robôs, «bots», andróides e outras manifestações de inteligência artificial («IA») cada vez mais sofisticadas parecem estar preparadas para desencadear uma nova revolução industrial, que provavelmente não deixará nenhuma camada da sociedade intacta, é extremamente importante que a legislatura pondere as suas implicações e efeitos a nível jurídico e ético, sem colocar entraves à inovação;

C. Considerando que é necessário criar uma definição geralmente aceite de robô e de IA que seja flexível e não crie obstáculos à inovação;

D. Considerando que, entre 2010 e 2014, o aumento médio nas vendas de robôs se situou nos 17 % ao ano e nas vendas de 2014 registou uma subida de 29 %, o maior aumento anual de sempre, com os fornecedores de componentes automóveis e a indústria da eletrónica/elétrica a serem os principais motores do crescimento; que os processos de registo de patentes em tecnologia robótica triplicaram na última década;
(...)

Z. Considerando que, graças aos impressionantes avanços tecnológicos da última década, não só os robôs de hoje conseguem efetuar atividades que, regra geral, costumavam ser exclusivamente

realizadas por humanos, como também o desenvolvimento de certas características autónomas e cognitivas – por exemplo, a capacidade de aprender com a experiência e de tomar decisões quase independentes – os tornaram cada vez mais similares a agentes que interagem com o seu ambiente e conseguem alterá-lo de forma significativa; que, nesse contexto, a responsabilidade jurídica decorrente de uma ação lesiva de um robô se torna uma questão crucial;

AA. Considerando que a autonomia de um robô pode ser definida como a capacidade de tomar decisões e de as aplicar no mundo exterior, independentemente do controlo ou da influência externa; que esta autonomia possui uma natureza puramente tecnológica e o seu grau depende de como foi concebido o nível de sofisticação da interação de um robô com o seu ambiente;

AB. Considerando que, quanto mais autónomos os robôs são, menos podem ser encarados como sendo simples instrumentos nas mãos de outros intervenientes (como o fabricante, o operador, o proprietário, o utilizador, etc.); que, por sua vez, tal coloca a questão de saber se as normas ordinárias em matéria de responsabilidade são suficientes ou se apelam a novos princípios e normas para clarificar a responsabilidade jurídica de vários intervenientes no que respeita à responsabilidade por atos e omissões dos robôs, sempre que a causa não possa ser atribuída a um interveniente humano específico e se os atos ou omissões dos robôs que causaram danos pudessem ter sido evitados;

AC. Considerando que, em última instância, a autonomia dos robôs suscita a questão da sua natureza à luz das categorias jurídicas existentes ou se deve ser criada uma nova categoria, com características e implicações próprias;

AD. Considerando que, ao abrigo do atual quadro jurídico, os robôs não podem ser responsabilizados por si só pelas ações ou omissões que causam danos a terceiros; que as normas existentes em matéria de responsabilidade abrangem casos em que a causa

subjacente à ação ou omissão do robô pode ser atribuída a um agente humano específico, tal como o fabricante, o operador, o proprietário ou o utilizador e em que o agente podia ter previsto e evitado o comportamento lesivo do robô; que, além disso, os fabricantes, os operadores, os proprietários ou os utilizadores poderiam ser considerados estritamente responsáveis pelas ações ou omissões de um robô;

AE. Considerando que, nos termos do atual quadro jurídico, a responsabilidade pelo produto – segundo a qual o fabricante de um produto é responsável por uma anomalia – e as normas que regem a responsabilidade por ações prejudiciais – segundo as quais o utilizador de um produto é responsável por um comportamento que provoca prejuízos – são aplicáveis aos danos causados por robôs ou IA;

AF. Considerando que, perante o cenário em que um robô pode tomar decisões autónomas, as normas tradicionais não serão suficientes para suscitar problemas de responsabilidade jurídica pelos danos causados por um robô, uma vez que não seria possível identificar a parte responsável para prestar a indemnização e para exigir a essa parte reparar os danos causados;

AG. Considerando que as insuficiências do atual quadro jurídico são evidentes também no domínio da responsabilidade contratual, na medida em que as máquinas concebidas para escolher as respetivas contrapartes, negociar as condições contratuais, celebrar contratos e decidir se e o modo como as implementam invalidam a aplicação das normas tradicionais, o que sublinha a necessidade de novas normas, eficientes e mais atualizadas, que correspondam ao desenvolvimento tecnológico e às inovações recém-surgidas e utilizadas no mercado; Por conta dessas questões, o Parlamento Europeu faz algumas propostas objetivas para regradar a responsabilidade da IA:

Responsabilidade

49. Considera que a responsabilidade civil pelos danos causados

por robôs constitui uma questão crucial que tem de ser igualmente resolvida ao nível da União, a fim de garantir o mesmo nível de eficácia, de transparência e de coerência na execução da segurança jurídica em toda a União Europeia para benefício dos cidadãos, dos consumidores e das empresas;

50. Observa que o desenvolvimento da tecnologia robótica exigirá mais compreensão relativamente aos pontos comuns necessários para a atividade conjunta entre humanos e robôs, que deverá ter por base duas relações de interdependência centrais, a previsibilidade e a direcionalidade; assinala que estas duas relações de interdependência são fundamentais para determinar que informações devem ser partilhadas entre humanos e robôs e como pode ser alcançada uma base comum entre humanos e robôs, a fim de permitir uma ação conjunta e sem problemas;

51. Apela à Comissão que apresente, com base no artigo 114.º do TFUE, uma proposta para um instrumento legislativo sobre questões jurídicas relacionadas com o desenvolvimento e a utilização da robótica e da inteligência artificial previsível para os próximos 10 a 15 anos, conjugado com instrumentos não legislativos, como as diretrizes e os códigos de conduta referidos nas recomendações descritas no Anexo;

52. Considera que, qualquer que seja a solução jurídica aplicável à responsabilidade civil pelos danos causados por robôs em casos que não sejam de danos patrimoniais, o futuro instrumento legislativo não deve, em caso algum, limitar o tipo ou a extensão dos danos a serem indemnizados, nem deve limitar as formas de compensação que podem ser disponibilizadas à parte lesada, pelo simples facto de os danos não terem sido provocados por um agente não humano;

53. Considera que o futuro instrumento legislativo deve ter por base uma avaliação aprofundada por parte da Comissão que determine se a abordagem a aplicar deve ser a da responsabilidade objetiva ou a da gestão de riscos;

54. *Observa, ao mesmo tempo, que a responsabilidade objetiva exige apenas a prova de que o dano ocorreu e o estabelecimento de um nexo de causalidade entre o funcionamento prejudicial do robô e os danos sofridos pela parte lesada;*

55. *Observa que a abordagem da gestão de riscos não se concentra na pessoa «que atuou de forma negligente» como individualmente responsável, mas na pessoa que é capaz, sob determinadas circunstâncias, de minimizar os riscos e lidar com os impactos negativos;*

56. *Considera que, em princípio, uma vez identificadas as partes a quem cabe, em última instância, a responsabilidade, esta deve ser proporcional ao nível efetivo de instruções dadas ao robô e ao nível da sua autonomia, de modo a que quanto maior for a capacidade de aprendizagem ou de autonomia de um robô, e quanto mais longa for a «educação» do robô, maior deve ser a responsabilidade do «professor»; observa, em especial, que as competências resultantes da «formação» dada a um robô não devem ser confundidas com as competências estritamente dependentes das suas capacidades de autoaprendizagem, quando procura identificar a pessoa a quem se atribui efetivamente o comportamento danoso do robô; observa que, pelo menos na fase atual, a responsabilidade deve ser imputada a um ser humano e não a um robô;*

57. *Destaca que uma possível solução para a complexidade de atribuir responsabilidade pelos danos causados pelos robôs cada vez mais autónomos pode ser um regime de seguros obrigatórios, conforme acontece já, por exemplo, com os carros; observa, no entanto, que ao contrário do que acontece com o regime de seguros para a circulação rodoviária, em que os seguros cobrem os atos e as falhas humanas, um regime de seguros para a robótica deveria ter em conta todos os potenciais elementos da cadeia de responsabilidade;*

58. *Considera que, à semelhança do que acontece com os veículos motorizados, esse regime de seguros poderia ser*

complementado por um fundo de garantia da reparação de danos nos casos não abrangidos por qualquer seguro; insta o setor dos seguros a desenvolver novos produtos e tipos de ofertas que estejam em linha com os avanços na robótica;

59. Insta a Comissão, ao efetuar uma avaliação de impacto do respetivo futuro instrumento legislativo, a explorar, analisar e considerar as implicações de todas as soluções jurídicas possíveis, tais como:

a) Criar um regime de seguros obrigatórios, se tal for pertinente e necessário para categorias específicas de robôs, em que, tal como acontece já com os carros, os produtores ou os proprietários de robôs seriam obrigados a subscrever um seguro para cobrir os danos potencialmente causados pelos seus robôs;

b) Garantir que um fundo de compensação não serviria apenas para garantir uma compensação se um dano causado por um robô não se encontrasse abrangido por um seguro;

c) Permitir que o fabricante, o programador, o proprietário ou o utilizador beneficiassem de responsabilidade limitada se contribuíssem para um fundo de compensação, bem como se subscrevessem conjuntamente um seguro para garantir a indemnização quando o dano é causado por um robô;

d) Decidir quanto à criação de um fundo geral para todos os robôs autónomos inteligentes ou quanto à criação de um fundo individual para toda e qualquer categoria de robôs e quanto à contribuição que deve ser paga a título de taxa pontual no momento em que se coloca o robô no mercado ou quanto ao pagamento de contribuições periódicas durante o tempo de vida do robô;

e) Garantir que a ligação entre um robô e o respetivo fundo seja patente pelo número de registo individual constante de um registo específico da União que permita que qualquer pessoa que interaja

com o robô seja informada da natureza do fundo, dos limites da respectiva responsabilidade em caso de danos patrimoniais, dos nomes e dos cargos dos contribuidores e de todas as outras informações relevantes;

f) Criar um estatuto jurídico específico para os robôs a longo prazo, de modo a que, pelo menos, os robôs autônomos mais sofisticados possam ser determinados como detentores do estatuto de pessoas eletrônicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrônica a casos em que os robôs tomam decisões autônomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente;

g) Introduzir um instrumento especificamente para os consumidores que tencionem requerer coletivamente uma compensação por danos decorrentes do mau funcionamento de máquinas inteligentes às empresas produtoras responsáveis;

A utilização de sistemas de IA exige normas específicas, as quais não são supridas, nem pela relação fornecedor/consumidor, nem mesmo pelas responsabilidades objetiva e subjetiva previstas no Código Civil, sob pena, inclusive, de que se criei empecilhos a utilização desses sistemas autônomos.

IV – A IA na previdência complementar e na saúde suplementar

É fato que o desenvolvimento humano há muito ultrapassou as suas reais necessidades, ou até mesmo o luxo. Como alerta Hans Jonas, quando se refere ao homo faber acima do homo sapiens: “Hoje, na forma da moderna técnica, a techne transformou-se em um infinito impulso da espécie para adiante, seu empreendimento mais significativo. Somos tentados a crer que a vocação dos homens se encontra no contínuo progresso desse empreendimento, superando-se sempre a si mesmo, rumo a feitos cada vez maiores”.⁶

Essa diária busca pelo progresso eterno, muitas vezes sem objetivos claros, faz com que o direito e as normas tenham obrigatoriamente que acompanhar esses avanços, sob pena de que responsabilidades não mais possam ser imputadas, restando um sem fim de direitos lesados, sem nenhuma reparação.

Antes de tudo, tanto na área de saúde, quanto na de previdência complementar, as pessoas envolvidas devem estar informadas acerca da utilização da IA, com a definição dos riscos que estão assumindo. Não é possível que um determinado perfil de investimento seja adotado por um participante, por sugestão de um sistema autônomo de IA, sem que ele conheça perfeitamente os riscos que advém da sua escolha. Os prejuízos financeiros na previdência complementar são extremamente nocivos, podendo atingir o patrimônio dos planos de benefícios de maneira por vezes irrecuperável.

Da mesma forma, na área de saúde suplementar (ou simplesmente na área de saúde), quando alguém é submetido a um procedimento cirúrgico com a aplicação de robôs ou ainda a um diagnóstico que se vale da utilização da IA, seja ou não com assistência o protagonismo humano.

Nessas duas áreas, cabe também aos gestores especial atenção acerca do estabelecimento das responsabilidades, para que qualquer falha observada nos sistemas de IA esteja devidamente jungida a devida reparação, inclusive com previsão contratual e, de acordo com as diretivas do Parlamento Europeu, com a contratação de seguro.

A personalização da IA é matéria que ainda carece de muito aprofundamento, inclusive quanto a lastro que cobrirá os contratos dessa possível pessoa jurídica. O direito e as normas devem avançar nesse caminho, estabelecendo-se também na sociedade a ética dos novos tempos.

Não se deve perder de vista, que quando está em jogo a vida humana e a sua proteção, o primeiro passo a ser dado, em qualquer caminho, é o

da correta e devida informação, seguindo-se da sempre necessária prevenção, para que somente em casos extremos se faça necessária a reparação. Esse simples roteiro é essencial para a devida absorção dos sistemas de IA, com aprendizagem autônoma pela sociedade.

Notas

1. SCHWAB. Klaus. Aplicando a Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro. p.177. Escrito em colaboração com Stuart Russell, professor de ciência da computação da Universidade da Califórnia. Berkeley, nos EUA; e Conselho do Futuro Global do Fórum Econômico Mundial sobre o Futuro da Inteligência Artificial e Robótica.

2. Idem. p. 178

3. In <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-05-06/who-to-sue-when-a-robot-loses-your-fortune>. Acesso em 24.08.2020

4. Albiane. Christine. Responsabilidade Civil e Inteligência Artificial: Quem responde pelos danos causados por robôs inteligentes. In <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Christine-Albiani.pdf> (acesso em 19.08.2020)

5. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html

6. JONAS. Hans. O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro. Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p. 43.

REFLEXÕES SOBRE A TEORIA DA IMPREVISÃO E O CONTRATO PREVIDENCIÁRIO PRIVADO NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Por: Lygia Avena

1. A Previdência Complementar Fechada. Objetivos e contextualização.

As entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), também denominadas Fundos de Pensão, inicialmente criadas no âmbito das empresas patrocinadoras vinculadas à Administração Pública, e, posteriormente, desenvolvidas no contexto das empresas patrocinadoras privadas, surgiram como importantes instrumentos da política de recursos humanos.

Com a finalidade de concederem e manterem benefícios de caráter previdenciário, tais entidades foram criadas com o objetivo de propiciar uma vida digna aos empregados das empresas patrocinadoras inscritos nos seus planos de benefícios, quando da sua passagem para a inatividade laborativa. Incentivam, dessa forma, a aposentadoria dos empregados aposentáveis e a renovação dos quadros de pessoal dessas empresas.

Na qualidade de prestadoras de benefícios de natureza previdenciária aos seus participantes e beneficiários - sob a forma de rendas e de benefícios suplementares ou assemelhados aos da Previdência Social - e assistindo-os e aos seus familiares nos eventos aleatórios, em caso de invalidez, morte ou doença, as EFPC passaram a ter um relevante papel social.

Em razão desses objetivos, nos moldes da legislação aplicável, essas entidades foram constituídas sob a forma de fundação (forma predominante de sua constituição até os dias atuais) ou de sociedade civil (esta última forma adotada anteriormente ao atual Código Civil que suprimiu o referido tipo de sociedade), sempre sem fins lucrativos, sendo enquadradas no âmbito da “Ordem Social”, prevista no Título VIII da Constituição Federal.

Nesse contexto, atuando sob o regime de capitalização e constituindo reservas, provisões e fundos destinados ao cumprimento dos compromissos assumidos nos planos de benefícios, investindo e reinvestindo as suas reservas em prol da sua finalidade previdenciária, nas últimas décadas os

Fundos de Pensão passaram a exercer um papel cada vez mais relevante no cenário político-econômico e social brasileiro.

Os Fundos de Pensão como investidores de longo prazo são fomentadores da poupança nacional, geradores de emprego e propulsores do desenvolvimento econômico e social, tendo papel de destaque no Brasil. Alcançaram efetivo status constitucional notadamente com a Emenda Constitucional nº 20/98 que alçou este Regime a um novo patamar jurídico e institucional, e, atualmente, com a Emenda Constitucional nº 103/2019 que ampliou o alcance dessa previdência.

A partir da Emenda Constitucional nº 20/1998 e, posteriormente, com a promulgação das Leis Complementares 108 e 109, de 29/05/2001, além de sucessivas Resoluções editadas em decorrência da referida legislação até hoje, uma maior modernização e flexibilização dos planos de benefícios foi estruturada no Sistema de Previdência Complementar.

Nesse cenário jurídico, profundamente evolutivo e dinâmico, passamos a verificar mecanismos legais mais efetivos, mais eficazes na proteção aos participantes e aos planos de benefícios, novos princípios de governança, de controle, de gestão de riscos e de fiscalização para o Setor.

Considerando tais características apresentadas das EFPC, a atuação dessas entidades se pauta, portanto, considerando cenários de longo prazo, seja no âmbito dos investimentos, seja no âmbito previdenciário stricto sensu ou no administrativo, bem como pela segurança jurídica e estabilidade de regras.

A atuação de tais entidades é instrumentalizada por uma gestão de riscos embasada nos princípios de conservadorismo e prudência preconizados pela Resolução CGPC nº 13/2004.

Com essa contextualização e a perspectiva antes indicada e sem a pretensão de esgotar matéria tão extensa, este Capítulo visa apresentar breve análise de alguns aspectos contratuais para as EFPC no contexto excepcional da pandemia que se apresenta no Brasil, em razão do Covid-19, com reflexos diretos no Sistema Previdenciário Complementar Fechado, nos seus planos de benefícios e contratos.

Nesse sentido, sem pretender apresentar respostas prontas e acabadas sobre o tema, apresentamos algumas reflexões para instigar o salutar debate

sobre a matéria.

Trataremos de analisar nesse breve estudo a aplicabilidade ou não da conhecida Teoria da Imprevisão, positivada no atual Código Civil, no contrato previdenciário entre as EFPC e os seus participantes, em relação aos mesmos, considerando as suas peculiaridades em razão de outros contratos em geral.

Faremos ainda algumas considerações sobre os princípios constitucionais e legais que deverão nortear as eventuais flexibilizações que possam ser adotadas em relação ao referido contrato em razão da pandemia.

2 - As relações contratuais privadas das EFPC. O Princípio do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos de benefícios e do contrato previdenciário.

As EFPC são entidades de natureza privada assim como privados são os seus contratos previdenciários firmados com os participantes e patrocinadores.

Portanto, independentemente da supervisão estatal e da sua intervenção quando necessário, nos termos da legislação, essa natureza privada das EFPC bem como dos seus contratos celebrados com os participantes e patrocinadores não se transmuda e é independente da natureza jurídica dos seus entes patrocinadores. Essa premissa se mantém e é verdadeira ainda na hipótese destes últimos integrarem a administração pública, caso em que é aplicável a Lei Complementar nº 108/2001 a esse grupo de entidades.

Tais contratos têm natureza civil-previdenciária, não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor como já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça nos termos da Súmula 563, de 05/03/2016, a seguir transcrita:

Súmula 563-STJ:

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

Além da legislação da previdência privada incidente no contrato previdenciário, estamos diante de um conjunto de regras subsidiárias do direito civil, do direito das obrigações, em um Sistema Previdenciário sem fins lucrativos que demanda perenidade e sustentabilidade em prol da sua finalidade previdenciária maior.

Nesse sentido, é um Sistema que demanda a preservação da segurança jurídica, da estabilidade das regras (sem prejuízo das suas necessárias atualizações e aperfeiçoamentos), da liquidez e preservação do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos de benefícios e do equilíbrio dos contratos em geral.

O princípio maior e que constitui o verdadeiro pilar do Sistema Fechado de Previdência Complementar é, portanto, o Princípio de preservação do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos de benefícios, aplicável ao contrato previdenciário.

Tal é a sua importância para a solvabilidade, manutenção, segurança jurídica e para a própria credibilidade desse Regime Previdenciário, que esse princípio vem consagrado na própria Constituição Federal, além da Lei Complementar nº 109/2001, constando ainda nos diversos normativos infralegais. Tal Princípio permeia todo o ordenamento jurídico específico aplicável à Previdência Complementar Fechada.

Nesse sentido é ilustrativo o caput do art. 202 da Constituição Federal que ressalta o necessário equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos de benefícios, quando estabelece que deve haver a necessária reserva, a receita de cobertura, para garantir os benefícios contratados, ressaltando a característica da contratualidade:

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. (Grifamos).

Tal preceito constitucional vem corroborado em sede de lei complementar, nos termos do art. 3º, III, da Lei Complementar nº 109/2001 que o consagra como princípio fundamental voltado ao Estado, aos seus Poderes Constitu-

ídos e órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário nas suas respectivas esferas de atuação em relação ao Sistema Fechado de Previdência Complementar, assim dispondo:

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

(...)

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

(...).

(Grifamos)

Tal princípio é também norteador da atuação dos gestores desse regime privado na gestão e operacionalização dos contratos, sendo reiterado no art. 7°, da mesma LC 109/2001 ao tratar dos planos de benefícios:

“Art. 7° Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.”

(Destacamos).

Nesse contexto, como antes mencionado, no âmbito da seguridade operada pelas entidades fechadas de previdência complementar, nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido sem a respectiva reserva ou receita de cobertura. Do mesmo modo, no campo dos investimentos – cujas receitas são investidas e reinvestidas em prol dos benefícios previdenciários sem qualquer escopo de lucro – deve ser buscada não somente a tão desejada rentabilidade, mas a rentabilidade acompanhada da segurança do investimento, da sua liquidez, objetivando a solvabilidade e o equilíbrio econômico-financeiro dos planos de benefícios.

Ilustrativo nessa diretriz o art. 4° da Resolução do Conselho Monetário Nacional n° 4.661/2018:

Art. 4° Na aplicação dos recursos dos planos, a EFPC deve:

I- observar os princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez, adequação à natureza de suas obrigações e transparência;

(...).

O Princípio de proteção aos planos de benefícios e dos seus destinatários finais, os participantes, teve destaque pelo Legislador na Resolução CGPC n° 13/2004, que trata da governança, da gestão e dos controles de riscos.

Nesse sentido dispõe o art.1° , § 1° , da referida Resolução:

“A EFPC deverá observar padrões de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e da própria entidade fechada de previdência complementar, no conjunto de suas atividades.”

(Destacamos).

Tais regras estão plenamente alinhadas com a necessária perenidade e sustentabilidade desse Sistema Previdenciário para garantia da finalidade precípua das EFPC: a concessão e a manutenção dos benefícios previdenciários.

Naturalmente tais princípios se aplicam não só à gestão dos contratos previdenciários e de empréstimos entre as entidades e os seus participantes mas também à gestão de investimentos das EFPC, considerando ainda as regras aplicáveis de direito civil.

3 - O Pandemia do Covid-19 e os contratos firmados pelas EFPC com os seus participantes. É aplicável a Teoria da Imprevisão?

A pandemia do Covid-19 com efeitos mundiais na saúde, nos empregos, nas reações comportamentais e interpessoais e na economia surpreendeu a todos pela sua magnitude e extensão.

Com efeitos globais mas também por vezes com intensidade diferenciada, considerando o porte, as peculiaridades, o planejamento e preparo dos países, (e, de forma mais restrita, de estados e municípios) e principalmente levando em conta as medidas de reação adotadas e a sua tempestividade (não necessariamente nessa ordem), a pandemia deu causa a profundas reflexões, debates e mudanças de padrões.

No Brasil e nos Fundos de Pensão não poderia ser diferente. Os substan-

ciais efeitos da pandemia acarreta para os gestores novos e grandes desafios na gestão de riscos e dos contratos, nos processos decisórios, nas revisões das políticas de investimento, na comunicação com participantes, patrocinadores e com o mercado e no estabelecimento em medidas alternativas de gestão a serem aplicadas.

Dentre outros reflexos da pandemia, a redução da rentabilidade dos investimentos das EFPC ou prejuízos diretos em alguns ativos das carteiras, a redução de salários e por vezes desemprego verificado em patrocinadores, afetam os empregados/participantes dos planos de benefícios e as folhas de salário sobre as quais incidem contribuições dos patrocinadores aos planos de benefícios, impactando o seu custeio.

Nesse cenário, exsurge a necessidade de análise dos reflexos da pandemia em relação aos contratos previdenciários firmados pelas EFPC com os seus participantes, o que faremos nesse estudo considerando tecnicamente, e com um enfoque jurídico específico, a conhecida Teoria da Imprevisão.

Neste tópico, portanto, não trataremos das correntes relativas ao enquadramento ou não das hipóteses de força maior que envolvem os contratos civis em geral (com jurisprudência e entendimentos doutrinários divergentes e ainda não consolidados naturalmente em razão de pandemia), ou mesmo dos diversos conceitos de imprevisibilidade. Abordaremos aqui, especialmente, se seria aplicável no seu conjunto de pressupostos a denominada Teoria da Imprevisão ao contrato previdenciário firmado pelas EFPC e os seus participantes, em decorrência da pandemia de Covid-19, considerando as peculiaridade desse contrato e a suas características.

3.1 Premissas da Teoria da Imprevisão. As normas do Código Civil.

Preliminarmente, é de se afastar nessa análise as disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em razão da sua inaplicabilidade ao contrato previdenciário das entidades fechadas de previdência complementar, conforme prevê a Súmula 563 do STJ, já transcrita no tópico anterior.

Dessa forma, nesse estudo trataremos apenas das disposições legais subsidiárias do Código Civil sobre a matéria, o que propicia uma aplicação da Teoria da Imprevisão de forma mais parcimoniosa do que ocorre no CDC,

proporcionando em caráter excepcional a intervenção judicial nas relações contratuais privadas para fins da resolução do contrato ou alteração de cláusula contratual.

A então Teoria da Imprevisão, a partir do atual Código Civil denominada por muitos como Onerosidade Excessiva Superveniente (alguns doutrinadores apresentam pequenas nuances entre ambas que não impactam esta análise), teve a sua aplicação e início no Brasil, de forma ainda incipiente, pelo então Ministro Nelson Hungria.

Para fins deste estudo adotaremos a conhecida denominação Teoria da Imprevisão.

Sendo exceção às obrigações contratuais que se impõem aos contratantes e aplicada de forma parcimoniosa, tem por pressuposto uma alteração do contexto em que fora celebrado o contrato. Esta é de tal dimensão que é capaz de propiciar a sua resolução ou alteração contratual, sendo necessária a existência de um conjunto de requisitos para a sua aplicação:

- (i) contrato sinalagmático, oneroso, comutativo e de execução continuada ou diferida;
- (ii) acontecimento extraordinário e superveniente;
- (iii) imprevisibilidade do acontecimento;
- (iv) desproporção da prestação do devedor de tal monta que essa se torna excessivamente onerosa, com um ganho exagerado pelo credor.

Como sabido, a então denominada Teoria da Imprevisão foi positivada no Código Civil nos artigos 478 a 480, a seguir transcritos:

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

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modi-

ficar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Nesse contexto de revisão contratual, também o art. 317 do mesmo Código Civil dispõe sobre a excepcional intervenção judicial no contrato privado, ao prever a possibilidade de o juiz determinar a correção do valor da prestação para assegurar o seu valor real, na hipótese de imprevisibilidade que enseje a desproporção manifesta do contrato.

Sabemos que nos contratos em geral pandemias têm sido consideradas por muitos doutrinadores como eventos de força maior, por vezes caso fortuito ou mesmo eventos sujeito à Teoria da Imprevisão, com as nuances próprias do aprofundamento da distinção de tais conceitos e suas controvérsias. Em diversos contratos são expressamente excludentes de cobertura contratual como no caso, via de regra, de contratos de seguros. Tal excludente não ocorre no caso do contrato da previdência complementar fechada que assegura o pagamento dos benefícios de risco, aleatórios ainda nessa hipótese.

Mas, e no caso do contrato da previdência complementar? Considerando a pandemia da Covid-19, seriam tais normas de direito civil aplicadas ao contrato previdenciário entre as EFPC e os seus participantes, em relação às suas obrigações contributivas para como seu plano de benefícios?

A matéria, sem dúvida, enseja controvérsias como muitos outros aspectos do contrato previdenciário. Sem a pretensão de esgotar a análise e de trazer conceitos prontos e acabados sobre o tema, nos parece ser negativa a resposta.

Tal entendimento absolutamente não elide a possibilidade de serem avaliadas, e, eventualmente adotadas, as flexibilizações no contrato previdenciário em razão do referido evento extraordinário, em prol dos participantes, patrocinadores e EFPC.

De fato, para situações extraordinárias que ocorram são necessárias medi-

das extraordinárias e de ajuste, por vezes refletidas nos contratos.

Pela transcrição dos dispositivos do Código Civil podemos extrair algumas reflexões, ainda que em caráter sintético, nesse estudo:

(i) O contrato previdenciário das EFPC em análise não possui por suas características fito comercial ou lucrativo. As contribuições dos participantes não se caracterizam como preço e visam apenas a formação do fundo previdencial para a formação de benefício previdenciário futuro (em prol dos próprios participantes) e a sua operacionalização. Portanto, esse tipo de contrato não se amolda às finalidades da tutela das relações comerciais contratuais, que justificaram a Teoria da Imprevisão e a sua positivação no atual Código Civil;

(ii) o contrato previdenciário possui um caráter associativo: de um lado estão participantes e assistidos e de outro uma associação de participantes abrangida por cada plano de benefícios administrado por EFPC, com a existência de solidariedade em grau maior ou menor, a depender do tipo do plano de benefício, se Benefício Definido (BD), Contribuição Variável (CV) ou Contribuição Definida (CD).

Não se trata, portanto, de uma relação entre um contratante e uma empresa ou entre dois contratantes em um relação comercial.

(iii) Exatamente pelas características acima, não haveria um dos expressos requisitos previstos pelo art. 478 do Código Civil: a onerosidade excessiva com extrema vantagem para a outra parte. Como indicado no item anterior, estamos diante de um participante ou assistido de um lado e um grupo ou associação de participantes e assistidos de outro. Ainda considerando que a administradora/gestora EFPC figura como contratante, não há na hipótese analisada (em decorrência da pandemia) uma vantagem excessiva para a entidade ou, evidentemente, para participantes e assistidos neste contrato previdenciário.

(iv) Ressalte-se ainda que a resolução do contrato previdenciário, prevista como uma das alternativas no art. 478 supratranscrito, não seria de interesse do participante, uma vez que a finalidade maior do contrato é justamente a obtenção e manutenção do benefício previdenciário. Além disso, a resolução do contrato com o conseqüente resgate das reservas (quando fossem cumpridos os requisitos para exercer tal instituto) traria significati-

va tributação incidente sobre tais recursos acumulados, em prejuízo dos próprios participantes que o requererem.

(v) Por outro lado, a qualquer momento, numa situação limite, o contrato previdenciário pode ser encerrado (sem qualquer necessidade de intervenção estatal judicial) no caso dos participantes, seja por requerimento destes, seja por inadimplemento, hipóteses em que não haverá benefício previdenciário futuro, objetivo maior dessa relação jurídica.

(vi) Em relação a redução proporcional da prestação do participante, essa também é possível, sem a necessidade de intervenção judicial, caso haja previsão regulamentar ou mesmo em normativos internos (ex. alteração de periodicidade de percentual contributivo ordinário ou facultativo, além do percentual mínimo) na hipótese de contribuições nos planos das modalidades CD e CV. Também a título exemplificativo, poderíamos mencionar a hipótese de participantes vinculados (que não necessitam de contribuir, embora possam fazê-lo em caráter facultativo, caso em que podem suspender tais contribuições) ou, ainda, o caso de norma superveniente, transitória, que venha ser editada pelo CNPC para as EFPC em relação aos seus planos de benefícios, visando o enfretamento excepcional da pandemia.

Tais reflexões, por si, já nos parecem afastar tecnicamente, de plano, o enquadramento do contrato previdenciário privado em análise no conjunto dos requisitos concomitantes e necessários para a aplicação da conhecida Teoria da Imprevisão e dos seus dispositivos do Código Civil (no caso da pandemia do Covid-19), independentemente do debate jurídico sobre os conceitos e teorias sobre a imprevisibilidade, força maior, e outros enquadramentos doutrinários, aplicados de forma isolada nesse contexto.

É certo que as pandemias têm alguns registros e marcos históricos, e como antes registrado, previsão contratual em diversos contratos civis de cunho comercial ou lucrativo, embora a sua extensão e proporções sejam de difícil mensuração.

Ainda merece reflexão o fato de que hipotética intervenção, por tutela judicial, nesse contrato previdenciário privado, para fins de suspensão ou redução contributiva dos participantes com base nos dispositivos indicados do Código Civil em razão da Covid-19, sem que haja uma solução de gestão

acordada por todos os seus partícipes e embasada em estudos atuariais das EFPC, certamente poderia colocar em risco a solvência e o equilíbrio do plano de benefícios. Isso certamente prejudicaria os seus próprios destinatários finais, os participantes e assistidos.

4. Ajustes e flexibilidades contratuais em razão do contexto global de pandemia. Conclusão.

Considerando as reflexões anteriores e, sem prejuízo do entendimento apresentado quanto ao não enquadramento do referido contrato previdenciário privado ao conjunto de requisitos para a aplicação da Teoria da Imprevisão em razão da pandemia, eventuais flexibilizações contratuais poderão ser avaliadas e adotadas pelas EFPC.

Se efetivamente necessárias, tais ações das EFPC buscarão minimizar aos participantes e assistidos os efeitos nocivos da Covid-19 em seus recursos aportados aos planos de benefícios.

Tais medidas poderão envolver, por exemplo, redução ou diferimento de contribuições dos participantes, concessão e flexibilização de empréstimos e seus prazos de pagamento, alongamento do tempo de pagamento das contribuições extraordinárias para equacionamento de déficit, dentre outras ações em debate.

Recomendável que tais medidas, antes de adotadas, considerem, caso a caso, conforme o contexto e solvabilidade do plano e do patrocinador, o fluxo de caixa, o patrimônio da EFPC, a massa de participantes, o enquadramento contributivo de participantes/patrocinadores (paritário e sujeito à Lei Complementar 108/2001 ou não), e outros aspectos correlatos.

Imperioso que tais medidas, uma vez adotadas pela EFPC, sejam igualmente norteadas pela prudência e o dever fiduciário dos gestores, princípios que requerem os contratos de longo prazo, como ocorre com o contrato previdenciário, e observem: (i) robustos estudos técnicos prévios para embasamento das medidas a serem implementadas e do processo decisório; (ii) os processos autorizativos devidos (autorizações dos órgãos colegiados, dos patrocinadores ou dos órgãos de supervisão conforme o caso); (iii) as alterações prévias necessárias nos instrumentos jurídicos, conforme o

caso, nos regulamentos internos, formulários, regulamentos de planos e contratos em geral; (iv) ampla comunicação e esclarecimento aos participantes e assistidos nos diversos canais de relacionamento das EFPC, observado o Princípio de Transparência; e, principalmente: (v) a observância aos princípios do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial, solvência e liquidez dos planos de benefícios, nos termos da legislação.

Rio de Janeiro, 15 de maio de 2020.

ANÁLISE JURÍDICA DAS MEDIDAS PRUDENCIAIS PREVENTIVAS DA PREVIC

Por: Danilo Ribeiro Miranda Martins

Foi editada em dezembro de 2017, pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, a Instrução nº 15/2017, que dispõe sobre medidas prudenciais preventivas aplicáveis às entidades fechadas de previdência complementar.

Apesar de transcorrido mais de dois anos e meio da sua publicação, não se tem notícia até o momento de uma única situação em que a norma tenha sido aplicada. Os motivos para isso transparecem a partir da análise da Instrução, em cotejo com o que dispõe a LC 109/2001. Senão vejamos.

As medidas prudenciais preventivas da PREVIC foram importadas da regulação aplicável ao Sistema Financeiro Nacional, em especial a Resolução CMN nº 4.019/2011, que também não foi recebida pelo mercado sem alguma controvérsia.

Note-se que, embora bastante similares as referidas normas, a Instrução da PREVIC foi editada pelo próprio ente fiscalizador do sistema, enquanto o segundo normativo foi expedido pelo Conselho Monetário Nacional, órgão com competências eminentemente regulatórias. Este o primeiro motivo pelo qual a Instrução da PREVIC tem sido exposta a controvérsias ainda maiores.

Não há, ademais, qualquer lei específica que trate de medidas coercitivas ou acautelatórias que possam ser aplicadas pela PREVIC¹, podendo-se apenas invocar, em seu favor, o poder geral de cautela previsto no artigo 45 da Lei nº 9.784/99, segundo o qual, “em caso de risco eminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.”

Trata-se, por certo, de situação excepcional, em que a Administração Pública adota medida de urgência com a finalidade de evitar dano irreparável ou de difícil reparação. Não configura, pois, penalidade ou poder normativo, mas sim tutela cautelar de caráter instrumental e precário.

Na expressão do novo Código de Processo Civil², a tutela de urgência se aplica quando houver elementos que evidenciem o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. E, caso pleiteada a tutela em caráter antecedente, exige o ajuizamento da ação principal no prazo legal.

Com orientação similar, o artigo 17, § 1º, da Lei nº 13.506/2017, exige que, após a adoção de medida coercitiva ou acautelatória, no âmbito da CVM e do Banco Central, o processo administrativo sancionador deve ser instaurado no prazo de 120 (cento de vinte) dias, contados da data de intimação da decisão cautelar. Do contrário, a medida perde eficácia.

Nada disso existe na Instrução nº 15/2017, editada pela PREVIC, em que as chamadas “medidas prudenciais preventivas” se bastam por si mesmas, o que, por si só, deveria afastar o seu enquadramento no conceito de poder geral de cautela. Vejamos o que diz a Instrução da PREVIC mais detidamente.

Afirma o artigo 1º da norma em espeque que as medidas prudenciais preventivas têm como objetivo preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos e de cada entidade fechada de previdência complementar, e não evitar dano irreparável ou de difícil reparação.

Esclarece na sequência o parágrafo único que as medidas são aplicadas “sem prejuízo da aplicação penalidades eventualmente incidentes na espécie”, tentando afastar a natureza punitiva de tais medidas, mas sem exigir necessariamente a instauração de processo administrativo para apuração de infração sequencialmente.

As situações passíveis de aplicação das medidas preventivas estão arroladas no artigo 2º, nos seguintes termos:

Art. 2º A Previc, em avaliação discricionária das circunstâncias de cada caso, poderá determinar a adoção das medidas prudenciais preventivas indicadas no art. 3º ao verificar a ocorrência de uma das seguintes situações:

I - inobservância de padrões de segurança que comprometam a liquidez e a solvência, tanto pelo enfoque dos investimentos quanto atuarial, dos planos de benefícios, isoladamente, e da EFPC, no conjunto de

suas atividades;

II - insuficiência de elementos para avaliação da situação econômico-financeira ou dos riscos inerentes à entidade, em função de deficiências na prestação de informações à Previc;

III - grave deterioração ou perspectiva de grave deterioração da situação econômico-financeira dos planos de benefícios, independentemente de descumprimento de regras de solvência ou dos demais limites operacionais estabelecidos na regulamentação;

IV - aplicação de recursos de forma inadequada ou em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos competentes;

V - exposição a riscos incompatíveis com as estruturas de gerenciamento e de controles internos da entidade;

VI - práticas de governança que comprometam o regular funcionamento e as atividades operacionais da EFPC;

VII - projeção de inviabilidade dos planos de benefícios ou da EFPC;

VIII - inobservância a disposições estatutárias ou a obrigações previstas nos regulamentos dos planos de benefícios, convênios de adesão ou contratos dos planos coletivos;

IX - falta de segregação de atividades e conflito de interesses entre as funções de dirigentes, conselheiros, colaboradores e prestadores de serviços, em situações que comprometam o regular funcionamento e as atividades operacionais da EFPC; e

X - outras situações que, a critério da Previc, possam acarretar grave risco aos planos de benefícios, à EFPC ou ao regular funcionamento do Regime de Previdência Complementar Fechado.

Da leitura das hipóteses elencadas, percebe-se que a quase totalidade delas constitui situação passível de decretação de intervenção (art. 44, LC 109) ou de liquidação do plano de benefícios (art. 48, LC 109). É o que

se verifica, ao menos, nas situações mencionadas nos incisos I, III, IV, V, VII e VIII, em muitos casos adotando-se redação quase idêntica à prevista na Lei Complementar para decretação de regime especial.

Na maior parte dos casos, ainda, verifica-se a provável ocorrência de infração à legislação de previdência complementar, podendo configurar as infrações administrativas descritas nos artigos 63, 64, 73, 74, 78, 80, 82, 84, 90, 92, 94 ou 99 do Decreto nº 4.942/2003, por exemplo.

Se é certo que as hipóteses previstas no artigo 2º da Instrução exigirão a instauração de processo administrativo sancionador ou a decretação de regime especial, sob pena de grave omissão da PREVIC, e se as medidas prudenciais preventivas possuem caráter autônomo, e não instrumental com relação a esses outros processos administrativos, qual a finalidade então de tais medidas?

A resposta pode ser extraída da leitura do artigo seguinte, que descreve as ações que a PREVIC autorizou, a si mesma, adotar nesses casos:

Art. 3º Configurada a ocorrência de qualquer uma das situações descritas no artigo 2º, a Previc poderá adotar ou determinar uma ou mais das seguintes medidas prudenciais preventivas, concomitante ou sucessivamente:

I - implantação de controles e procedimentos operacionais adicionais;

II - redução de exposição a riscos considerados inadequados ou incompatíveis com as estruturas de gerenciamento e de controles internos da entidade;

III - exigência de critérios adicionais que venham a preservar a liquidez e a solvência dos planos de benefícios;

IV - observância de limites operacionais mais restritivos na aplicação dos recursos garantidores dos planos de benefícios;

V - limitação ou suspensão da prática de modalidades operacionais ou de determinadas espécies de operações ativas;

VI - instauração de processo administrativo disciplinar determinando o afastamento cautelar do dirigente ou conselheiro até sua

conclusão;

VII - suspensão cautelar da habilitação de diretores e conselheiros;

VIII - transferência de planos de benefícios para outra EFPC;

IX - suspensão de qualquer forma de remuneração variável para gestores da EFPC ou proibição de aumento de proventos;

X - limitação ou impedimento de atividades de prestadores de serviço; e

XI - alteração de estatuto, regulamento ou convênio de adesão.

Dividimos as medidas prudenciais preventivas da PREVIC, desta forma, em três categorias: a) as de caráter normativo (I, II, III, IV e V); b) as de caráter punitivo (VI e VII); e c) as de interferência na gestão da EFPC (incisos VIII, IX, X e XI).

Analisemos cada uma, separadamente, à luz da Lei Complementar nº 109/2001.

a) Medidas preventivas de caráter normativo

A exigência de uma estrutura mínima de controle e mitigação de riscos decorre, fundamentalmente, do artigo 3º, inciso III, da LC 109, que impõe que o Estado atue para definir “padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios.”

Na área de investimentos, esses padrões mínimos são fixados por meio de diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, com fundamento na autorização concedida pelo artigo 9º, § 1º, da LC 109.

Cuida-se, mais precisamente, da Resolução CMN nº 4.661/2018, que fixa diretrizes para a aplicação dos recursos garantidores dos planos de benefícios.

Na seara atuarial, por sua vez, temos os artigos 18 a 21 da LC 109, que

determinam parâmetros mínimos voltados para a constituição das reservas garantidoras, de forma que o plano de benefícios esteja apto a cumprir com as obrigações assumidas.

As principais normas que complementam essas disposições, com autorização expressa da LC 109, são a Resolução CGPC nº 18/2006 (estabelece parâmetros técnico-atuariais para estruturação de planos de benefícios) e a Resolução CGPC nº 26/2008 (fixa condições e procedimentos para apuração, destinação e utilização de superávit e equacionamento de déficit).

No que diz respeito ainda ao controle de riscos, cumpre destacar a existência da Resolução CGPC nº 13/2004, que estabelece princípios, regras e práticas de governança, gestão e controles internos a serem observados pelas EFPCs.

Nessa perspectiva, a Instrução nº 15/2017 permitiria que a PREVIC criasse exigências adicionais, não previstas nos referidos normativos. Isso poderia ser feito, por exemplo, fixando limite menor para a aplicação em determinado tipo de investimento ou até mesmo proibindo a aplicação em determinado ativo autorizado pela Resolução CMN nº 4.661/2018. Ou, ainda, exigindo a criação de determinado órgão ou estrutura não exigidos pela legislação em vigor.

Como já tivemos a oportunidade de sustentar alhures³ :

Compete assim à SUSEP e à PREVIC, atualmente, fiscalizar os regimes de previdência aberta e fechada. Em outras palavras, essas autarquias possuem a missão institucional de verificar a observância das normas constitucionais e legais, bem como as regras expedidas pelos entes reguladores, aplicando as sanções devidas em caso de inobservância desses preceitos.

Admitir que tais entidades possam agir sem qualquer base normativa seria abrir as portas para o arbítrio, tolhendo indevidamente a liberdade de iniciativa que rege a previdência complementar brasileira. A intervenção por direção, conferida à PREVIC e à SUSEP, pois, não pode prescindir de norma autorizativa.

E nem se diga que a autorização para expedição de instruções prevista

no artigo 2º, inciso III, da Lei nº 12.154/2009 legitima a edição de norma com esse conteúdo pela PREVIC.

Conforme esclarecemos em outra oportunidade, as normas expedidas pela PREVIC apenas podem encontrar fundamento imediato nas regras emitidas pelos órgãos reguladores, e não diretamente na LC 109. A exceção são as normas voltadas para procedimentos relativos às competências para autorização e fiscalização, especificando prazos e forma para a realização dessas atividades⁴, mas jamais para criar novas obrigações, como ocorre no presente caso.

b) Medidas preventivas de caráter punitivo

O artigo 3º, incisos VI e VII, da Instrução nº 15/2017, por sua vez, prevê a possibilidade de determinar a instauração de procedimento administrativo disciplinar determinando o afastamento do dirigente ou conselheiro até sua conclusão e de suspensão cautelar da habilitação de diretores e conselheiros.

A instauração de procedimento administrativo disciplinar, inclusive com a possibilidade de afastamento do conselheiro, encontra previsão no artigo 12, § 2º, da LC 108/2001. Não existe regra semelhante na LC nº 109/2001, embora não haja nada que impeça que a inserção de norma dessa natureza no estatuto da EFPC.

Fato é que esse é um poder conferido pela Lei às entidades de previdência complementar, e não ao ente fiscalizador, por opção do legislador. A redação do artigo 12, § 2º, da LC 108 não deixa margem para dúvida que essa decisão está na esfera de conveniência e oportunidade dos órgãos de governança da EFPC, que avaliará inclusive a pertinência e a plausibilidade da acusação.

O ente fiscalizador, diversamente, apenas pode aplicar a penalidade de suspensão ou inabilitação, afastando o dirigente de suas atividades, após o trânsito em julgado de processo administrativo sancionador. É o que se extrai do disposto no artigo 65 da LC 109/2001 e no Decreto nº 4.942/2003.

Foi essa a opção feita pelo legislador e, certamente, não cabe ao próprio

ente fiscalizador alterar isso por vias transversas, transformando em obrigação aquilo que é hoje uma faculdade conferida à EFPC.

No tocante à suspensão cautelar da habilitação de diretores e conselheiros, vale ressaltar que a exigência de prévia autorização para a posse de administradores e membros de conselhos estatutários pelo ente fiscalizador está prevista atualmente apenas no âmbito do regime de previdência complementar aberta (art. 38, inciso III, LC 109). Inexiste previsão semelhante para as entidades fechadas, como se verifica do teor do artigo 33 da LC 109, muito embora conste hoje da Resolução CNPC nº 19/2015.

A já discutível Resolução, ademais, não prevê em nenhum momento a figura da “suspensão cautelar da habilitação”. Pelo contrário, reproduz os requisitos do artigo 35, § 3º, da LC 109, como parâmetros para a atuação da PREVIC, afastando, entre outros, aqueles que sofreram penalidade administrativa por infração da legislação da seguridade social ou como servidor público, o que constitui efeito secundário da condenação proferida em sede de processo administrativo sancionador.

O que faz a PREVIC nesse dispositivo da Instrução, portanto, é antecipar os efeitos secundários de uma eventual condenação relativa a um processo administrativo sancionador que nem se sabe quando ou se irá existir, já que a Instrução não estabelece prazo máximo para a lavratura de auto de infração após a adoção da medida supostamente cautelar.

Por isso optamos aqui pela denominação de medidas de caráter punitivo, vez que o intuito nítido é o de antecipar a penalização de dirigentes, com base nas amplas hipóteses previstas no artigo 2º.

Não se encontra, todavia, autorização para isso em quaisquer das normas expedidas pelo CNPC, pelo CMN, ou mesmo no Decreto nº 4.942/2003, que regulamenta o processo administrativo sancionador no âmbito do regime de previdência complementar fechado.

Isso não significa que o afastamento imediato dos dirigentes da gestão da EFPC não possa ser determinado pela PREVIC. Pelo contrário, esse é um efeito imediato da decretação de intervenção ou da liquidação extrajudicial da entidade, que acarreta a perda do mandato dos administradores e membros dos conselhos estatutários das entidades, sejam

titulares ou suplentes (art. 56, LC 109).

O motivo para não utilizar a intervenção, no lugar das tais medidas prudenciais preventivas, aparenta ser o de evitar o rito previsto em Lei para adoção dessa providência, o que abordaremos mais detalhadamente no item a seguir.

c) Medidas preventivas de intervenção na gestão da EFPC

Por último, a Instrução nº 15/2017 autoriza a própria PREVIC a transferir planos de benefícios para outra EFPC, alterar a forma de remuneração dos gestores e proibir aumentos, limitar atividades de prestadores de serviços e até determinar a alteração de estatuto ou convênio de adesão.

Temos aqui típicas atividades de gestão da EFPC, em que o papel do ente fiscalizador, em sua maioria, se limita à prévia e expressa autorização antes da realização dessas operações – e isso unicamente nas hipóteses arroladas no artigo 33 da LC 109.

Para além disso, apenas é autorizada a interferência direta da PREVIC na gestão interna da EFPC na hipótese de decretação de regime especial, na dicção do artigo 54 da LC 109, segundo o qual “o interventor terá amplos poderes de administração e representação e o liquidante plenos poderes de administração, representação e liquidação.”

Ora, enquanto a Instrução da PREVIC não define a autoridade competente ou o procedimento para aplicar as medidas prudenciais preventivas (podendo, em tese, serem aplicadas por qualquer Auditor-Fiscal em sede de procedimento de fiscalização), existe procedimento bastante claro para a decretação dos regimes especiais nas EFPCs.

A decretação de regime especial é proposta pela Diretoria de Fiscalização e Monitoramento e submetida à deliberação da Diretoria Colegiada da PREVIC (art. 10, inciso X, Decreto nº 8.992/2017). O interventor ou liquidante é nomeado pelo Diretor-Superintendente da PREVIC (art. 27, inciso IV), em sintonia com o que expressa o artigo 55 da LC 109.

A decretação da liquidação ou da intervenção acarreta a perda do mandato dos gestores e indisponibilidade dos seus bens (arts. 56 e 59),

devendo ser instaurado de imediato inquérito administrativo visando à apuração de responsabilidades (art. 61). A comissão de inquérito, responsável pela condução do procedimento, deve ser constituída por no mínimo três servidores federais (art. 40, Decreto nº 4.942/2003).

Caso se conclua ao final do procedimento, que possui prazo para se encerrar, que não há elementos para indiciamento de algum ou alguns dos dirigentes, deve ser determinado o levantamento da indisponibilidade dos seus bens, mantendo-se a indisponibilidade caso contrário (art. 61, § 2º, LC 109).

Não há nenhuma dessas exigências para a aplicação das medidas prudenciais preventivas. A interferência direta na gestão interna da entidade se dá, nesse caso, sem a necessidade de observância de procedimento específico e sem a previsão de instauração de procedimento para apuração de responsabilidades. Aliás, não se exige sequer que seja verificada qualquer tipo de irregularidade na gestão da EFPC.

Basta, apenas, que a fiscalização da PREVIC aponte a “exposição a riscos incompatíveis com as estruturas de gerenciamento e de controles internos da entidade” (art. 2º, inciso V) ou a ocorrência de “outras situações que, a critério da PREVIC, possam acarretar grave risco aos planos de benefícios, à EFPC ou ao regular funcionamento do Regime de Previdência Complementar Fechado” (art. 2º, inciso X) para a adoção das medidas.

Fica claro, assim, que o intuito da Instrução da PREVIC, nesse derradeiro aspecto, é conferir poderes de administração para a PREVIC sobre a EFPC sem a observância do procedimento prescrito na legislação – o que, embora possa ter intuito legítimo, não possui qualquer respaldo legal.

d) Conclusão

Da análise das disposições constantes da Instrução nº 15/2017, portanto, verifica-se que não é possível encontrar fundamento legal para esse normativo no poder geral de cautela da Administração (art. 45 da Lei nº 9.784/99), visto que as medidas prudenciais preventivas podem ser decretadas em hipóteses bastante amplas, não necessariamente ligadas ao conceito de “risco iminente”, e por não possuírem caráter meramente instrumental, ou seja, não estarem voltadas necessariamente

para objetivo de garantir o “resultado útil do processo”.

As medidas prudenciais da PREVIC, como se pode verificar, possuem caráter ora normativo, ora punitivo, ora de intervenção na gestão interna da entidade, o que poderia ser viabilizado por normas expedidas pelo CNPC ou pelo CNM, ou pela observância dos procedimentos previstos na legislação em vigor para aplicação de penalidades ou intervenção nas EFPCs. Seu objetivo, no entanto, foi nitidamente o de afastar a aplicação desses procedimentos.

Essas fragilidades, pois, explicam em boa parte a não aplicação da Instrução da PREVIC até o momento, que jamais poderia ter atribuído à própria Autarquia poderes que vão muito além daqueles que lhe foram conferidos pela legislação em vigor, por melhores que possam ser suas intenções.

Notas

1. No tocante ao processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, diversamente, existe uma série de medidas coercitivas e acautelatórias previstas nos artigos 16, 17 e 18 da Lei nº 13.506/2017.

2. Cabe lembrar que, de acordo com o artigo 15 do CPC, as normas do Diploma Processual Civil podem ser aplicadas subsidiariamente ao processo administrativo.

3. MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. *Previdência Privada: Limites e Diretrizes para a Intervenção do Estado*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 86.

4. *Op. cit.* pp. 94 e 95.

GOVERNANÇA EM TEMPOS DE CRISE (E POR CAUSA DELA)

Por: Aparecida Ribeiro Garcia Pagliarini

Duas palavras têm caminhado lado a lado no âmbito da previdência nas recentes entrevistas que tenho ouvido e nos recentes comentários que tenho lido sobre os efeitos da crise mundial provocada pela 19ª versão do Corona: "cautela e serenidade". "Cautela e serenidade na tomada de decisões" pronunciou-se o Diretor de Orientação Técnica e Normas da Superintendência Nacional da Previdência Complementar – Previc, José Carlos Chedeak, durante sua participação no webinar promovido pela Abrapp – Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, "Cenário e Medidas Anti-Cíclicas".

Um pouco antes, o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC emitiu comunicado ao segmento sob o título "Ações para o Enfrentamento da Crise".

- Com relação a eventuais medidas que poderão ser adotadas pelas entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), o CNPC recomenda observar as "condições de liquidez e equilíbrio dos planos".
- Indica o CNPC, também, que os princípios que devem nortear qualquer medida que venha a ser adotada são "a excepcionalidade, a facultatividade, a temporariedade, o auxílio aos participantes e aos patrocinadores, a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial dos planos e a transparência".
- Além disso, o CNPC destaca a "heterogeneidade do setor", fator que "exige ainda mais fidúcia, diligência e transparência dos gestores".
- O Colegiado indica, ainda, que a "atuação dos órgãos de governança deve ser criteriosa nas decisões de investimento e desinvestimento em ativos, sendo imprescindível a existência do

devido processo de avaliação de riscos”.

Para quem esperava mais, pode ter sentido alguma frustração com a leitura do comunicado. Penso, entretanto, que a mensagem está bem clara e pode ser considerada objetiva. Ainda que não estampe qualquer novidade, traz o conforto de que o CNPC também adotou “cautela e serenidade” referidas aqui na introdução, dado o momento de incertezas.

E incertezas, como se sabe, representam risco, talvez o pior deles. Uma delas, e a principal, é a de que não se sabe por quanto se estenderá a crise e seus efeitos econômicos, se este momento serão meses (e quantos meses) ou serão anos (e quantos anos).

Considerando, então, de um lado o cenário de incerteza turbulenta e, de outro, uma atividade de longo prazo como é a previdência complementar, melhor recomendar “cautela e serenidade” usando regras, princípios e práticas de governança corporativa. Não só as conhecidas, mas todas aquelas que vierem a ser indicadas pela cautela e pela serenidade que o momento, o mês ou os meses recomendarão para a “proteção da poupança previdenciária e solidez financeira e atuarial dos planos” como está no texto do comunicado do CNPC. Realmente, governança é um processo em constante construção e aperfeiçoamento, especialmente no enfrentamento de crises. Por isso, governança não é obra acabada e, como sempre digo, não é receita de bolo. Assim, quando o CNPC diz não se esqueçam de olhar a heterogeneidade do setor, não se esqueçam de olhar as especificidades de cada plano operado pela EFPC, ele está invocando um princípio que vem logo no art. 1º (e seu § 1º) da Resolução CGPC nº 13/2004, que vou transcrever aqui, porque ele é a chave de tudo:

Art. 1º As Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC devem adotar princípios, regras e práticas de governança, gestão e controles internos adequados ao porte, complexidade e riscos inerentes aos planos de benefícios por elas operados, de modo a assegurar o pleno cumprimento de seus objetivos.

§ 1º A EFPC deverá observar padrões de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e da própria entidade fechada de previdência complementar, no conjunto de suas atividades.

Ora, o que o CGPC quis dizer, e disse em 2004, foi exatamente repetido agora, em 2020, pelo CNPC, porque esse conjunto de atitudes trazidos com a Resolução 13 é o que se espera sempre, em época de crise ou não, dos administradores das EFPC. É o que esperam patrocinadores, instituidores, participantes e assistidos. É o que deles exige, de outro lado, o órgão de supervisão – Previc. Cautela diligente, transparente e pro-ativa, que posso chamar de prudência. Cautela sem esses requisitos não é prudência, é medo, omissão.

Pois bem. Quando o CNPC diz também não se esqueçam de usar a prudência, sejam diligentes nas decisões de investimento e desinvestimento em ativos, ele está se calcando nos deveres de conduta da Resolução CGPC nº 13/2004 e naqueles expressos no art. 4º da Resolução CMN nº 4.661/2018 denominados de “diretrizes” e cujo texto também não posso deixar de transcrever, porque ele traz a diligência como alicerce dos demais deveres fiduciários da EFPC no seu papel de investidor institucional:

Art. 4º Na aplicação dos recursos dos planos, a EFPC deve:

I- observar os princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez, adequação à natureza de suas obrigações e transparência;

II- exercer suas atividades com boa fé, lealdade e diligência;

III- zelar por elevados padrões éticos;

IV- adotar práticas que garantam o cumprimento do seu dever fiduciário em relação aos participantes dos planos de benefícios,

considerando, inclusive, a política de investimento estabelecida, observadas as modalidades, segmentos, limites e demais critérios e requisitos estabelecidos nesta Resolução; e

V- executar com diligência a seleção, o acompanhamento e a avaliação de prestadores de serviços relacionados à gestão e ativos. Como se lê, os dois dispositivos transcritos colocam regras de conduta como deveres da EFPC. Pergunta-se: quem é a EFPC senão seus administradores estruturados como órgãos singulares e coletivos? Realmente, os primeiros responsáveis serão o Conselho Deliberativo e a Diretoria Executiva, sem dúvida. Mas a Resolução do CMN explica e detalha: são considerados responsáveis, por ação ou omissão (dolosa ou culposa), quando se tratar de aplicação dos recursos garantidores dos planos operados pela EFPC, na medida de suas atribuições (legais, estatutárias e regimentais), as pessoas (jurídicas ou naturais) que participam do processo de análise, de assessoramento e decisório.

Assim, posso concluir até aqui que o CNPC também disse no seu comunicado que as regras prudenciais já estão na legislação e, por isso devem ser observadas com a devida “cautela e serenidade” que a crise requer, como recomendou o Diretor de Orientação Técnica e Normas do órgão de supervisão e fiscalização do regime fechado de previdência complementar.

Falando em “regras prudenciais”, ocorre-me a Instrução Previc nº 15/2017 da qual já fui crítica (“já fui”, porque a crise me trouxe a penitência) e que indica situações que, pela falta de observância de princípios, normas e critérios de governança, pressupostos de prudência, podem caracterizar a gestão temerária: inobservância de padrões de segurança que comprometam a liquidez e a solvência, tanto pelo enfoque dos investimentos quanto atuarial, dos planos de benefícios, isoladamente, e da EFPC, no conjunto de suas atividades (Onde já se leu isso com as mesmas palavras? No § 1º do art. 1º da Resolução CGPC 13 acima transcrito.); insuficiência de elementos para avaliação da situação econômico-financeira ou dos riscos inerentes à entidade, em função de deficiências na prestação de informações à

Previc; grave deteriorização ou perspectiva de grave deteriorização da situação econômico-financeira dos planos de benefícios, independentemente de cumprimento de regras de solvência ou dos demais limites operacionais estabelecidos na regulamentação; aplicação de recursos de forma inadequada ou em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos competentes (o que, aliás, constitui infração administrativa prevista no art. 64 do Decreto nº 4942/2003); exposição a riscos incompatíveis com as estruturas de gerenciamento e de controles internos da entidade; práticas de governança que comprometam o regular funcionamento e as atividades operacionais da EFPC (lembrando que é a falta dessas práticas é que comprometerão o regular funcionamento e as atividades operacionais); inobservância a disposições estatutárias ou a obrigações previstas nos regulamentos dos planos de benefícios, convênios de adesão ou contratos dos planos coletivos (também aqui se caracteriza infração administrativa, como previsto também no art. 90 do Decreto nº 4942/2003); falta de segregação de atividades e conflito de interesses entre as funções de dirigentes, conselheiros, colaboradores e prestadores de serviços, em situações que comprometam o regular funcionamento e as atividades operacionais da EFPC (como determina a Resolução CGPC nº 13/2004 no art. 3º; no § 3º do art. 4º; e no art. 10).

Assim, quando a melhor recomendação é a cautela, os pontos e situações trazidos pela Instrução nº 15/2017 e acima relacionados devem estar mais uma vez presentes na tomada de decisões pelo Conselho Deliberativo e pela Diretoria Executiva, com ou sem crise. Em situações de crise, com cautela redobrada.

Certo é que a crise sanitária trouxe a crise econômica, a suspensão de contratos de trabalho, o desemprego, o fechamento de grande e significativa parte do comércio, aumento de estoques nas indústrias que, por isso, entram em fase de ociosidade (e não é aquela pregada pelo Domenico De Mais, mas é ócio desesperado). Trouxe tudo isso e muito mais, mas não dispensa a análise criteriosa e prudente da situação e seus reflexos, conforme farta orientação normativa que rege o regime fechado de previdência privada e, por isso, lhe deve sustentar

pela credibilidade.

De outro lado, penso que qualquer medida açodada para socorrer este ou aquele agente pode ferir de morte os planos de benefícios e, eventualmente, a própria EFPC. Não penso que tudo se sustenta apenas com a “visão de longo prazo”. Primeiro, porque alguns confundem a visão estratégica com certezas (e a única coisa certa no longo prazo é que todos morreremos). Mas, se não existem certezas, existem mecanismos nas regras e princípios de governança que podem minimizar o impacto das incertezas.

Em segundo lugar, “visão de longo prazo” não é adivinhação. Mas isso não pode ser usado como desculpa. A visão estratégica do negócio (prefiro o termo “visão estratégica”) requer preparo, conhecimento, ética e integridade dos membros do Conselho Deliberativo e da Diretoria da EFPC. Requer também vocação para operar e dar sua contribuição a um ambiente permeado de riscos.

Por derradeiro, “visão de longo prazo” não pode ser usada como jargão ou como desculpa, porque a crise requer atitudes de curto e médio prazo também, sem querer usar atitudes como soluções. E aqui os erros não intencionais poderão estar presentes. Com isso quero chegar aos olhos da fiscalização que, penso, seja preocupação antes, durante e depois da tomada de decisões em qualquer época, mais agora com administradores pressionados também pelas crises (sanitária e econômica).

Como o órgão encarregado da supervisão e fiscalização do regime fechado de previdência privada vai olhar as decisões? Não imagino outro critério que não o de avaliar o processo da tomada de decisões, uma vez que a atividade dos administradores das EFPC (membros do Conselho Deliberativo e da Diretoria Executiva) é atividade de meios e não de fins (principalmente porque o “longo prazo” só nos reserva uma certeza, como já disse). Por isso, entendo que a fiscalização deve se ater à qualidade do processo demonstrada através de documentos e atas de colegiados: análises e estudos efetuados, pareceres e fundamentos

utilizados, nível de debates e discussões, razões e conteúdo dos votos, entre outros fatores e fatos.

Registro e insisto, entretanto, que o pressuposto principal para a tomada das melhores decisões é a qualificação dos membros dos colegiados e a qualificação do próprio colegiado. Sim, há diferença e está demonstrado em análises já feitas que elementos altamente qualificados nem sempre contribuem para um colegiado com o mesmo nível de qualidade. Este é um ponto para refletir e medir através de processos de avaliação, avaliação individual e avaliação do colegiado.

De qualquer modo, penso que, em cenário de regularidade, neste cenário de crise e no cenário que se descortina (ainda que as cortinas ainda estejam cerradas), o órgão de fiscalização poderá adotar a regra do julgamento do negócio nas suas avaliações e fiscalizações. Com isso, admitirá que os administradores usem da sua discricionariedade de assumir riscos com autonomia compatível com a competência técnica e gerencial que devem ter (art. 4º da Resolução CGPC nº 13/2004) e de acordo com alguns outros requisitos: boa-fé; preservação dos interesses dos planos de benefícios, dos participantes e assistidos, dos patrocinadores; legalidade; razoabilidade e ausência de interesses conflitantes. Além desses pontos, é absolutamente imprescindível que os administradores (membros do Conselho Deliberativo e da Diretoria Executiva, repito) mostrem e demonstrem as informações documentadas (relevantes para o negócio, é óbvio) nas quais se basearam para a tomada de decisão. Na ausência desses elementos, poderemos estar diante de hipótese de gestão temerária que não admitirá a aplicação da regra.

Explico. Depois de discorrer sobre a responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas, Pedro Henrique Castello Brigadão mostra a relevância da regra para a apuração da responsabilidade dos administradores pelo Judiciário e que eu trago para o processo administrativo junto ao Supervisor das EFPC:

“É bom lembrar, nesse sentido, que juízes não são administradores e, por isso, não são os mais indicados para analisar o

mérito da atuação desses profissionais. Não seria justo nem razoável, portanto, que eles ditassem como administradores deveriam ter agido para evitar prejuízos. Sua análise, então, deve se ater apenas à legalidade do procedimento decisório.

Nesse contexto, ao definir e limitar as hipóteses em que administradores responderão pessoalmente pelos danos que causarem à sociedade anônima quando da tomada de decisões negociais, é a business judgement rule o instrumento que contribui da maneira mais consistente para que o regime de responsabilidade dos administradores esteja o mais em linha possível com a realidade da administração de companhias.”

Por esses fundamentos, a regra que nasceu no direito norte-americano vem sendo adotada em processos administrativos sancionadores no âmbito de outro supervisor há algum tempo, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, o que mostra, para mim, a sua pertinência e aplicabilidade no âmbito das EFPC também. Cito dois recentes dos vários julgados:

• PAS CVM nº RJ 2013/11703; Rel. Gustavo Borba, j. em 31/07/2018:

...

“36. Embora a CVM já tenha julgado diversas acusações de infração ao artigo 154, o conteúdo do referido padrão de conduta e o padrão de revisão a ele associado ainda não receberam a mesma sistematização do dever de diligência. Dentre as possíveis explicações para esse fato, pode-se destacar a justificada cautela do Colegiado em adotar abordagens excessivamente invasivas do mérito de decisões negociais, bem como o fato de a proibição de atuar em desvio de poder estar, em certa medida (inclusive na topografia da Lei Societária, reconhecida pela sua brilhante sistematização), colocada entre os dois deveres fiduciários classicamente estudados: o dever de diligência e o dever de lealdade.

37. As linhas que delimitam a abrangência de cada um desses deveres são, muitas vezes, pouco claras. Como bem assinala Luis Felipe

Spinelli, os deveres enunciados na Seção IV do Capítulo XII da Lei nº 6.404/1976 são todos 'extremamente próximos, com influência mútua – não há, portanto, separação clara'[26]. O artigo 154 é, por vezes, apresentado como uma das representações do dever de lealdade ao lado do artigo 155, enquanto outras abordagens destacam a acentuada interpenetração entre o dever de atuar no interesse da companhia e o dever de diligência do artigo 153. Nesse sentido, Flavia Parente indica tratarem-se os comandos dos artigos 153 e 154 de complementares[27], que eram inclusive apresentados em conjunto na Lei Societária anterior.

38. De fato, pode-se dizer que o artigo 153 estabelece o modo pelo qual o administrador deve atuar (diligente) enquanto o artigo 154 enuncia a finalidade que deve nortear essa atuação (obtenção de lucro mediante exploração do objeto social, respeitadas as exigências do bem público e da função social da empresa). Nesse sentido, aliás, o professor José Alexandre Tavares Guerreiro destaca o caráter nitidamente finalístico do artigo 154[28]. No mesmo sentido, Luiz Antonio Sampaio Campos assinala que 'o interesse social representa, portanto, a diretriz e o limite da discricionariedade atribuída aos administradores em relação à conduta da companhia'[29].

39. A complementaridade entre os artigos 153 e 154 requer que se utilizem lentes distintas para apurar meras falhas de diligência e episódios de desvio de poder. Quando se avalia apenas diligência, o foco da discussão é o procedimento. Nesse sentido, as decisões da CVM que buscaram sistematizar a business judgment rule brasileira indicam que o referido teste não é aplicável a decisões interessadas, nem aos casos em que existem evidências de fraude ou de má-fé. Nota-se, portanto, que prévia ou concomitantemente à análise procedimental pode-se verificar se existem indícios dos problemas que previnem a aplicação da regra da decisão negocial."

...

• PAS CVM 19957.005981/2016-86 (RJ 2016/7197); Rel. Carlos Alberto Rebello Sobrinho, j. em 19/11/2019:

...

“29. Nesse contexto, não cabe verificar a sua diligência pela perspectiva fiscalizatória, pela qual a conduta de administradores é avaliada em função da razoabilidade e adequação dos controles e procedimentos por eles implementados para a supervisão dos atos de pessoas a quem lhes incumbia, de alguma forma, supervisionar[3].

30. Sendo assim, na medida em que os Acusados não possuíam interesse próprio na questão a eles submetida, a sua diligência na deliberação de 17.11.2014 deve ser avaliada pelo prisma da business-judgment rule[4], já consolidado pela jurisprudência administrativa desta Casa em casos similares e pelo qual o julgador irá se preocupar apenas com o processo que levou à decisão e não com o seu mérito[5].

31. Essa abordagem remonta ao PAS CVM nº 2005/1443, julgado em 10.5.2006 e em cujo voto o Diretor Relator Pedro Marcílio de Souza esclareceu, com base na jurisprudência norte-americana[6], que uma decisão protegida pela business-judgment rule, será aquela tomada de maneira informada, refletida e desinteressada.

32. O mesmo voto consignou que (i) a decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la, podendo, para isso, se utilizar, de informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados; (ii) a decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio; e (iii) a decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador.
(...)

34. Nessa linha, apontou a Presidente Maria Helena Santana, em voto proferido no julgamento do PAS CVM nº 25/2003, em 25.3.2008, que uma ‘decisão fundada nessas opiniões não exime, de maneira alguma, o administrador do dever de analisar criticamente as informações a ele fornecidas, a fim de identificar eventuais problemas

(...). Uma vez detectados sinais de alerta que levem o administrador a suspeitar de que algo não está correto, incide sobre ele o dever de investigar esses pontos buscando esclarecimentos até que esteja seguro de que está lidando com a situação corretamente.’ [7]

35. Na mesma direção, o voto do Diretor Relator Pablo Renteria no julgamento do PAS CVM nº 01/2007, em 22.9.2016, quando afirmou que o ‘direito de confiar não é absoluto, deixando de prevalecer diante da existência de um sinal de alerta que coloque em xeque a confiabilidade da informação prestada pelo terceiro. Nessa hipótese, cabe ao administrador receber a informação com ceticismo e adotar as providências necessárias a fim de verificar a sua veracidade e exatidão’.

36. Mais recentemente, no âmbito do julgamento do PAS nº RJ2014/8013, em 31.7.2018, o Diretor Relator Gustavo Gonzalez, amparado em ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial sistematizou ‘as condições necessárias para que o assessoramento por terceiros possa, de fato, blindar os administradores de responsabilidade’.

37. Dentre essas condições, têm relevo no presente caso (i) a qualificação do assessor, pois ‘a informação na qual os administradores irão se fiar deve ter sido preparada por um terceiro que tenha expertise na matéria’; (ii) a divulgação de informações ao assessor, pois ‘os administradores devem fornecer todas as informações relevantes para o assessoramento’; e (iii) a análise de sinais de alerta (red flags), pois ‘o administrador não pode ser simples receptor e aplicador da informação recebida, tendo o dever de analisar criticamente o material que lhe é apresentado’.[8]

Entendo até que, com esse propósito (além de avaliar a aplicação do preceito right to rely on others), foi emitido o Ofício Circular 3/2020. Com as respostas encaminhadas pelas EFPC, a Diretoria de Fiscalização – DIFIS certamente se guiará para a supervisão baseada em riscos nos pontos que entendeu mais sensíveis para apurar a responsabilidade dos

administradores, considerando que a regra de julgamento do negócio não pode ser encarada como um “salvo conduto” para os administradores, mas determina considerar o processo decisório, ainda que orientado por assessores e consultores. Em resumo, como apontado acima, a decisão deve ser informada, refletida e desinteressada, no sentido de que o interesse que deve prevalecer é o do plano de benefícios, dos seus participantes e assistidos.

Entendo, também, que isso indica que poderá ser adotada a regra do julgamento do negócio na avaliação de cada caso em concreto. E esse entendimento se dá neste momento de grandes incertezas quanto a resultados e, principalmente, porque muito se fala em conduta dos administradores e pouco ou quase nada da conduta que poderão ou deverão adotar os supervisores.

Para terminar, parece-me, ao final, que o CNPC disse exatamente isso: “Por ora, usem e abusem dos instrumentos legais e da qualificação necessária para tomar as melhores decisões e não descuidem dos cenários de curto, médio e longo prazos.”

Por essas e outras Chedeak falou com razão. Como tinha razão minha Vó Maria, que já ditava alguma regra de governança no núcleo da família, quando observava algum membro caminhando para uma decisão precipitada: “Cautela e caldo de galinha não faz mal a ninguém.” O caldo de galinha era para manter a serenidade frente a qualquer risco, penso eu.

Notas

1. *A Administração de Companhias e a Business Judgment Rule, SP, Quartier Latin, 2017, pag. 107/108. No mesmo sentido, Christian Sahb Batista Lopes e Pedro Ernesto Gomes Rocha, Business Judgment Rule: Padrões e Atualidade, in Revista Brasileira de Direito Empresarial, vol. 2, nº 1, Jul/Dez 2015, pag. 130/153; Camila Martinelli Sabongi e Luis Antônio Soares Hentz, Business Judgment Rule no direito societário brasileiro, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 73, Jul/Set 2016, pag. 2/23*

SANÇÕES PECUNIÁRIAS DA LGPD ÀS EFPC: TERIA O LEGISLADOR CRIADO UM “MULTIVERSO” DA RESPONSABILIDADE CIVIL?

Por: Pedro Henrique de Vasconcellos¹

Sumário:

1. Introdução. 2. Da natureza jurídica das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. 3. Entidades de Plano Comum e Entidades Multiplano. 4. Das sanções previstas na LGPD. 5. Responsabilidade Civil: linhas gerais. 6. Estamos diante de um “multiverso” da Responsabilidade Civil? 7. Conclusão.

1. Introdução

Tal como cediço pelos minimamente versados nos meandros da academia jurídica, uma terminologia que frequentemente se utiliza é a que classifica o Direito como uma “Ciência”. Semelhante nomenclatura, além de sua acepção formal², sugestiona aos mais incautos que haveria, hipoteticamente, um modelo produtivo de elaboração de normas dotado de festejada racionalidade, cuja precisão e zelo – fruto de um processo legislativo onisciente e qualificado – ensejaria na criação de normas coerentes e sistemicamente harmônicas.

Não obstante, consoante a célebre e perspicaz reflexão atribuída a Otto von Bismarck sobre leis e salsichas³, não há, na prática do processo legislativo, qualquer preocupação primeva atinente à adequada inserção de novas normas no ordenamento jurídico. Sem embargo existam estruturas institucionais como a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania nas Casas Legislativas, infelizmente é notória a elevada taxa de inconstitucionalidade de normas submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado e abstrato (isso sem falar no controle difuso e concreto que, hodiernamente, é realizado por milhares de magistrados do país sobre os mais variados corpos legislativos).

Justamente por isso, ainda que, a princípio, sejam produzidas leis que possuam elevado grau axiológico e que confirmem densidade normativa a direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição – como é o caso da novel Lei nº 13.709/18 (“Lei Geral de Proteção de Dados” ou, doravante, “LGPD”) –, fato é que é preciso analisar, cum grano salis, quais os impactos que ela potencialmente poderá acarretar (sobretudo ao segmento das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, nosso campo de estudo).

Alertamos, no entanto, que não intencionamos, por meio do presente texto, tecer quaisquer críticas à definição do Direito como Ciência, ou mesmo ao processo legislativo em si; o que se objetiva – consoante se poderá depreender das linhas vindouras – é uma reflexão sobre como o poder da linguagem (especialmente na adotada na LGPD) pode acabar nos induzindo a, equivocadamente, presumir infalibilidades teóricas que, na essência, não existem. Justamente por isso, caso nos atenhamos a dogmas que assim prescrevam, o choque imposto pela realidade fática nos trará uma plêiade de problemas, sobretudo aqueles ligados ao encaixe e superposição das normas aos fatos que, cotidianamente, se apresentam para análise.

Nesse contexto, convém indagar: se a LGPD intenciona estabelecer, precipuamente, um sistema protetivo, como é possível que, em havendo eventual vazamento de dados pessoais dos participantes de uma Entidade Fechada de Previdência Complementar, esta – leia-se, os recursos do Plano de Benefícios que administra⁴ – possa responder pecuniariamente? Considerando que o ordenamento jurídico pátrio possui uma estrutura nuclear mínima atinente à cátedra da Responsabilidade Civil, como enquadrar a aplicação de sanções pecuniárias prevista na LGPD para o caso de vazamento de dados dos próprios participantes desta Entidade Fechada de Previdência Complementar?

Trata-se de situação que extrapola o campo meramente teórico e que, com elevado grau de probabilidade, cedo ou tarde será submetida à análise da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”).

Entretanto, por se tratar de tema conceitualmente complexo, alimentado por uma insofismável multidisciplinariedade, nos propusemos a, humilde e antecipadamente, desde já analisá-lo.

2. Da natureza jurídica das Entidades Fechadas de Previdência Complementar

Antes de podermos adentrar no objeto do presente estudo, mister visitarmos algumas estruturas conceituais prévias, no intuito de conseguirmos analisar de forma mais precisa o escopo ora pretendido. Por esse motivo, teceremos linhas breves sobre a natureza jurídica de uma Entidade Fechada de Previdência Complementar (“EFPC”).

Consoante bem exposto no art. 31 e seguintes da sua lei de regência – i.e., Lei Complementar nº 109/01 (“LC nº 109/01”) –, uma EFPC é uma Entidade criada por uma ou mais empresas (denominadas “patrocinadores”) ou por uma ou mais pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (às quais a aludida lei de regência se refere como “instituidores”), sendo sua estrutura jurídica desenhada sob forma de fundação ou de associação⁵ – o que faz com que a EFPC, justamente por isso, não possua finalidade lucrativa ou mesmo a figura de “sócios”.

O racional por detrás de sua criação é a intenção do patrocinador/instituidor de oferecer a seus empregados, servidores ou associados Planos de Benefícios de natureza previdenciária, objetivando conferir-lhes complementação de renda quando materializadas determinadas hipóteses previamente estabelecidas no regulamento do Plano. Justamente por isso, a finalidade existencial precípua de uma EFPC é a de administrar esses Planos de Benefícios, operacionalizando todos os aspectos a eles relativos (ou, em alguns casos, terceirizando determinados serviços).

Importante frisar, desde logo, que uma EFPC não possui capital próprio; nos termos da LC nº 109/01, toda a estrutura necessária para a sua manutenção – isso é, para o seu custeio administrativo – é suportada

pelos recursos oriundos das contribuições que lhe são vertidas pelos participantes e patrocinadores/instituidores. Não por outro motivo, aliás, o inciso III do art. 14 da LC nº 109/01⁶ impõe que todos os Planos de Benefícios administrados por uma EFPC deverão prever o resgate da totalidade das contribuições vertidas ao Plano pelo participante (descontadas as parcelas do custeio administrativo), justamente pelo fato de serem eles (os participantes) os verdadeiros proprietários dos recursos – e não a EFPC, que figura como mera administradora destes. Com base no mesmo racional, o inciso II do aludido artigo possibilita que o participante, em atendendo as condições autorizadoras, porte o direito que acumulara para outro Plano de Benefícios – uma vez que (reforce-se) os recursos lhe pertencem.

Nesse sentido, resta evidenciado, sem maiores dificuldades interpretativas, que é o participante o verdadeiro titular dos recursos vertidos ao Plano de Benefícios, e não a EFPC. Malgrado, no passado, tenha havido certa dificuldade jurisprudencial em compreender a essência do que ora se expôs, atualmente tem-se remansoso na jurisprudência o entendimento de que as EFPC não possuem patrimônio próprio⁷.

Tem-se, portanto, como revisitação às conclusões do presente tópico, a definição das três primeiras premissas que estabeleceremos no presente trabalho:

(i) EFPC não possui fins lucrativos;

(ii) EFPC não possui sócios (motivo pelo qual, por razões óbvias, não integra nenhuma espécie de grupo ou conglomerado econômico);
e

(iii) EFPC não possui patrimônio próprio, figurando tão somente como administradora de recursos de terceiros (i.e., dos participantes).

3. Entidades Singulares, Multipatrocinaadas, de Plano Comum e Multiplano

Exposta sua natureza jurídica, relevante destacar, ademais, que uma EFPC pode ser qualificada de formas distintas, considerando os patrocinadores/instituidores aos quais se vincula e o número do Plano de Benefícios que administra.

Nesses termos, diz-se Singular uma EFPC que se vincula a apenas um patrocinador/instituidor, ao passo que a Multipatrocinada se vincula a mais de um. Quanto ao Plano, a EFPC de Plano Comum administra Plano ou conjunto de Planos acessíveis a um universo delimitado e específico de participantes, enquanto a Multiplano administra Plano ou conjunto de Planos para diversos grupos de participantes – garantindo-se, nesse caso, independência patrimonial entre eles.

As classificações acima são importantes quando contextualizadas não só com o tópico anterior, como também com a Resolução CNPC nº 31/2018, que dispôs sobre a inscrição dos Planos de Benefício previdenciário no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (“CNPJ”). Semelhante determinação veio no sentido de, dentre outras, mitigar a insegurança jurídica que circundava o patrimônio vertido pelos participantes aos Planos aos quais se encontravam vinculados.

Isso porque, não raro, o Poder Judiciário, ao se deparar com a necessidade de proceder com alguma constrição patrimonial que tivesse origem em algum dos Planos administrados por determinada EFPC, acabava, de forma equivocada, compreendendo que, dado que apenas a EFPC possuía CNPJ, a aludida constrição deveria recair sobre a totalidade do patrimônio por ela administrado (ao invés de recair apenas sobre o patrimônio daquele específico Plano de Benefícios). Em virtude disso, eventualmente o patrimônio do Plano de Benefícios “A” acabava arcando com o ônus pecuniário que, em verdade, deveria ser imputado apenas ao patrimônio do Plano de Benefícios “B”.

Sem embargo já existisse, desde 2004, o denominado Cadastro Nacional de Planos de Benefícios de Entidades Fechadas de Previdência Complementar (“CNPB”) – cujo norte balizador fora o de, justamente, instrumentalizar a independência patrimonial entre os

diversos Planos de Benefícios existentes –, bem como já houvesse expressa disposição normativa quanto à segregação patrimonial entre os Planos⁸, as dificuldades de interlocução com o Poder Judiciário em virtude de sua, regra geral, falta de compreensão quanto à estruturação do segmento de Previdência Complementar, impuseram, recentemente, a adoção do mencionado CNPJ específico para cada Plano de Benefícios.

Tem-se, portanto, que toda essa preocupação advém de uma raiz comum importantíssima (alusiva à preocupação sistêmica de que se compreenda que os Planos de Benefícios possuem segregação patrimonial entre si), motivo pelo qual estabelecemos, por ora, mais uma importante conclusão ao presente trabalho – a ser agregada às três anteriormente declinadas:

(iv) Planos de Benefícios possuem, cada qual, patrimônio próprio (a suportar, eventualmente, a imputação de suas próprias responsabilidades).

4. Das sanções previstas na LGPD

Encerradas as exposições preambulares relativas ao funcionamento de uma EFPC e aos principais contornos atinentes aos Planos de Benefícios que administra, cumpre-nos adentrar nas disposições relativas à LGPD. Semelhante norma possui alguns conceitos próprios e que, em virtude de serem uma inovação em nosso ordenamento jurídico, demandam conceituação específica.

Os primeiros a que devemos nos reportar são os relativos ao Controlador e ao Operador. Consoante estabelece a aludida lei, considera-se Controlador aquele – seja pessoa natural ou jurídica – a quem competem as decisões referentes ao tratamento dos dados pessoais; o Operador, por sua vez, é compreendido como a pessoa (natural ou jurídica) que realizará o efetivo tratamento desses dados.

A despeito de, prima facie, parecerem conceitos similares, a distinção

entre ambos é relativamente simples. A título de exemplo, caso uma EFPC contrate um serviço de armazenamento de dados cadastrais de participantes, estaria ela figurando como Controladora (eis que matriz originária desses dados), ao passo que o prestador de serviços contratado seria considerado o Operador desses dados. Alterando-se o exemplo, caso a EFPC não contratasse o aludido serviço (optando, assim, por armazenar, dentro de sua própria estrutura, os dados cadastrais dos participantes), seria considerada, a um só tempo, tanto Controladora como Operadora dos dados em comento.

Importante notar, no ponto, que, como a LGPD indica que o Controlador será a pessoa a quem efetivamente competirem as decisões sobre o tratamento de dados, bem como que o Operador será a pessoa que efetivamente realizar seu tratamento, isso significará, no contexto de uma EFPC, que será sempre a Entidade (e não os seus conselheiros e/ou diretores) considerada como o agente de tratamento de dados. Por esse motivo, no caso de uma eventual responsabilização atinente ao tratamento de dados pessoais, as sanções previstas na LGPD recairão diretamente sobre a EFPC, e não sobre as pessoas físicas que ocupem cargos da Alta Direção.

Outro ponto interessante – e que merece especial destaque para os fins a que o presente estudo se destina – é o relativo às sanções previstas na LGPD. Estabelece a aludida lei que caso o Controlador ou o Operador, em razão do exercício de atividades de tratamento de dados pessoais, causem a outrem dano oriundo de violação à legislação de proteção de dados pessoais, serão obrigados a repará-lo – e, na imensa maioria das vezes, de forma solidária (art. 42, §1º, I e II)⁹.

Em a ANPD¹⁰ compreendendo, após procedimento administrativo estabelecido mediante contraditório e ampla defesa, que, por exemplo, uma EFPC foi responsável pelo vazamento de dados, terá ela à disposição seis modalidades de sanção: (i) advertência, (ii) publicização da infração, (iii) bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização, (iv) eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração, (v) multa de até 2% (dois por cento) do faturamento no

último exercício da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil, limitada, no total, a R\$50 milhões por infração, e (vi) multa diária (observado o limite total da multa anterior)¹¹.

Veja-se, portanto, que, em concluindo a ANPD pela imposição de uma das sanções pecuniárias, determina a LGPD pesada penalização com reflexos patrimoniais – que pode chegar a portentosos R\$50 milhões por infração. Ademais, em uma leitura conjunta com os arts. 43¹² e 44¹³ da LGPD, depreende-se que a responsabilidade atribuída ao Controlador e ao Operador é objetiva, isso é, não perquirirá se a falha quando do tratamento de dados pessoais teve por origem um atuar doloso ou culposo. As únicas excludentes de responsabilização previstas na lei seguem a estreita regra geral para situações em que há responsabilidade objetiva – relegando-se, assim, apenas aos casos em que o Controlador e o Operador comprovarem que (i) ou não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, ou (ii) a despeito de o terem realizado, não houve inobservância da LGPD, ou (iii) o dano decorreu de culpa exclusiva do titular dos dados ou de um terceiro.

Nesse sentido, relevante destacar alguns importantes e cruciais pontos, sobretudo em virtude de estarmos analisando a questão sob a lente do universo da Previdência Complementar Fechada.

O primeiro deles decorre do fato de que a LGPD menciona a aplicação de multa que possui, como base de cálculo, o “faturamento” da pessoa jurídica. Mas, afinal: o que se compreenderia exatamente por faturamento?

Considerando que se está aqui diante de expressão decorrente de lei, mister buscar o conteúdo jurídico de sua expressão, de forma a evitar casuísmos ou mesmo imprecisões. Nessa toada, convém registrar que semelhante discussão possui um histórico de tormentosas indefinições no seio da jurisprudência pátria – que, ao que tudo indica, foram finalizadas com certa parcimônia¹⁴ quando do julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e em sede de repercussão geral, do RE nº

574.706. No aludido caso, a Corte, ao analisar se o ICMS deveria ou não ingressar na base de cálculo do PIS e da COFINS, estabeleceu, linhas gerais, que, por “faturamento”, deve ser compreendida apenas a percepção de valores oriundos do exercício da atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços (i.e., decorrente do exercício de empresa, nos termos do art. 966 do Código Civil¹⁵).

Com base nessa definição, é possível perceber que já haveria uma dificuldade conceitual na aplicação de qualquer sanção pecuniária a uma EFPC relativa à eventual falha relativa ao tratamento de dados pessoais; afinal, considerando que uma EFPC exerce atividade não empresarial, possuiria a ANPD obstáculos consideráveis para transpor a expressa menção legal ao conceito de faturamento para, somente após, identificar a correta base de cálculo que seria usada quando da penalização pecuniária da Entidade. Nos parece, com vênias antecipadas a entendimentos contrários, que haveria uma impossibilidade textual para a utilização do instrumental sancionador do art. 52, II e III da LGPD em face das EFPC.

No mesmo sentido, considerando, como visto anteriormente, que uma EFPC possui natureza jurídica de Associação ou de Fundação – e que, por isso mesmo, não possui sócios –, também não seria possível vislumbrar seu enquadramento no conceito de legal de “grupo ou conglomerado econômico”. Isso porque, nos termos da base legal atinente ao tema – qual seja, os parágrafos 2º e 3º do art. 2º da CLT¹⁶ –, tem-se que somente se poderá apontar como integrante de grupo econômico uma sociedade empresária que possua interesse integrado, comunhão de interesses e atuação conjunta com as demais sociedades empresárias que estiverem sob direção, controle ou administração comum – conceituação esta que passa ao largo da natureza jurídica de uma EFPC.

Não obstante as duas ressalvas acima (atinentes aos conceitos de “faturamento” e “grupo ou conglomerado econômico”), é preciso, por honestidade intelectual, apontar para o fato de que ambas, em verdade,

figuram como limitadoras das sanções de multa simples e multa diária – o que, em tese, pode levar a outras duas construções hermenêuticas possíveis: (a) como os aludidos conceitos servem para, tão somente, limitar uma penalidade, em tese não haveria, para multas aplicáveis às EFPC, qualquer limitador; e (b) poderia a ANPD se valer de uma analogia conceitual, equivalendo, para a realidade das EFPC, o montante total das contribuições vertidas pelos participantes como espectro substitutivo ao conceito de faturamento.

Ambas as possibilidades trazidas acima, caso invocadas, certamente ensejariam questionamentos judiciais; não obstante, considerando que, até o presente momento, não se possui qualquer jurisprudência sobre o tema – sobretudo administrativa no âmbito da neonata ANPD, eis que a LGPD ainda se encontra em período de *vacatio legis*¹⁷ –, deve-se ter em mente que eventual desejo açodado de, a qualquer custo, se fazer valer uma imposição regulatória atinente à temática da proteção dos dados pessoais poderá, hipoteticamente, gerar entendimentos similares aos ora referidos.

Destarte, em havendo a superação de semelhantes pontos controvertidos¹⁸, poder-se-á encontrar a EFPC sujeita a sanções de cunho pecuniário, cuja repercussão patrimonial será extremamente negativa para os participantes e assistidos dos Planos de Benefícios que administra.

Nessa toada – e no intuito de aprofundarmos a discussão ora em apreço –, traçamos as seguintes conclusões (sobretudo para, além dos questionamentos trazidos nesse tópico, verificarmos mais adiante se uma EFPC poderia, com base na estrutura geral da Responsabilidade Civil, responder por infrações atinentes à proteção de dados pessoais dos participantes dos Planos de Benefícios que administra):

(v) A LGPD prevê sanções para o Controlador e o Operador, inclusive de cunho pecuniário;

(vi) Nos termos da LGPD, a EFPC é considerada Controladora (e, em

determinadas situações, também Operadora), não recaindo sanções sobre seus Conselheiros ou Diretores; e

(vii) EFPC não possui faturamento (bem como, conceitualmente, não integra grupo econômico).

5. Responsabilidade Civil: linhas gerais

Considerando que, para a aplicação de sanções, invariavelmente se faz necessário perpassar pelos pressupostos gerais estabelecidos pela Responsabilidade Civil, mister verificar quais exatamente seriam eles e, ao final, identificar os pontos das sanções estabelecidas na LGPD que, em relação às EFPC, a eles não se amoldam perfeitamente. Ademais, importante consignar que, sem embargo a Responsabilidade Civil se dividir em dois grandes campos (cada qual com algumas idiosincrasias distintas), fincaremos nossa análise apenas na responsabilidade extracontratual – eis que as sanções eventualmente impostas pela ANPD terão como fundamento o descumprimento de disposições previstas na LGPD, e não em contrato.

Assim sendo, passemos agora a nos ater aos três pressupostos gerais da Responsabilidade Civil, quais sejam: (i) conduta, (ii)nexo de causalidade e (iii) dano (a outrem).

O primeiro elemento – conduta – possui como núcleo a noção de voluntariedade, seja ela positiva (ação) ou negativa (omissão). Importante mencionar, sobre o ponto, que a conduta do agente não necessariamente precisará advir da prática de um ato ilícito; pela sistemática geral da Responsabilidade Civil, basta que se viole direito e se cause dano a outrem para que os pressupostos configuradores do dever de indenizar estejam previstos, consoante bem destaca a tríade estruturante da Responsabilidade Civil prevista nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil¹⁹.

No que pertence ao nexo de causalidade, trata-se este de uma relação de causa e efeito entre a conduta perpetrada pelo agente e o resultado

danoso experimentado por outrem. Para que se possa analisar se a conduta, de fato, foi a responsável pelo resultado danoso, é necessário o exercício de uma análise, por vezes, abstrata; afinal, ainda que haja situações em que se depreenda uma relação de causalidade direta e clara, por vezes se faz necessário ao julgador – ou, no caso sob análise, à ANPD – verificar se, em abstrato, os prejuízos decorrentes da prática do ato possuem relação direta com a conduta do agente (in casu, a EFPC) ou se, a despeito de alguma espécie de atuação deste, o dano ocorreu eminentemente em decorrência de culpa exclusiva do titular dos dados ou de um terceiro.

Como último elemento a ser observado – e certamente o mais importante para os fins a que nos dedicamos com a presente reflexão – há a necessidade de que tenha havido efetivo dano a outrem. Sem embargo esta pareça ser uma decorrência lógica em um sistema de responsabilização de condutas, há importantes reflexos quando nos detemos a analisar a estrutura patrimonial de uma EFPC e nos deparamos com a possibilidade sancionatória prevista pela LGPD. Antes, no entanto, convém analisar como as diretrizes atinentes à responsabilização (civil e penal, mais especificamente) tem refletido em questões semelhantes.

Consoante bem assentam os artigos do Código Civil anteriormente citados, a indicação de que o dano causado pelo agente deve prejudicar a esfera jurídica de outrem é, na essência, a própria gênese fundante da análise sobre toda e qualquer pretensão que intencione perscrutar a temática da responsabilização por danos causados. Afinal, caso não se esteja diante de um dano causado a outrem (isso é, a um terceiro distinto do agente causador), pouco importa haver uma conduta que, em uma relação de causalidade, tenha, ao final gerado um dano juridicamente relevante. Faz-se necessário que um terceiro tenha sido prejudicado – seja esse terceiro compreendido como um sujeito singularmente individualizado ou como um conjunto determinado ou indeterminado de pessoas.

Não por outro motivo, inclusive, a sistemática civilista não prevê punição para aquele que, sponte propria, resolva, desprovido de

quaisquer outras intenções²⁰, simplesmente mutilar seu próprio corpo de forma permanente. Veja-se que, nessa situação, a despeito de haver (i) conduta, (ii) dano e (iii) nexos causal, não se está diante de uma situação que tenha causado lesão à esfera jurídica de terceiro – e, sem esse pressuposto (dano a outrem), tem-se a aludida lesão como impermeável às diretrizes estruturantes da responsabilização civil fincadas no nosso ordenamento.

Semelhante excludente de responsabilidade também se aplica aos casos em que, por exemplo, uma pessoa resolva, sem afetar a esfera de terceiros, simplesmente destruir um bem que seja de sua propriedade. Nessa hipótese, malgrado as considerações de cunho moral ou filosófico que se poderia empregar – ao considerarmos que, em uma realidade terceiro-mundista, há diversos sujeitos desprovidos de bens, que certamente poderiam fazer melhor uso do objeto destruído –, fato é que nada poderá ser feito para que, por meio do ordenamento jurídico, se puna o proprietário do bem em comento, simplesmente porque os pressupostos básicos para a caracterização da responsabilidade civil não se encontrarão presentes.

A axiologia estruturante em comento resta tão impregnada no sistema que não ocorre apenas na seara exclusivamente privatista do Direito Civil (i.e., de interesses individuais e disponíveis), mas hidrata também as próprias raízes fundantes da *ultima ratio*, balizadas pelo Direito Penal. Esse o motivo pelo qual, por exemplo, não se punem situações como automutilação, tentativa de suicídio ou mesmo suicídio consumado²¹. Em casos desse matiz, entendeu o legislador criminal, valendo-se das mesmas bases axiológicas que permeiam todo o sistema, que não faria sentido algum direcionar a estrutura ínsita ao *ius puniendi* estatal a alguém que comete ato lesivo à sua própria esfera jurídica.

Estabelecido, portanto, que, para haver responsabilidade, será necessário que o dano atinja a esfera patrimonial de outrem, mister assentar essa conclusão em formato de assertiva (no intuito de permitir que evoluamos em nossa análise):

(viii) Para que haja responsabilização, há a necessidade de que o dano causado tenha afetado a esfera patrimonial de outrem.

6. Estamos diante de um “multiverso” da Responsabilidade Civil?

Como visto anteriormente, uma EPFC, na realidade, não possui patrimônio próprio; trata-se ela de uma Entidade que, malgrado dotada de personalidade jurídica própria, não possui uma esfera patrimonial individualizada. Todos os recursos que se encontram sob sua administração pertencem, em verdade, aos participantes dos Planos de Benefícios. Trata-se semelhante leitura não de uma construção doutrinária heterodoxa, mas sim de conclusão assentada tanto na legislação quanto na jurisprudência dos Tribunais Superiores²².

Nesse sentido, ao hipoteticamente prognosticarmos um eventual tratamento indevido de dados pessoais de participantes de EFPC que seja detectado pela ANPD – e que, por esse motivo, seria objeto de processo administrativo tendente a apurá-lo e, caso comprovado, puni-lo –, nos depararemos com a seguinte questão: haveria a possibilidade de imputar, à EFPC, as sanções pecuniárias previstas nos incisos II e III do art. 52 da LGPD? Considerando que, caso lhe seja atribuída multa decorrente, por exemplo, do vazamento de dados pessoais de participantes de um Plano de Benefícios que administra, como seria possível enquadrar essa hipótese dentro da estrutura pátria da Responsabilidade Civil (tendo em vista que seria o patrimônio desses mesmos participantes que arcaria com a aludida penalidade)?

Em semelhante caso, ter-se-ia uma situação absolutamente inusitada, onde, intencionando responsabilizar a EFPC por um tratamento indevido aos dados pessoais de participantes de Plano que administra, o Estado brasileiro (por meio da ANPD) imporia ao patrimônio dos próprios lesados pelo ato danoso (in casu, os participantes) a responsabilidade pela sanção pecuniária estabelecida – e cuja destinação não seria direcionada a repará-los, mas sim a alimentar o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, consoante previsto no §5º do art. 52 da LGPD²³.

Semelhante hipótese seria uma espécie de “dupla punição” aos participantes do Plano de Benefícios: primeiro, seus dados pessoais foram objeto de tratamento indevido; após, seu patrimônio lhes foi arrancado como punição por terem tido os seus próprios dados pessoais objeto de um indevido tratamento.

Analogicamente, seria como se possuíssemos, ao mesmo tempo, a convivência de dois “universos paralelos” (ou “multiversos”, nos termos da Teoria Quântica)²⁴ no que pertence à temática da Responsabilidade Civil: em um primeiro “universo”, o dano necessita prejudicar a esfera patrimonial de outrem; no segundo, causador e prejudicado são a mesma pessoa, mas, mesmo assim, o Estado brasileiro lhe imputa sanção pecuniária decorrente do “dano” que se “auto causara”.

Digno de nota que se está a falar aqui, por evidente, apenas de hipotéticos tratamentos indevidos de dados pessoais de participantes; caso houvesse, por exemplo, o vazamento de dados de funcionários e ex-funcionários que trabalham para a EFPC, fornecedores, ex-participantes, ex-assistidos, etc., se estaria diante de imputação de responsabilidade civil, pela ANPD, por dano causado a outrem – e, aí sim, a sanção seria estabelecida de forma absolutamente compatível com as premissas balizadoras presentes no ordenamento jurídico pátrio.

De toda sorte, caso não se esteja diante de tratamento indevido de dado de terceiros, mas sim de dados pessoais relativos aos próprios participantes, haveria uma disruptiva e indevida alteração nas bases da teoria da Responsabilidade Civil – algo que, decerto, fará com que o saudoso José de Aguiar Dias²⁵, no “multiverso” que atualmente habitar, escreva longas e ácidas críticas sobre essa novel e indevida malversação das premissas autorizativas à imputação de responsabilidade no Direito brasileiro.

De se ponderar se, lege ferenda, o mais adequado não seria criar mecanismos que previssessem a imposição de sanções às pessoas físicas que fossem responsáveis pelo vazamento de dados dos participantes

(similarmente aos moldes dispostos no art. 63 da LC nº 109/01²⁶) ou, ainda, prever algum grau de responsabilização de patrocinadores/instituidores em decorrência da falha na supervisão das atividades da EFPC atinentes à proteção de dados dos participantes (em parâmetros próximos ao previsto no §2º do art. 41 da mesma lei²⁷).

Em semelhantes casos, haveria o potencial benefício de não se transmudar, de forma tão abrupta, o formato pelo qual o sistema de Previdência Complementar Fechada hodiernamente se acostumou a tratar eventuais sanções impostas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (“PREVIC”). Ter-se-ia, assim, uma maior e mais célere assimilação de responsabilidades, bem como a mitigação de quaisquer divergências interpretativas quando da aplicação das sanções previstas na LGPD.

Não obstante, ainda que desejáveis tais sugestões em detrimento das premissas atualmente estabelecidas na LGPD, fato é que a imposição de sanções dirigidas a patrocinadores/instituidores poderia ensejar em um verdadeiro desestímulo ao mercado de Previdência Complementar Fechada – seja por meio de retirada de patrocínio, seja em virtude da inibição da criação de novos Planos de Benefício. No mesmo sentido, eventual direcionamento de mais essa possibilidade de sanção aumentaria substancialmente os já consideráveis riscos patrimoniais ínsitos à assunção de cargos da Alta Direção em EFPC. Nessa toada, haveria uma maior dificuldade de se encontrar profissionais gabaritados dispostos a, eventualmente, se encontrarem em situação na qual seu patrimônio pessoal estivesse diretamente sujeito à responsabilização pecuniária.

Não obstante, sem embargo as dificuldades que se imporiam nesses dois cenários acima (quais sejam, o da criação de mecanismos de responsabilização de patrocinadores/instituidores e o dos membros da Alta Direção), fato é que, caso inexorável a imposição, à EFPC, de alguma espécie de sanção pecuniária oriunda do indevido tratamento de dados pessoais de participantes – o que, uma vez mais, consignamos nossa frontal discordância –, ambas as sugestões nos parecem menos

impactantes ao sistema de Previdência Complementar Fechada do que a hipótese de utilização do patrimônio afetado aos Planos de Benefícios para fazer frente às sanções pecuniárias previstas na LGPD. Como dissemos anteriormente, tal ato equivaleria a punir duplamente os participantes que tiveram seus dados pessoais mal gerenciados (em uma espécie de bis in idem às avessas).

De se destacar, ainda, que, diante desse cenário, estruturas administrativas mais complexas – como as de Entidades Multipatrocinadas – poderiam, em virtude do elevado número de dados pessoais que têm acesso, se encontrar mais suscetíveis a sancionamentos pela ANPD. Semelhante contexto, ao ser observado pelos participantes dos Planos de Benefícios por elas administrados, poderia estimular um verdadeiro “contrafluxo”, havendo a procura, a partir de agora, não mais de Entidades Multipatrocinadas, mas sim de Entidades Singulares (as quais, em tese, por possuírem menos dados pessoais à disposição, estariam menos suscetíveis a tratamentos indevidos sujeitos a sanções pela ANPD).

Veja-se, portanto, que, caso a ANPD faça uma inadequada leitura quando da análise sobre a possibilidade de pecuniariamente sancionar uma EFPC – por, exemplificativamente, ter esta conferido tratamento indevido a dados pessoais de participantes de Plano de Benefícios que administra –, poderão surgir indesejadas consequências sistêmicas ao segmento de Previdência Complementar Fechada. Nesse contexto, fazemos nossa última assertiva antes de concluirmos o presente trabalho:

(ix) Participantes não podem responder pecuniariamente por tratamentos indevidos conferidos a seus próprios dados pessoais, sob pena de serem duplamente lesados.

7. Conclusão

Diante de todo o exposto, entendemos que a LGPD, sem embargo ser uma louvável e poderosa ferramenta protetiva, precisa ser

meticulosamente analisada, sob os mais distintos ângulos, para que não se corra o risco de, ao invés de proteção, sua aplicação ensejar em espúria penalização aos participantes de Planos de Benefícios.

O aludido receio advém sobretudo da constatação de que, quando da leitura dos minudentes sessenta e cinco artigos da LGPD, absolutamente nenhum deles parece abarcar – ao menos a partir da análise do linguajar técnico empregado –, qualquer preocupação com o segmento da Previdência Complementar Fechada. Não por outro motivo, cremos, expressões como “faturamento” e “grupo ou conglomerado econômico” foram utilizadas, indiciando que a diretriz que guiou o legislador fora atinente ao indevido tratamento de dados pessoais por parte de sociedades empresárias – e não associações ou fundações (às quais tais conceitos, como visto, não se aplicam).

Não obstante, considerando que a atividade de administração de Planos de Benefícios carreada pelas EFPC não se encontra no rol de isenções à LGPD previsto no art. 4^o²⁸, há fundado temor de que a ANPD, caso não se atente às particularidades e idiosincrasias ínsitas a essas Entidades, acabe por conferir insegurança jurídica ao Sistema – com o agravante de penalizar pecuniariamente justamente os participantes, que representam o lado mais frágil da equação e cujos dados pessoais já teriam sido, nessa hipótese, de alguma forma maculados.

Diante dessa potencialmente perniciosa hipótese, nos valem das assertivas lançadas ao longo do presente trabalho para, uma vez mais, enfatizar os seguintes postulados – e, quiçá, futuramente auxiliar a ANPD em suas futuras reflexões:

(i) Uma EFPC não possui fins lucrativos;

(ii) Uma EFPC não possui sócios (motivo pelo qual, por razões óbvias, não integra nenhuma espécie de grupo ou conglomerado econômico);

(iii) Uma EFPC não possui faturamento;

(iv) Uma EFPC não possui patrimônio próprio, figurando, tão somente,

como administradora de recursos de terceiros (i.e., dos participantes);

(v) Os Planos de Benefícios são constituídos por meio dos recursos vertidos por seus participantes;

(vi) A LGPD prevê sanções para o Controlador e o Operador, inclusive de cunho pecuniário (art. 52, II e III);

(vii) Nos termos da LGPD, a EFPC seria considerada Controladora (e, em determinadas situações, também Operadora), o que faria com que, sobre ela, recaíssem eventuais sanções (e não sobre seus Conselheiros ou Diretores);

(viii) Para que haja qualquer espécie de responsabilização, há a necessidade de que o dano causado tenha afetado a esfera patrimonial de terceiro; motivo pelo qual

(ix) Participantes (reais proprietários dos recursos administrados por uma EFPC) não podem responder pecuniariamente por tratamentos indevidos conferidos a seus próprios dados pessoais, sob pena de serem duplamente lesados.

Esperamos que os postulados acima descritos esclareçam à ANPD as adequadas peculiaridades do segmento previdenciário complementar fechado, possibilitando-a ser mais um braço de estímulos positivos à adoção do sistema pelos brasileiros (e não o contrário). Por esse motivo, tomamos a liberdade de adaptar a notória citação de Otto von Bismarck para predizemos que, com uma LGPD mal compreendida e uma ANPD boa, ainda é possível conviver; não obstante, com uma ANPD que desconheça as realidades do segmento de Previdência Complementar Fechada, nem a melhor LGPD a este servirá²⁹.

Notas

1. Advogado, bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Especialista em Direito Societário e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Sócio do escritório Balera, Berbel & Mitne Advogados. Militante no segmento de Previdência Complementar e Mercado de Capitais desde 2012.
2. Regra geral, pode-se conceituar a Ciência do Direito como o modelo metodológico que busca, de forma ordenada, sistematizar o conjunto de princípios e regras que compõem o denominado “Direito Positivo” (isto é, o Direito posto, normatizado), buscando, sob essa base de atuação, solucionar problemas ligados à sua interpretação e aplicação.
3. “Os cidadãos não poderiam dormir tranquilos se soubessem como são feitas as salsichas e as leis”, também encontrada, em traduções alternativas, como “Leis, como salsichas, deixam de inspirar respeito na proporção em que sabemos como elas são feitas”, ou “Se as pessoas soubessem como são feitas leis e salsichas, ninguém comeria salsichas”.
4. Recursos estes titularizados pelos seus participantes, consoante veremos mais adiante.
5. Denominada na LC nº 109/01 como “sociedade civil”, expressão essa não mais utilizada após a entrada em vigor do atual Código Civil.
6. Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador: [...] II - portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano; III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada;
7. Dada a importância do ponto para a exata compreensão da

problematização que se virá, citamos cristalinamente julgados do e. Superior Tribunal de Justiça sobre o tema: “[...] **Embora as entidades de previdência privada administrem os planos, não pertence a elas o patrimônio comum**, que deve ser estruturado com o objetivo de constituir reservas que possam, efetivamente, assegurar, nos termos do art. 202 da CF, os benefícios contratados num período de longo prazo. **Ademais, o artigo 34 da LC n. 109/2001 deixa límpido que as entidades de previdência privada fechada apenas administram os planos, isto é, não são as detentoras do patrimônio acumulado, que pertence aos participantes e beneficiários - verdadeiros proprietários do fundo formado.** 3. Assim, o fundo formado tem patrimônio segregado do patrocinador, de modo que o custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos e, conforme art. 21 da Lei Complementar 109/2001, eventuais resultados deficitários deverão ser equacionados por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, conforme disposições infralegais oriundas do órgão regulador e fiscalizador. [...]” (REsp 1.406.109/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/11/2013) (grifamos) / “[...] **As entidades de previdência privada fechada administram os planos, mas não são as detentoras de seu patrimônio, que é constituído com o objetivo de assegurar o custeio das despesas comuns**, de sorte que a indevida isenção de contribuição, em prejuízo de terceiros, é providência vedada pelo artigo 3º, VI, da Lei Complementar 109/2001, que impõe ao Estado proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios. [...]” (REsp 814.465/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/05/2011) (grifamos).

8. Resolução CGPC nº 14/2004: Art. 3º Cada plano de benefícios possui independência patrimonial em relação aos demais planos de benefícios, bem como identidade própria quanto aos aspectos regulamentares, cadastrais, atuariais, contábeis e de investimentos. § 1º Os recursos de um plano de benefícios não respondem por obrigações de outro plano de benefícios operado pela mesma EFPC.

9. Art. 42. [...] § 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados: I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

10. Art. 55-J. Compete à ANPD: [...] IV - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;

11. Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração; III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II; IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; VII - (VETADO); VIII - (VETADO); IX - (VETADO); X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; XII - proibição parcial ou

total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.).

12. Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

13. Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo pelo qual é realizado; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

14. Sem embargo toda a cuidadosa e detida análise empregada pelo Pretório Excelso sobre o tema, ainda reside, no mundo jurídico, certa indefinição sobre os exatos limites deste termo, motivo pelo qual é prudente ao intérprete, ao menos contemporaneamente, não compreender, de forma hermética, as balizas conceituais daquilo que se compreende por “faturamento”.

15. Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

16. Art. 2º. [...] §2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da

relação de emprego. §3º. Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

17. Art. 65. Esta Lei entra em vigor: I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; I-A – dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54; II - em 3 de maio de 2021, quanto aos demais artigos.

18. De se observar como será o comportamento da ANPD quando diante do primeiro caso de falha no tratamento de dados que envolva participantes de planos de benefícios administrados por uma EFPC, sobretudo diante das disposições previstas no §4º do art. 52 e no 53 da LGPD que, ao menos em tese, podem ser utilizados na tentativa de justificar, no Direito Positivo, algum tortuoso caminho para que se chegue à imposição de sanções pecuniárias às EPFC (trazendo aquele último dispositivo a previsão de um regulamento de sanções e metodologias). In verbis:

19. Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: [...] § 4º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso II do caput deste artigo, a autoridade nacional poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pela autoridade nacional, ou quando o valor for apresentado de forma incompleta ou não for demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Art. 53. A autoridade nacional definirá, por meio de regulamento próprio sobre sanções administrativas a infrações a esta Lei, que deverá ser objeto de consulta pública, as metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que

exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

20. Por evidente, caso haja a intenção de fraudar contratos de seguro, a Administração Pública ou mesmo relações de trabalho, poder-se-á falar em responsabilização relativa à automutilação; não obstante, semelhante esfera punitiva advirá da lesão causada a direitos de terceiros (e não em virtude da automutilação em si), motivo pelo qual os pressupostos básicos da responsabilidade civil (especialmente o atinente ao dano causado afetar a esfera jurídica de outrem) se fariam, in casu, perfeitamente presentes.

21. Veja-se, aqui, que não se está a falar em ausência de punição para aquele que induz, instiga ou auxilia um terceiro a se suicidar ou se automutilar. Em casos tais, por evidente, haveria a afronta à esfera jurídica do terceiro em comento, motivo pelo qual tem-se por absolutamente ilícita (e, conseqüentemente, punível) a conduta desse agente indutor, instigador ou auxiliador.

22. Motivo pelo qual remetemos o leitor, uma vez mais, às didáticas fundamentações esposadas nos Recursos Especiais nº 1.406.109/SP e 814.465/MS.

23. Art. 52. [...] § 5º O produto da arrecadação das multas aplicadas pela ANPD, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que tratam o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e a Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995.

24. Conceitua-se como “multiverso” o termo utilizado para descrever o conjunto hipotético de universos que, para alguns cientistas – dentre eles, o saudoso Stephen Hawking –, podem coexistir e nos quais é possível que haja “outras versões” de todos nós, com vidas distintas da que levamos no universo que habitamos. Maiores informações podem ser obtidas – além, é claro, de livros e periódicos técnicos –, na recente publicação da Revista Superinteressante (disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/entenda-de-uma-vez-o-que-e-multiverso/>. Acesso em 03/08/2020).

25. Ex-ministro do Tribunal Federal de Recursos (antiga denominação do Superior Tribunal de Justiça), notável doutrinador, alcunhado de “pai da teoria da Responsabilidade Civil brasileira” em decorrência de sua famosa obra “Da Responsabilidade Civil”, lançada em 1944.

26. Art. 63. Os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar. Parágrafo único. São também responsáveis, na forma do caput, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada.

27. Art. 41. No desempenho das atividades de fiscalização das entidades de previdência complementar, os servidores do órgão regulador e fiscalizador terão livre acesso às respectivas entidades, 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. [...] § 2º A fiscalização a cargo do Estado não exime os patrocinadores e os instituidores da responsabilidade pela supervisão sistemática das atividades das suas respectivas entidades fechadas.

28. Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; II - realizado para fins exclusivamente: a) jornalístico e artísticos; ou b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei; III - realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

29. Nossa paródia advém da conhecida reflexão de Otto von Bismark de que "Com leis ruins e funcionários bons (juízes), ainda é possível governar; entretanto, com funcionários ruins, as melhores leis não servirão para nada." ("Mit schlechten Gesetzen und guten Beamten (Richtern) läßt sich immer noch regieren, bei schlechten Beamten aber helfen uns die besten Gesetze nichts.").

“PLANOS FAMÍLIA”: COMEÇA UMA NOVA ERA ENTRE ASSOCIAÇÕES DE APOSENTADOS E FUNDOS DE PENSÃO?

Por: Jorge Faiad

Mesmo após a implantação da nova reforma da previdência com a promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019, permanece a discussão sobre o papel da iniciativa privada na gestão de contribuições e benefícios previdenciários, especialmente diante da dificuldade cada vez maior de o Estado prover integralmente esse direito social.

I. A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DE HOJE

O cenário atual é apresentado por um regime de previdência privada dotado de caráter complementar e organização autônoma em relação à previdência social. Inserida no texto constitucional desde 1998 por meio da Emenda Constitucional nº 20, a atual redação do art. 202 da Constituição Federal evidencia a diferença entre os sistemas estatal e privado da previdência, ao fixar neste a facultatividade de ingresso e o regime financeiro de capitalização “baseado na formação de reservas que garanta o benefício contratado”.

A partir da Emenda Constitucional nº 20/1998, iniciou-se uma reformulação das normas infraconstitucionais de previdência privada. Sob a peculiar denominação de “previdência complementar”, duas leis complementares regulamentaram o art. 202 da Constituição Federal: a Lei Complementar nº 109/2001, para tratar das normas básicas desse regime previdenciário, e a Lei Complementar nº 108/2001, para regular a relação entre os entes da administração pública de todos os níveis e as respectivas pessoas jurídicas que operam os planos previdenciários por eles patrocinados. Como consequência, foi totalmente revogada a Lei nº 6.435/1977, diploma legal que vinha regulando o regime até então.

Desde o advento da Lei nº 6.435/1977, o regime de previdência complementar vem sendo operado por pessoas jurídicas de direito privado que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefício de caráter previdenciário, mediante aprovação, fiscalização e regulamentação de órgãos públicos federais com competência específica. São as atualmente chamadas “entidades de previdência complementar”.

As entidades de previdência complementar são classificadas em duas espécies: as constituídas sob forma de sociedades anônimas são consideradas entidades abertas de previdência complementar (EAPC), enquanto aquelas estruturadas sob forma de fundações de direito privado são chamadas de entidades fechadas de previdência complementar (EFPC).

Essa dicotomia entre EAPC e EFPC tem grande relevo no regime de previdência complementar, tanto em razão do sistema de fiscalização e regulação a que estão submetidas, quanto à sua governança, finalidade lucrativa e características do público-alvo. Enquanto as EAPC têm finalidade lucrativa e podem fornecer planos de previdência a quem se interessar – numa típica relação de consumo¹ – as EFPC não visam lucro e operam planos de previdência destinados exclusivamente a um grupo determinado de pessoas físicas – os chamados “participantes” – identificável pelo vínculo estabelecido com outra pessoa jurídica – chamada de “patrocinador” ou “instituidor”.

Uma vez estabelecido o vínculo jurídico a entidade de previdência complementar, os participantes passam a ser titulares de direitos e obrigações em relação ao plano de previdência aderido – chamado de “plano de benefícios” – para o qual efetuam pagamentos periódicos sob forma de “contribuições”, que são administrados pela referida entidade.

Por meio dessa obrigação de longo prazo, os participantes visam alcançar o direito de receber do plano de benefícios uma renda futura sob forma de “benefício”, seja para si – que então passará a estar na

figura de “assistido” – seja para terceiros por este indicado – os chamados “beneficiários”.

Há diferença entre as EAPC e EFPC também no que tange ao perfil do participante. Enquanto naquela o público-alvo abrange todo o mercado de consumo sem qualquer distinção – mas com a necessária subsunção às regras do Código de Defesa do Consumidor –, nesta última a qualidade de participante pressupõe que a pessoa física interessada esteja previamente vinculada a um patrocinador ou a um instituidor.

O vínculo do participante com o patrocinador se estabelece geralmente mediante relação laboral, a lhe garantir a opção por ingressar num plano de previdência complementar como uma vantagem oferecida pela política de recursos humanos da pessoa jurídica empregadora, mas desatrelada ao contrato de trabalho por explícita vedação constitucional². Já com o instituidor, o vínculo é de natureza associativa e com plena liberdade³, porquanto se estabelece com pessoas jurídicas caracterizadas por aglutinar pessoas físicas, como se detalhará adiante.

As distinções também são estabelecidas pela modalidade dos planos de benefícios que operam. As EAPC oferecem os chamados “Plano Gerador de Benefícios Livres” (PGBL) e “Vida Gerador de Benefícios Livres” (VGBL), planos com nítida característica financeira e securitária. Já as modalidades dos planos de benefícios operados pelas EFPC são sob a forma de “Benefício Definido” (BD), “Contribuição Variável” (CV) e Contribuição Definida (CD); embora a forma de constituição das reservas e do cálculo dos benefícios sejam distintas entre si, tais modalidades conservam, em maior ou menor grau, natureza previdenciária mais assemelhada àquela operada no regime de previdência social.

As relações jurídicas estabelecidas na previdência complementar se baseiam no contrato. São instrumentos obrigacionais celebrados entre as distintas partes envolvidas e com finalidades específicas. Entre as pessoas jurídicas patrocinadora e instituidora dos planos previdenciários e a entidade de previdência complementar celebra-se o convênio de

adesão . Já o vínculo entre os participantes e a entidade de previdência complementar se estabelece mediante regulamento do plano de benefícios⁵. E a própria entidade de previdência complementar tem sua estrutura e funcionamento regulados por meio do estatuto⁶; nesse caso, as EFPC diferenciam-se pelo fato de a legislação prever que participantes/assistidos e patrocinadores/instituidores façam parte da sua governança, por intermédio de seus representantes nos Conselhos Deliberativo e Fiscal⁷.

II. AS ASSOCIAÇÕES DE APOSENTADO E SEU PAPEL NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Ao longo dos mais de quarenta anos do regime de previdência complementar brasileiro, a representação da coletividade de participantes e assistidos vêm se estabelecendo por meio dos sindicatos dos trabalhadores e das associações, especialmente as associações de aposentados, cujo relacionamento com as EFPC vem apresentando importantes modificações a merecer abordagem e, sobretudo, reflexão.

Atores fundamentais na interlocução com as EFPC e respectivas patrocinadoras, as associações de aposentados foram geralmente constituídas a partir da identidade coletiva dos seus membros e da necessidade de manterem os relacionamentos interpessoais e as trocas de experiência após décadas de convívio social no ambiente de trabalho. Muitas delas surgiram do meio sindical, a partir dos departamentos de aposentados dos respectivos sindicatos de trabalhadores, o que explica em grande parte a presença de ex-sindicalistas em seu corpo diretivo e a natureza de suas ações, seja no aspecto político ou até mesmo judicial.

A criação das associações de aposentados é plenamente justificável. Afinal, diferentemente de países mais evoluídos nos quais o idoso é respeitado e possui papéis sociais importantes, ainda se cultiva no Brasil a cultura de preconceito em relação ao idoso ao injustamente

relacioná-lo como alguém incapaz, improdutivo e dependente⁸. Assim, os trabalhos direcionados às pessoas pertencentes à terceira idade como os desenvolvidos pelas associações constrói a identidade do grupo, fortalece seus integrantes e ressalta fragilidade dessa falsa percepção a respeito dos idosos, por demonstrar que estes têm muito a contribuir em todos os aspectos.

A relação entre associações de aposentados e EFPC vem passando por etapas importantes, especialmente nas últimas duas décadas. De participação por vezes figurativa no início, muitas das associações passaram a ganhar relevância por meio da estratégia do confronto com as EFPC e patrocinadoras. A partir do ajuizamento de demandas de massa, algumas associações estimularam atuações ofensivas de seus associados contra as EFPC. Muitas dessas ações, contudo, se revelaram equivocadas e pouco úteis para todos os envolvidos, pois implicaram apenas mais custos para os planos de benefícios⁹ e atritos desnecessários num ambiente onde deveria prevalecer a cooperação.

Atualmente, porém, tem se verificado que as lições do passado foram aprendidas e vêm possibilitando a escolha de novos rumos na relação entre as associações de aposentados e as EFPC.

Por um lado, as associações de aposentados paulatinamente vêm se convencendo de que, diante das limitações de sua estrutura, têm de direcionar sua estratégia em ações mais precisas e efetivas. Percebem com mais nitidez que a defesa dos direitos de seus associados, enquanto participantes e assistidos, passa pela preservação da higidez e do equilíbrio do plano previdenciário e por evitar o uso de medidas que impliquem onerações a serem suportadas, ao final, pelos próprios aposentados.

Por outro lado, as EFPC têm percebido a necessidade de dar maior atenção aos aposentados, seus assistidos, não apenas por serem a razão de suas existências, mas também por serem atores fundamentais na conquista de novos mercados de forma segura e inteligente, de modo a garantir crescimento sustentável de suas operações.

As questões econômicas também estão impulsionando uma nova atitude entre associações de aposentados e EFPC. A diminuição da receita das contribuições em razão da estagnação da economia, da redução do poder aquisitivo de seus associados, o envelhecimento do grupo e as desfiliações decorrentes do descrédito gerado por alguns equívocos do passado vêm impulsionando essas instituições a buscar novas formas de angariar mais associados.

Por outro lado, as EFPC também sofrem com o desaquecimento da economia e a excessiva regulação que desestimula a formação de novos planos e ingressos de novos patrocinadores. Também pesa a estagnação do setor, agravado pelo risco da diminuição do número de participantes em razão do envelhecimento e morte do grupo de mais antigo sem o correspondente ingresso de participantes mais novos. Todos esses desafios estão sendo enfrentados com o acréscimo de fatores financeiros, legais e tecnológicos que dificultam a ampliação do número de vagas de emprego nas patrocinadoras e, conseqüentemente, de novas inscrições nos planos de benefícios.

III. AS ASSOCIAÇÕES DE APOSENTADOS COMO INSTITUIDORAS

Os novos rumos dessa relação entre associações de aposentados e EFPC passam pelo uso de um importante instrumento previsto na própria legislação de previdência complementar. Isto porque a Lei Complementar nº 109/2001 permite às EFPC oferecerem planos de benefícios aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas “instituidores”¹⁰. Trata-se da chamada “previdência associativa”.

Considerada uma das inovações trazidas naquela lei e inspirada nas experiências de países com estruturado sistema de previdência, a previdência associativa tem o intuito de ampliar a cobertura previdenciária, para permitir que trabalhadores sem vínculo empregatício também tenham a oportunidade de tornarem participantes de planos de benefícios operados pelas EFPC. Essa

intenção ficou expressa na Exposição de Motivos nº 28, de 15/3/1999, levada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional quando da apresentação do projeto de lei do qual se originou a Lei Complementar nº 109/2001¹¹ :

“16) Inspirada em experiências bem-sucedidas em países da União Européia e nos Estados Unidos, outra inovação deste projeto é a criação da figura do instituidor, como forma de constituição de entidades fechadas de previdência complementar. Trata-se de possibilitar a pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, a opção de instituir para seus associados ou membros uma entidade fechada de previdência complementar, além de contribuir para a expansão do regime. O instituidor democratizará o acesso de expressiva parcela da população à previdência complementar, antes restrito aos empregados de uma empresa, chamada patrocinadora.”

Embora tenha a intenção de ampliar a oferta de planos de benefício operados pelas EFPC, a Lei Complementar nº 109/2001 condicionou a criação dos planos instituídos por instituidor ao cumprimento de dois requisitos essenciais: (i) que a gestão das reservas previdenciárias seja terceirizada mediante contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central ou outro órgão competente e (ii) que a oferta seja feita exclusivamente de plano da modalidade de Contribuição Definida¹²(CD).

Com a exigência desses requisitos essenciais, a Lei Complementar nº 109/2001 deixou claro que a gestão dos recursos deva ser realizada por meio de carteiras administradas ou de fundos de investimento¹³, para se conferir o maior profissionalismo possível na gestão de um plano de previdência complementar sem risco de déficit. Quanto à exigência de instituição e plano na modalidade CD, buscou-se a possibilidade de pagamento de benefícios programados cujo valor seja diretamente proporcional ao volume acumulado pelo participante em sua conta individual, considerando-se o resultado líquido da aplicação, os valores aportados e forma de pagamento por prazo determinado ou equivalente a um percentual do saldo de conta¹⁴.

No ano seguinte à entrada em vigor da Lei Complementar nº 109/2001, o já extinto Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) editou a Resolução nº 12/2002, que regulamenta a constituição e funcionamento das EFPC e planos de benefícios constituídos por Instituidor. Naquela norma ficou estabelecido que, dentre outros, são considerados instituidores¹⁵ as “associações profissionais, legalmente constituídas” e “outras pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, não previstas nos incisos anteriores, desde que autorizadas pelo órgão fiscalizador”. Tais disposições permitiram, com isto, o enquadramento da associação de aposentados como instituidor.

Além da definição do instituidor, a Resolução nº 12/2002 estabeleceu outras garantias importantes para o fomento desse tipo de plano previdenciário. Fixou-se a regra de individualização das contas em nome de cada participante – representado por quantidades de quotas relativas ao patrimônio do plano¹⁶ -, determinou-se que os recursos previdenciários sejam segregados do patrimônio do instituidor e da EFPC¹⁷ além do oferecimento do plano a todos os associados, os quais terão a liberdade de aderir ou não.

Ao aderir ao plano de previdência complementar instituído pela associação, caberá apenas ao associado contribuir como participante, muito embora possa eventualmente receber recursos de terceiros¹⁸. Além de ter seu patrimônio social protegido, a associação está desobrigada a fazer contribuição em favor de seus associados, sem prejuízo de poder fazê-la aos seus membros ou aos seus empregados que aderirem a plano, desde que seja mediante contrato específico com a EFPC¹⁹, sem que isto implique a constituição de um direito trabalhista ou de deveres típicos da relação de patrocínio.

IV. O “PLANO FAMÍLIA”

Em 2015, o Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC), sucessor do CGPC, instituiu medida que permite a ampliação do número de participantes dos planos de benefícios instituídos por

associações. Por meio da Resolução CNPC nº 18, de 30/3/2015²⁰, alterou-se a Resolução CGPC nº 12/2002 para permitir o oferecimento de plano de benefícios não apenas ao associado definido no estatuto da associação, mas também a outras pessoas físicas indiretamente vinculadas àquela instituidora, pessoas físicas vinculadas a pessoas jurídicas vinculadas ao instituidor por linha direta ou indireta, além de cônjuges e dependentes econômicos. Instituiu-se com isto o chamado “plano família”.

Três anos depois, deu-se um mais um passo na ampliação da cobertura previdenciária proporcionada pela previdência complementar associativa. A Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) editou a Instrução nº 9, de 21/11/2018, que operacionalizou o plano família. Consolidou-se o conceito de participante para além dos atuais associados. Operacionalizou-se a regra que permitia ao plano de previdência receber o ingresso de membros com vínculo direto ou indireto à associação, além de cônjuges e dependentes econômicos dos seus associados participantes²¹.

Em outras palavras, além dos associados, seus cônjuges, filhos, enteados e netos – bem como empregados das associações instituidoras, de integrantes de pessoas jurídicas a elas vinculadas e seus respectivos familiares –, também poderão ingressar nos planos instituídos e se tornar participantes com os mesmos direitos e deveres previstos no regulamento do plano de benefícios. Poderão, enfim, ter as mesmas oportunidades que os associados: contribuirão para uma entidade sem fins lucrativos, obterão vantagens tributárias decorrentes das contribuições efetuadas, auferirão uma rentabilidade de suas reservas geralmente superior àquela oferecida por outras instituições financeiras e terão a possibilidade inclusive de, ao final, serem titulares do direito aos benefícios previdenciários oferecidos pelo plano de benefícios aderido, de acordo com as regras previstas no regulamento.

Trata-se de uma medida salutar tanto para a EFPC quanto para a associação de aposentado instituidora do plano. Ganha a EFPC, pois o

aumento do número de participantes permitirá, no curto prazo, ganho de escala na administração do plano de benefícios com diminuição dos custos per capita, além de maior margem de negociação da gestão dos ativos com taxas de administração competitivas e que repercutem em maior rentabilidade das reservas. No longo prazo, conseguirá a perenidade de suas operações, com a expectativa de adesão de uma massa de contribuintes ainda jovem e, portanto, com longo tempo de contribuição pela frente.

Também ganha a associação de aposentados instituidora de planos de benefício, pois não só terá a possibilidade de ampliar a base social com os familiares de seus membros, como também conseguirá arregimentar novos associados e respectivos parentes, com aumento da receita de contribuições sem implicar o recrudescimento do custo operacional. Importante salientar que a atual geração de idosos, chamada geração *baby boomer*²², tem se preocupado com o fato de a geração à qual pertence seus filhos não estar tendo as mesmas condições de formar patrimônio e tampouco os mesmos direitos previdenciários.

V. OS BÔNUS E ÔNUS DO INSTITUIDOR

Há uma vantagem adicional para o instituidor. Sua figura se assemelha ao do patrocinador para fins de governança. Como, em geral, o plano instituído é oferecido por EFPC que já tem pelo menos um patrocinador, ao criá-lo esta passa a se tornar entidade qualificada como “multipatrocinada”. Quando a EFPC se encontra nessa qualidade, a composição dos seus conselhos deliberativo e fiscal poderá levar em consideração os critérios de número de participantes vinculados a cada patrocinador ou instituidor e depois o montante dos respectivos patrimônios²³. Assim, abre-se a possibilidade de a associação de aposentados ter mais cadeiras nos conselhos que o patrocinador, caso o plano de benefícios do qual seja instituidora tenha mais participantes que o plano do patrocinador, salvo se houver limitações previstas no estatuto da EFPC.

A legislação prevê não só direitos, mas também importantes obrigações

a serem observadas pela associação de aposentados enquanto instituidora de plano de benefícios operado por EFPC. Tal como o patrocinador, o instituidor tem o dever de também supervisionar e fiscalizar sistematicamente os planos de benefícios instituídos e as atividades das respectivas EFPC²⁴ e podem inclusive receber da Previc informações sigilosas imprescindíveis para o desempenho das funções de supervisão, com as cautelas legais²⁵.

Ademais, eventual extinção da relação com a EFPC ou do próprio plano instituído somente ocorrerá mediante autorização do órgão fiscalizador e após o instituidor cumprir os compromissos assumidos com a EFPC relativamente aos seus participantes e assistidos, além das obrigações legais existentes até a data de retirada ou extinção do plano²⁶.

Além das responsabilidades inerentes ao cargo de membro do conselho deliberativo ou fiscal da EFPC, a lei prevê que os administradores da instituidora também podem ser responsabilizados por eventuais danos ou prejuízos que causarem à EFPC, seja por ação ou por omissão²⁷. Essa possibilidade legal ressalta a importância de os administradores da instituidora estarem sempre capacitados e preparados para assumir essa tarefa, a fim de que a relação com a EFPC seja desenvolvida em conformidade com a legislação e, com isto, se mitigue os riscos decorrentes da responsabilidade civil.

Para figurar como instituidora de plano de benefício administrado por EFPC, é necessário que a associação de aposentados não apenas observe a legislação atinente à matéria, mas também se estruture juridicamente para assumir essa qualidade. Isto implica a atualização de seu estatuto, inclusive com a criação de novas categorias de associados, o que pode inclusive possibilitar a ampliação do número de associados sem impactar a governança interna.

VI. CONCLUSÃO

Portanto, tem-se o início de uma nova era na relação entre associações de aposentados e EFPC, potencializada pelas recentes alterações da legislação de previdência complementar no sentido de ampliar a

cobertura previdenciária por meio dos planos família e, com isto, aumentar o número de contribuintes para ambas as instituições. Contudo, aos dirigentes e conselheiros da instituidora e da EFPC precisam ter a consciência de que se trata um relacionamento institucional de longo prazo e dotado de regulação que há de ser conhecida, porquanto as novas adesões ao plano de benefícios implicarão o estabelecimento de relações jurídicas estáveis e capazes de garantir o bem-estar dos participantes associados e de seus familiares ao longo das próximas décadas.

Notas

1. *“O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas”.* (Súmula 563, Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 24/02/2016, DJe 29/02/2016)

2. *Constituição Federal, Art. 202. (...) § 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.*

3. *Segundo o art. 5º, XX, da Constituição Federal, “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”;*

4. *Lei Complementar nº 109/2001, Art. 13. - A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.*

5. *Lei Complementar nº 109/2001, Art. 10. Deverão constar dos*

regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados de participantes condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador.

6. Art. 33. Dependirão de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador: I - a constituição e o funcionamento da entidade fechada, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações; Art. 38. Dependirão de prévia e expressa aprovação do órgão fiscalizador: I - a constituição e o funcionamento das entidades abertas, bem como as disposições de seus estatutos e as respectivas alterações;

7. Lei Complementar nº 109/2001. Art. 35. As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.

§ 1o O estatuto deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas.

8. BULLA, Leonia Capaverde e KAEFER, Carin Otilia. "Trabalho e aposentadoria: as repercussões sociais na vida do idoso" Revista Virtual Textos & Contextos, nº 2, dez. 2003; pag. 4.

9. Exemplo disso é verificado no julgamento, em grau de recursos repetitivos, o REsp nº 1.435.837/RS publicado no DJe de 07/5/2019, no qual o Superior Tribunal de Justiça firmou a Tese nº 907 nos seguintes termos: "O regulamento aplicável ao participante de plano fechado de previdência privada para fins de cálculo da renda mensal inicial do benefício complementar é aquele vigente no momento da implementação das condições de elegibilidade, haja vista a natureza civil e estatutária, e não o da data da adesão, assegurado o direito acumulado."

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

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

11. Mensagem nº 359. Publicado no Diário da Câmara dos Deputados, de 17/3/1999, pág. 09754.

12. A definição de plano CD consta no art. 30 da Resolução MPS/CGPC nº 16, de 22/11/2005, nos seguintes termos: “Art. 3º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição definida aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.”

13. Resolução CMN nº 4.661/2018 - Art. 6º A gestão dos recursos de planos administrados por EFPC constituída por instituidor deve ser feita, nos termos do § 2º do art. 31 da Lei Complementar nº 109, de 2001, por meio de carteiras administradas ou de fundos de investimento.

14. Art. 10 (...) § 2º O benefício de renda programada deverá ser pago pela EFPC, mensalmente, por prazo determinado ou ser equivalente a um percentual do saldo de conta. (Nova redação dada pela Resolução MPS/CGPC nº 20, de 25/09/2006)

15. Art. 2º Considera-se Instituidor a pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que oferecer plano de benefícios previdenciários aos seus associados.

Parágrafo único. Poderão ser Instituidores:

I - os conselhos profissionais e entidades de classe nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;

II - os sindicatos, as centrais sindicais e as respectivas federações e confederações;

III - as cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;

IV - as associações profissionais, legalmente constituídas;

V - outras pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, não previstas nos incisos anteriores, desde que autorizadas pelo órgão fiscalizador.

16. Resolução CGPC nº 12/2002, Art. 12. O plano de benefícios instituído manterá contas individualizadas, em nome de cada participante, com valores registrados em moeda corrente nacional e representados por quantidade de quotas relativas ao patrimônio do plano.

17. Resolução CGPC nº 12/2002, Art. 10 (...) § 3º Os recursos garantidores das reservas técnicas, fundos e provisões dos planos constituídos por instituidor deverão, obrigatoriamente, estar segregados do patrimônio do instituidor e da instituição gestora terceirizada mencionada no § 2º. (Nova redação dada pela Resolução MPS/CGPC nº 3, de 22/05/2003)

18. Resolução CGPC nº 12/2002, art. 10, § 1º O plano de benefícios será custeado pelo participante, podendo, também, receber aportes de terceiros. (Redação dada pela Resolução CGPC nº 20, de 25 de setembro de 2006)

19. Resolução CGPC nº 12/2002, art. 10, § 4º Adicionalmente ao disposto no § 1º, os empregadores ou instituidores poderão, respectivamente em relação aos seus empregados ou membros e associados vinculados ao plano de benefícios de que trata esta Resolução, efetuar contribuições previdenciárias para o referido plano, condicionada à prévia celebração de instrumento contratual específico. (Redação dada pela Resolução CGPC nº 20, de 25 de setembro de 2006.)

20. Art. 11. O plano de benefícios instituído deverá ser oferecido a todos os associados do instituidor, sendo facultativa a sua adesão.

§ 1º O plano de benefícios poderá ser disponibilizado não só aos associados do instituidor, tal como definidos em sua estrutura jurídica própria, mas também aos seus membros, pessoas físicas vinculadas direta ou indiretamente aos instituidores.

§ 2º Serão considerados membros as pessoas físicas vinculadas direta

ou indiretamente às pessoas jurídicas associadas a instituidor.

§ 3º São considerados membros com vínculo direto:

I - os gerentes;

II - os diretores e conselheiros ocupantes de cargo eletivo; e

III - outros dirigentes dos instituidores.

§ 4º São considerados membros com vínculo indireto:

I - os sócios de pessoas jurídicas vinculadas aos instituidores por linha direta ou indireta, e seus respectivos cônjuges e dependentes econômicos;

II - os empregados das pessoas jurídicas vinculadas aos instituidores por linha direta ou indireta, e seus respectivos cônjuges e dependentes econômicos;

III - os empregados vinculados ao instituidor, e seus respectivos cônjuges e dependentes econômicos; e

IV - os cônjuges e dependentes econômicos dos membros com vínculo direto.

21. Art. 3º A Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, observada a legislação vigente, poderá autorizar a Entidade Fechada de Previdência Complementar - EFPC a assumir a qualidade de instituidor em planos de benefícios constituídos por instituidor.

§ 1º Para fins de oferecimento do plano de benefícios, os participantes e assistidos dos planos de benefícios administrados pela EFPC serão considerados associados da respectiva entidade.

§ 2º No caso mencionado no caput, as EFPC, na qualidade de instituidoras de planos de benefícios, não poderão, em relação a seus membros consignados no § 1º deste mesmo artigo, efetuar contribuições previdenciárias para o referido plano.

22. Trata-se da geração constituída pelas pessoas nascidas entre 1946 e 1964, também chamada pós 2ª Guerra Mundial, período em que surgiu uma explosão da taxa de natalidade.

23. Lei Complementar nº 109/2001. Art. 35. As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo,

conselho fiscal e diretoria-executiva.

§ 1o O estatuto deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas.

§ 2o Na composição dos conselhos deliberativo e fiscal das entidades qualificadas como multipatrocinadas, deverá ser considerado o número de participantes vinculados a cada patrocinador ou instituidor, bem como o montante dos respectivos patrimônios.

Importante destacar também a regra prevista na Resolução CGPC nº 7/2002 (Dispõe sobre a adequação das entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas pelas pessoas jurídicas de Direito Público à Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001 e dá outras providências), cujo art. 2º, §1º, estabelece que “Art. 2º O Presidente do Conselho Deliberativo será escolhido pelos representantes do(s) patrocinador(es). § 1º Nas entidades multipatrocinadas que tenham mais de três patrocinadores, a escolha dos membros do Conselho Deliberativo deverá recair sobre os patrocinadores que contarem com maior número de participantes vinculados a planos previdenciários, bem como sobre os patrocinadores que tiverem os maiores montantes patrimoniais aportados ao plano, nesta ordem.”

24. Lei Complementar nº 109/2001, art. 41, § 2º - A fiscalização a cargo do Estado não exime os patrocinadores e os instituidores da responsabilidade pela supervisão sistemática das atividades das suas respectivas entidades fechadas.

25. Portaria Previc nº 134/2017. Art. 7º Para desempenho da responsabilidade pela supervisão das entidades prevista no art. 41, § 2o, da Lei Complementar nº 109, de 2001, e no art. 25 da Lei Complementar nº 108, de 2001, poderão ser disponibilizadas para o patrocinador e instituidor, se for o caso, as informações sigilosas imprescindíveis para o desempenho de suas funções.

Parágrafo único. A comunicação expedida para a entidade deverá mencionar a obrigação de observância das cautelas legais no que se refere à proteção das informações sigilosas que lhes sejam disponibilizadas

26. *Lei Complementar nº 109/2001, Art. 25. O órgão regulador e fiscalizador poderá autorizar a extinção de plano de benefícios ou a retirada de patrocínio, ficando os patrocinadores e instituidores obrigados ao cumprimento da totalidade dos compromissos assumidos com a entidade relativamente aos direitos dos participantes, assistidos e obrigações legais, até a data da retirada ou extinção do plano.*

27. *Art. 63. Os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar.*

Parágrafo único. São também responsáveis, na forma do caput, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada.

SEGURO DE VIDA E A HIPÓTESE DE SUICÍDIO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO E DA CIÊNCIA ATUARIAL

**Por: João Marcelo Barros Leal Montenegro¹
Carvalho e Rodolfo dos Santos Braun²**

Introdução

Toda a complexidade e as agruras do mundo contemporâneo têm feito com que o suicídio seja uma causa de morte cada vez mais frequente. Dados da Organização Mundial da Saúde - OMS³ apontam que aproximadamente 800 mil pessoas cometem suicídio a cada ano. Isso representa uma morte a cada 40 segundos no mundo.

No Brasil, em 2018 a taxa anual de suicídios era de 6,5 por cada 100 mil habitantes, inferior à média global, que era de 10,7. Porém, no ano 2000 a taxa brasileira era de 4,8, o que representa um crescimento de 35% em dezoito anos. Outro alarmante dado da OMS é o que estima que a cada pessoa que comete suicídio, 20 pessoas tentam fazê-lo.

Sendo o suicídio uma causa de morte impossível de ser ignorada, importa estudar suas implicações no âmbito securitário, especialmente no que se refere ao seguro de vida. Para tanto, o presente artigo examinará aspectos da doutrina, legislação (nacional e internacional) e jurisprudência relacionados ao tema; e adentrará nas nuances atuariais referentes ao seguro de vida e à hipótese de suicídio.

1. Breves considerações sobre o contrato de seguro de vida

À luz do artigo 757 do Código Civil, obtém-se a seguinte definição legal de contrato de seguro: “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. Mediante análise do texto legal, a doutrina extrai quatro elementos

essenciais do contrato de seguro: (i) risco, (ii) interesse legítimo, (iii) garantia e (iv) prêmio; e dois elementos acidentais: (i) sinistro e (ii) indenização. Para a finalidade do presente estudo, serão abordados os elementos “risco” e “sinistro”.

Nos termos do Pronunciamento Atuarial CPA 1 – Princípios Atuariais, expedido pelo Instituto Brasileiro de Atuária, “o risco é o evento ou condição incerta, cuja ocorrência se dá em qualquer momento futuro, independentemente de vontade das partes, que causam consequências financeiras”. Trata-se de uma incerteza estatisticamente mensurável e que o segurador possui condições de precificá-la, proporcionando a toda a massa segurada saúde financeira suficiente para arcar com as consequências econômicas advindas de tais riscos e ainda lucrar com a sua atividade.

Invariavelmente, seguros estão relacionados a risco que, do ponto de vista econômico, é definido pela incerteza quanto à perda. Tem-se que o risco possui um custo social, já que impacta na alocação eficiente de recursos. Por exemplo, um empresário pode deixar de realizar um grande empreendimento em virtude da possibilidade de ocorrência de algum desastre que lhe causará prejuízos financeiros.

Sinistro, por seu turno, corresponde à concretização do risco a que está exposto o interesse segurável, que pode vir a ocorrer ou não durante a vigência da apólice e só será indenizável se não decorrer da vontade do próprio segurado⁴.

Trazendo a discussão para o seguro de vida, o risco está relacionado à duração da vida humana e o sinistro caracteriza-se pela morte do segurado, momento a partir do qual nasce a obrigação do segurador em realizar o pagamento da indenização à pessoa indicada pelo segurado ou a quem o direito esteja assegurado na legislação⁵.

Infelizmente, não são raras as vezes que o segurado provoca o sinistro (suicídio). Em vista da importância do tema, tanto sob o prisma econômico, quanto social, existem disposições legais e infralegais disciplinando a matéria, conforme será exposto a seguir.

2. Previsões legais e infralegais aplicáveis à hipótese de suicídio em seguro de vida

O Código Civil trouxe dispositivo específico para regular o pagamento do capital segurado por ocasião do cometimento de suicídio na vigência de contrato de seguro de vida. Trata-se do art. 798, transcrito a seguir:

*Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente⁶.
Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.*

Vale ressaltar que o Código Civil de 1916, a esse propósito, asseverava que o seguro de vida só poderia dar cobertura à morte involuntária, excluindo-se a possibilidade de indenização em caso de “suicídio premeditado por pessoa em seu juízo”⁷.

Acerca do Código de 1916, Ayrton Pimentel, em obra dedicada ao estudo do seguro de vida, comenta:

Desnecessário discorrer sobre a dificuldade da prova da premeditação que, por excluir direito do beneficiário, competia ao segurador. Não por outra razão, passou a ser conhecida como prova diabólica, o que, na prática, significava ter sempre o segurador a obrigação de pagar o capital contratado⁸.

Em razão dessa dificuldade probatória, afirma o autor que os seguradores passaram a estabelecer, em contrato, um prazo de carência dentro do qual não haveria cobertura de morte decorrente de suicídio, o que acarretou reação do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que, sob a égide do Código antigo, editaram os enunciados de súmula nº 105⁹ e nº 61¹⁰, respectivamente, garantindo a cobertura quando constatada a ausência de premeditação do

cometimento do suicídio pelo segurado¹¹.

Sob a ótica regulatória, a Resolução CNSP nº 117/2004¹², ao definir o conceito de acidente pessoal como sendo “o evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário, violento, e causador de lesão física, que, por si só e independente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a morte, ou a invalidez permanente, total ou parcial, do segurado, ou que torne necessário tratamento médico”, abrange também a hipótese de suicídio (ou a sua tentativa)¹³.

Embora o art. 26 da referida Resolução proíba o estabelecimento de carência para sinistros decorrentes de acidentes pessoais, a hipótese de suicídio é excetuada explicitamente, determinando a fixação de carência de dois anos ininterruptos, contados da data da contratação ou da adesão ao seguro ou de sua recondução, depois de suspensa a cobertura.

A Circular da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP nº 302/2005¹⁴, com espeque no art. 36, alínea “b”, do Decreto-Lei nº 73/1966, em seção destinada a riscos excluídos, é precisa ao estabelecer que:

Art. 60. Não pode ser estipulada entre as partes cláusula que exclua o suicídio ou sua tentativa, após os primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso.

Observa-se, com isso, sinergia entre a legislação civil e as regras infralegais expedidas pelo CNSP e pela SUSEP, todas no sentido de vedar o pagamento de indenização decorrente de suicídio cometido nos primeiros dois anos de contrato.

3. Jurisprudência sobre o tema

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça - STJ voltou a debruçar-se sobre a hipótese de suicídio durante a vigência de contrato de seguro de vida. A 2ª Seção da Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.076.942/PR, editou o enunciado de súmula nº 610, com a seguinte redação:

O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná havia firmado entendimento pela necessidade da cumulação de dois requisitos para a negativa do pagamento do capital segurado pelo segurador, a saber: (i) o suicídio ter ocorrido durante os dois primeiros anos do contrato; e (ii) ter havido a premeditação do recebimento da indenização pelos seus beneficiários.

No entanto, o Tribunal da Cidadania, acolhendo à tese sustentada pelo segurador recorrente, concluiu que o legislador fixou *“critério objetivo acerca da cláusula de incontestabilidade, de forma que a seguradora fica isenta do pagamento de indenização se, nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro, ocorrer morte por suicídio, não importando se premeditado ou não”*.

Tal conclusão foi fruto do voto condutor do relator, Ministro João Otávio de Noronha, que, amparando-se em doutrina e jurisprudência, expôs o entendimento de que o requisito de comprovação de premeditação foi substituído pela carência de dois anos, não se podendo cogitar da soma dos dois requisitos.

Vale ponderar que a doutrina não é uníssona quanto a essa interpretação. Nas palavras de Orlando Gomes:

há duas interpretações possíveis desta regra. De acordo com a primeira, trata-se de espécie de prazo de carência para a cobertura nos casos de suicídio. A estipulação de prazo de carência seria lícita à luz do art. 797 do Código Civil. Consoante outra interpretação, o dispositivo instituiria presunção relativa (juris tantum) no sentido de que o suicídio dentro do prazo de dois anos é premeditado, afastando o direito à garantia. Nesse caso, seria possível ao beneficiário demonstrar que o suicídio não foi premeditado, fazendo jus ao recebimento do capital segurado. Esse é o texto do Enunciado nº 187,

da III Jornada de Direito Civil⁵.

Independentemente da controvérsia doutrinária a respeito do tema, em vista da recente decisão proferida pelo STJ, é possível concluir que o tema se encontra, pelo menos por ora e em sede de jurisprudência, pacificado, posto que sumulado pelo Tribunal competente para uniformizar a interpretação da legislação federal.

4. Direito comparado

O tratamento especial conferido aos contratos de seguro na hipótese de suicídio não é, por óbvio, exclusividade brasileira. Mundo afora existem regras (positivadas ou consuetudinárias) que visam abordar a questão de maneira a gerar segurança jurídica.

O atual diploma civil brasileiro parece ter se inspirado no direito italiano. Com redação que remete ao ano de 1942, o art. 1.927 do Código Civil da Itália disciplina que, no caso de suicídio do segurado, que tenha ocorrido antes de dois anos da contratação do seguro, o segurador não é obrigado a pagar as quantias seguradas, salvo acordo em contrário.

Note:

Art. 1927 In caso di suicidio dell'assicurato, avvenuto prima che siano decorsi due anni dalla stipulazione del contratto, l'assicuratore non è tenuto al pagamento delle somme assicurate, salvo patto contrario.

Já na Espanha, a questão encontra-se positivada no art. 93 da Lei nº 50/1983, que, assim como no Brasil, adota espécie de carência (porém de menor prazo, apenas um ano), mas permite que os contratantes ajustem condição diversa. Veja:

Artículo noventa y três: Salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado quedará cubierto a partir del transcurso de un año del momento de la conclusión del contrato. A estos efectos se entiende por suicidio la muerte causada consciente y voluntariamente por el propio asegurado.

A Alemanha estabelece o prazo de três anos. É o que diz o §161 da Lei

dos Contratos de Seguro (Versicherungsvertragsgesetz – VVG). Porém, o referido prazo é dispensado em caso de estado de desordem mórbida da atividade mental, que exclua a determinação do livre arbítrio, e pode ser objeto de alteração por consenso entre as partes. Confira:

(1) Bei einer Versicherung für den Todesfall ist der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet, wenn die versicherte Person sich vor Ablauf von drei Jahren nach Abschluss des Versicherungsvertrags vorsätzlich selbst getötet hat. Dies gilt nicht, wenn die Tat in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit begangen worden ist.

(2) Die Frist nach Absatz 1 Satz 1 kann durch Einzelvereinbarung erhöht werden.

(3) Ist der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet, hat er den Rückkaufswert einschließlich der Überschussanteile nach § 169 zu zahlen.

Nos Estados Unidos, as regras atinentes ao seguro de vida e à hipótese de suicídio decorrem preponderantemente de normas estaduais, podendo, portanto, variar dentre as unidades da federação, além de sofrer também limitações dadas pelas Cortes estaduais, na esteira do common law.

Em geral, os contratos de seguro apresentam cláusulas que, assim como no Brasil e na Itália, remetem ao prazo de dois anos. Uma típica limitação contratual aplicável ao cometimento de suicídio possui a seguinte redação¹⁶:

If within two years from the date of issue the insured shall die by suicide, whether sane or insane, the amount payable by the Company shall be the premiums paid.

É importante notar que, em 2018, a Suprema Corte do estado do Colorado decidiu, para fins de exclusão de cobertura, que será considerado suicídio o ato cometido pelo segurado com a intenção de tirar a própria vida, independentemente do seu estado de consciência, isto é, em sã consciência ou não. Transcreve-se trecho do acórdão:

We conclude that, in Colorado, the phrase “sane or insane” does not alter the requirement that the “suicide” be an act of self-destruction taken with intent to cause one’s own death. Thus, we answer the certified question: under Colorado law, a life insurance policy exclusion for “suicide, sane or insane” excludes coverage only if the insured, whether sane or insane at the time, committed an act of self-destruction with the intent to kill himself⁷.

Analisado o tema à luz de diferentes ordenamentos jurídicos, passa-se, a seguir, ao estudo dos pressupostos atuariais relacionados ao seguro de vida.

5. Pressupostos atuariais que regem o seguro de vida

A ciência atuarial possui princípios e técnicas que podem ser adotadas em uma variedade de temas que envolvem riscos, incertezas e finanças¹⁸. Aplicável aos segmentos de seguro (vida, ramos elementares, saúde etc.), resseguro, previdência (social e complementar), capitalização, sorteios, dentre outros que envolvem pagamentos incertos, os cálculos atuariais têm por base a estatística.

O objetivo do atuário é realizar inferências acerca de eventos futuros incertos, que tragam repercussões financeiras. No caso do seguro de vida, por exemplo, embora o fato gerador da indenização não seja incerto quanto à sua ocorrência, o é em relação ao seu momento. Assim, cabe ao profissional da ciência atuarial estimar a probabilidade de morte do segurado em cada momento compreendido no prazo de duração do contrato de seguro.

5.1 Mutualismo

Não é papel do atuário - e nem poderia sê-lo - antever a data de falecimento de cada segurado. Os cálculos atuariais pressupõem a adoção da Lei dos Grandes Números, pela qual, de maneira simplória, se pode afirmar que o resultado médio das ocorrências de determinado

evento tende à esperança matemática da variável aleatória representativa daquele evento.

Para exemplificar, imagine-se uma variável dada pelo lançamento de uma moeda não viciada em que o resultado “cara” geraria a anotação do número 0 (zero) e o resultado “coroa” geraria a anotação do número 1 (um). Considerando que cada resultado tem 50% (cinquenta por cento) de chance de ocorrência, pode-se concluir que a esperança matemática dessa variável aleatória é de 0,5 (zero vírgula cinco).

A Lei dos Grandes Números ensina que se forem arremessadas moedas diversas vezes, a média aritmética dos resultados irá aproximar-se de 0,5 (zero vírgula cinco) tanto mais quanto maior for o número de arremessos.

Transpondo para um contrato de seguro de vida, a variável aleatória em estudo é a morte do segurado durante a vigência do contrato de seguro. A esperança matemática desse evento é dada a partir da observância de dados históricos de mortalidade, pelos quais se constroem as denominadas tábuas de mortalidade. Porém, a aproximação dos resultados reais da expectativa dada pela esperança matemática só ocorrerá se a variável em questão for testada diversas vezes.

Com efeito, embora haja contratos individuais de seguro, não há de se cogitar de um segurador dar cobertura a uma única vida. Para sua proteção financeira, este deve possuir em sua carteira de clientes um número estatisticamente grande. Quanto maior for esse número, maior será sua previsibilidade, menor será a variância da distribuição e menor tende a ser que é denominado, na ciência atuarial, de prêmio puro.

O atuário Paulo Pereira Ferreira aponta a existência de três tipos de prêmio, a saber (i) o prêmio de risco, sendo aquele que calculado de acordo com o risco médio do evento segurado; (ii) o prêmio puro, que corresponde ao prêmio de risco acrescido de margem de segurança estatísticas; e (iii) o prêmio comercial, que é o prêmio puro, acrescido de carregamento relacionado a despesas administrativas e margem de

lucro do segurador.

Como se vê, o prêmio comercial - aquele efetivamente cobrado do segurado - decorre do prêmio puro que, por sua vez, traz consigo margem de segurança que, como mencionado, poderá ser tão menor quanto maior for a quantidade de segurados¹⁹.

O lucro do segurador decorrerá do recebimento de prêmios em valor monetário superior aos pagamentos de indenização. Não pode, porém, elevar sobremaneira os prêmios, por elevado conservadorismo de cálculo, sob pena de tornar-se anticompetitiva e reduzir seu número de clientes, o que acarretaria uma elevação do prêmio puro e, por consequência, uma tendência de elevação do prêmio comercial, gerando um ciclo vicioso que poderá culminar na bancarrota da instituição.

Essa dinâmica está relacionada ao conceito de mutualismo, assim definido pelo Instituto Brasileiro de Atuária:

O mutualismo, por definição, é a associação entre membros de um grupo no qual suas contribuições são utilizadas para propor e garantir benefícios aos seus participantes. Portanto está relacionado à união de esforços de muitos em favor aleatório de alguns elementos do grupo²⁰.

No mesmo normativo, o Instituto Brasileiro de Atuária dispõe que o mutualismo se relaciona com a boa-fé, já que a credibilidade do segurado, ao declarar suas condições pessoais na contratação de um seguro, e do segurador, ao prometer a proteção, é pilar essencial para atividade securitária.

5.2 Assimetria de informação e antisseleção de risco

Ao dispor sobre o mutualismo, comentou-se acerca de exemplo relacionado ao arremesso de moedas não viciadas, estas entendidas como as que possuem características que lhe impõem a existência de iguais chances de resultarem em “cara” e “coroa”.

Em um seguro de vida, a ausência de vício da variável aleatória “morte durante a vigência do contrato” representa a ausência qualquer elemento que faça com que a probabilidade de morte do segurado seja agravada ou atenuada comparativamente ao que se espera.

Assim, o mutualismo pressupõe que os integrantes de um grupo de segurados possuam semelhantes chances de ocorrência de sinistro ou que, em havendo significativas diferenças, essas sejam conhecidas e refletidas na probabilidade de ocorrência do evento de morte e, conseqüentemente, no prêmio.

Ocorre que, invariavelmente, o segurador conhece menos do segurado do que ele próprio. Embora se tente, no processo de subscrição de um seguro de vida, detectar circunstâncias que possam agravar o risco de sinistro pelos segurados (tais como questionários sobre condições de saúde e hábitos pessoais), é impossível captar todas essas características. A esse fato dá-se o nome de assimetria de informação.

Esse fenômeno está intrinsecamente ligado à hipótese de suicídio, em que é possível que o segurado, quando da contratação do seguro, já o faça premeditando a indenização a ser recebida pelos seus beneficiários, premeditação essa que é de difícil alcance pelo segurador, tanto é que, como já comentado, a legislação foi alterada para não mais considerá-la como excludente de indenização, passando a definir intervalo de tempo entre a contratação e o suicídio como variável determinante para tanto.

Assim, além de terem que conviver com a assimetria de informação, os seguradores também lidam com outra importante característica intrinsecamente ligada aos contratos de seguro: a antisseleção de risco.

A antisseleção de risco, também chamada de seleção adversa, parte da tendência do ser humano de comportar-se de modo a tirar proveito - lícita ou ilícitamente - financeiro de situações que podem ser por ele arbitradas.

Uma pessoa que é beneficiária de um plano de saúde empresarial, na hipótese de saber que será desligada da empresa e que não mais poderá arcar com a continuidade do plano, tende a realizar todos os procedimentos médicos enquanto ainda é beneficiária do plano de saúde, procedimentos esses que não faria em uma situação de perspectiva de continuidade na empresa. É por conta desse comportamento lícito que, em épocas de crises econômicas e demissões, por exemplo, a sinistralidade dos planos de saúde tende a aumentar.

Também a título ilustrativo, em um seguro de automóvel o cuidado que um condutor tem com o veículo - especialmente no que diz respeito a tentativa de evitar furtos do veículo - tende a ser menor quando o bem está segurado, o que também é lícito. Podem ocorrer, também, tentativas ilícitas de que o automóvel, diante de uma colisão, seja avaliado como “perda total” em situações em que normalmente não seriam, por interferência do segurado, visando beneficiar-se da indenização.

Esses são exemplos de eventos relacionados à antisseleção de risco. Para evitá-los, os seguradores, contratualmente, aplicam, quando possível, os chamados fatores moderadores.

5.3 Fatores moderadores e sua inaplicabilidade no seguro de vida

Fatores moderadores são mecanismos que visam à promoção da utilização consciente e moderada de determinados seguros. Os mecanismos mais comuns são: coparticipação e franquia.

Aplicada, majoritariamente, no segmento de saúde suplementar, a coparticipação decorre da previsão contratual de que o segurado pagará determinada quantia (geralmente um percentual do custo do procedimento) em função da utilização do plano de saúde. Isso visa evitar que o beneficiário utilize seu plano indiscriminadamente pois, se o fizer, pagará mais por isso. Em geral, a coparticipação só se aplica a

procedimentos cuja utilização pode ser arbitrada pelo beneficiário, tais como consultas e exames.

Já a franquia é mais comum em seguros de ramos elementares. Por esse mecanismo, prevê-se o pagamento de um valor (a franquia) para o acionamento do seguro. Com isso, o segurado tende a ter maior cuidado no uso do bem segurado, além de não acionar o seguro em caso de danos de menor relevância. Esse mecanismo, nos seguros de automóvel, corriqueiramente atua em conjunto com o bônus, que corresponde a uma redução no valor do prêmio decorrente do não acionamento do seguro.

No seguro de vida, entretanto, o bem segurado possui valor incomensurável, o que torna inviável a aplicação de fatores moderadores. Não seria razoável falar-se e coparticipação decorrente da utilização de seguro de vida, ou mesmo da cobrança de franquia para seu acionamento.

Tais fatores pressupõem a possibilidade de ocorrências reiteradas de sinistro em um mesmo contrato, visando a educação do segurador quanto à utilização racional do seguro. No seguro de vida, tal característica não existe, visto que o evento segurado só pode ocorrer uma vez em cada contrato.

Outra premissa para a utilização de fatores moderadores é a possibilidade de o segurado arbitrar o acionamento do seguro. Com exceção da complexa situação de suicídio, em um seguro de vida não há se falar em arbitramento da ocorrência evento segurado, que, habitualmente, decorre de circunstância alheia à vontade do segurado.

É por conta dessas exceções à regra que, para a hipótese de suicídio, restou a alternativa que foi acertadamente escolhida pela legislação brasileira, de se delimitar um intervalo de tempo a atuar como carência do seguro, como forma de mitigar os desvios atuariais causados por esse fenômeno.

Conclusão

Tanto fundamentos jurídicos quanto atuariais sustentam a necessidade de se dar tratamento específico a suicídios cometidos durante a vigência do contrato de seguro de vida, o que, mundo afora, é feito.

A legislação civil brasileira andou bem ao desprezar a premeditação do suicídio como único excludente de cobertura. Em consonância com o que se observa em normas internacionais, o estabelecimento de carência e sua convalidação pela jurisprudência como critério de exclusão da obrigação de pagamento do capital segurado é medida acertada, tornando a relação segurado/segurador mais equilibrada ao reduzir os efeitos adversos da assimetria informacional e da antisseleção de riscos existentes nesta relação contratual, conferindo, portanto, maior segurança jurídica a este negócio.

De toda sorte, as regras legais e infralegais acerca dessa matéria devem observar os pressupostos atuariais que regem operações de seguro, tratando-se a lamentável hipótese de suicídio como situação excepcional, por desviar das bases tradicionais que regem um contrato de seguro.

Bibliografia

AKERLOF, G. The market for “Lemons”: Qualitative uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, n. 89, Aug. 1970.

DICKSON, David C.M.; HARDY, Mary R; WATERS, Howard R. *Actuarial Mathematics for Life Contingent Risks*. Cambridge: Cambridge University, 2009.

ELLIOTT, C.Vaughan, E. *Fundamentals of Risk and Insurance*. 10ª ed. New York: Wiley, 2008.

Escola Paulista da Magistratura/EPM e Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS (Coord.). *SEGUROS: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ATUÁRIA. Resolução IBA nº 2/2014. Dispõe sobre a criação do Pronunciamento Atuarial CPA 1 - Princípios Atuariais.

FERREIRA, Paulo Pereira. Modelos de precificação e ruína para seguros de curto prazo. Rio de Janeiro: Funenseg, 2005.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIMENTEL, Ayrton. Beneficiário no Seguro de Vida. 1. ed. São Paulo: Roncarati, 2017.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. Direito de seguros. São Paulo: Atlas, 2006.

SOUZA, Thelma de Mesquita Garcia e. O dever de informar e sua aplicação ao contrato de seguro. Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

TZIRUKNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O Contrato de Seguros de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Roncarati, 2016.

VARIAN, H. Microeconomic Analysis. 3ª ed. New York. Norton, 1992.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Suicide data.
<http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/>.

Notas

1. Advogado, graduado pelo UniCeub, atuário graduado pela UFC, com MBA em Administração Financeira com Ênfase em Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas. É vice-presidente do Instituto Brasileiro de Atuária e integra a equipe jurídica do Santos Bevilaqua Advogados.
2. Advogado, graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, pós-graduado e mestrando pela Fundação Getúlio Varga de São Paulo. Integra a equipe jurídica do Santos Bevilaqua Advogados.
3. SUICIDE DATA. WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em <http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/>. Acesso em 11 out. 2018
4. SOUZA, Thelma de Mesquita Garcia e. O dever de informar e sua aplicação ao contrato de seguro. Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. p. 210.
5. TZIRUKNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O Contrato de Seguros de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Roncarati, 2016. p. 154.
6. Art. 797 [...] Parágrafo único. No caso deste artigo o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada.
7. Trecho do Código Civil de 1916, art. 1.440, parágrafo único.
8. PIMENTEL, Ayrton. Beneficiário no Seguro de Vida. 1. ed. São Paulo: Roncarati, 2017. p. 210.
9. “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”. Trata-se de súmula editada em 1963. Em 2010, o STF, no julgamento do Agravo de Instrumento 702941/SP (relatora Min. Carmem

Lúcia), reconheceu a inaplicabilidade da Súmula, porquanto, diferentemente do que vigia quando da sua edição, a uniformização de matérias infraconstitucionais passou à competência do Superior Tribunal de Justiça.

10. “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”. Súmula cancelada em 2018, ocasião em que foi editado o enunciado de nº 610: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada”

11. PIMENTEL, Ayrton. Beneficiário no Seguro de Vida. 1. ed. São Paulo: Roncarati, 2017. p. 211.

12. Altera e consolida as regras de funcionamento e os critérios para operação das coberturas de risco oferecidas em plano de seguro de pessoas, e dá outras providências.

13. Vale comentar que a Resolução CNSP nº 355/2017, que dispõe sobre as Condições Contratuais do Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil do Explorador ou Transportador Aéreo - RETA, também estabelece que suicídio integra o conceito de acidente pessoal.

14. Dispõe sobre as regras complementares de funcionamento e os critérios para operação das coberturas de risco oferecidas em plano de seguro de pessoas, e dá outras providências.

15. Gomes, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 513.

16. ELLIOTT, C. Vaughan, E. Fundamentals of Risk and Insurance. 10ª ed. New York: Wiley, 2008, p. 266.

17. A íntegra da decisão pode ser acessada em: https://www.courts.state.co.us/userfiles/file/Court_Probation/Supreme_Court/Opinions/2017/17SA64.pdf

18. DICKSON, David C.M.; HARDY, Mary R; WATERS, Howard R. Actuarial Mathematics for Life Contingent Risks. Cambridge: Cambridge University, 2009. p. 1.
19. FERREIRA, Paulo Pereira. Modelos de precificação e ruína para seguros de curto prazo. Rio de Janeiro: Funenseg, 2005. p. 2-3.
20. INSTITUTO BRASILEIRO DE ATUÁRIA. Resolução IBA nº 2/2014. Dispõe sobre a criação do Pronunciamento Atuarial CPA 1 - Princípios Atuariais.

INVESTIMENTOS EM ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR ABERTAS E FECHADAS À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019

Por: Marcelo Neves e Fabiana Lopes da Silva

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, o Brasil passou por uma profunda alteração no cenário demográfico, decorrente do aumento da expectativa de vida, da redução da taxa de natalidade, e do envelhecimento populacional, que levou à inúmeras discussões sobre a necessidade de reforma do sistema previdenciário, para reduzir o déficit e torná-lo sustentável.

Assim, em 12 de novembro de 2019, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 103, que introduziu novas regras no sistema de previdência, bem como buscou reduzir as diferenças entre os servidores públicos e iniciativa privada.

O sistema previdenciário pode ser dividido em três regimes: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), para os trabalhadores da iniciativa privada, o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) dos servidores públicos e o Regime de Previdência Complementar.

Dentre as novidades, a Emenda Constitucional nº 103/19 possibilitou que a União, os Estados e Municípios patrocinem planos de previdência complementar ofertados por Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) e também por Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC).

A previdência privada no Brasil pode ser fechada ou aberta. Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), também conhecidas como Fundos de Pensão, são instituições sem fins lucrativos que administram planos de caráter coletivo e previdenciário patrocinados por empresas em benefício aos seus empregados ou instituídos por

sindicatos, associações ou entidades de classe em prol de seus associados. As Entidades Abertas de Previdência (EAPC) são administradas por seguradoras e podem ter caráter individual quando contratados por pessoa física ou coletivo quando contratado por pessoa jurídica.

Nesse sentido, a possibilidade de oferta de planos aos servidores públicos pelas EAPC foi dada, especificamente, pelo § 15 do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 103/19:

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

[...]

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

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

Entretanto, ainda caberá alterações na regulamentação da previdência complementar, a exemplo da Lei Complementar nº108/2001, para que os entes federados possam patrocinar planos em EAPC. A referida Lei Complementar nº108/2001, dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas

respectivas entidades fechadas de previdência complementar.

Assim, o objetivo desta pesquisa é analisar as principais diferenças existentes nos atuais marcos regulatórios de investimentos vigentes para Entidades Abertas e Fechadas, quanto ao segmento de renda fixa.

2. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

O marco regulatório da previdência complementar, com a atuação direta do Estado ocorre por meio da Lei no 6.435, de 15 de julho de 1977, regulamentada pelo Decreto no 81.240, de 20 de janeiro de 1978. De acordo com o art. 1º dessa lei, as entidades de previdência privada são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos. (CHAN, SILVA e MARTINS, 2010).

Em 2001, a previdência complementar teve novo marco regulatório com a promulgação das Leis Complementares 108 e 109, ambas de 29 de maio de 2001. A primeira destinada especificamente às Entidades Fechadas de Previdência Complementar patrocinadas por fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, e a segunda dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar de forma geral incluindo entidades abertas e fechadas.

Em 2009, por meio da Lei 12.154, de 23 de dezembro de 2009, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, foi criada com o intuito de fortalecer o sistema de previdência fechado dotando-o de uma autarquia com estrutura regimental e quadro próprio. Anteriormente à PREVIC a fiscalização e supervisão eram exercidas diretamente pela Secretaria de Previdência Complementar (SPC), subordinada ao Ministério da Previdência Social. Entre suas atribuições, a PREVIC deverá “proceder à fiscalização das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de suas operações;” (Lei 12.154/2009), entre essas atividades encontra-se a gestão dos

investimentos e o processo mínimo de governança exigido pela Lei Complementar 109/2001.

Cabe destacar que a Emenda Constitucional nº103/19 trouxe a possibilidade dos planos de benefícios a serem instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios serem ofertados por intermédio de entidade fechada ou aberta de previdência complementar. Nesse ponto, deve-se observar o § 4 do art. 202 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 103/19:

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

[...]

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

Assim, observa-se que no art. 1º da Lei Complementar nº108/2001 menciona a relação entre os entes como patrocinadores de entidades fechadas:

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

Nesse ponto, carece ainda de alteração na legislação para contemplar a

possibilidade da União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente patrocinarem planos em EAPC.

3. ASPECTOS REGULATÓRIOS DE INVESTIMENTOS

A política de investimento deve seguir o princípio da prudência “homem prudente”, os limites legais e objetivos do plano. A Diretoria deve levar a apreciação do Conselho Deliberativo a Política de Investimentos, os cenários e hipóteses macroeconômicos utilizados para definição da estratégia adotada, bem como a respectiva revisão quando mudanças significativas de variáveis conjunturais assim exigirem. (PREVIC, 2019).

O Conselho Monetário Nacional (CMN), como órgão superior do Sistema Financeiro Nacional aprovou a Resolução CMN N° 4.661, de 25 de maio de 2018, que dispõe sobre aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar. A Resolução abrange os aspectos de controles processo decisório, governança e compartilhamento de responsabilidade entre dirigentes e assessores. Adicionalmente a Resolução aborda questões ligadas à seleção de prestadores de serviços, análise de riscos e incentiva a observância de princípios de sustentabilidade econômica, ambiental, social e de governança de investimentos.

A Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) n° 4.444, de 13 de novembro de 2015, é o instrumento normativo que disciplina a aplicação dos recursos das entidades sob a supervisão Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). A referida Resolução, dispõe sobre as normas que disciplinam a aplicação dos recursos das reservas técnicas, das provisões e dos fundos das sociedades seguradoras, das sociedades de capitalização, das entidades abertas de previdência complementar e dos resseguradores locais, sobre as aplicações dos recursos exigidos no País para a garantia das obrigações de ressegurador admitido e sobre a carteira dos Fundos de Aposentadoria Programada Individual (Fapi).

Estas Resoluções disciplinam, respectivamente, aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar e a aplicação dos recursos das provisões técnicas, das provisões e dos fundos das sociedades seguradoras, das sociedades de capitalização, das entidades abertas de previdência complementar e dos resseguradores locais.

4. SEGMENTO DE RENDA FIXA

Os investimentos em renda fixa podem ser classificados tanto quanto ao prazo de vencimento como quanto ao emissor. Títulos públicos atrelados à Taxa Selic, assim como títulos privados atrelados ao CDI, possuem uma menor risco de mercado em função desses títulos acompanharem a variação da taxa básica de juros. No entanto, os títulos privados possuem risco de crédito em função da incerteza quanto do emissor do título cumprir o compromisso no resgate do título. Títulos com vencimentos mais longos atrelados à inflação como, por exemplo, Títulos Tesouro IPCA com Juros Semestrais 2055, possuem uma variação de preços significativa em função da marcação a mercado.

O Segmento de Renda Fixa é de fundamental importância para investidores em geral. No caso de investidores institucionais funcionam como “amortecedor” para outros ativos mais voláteis, assim como para o planejamento de caixa no curto prazo, evitando que o gestor realize a venda de ativos que possam estar com o preço depreciado.

A Tabela 1 apresenta os limites máximos de investimentos em Renda Fixa, bem como os percentuais totais dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas, conforme a Resolução CMN nº 4.661, e das aplicações dos recursos das reservas técnicas, das provisões e dos fundos das sociedades seguradoras, das entidades abertas de previdência complementar, conforme a Resolução CMN nº 4.444. Adicionalmente, para comparação da Resolução 4.444, faz-se necessário observar o limite de alocação de cada inciso do art. 8º é dado pela multiplicação do limite máximo previsto no inciso específico dos art. de 8º pelo limite máximo previsto no inciso I do art. 13.

TABELA 1 - RESUMO DOS LIMITES DE ALOCAÇÃO PARA EFPC E EAPC- RENDA FIXA

	COMENTÁRIOS	EFPC	EAPC
		(1)	(NQ) (2)
RENDA FIXA	Limite máximo do segmento de renda fixa consolidado.	100	100
	Investimento em títulos da dívida pública federal ou em cotas de fundos de índice que invistam nestes ativos.	100	100
	Títulos da dívida pública federal.	100	100
	ETF´s e Fundos de Renda Fixa composto exclusivamente por títulos públicos.		
	Demais Créditos: investimento em títulos públicos e emissores privados	80	75
	Emissão, obrigação ou coobrigação de IFs bancárias	80	75
	Emissão de sociedade por ações de capital aberto	80	75
	Certificados de recebíveis de emissão de companhias securitizadoras	80	25
	ETF Renda Fixa	80	50
	Títulos da dívida pública: estadual e municipal	20	--
	Organismos multilaterais (obrigações admitidas à negociação no Brasil de organizações financeiras internacionais das quais o Brasil faça parte)	20	25
	Emissão, obrigação ou coobrigação de IFs não bancárias e de cooperativas de crédito	20	--
	Debêntures emitidas por companhia de capital fechado nos termos da lei 12.431	20	--
	Cotas de FIDC, FICFIDCS (2)	20	25
	CCB, CCCB, CPR, CDCA, CRA e WA (warrant agropecuário)	20	--
	Restrição: os ativos de sociedade por ações de capital fechado e sociedades limitadas somente poderão ser adquiridos com coobrigação de instituição financeira bancária (1)		
	Operações Compromissadas: títulos recebidos como lastro são considerados para fins de enquadramento e devem ser lastradas em títulos da dívida pública federal (1) ((2) - Não proíbe Operação Compromissada com lastro em Título Privado) A Resolução 4444 (Capítulo VI) define critérios específicos para Operações Compromissadas de EAPC (2)	100	25

Fonte: BNY Mellon. As principais mudanças trazidas pela nova Resolução nº 4.661. Adaptado pelos Autores

(Q) Produto para Investidor Qualificado

(NQ) Produto para Investidor Não Qualificado

Conforme pode ser observado na Tabela 1, os limites de aplicações em segmentos de maior risco de crédito são menores para as entidades abertas, exceto para Fundos de Direitos Creditórios (FIDC) e Fundos de Investimentos em Fundos de investimentos em Direitos Creditórios (FIFIDC).

As principais diferenças de alocação em entidades abertas e fechadas estão entre recebíveis securitizados e operações compromissadas em que as entidades fechadas possuem maior flexibilidade para alocação. Para os certificados de recebíveis de emissão de companhias securitizadoras as entidades fechadas podem ter uma exposição de até 80% enquanto as abertas estão limitadas a 25%, enquanto para as operações compromissadas as entidades fechadas possuem um limite máximo de alocação de 100% e as abertas de 25%.

Outras diferenças menos significativas favorecem as entidades fechadas que possuem o limites de alocação de 20% enquanto as entidades abertas não possuem autorização para investir nesses títulos: Títulos da dívida pública: estadual e municipal; emissão, obrigação ou coobrigação de IFs não bancárias e de cooperativas de crédito; Debêntures emitidas por companhia de capital fechado nos termos da lei 12.431; e CCB, CCCB, CPR, CDCA, CRA e WA (warrant agropecuário).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O segmento de Renda Fixa é a classe de ativos que possui a maior alocação de recursos entre as entidades abertas e fechadas, portanto é de fundamental importância para estes investidores institucionais. Seja pelo aspecto de liquidez, como pela diversificação; os títulos de renda fixa possuem prazos de vencimentos muito variados assim como os emissores, desta forma a diversificação entre riscos de mercado e crédito podem variar.

A harmonização das diretrizes de investimentos de Renda Fixa entre entidades abertas e fechadas é um primeiro passo para que se possa ter

portfólios minimamente comparáveis. É certo que para plano individuais, nas entidades abertas, e planos instituídos, em entidades fechadas necessitam de maior liquidez que os planos fechados ou corporativos onde o resgate e/ou portabilidade estão vinculados ao término do vínculo empregatício.

REFERÊNCIAS

AMARAL, T. R. S. Análise de performance dos fundos de investimentos em previdência. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. SP. 2013.

BRASIL. Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm> acesso em 15 de julho de 2020

_____. Resolução nº 4.661, de 25 de maio de 2018 <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?a_rquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50598/Res_4661_v1_O.pdf> acesso em 18 de julho de 2020

_____. Resolução nº 4.444, de 13 de novembro de 2015 <<https://www.bcb.gov.br/htms/normativ/Resolucao4444.pdf?r=1>> acesso em 18 de julho de 2020

_____. Principais Mudanças Trazidas Pela Nova Resolução 4.661, 2018

_____. Cartilha de Investimentos. Orientações da SUSEP ao Mercado. Fevereiro, 2020 <http://www.susep.gov.br/setores-susep/cgsoa/comat/Cartilha%20de%20Investimentos_v11_Fevereiro-2020.pdf> Acesso, 17 de julho de 2020.

_____. Relatório Gerencial da Previdência Complementar: 1º Bimestre 2020. Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar – SURPC <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/previdencia-complementar/arquivos/relgersurpc_022020.pdf> Acesso, em 15 de julho de 2020

CHAN, Betty Lilian; SILVA, Fabiana Lopes da; MARTINS, Gilberto de Andrade. Fundamentos da Previdência Complementar: da atuária à contabilidade. 2ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PAIXÃO, Leonardo André; CHEDEAK, José Carlos Sampaio. Regulação do Investimentos nos fundos de pensão: evolução histórica tendência e desafios regulatórios. Revista de Previdência da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n 3, set. 2005.

SILVA, F. L.; PERIS, R. W.; CHAN, B. L.; BORELLI, E.; Evolução do Mercado Segurador e Crescimento Econômico no Brasil. Redeca, v.2, n. 2. Jul. - dez. 2015 p. 21-36

Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC (2011) Guia de Melhores Práticas de Investimentos 2019. Disponível em: < <http://www.previdencia.gov.br/previc.php>> . Acesso em: 31/07/2020.

EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO PRUDENCIAL NA SAÚDE SUPLEMENTAR E SEUS EFEITOS

Por: Isamara Silva Cota e Fabiana Lopes da Silva

1. INTRODUÇÃO

Desde o marco regulatório dos planos de saúde com a promulgação da Lei nº 9.656 em 1.998 e a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS no ano seguinte, diversos desafios têm se apresentado ao setor, que acumula quase 47 milhões de beneficiários.

A ANS foi criada com a árdua tarefa de organizar um setor que já existia há mais de 30 anos, que congregava diversas modalidades de operadoras. Além disso, a ANS teve que padronizar as informações contábeis, o que ocorreu por meio da instituição de planos de contas padrão que garantiu a uniformidade dos registros contábeis e permitiu a avaliação do desempenho do mercado pela ANS (Salles, 2004).

À medida em que ANS obtinha informações do setor, o estoque regulatório foi sendo aperfeiçoado. As regras que tratavam a necessidade de garantias financeiras, bem como as que instituíam provisões técnicas foram sendo constituídas pelas operadoras.

Desde então, o que se observou no mercado foi a queda do número de operadoras, especialmente durante a primeira década de regulamentação dos planos. Houve então uma maior concentração de beneficiários em um número limitado de operadoras.

Diante do exposto, o presente estudo busca responder à seguinte questão de pesquisa: quais são os efeitos da regulação prudencial na saúde suplementar? Dessa maneira, tem-se por objetivo avaliar os efeitos da regulação prudencial imposta pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS de 2012 a 2019.

Este artigo, busca analisar as principais normas relacionadas à regulação prudencial que objetivou manter a liquidez e solvência do setor ao longo dos últimos anos, bem como avaliar os principais indicadores econômico-financeiro das operadoras.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Histórico da Regulação Prudencial da Saúde Suplementar

A regulação de acordo com Araújo (2004), tem como objetivo principal “corrigir as distorções quanto à seleção de riscos, praticada pelas operadoras, e preservar a competitividade do mercado”.

Além da organização do mercado, o marco regulatório trouxe também a regulação dos produtos e padronização das coberturas, e, principalmente a regulação das operadoras, com medidas relacionadas ao aspecto econômico-financeiro com mecanismos voltados para garantir requisitos mínimos de funcionamento e garantia de solvência do mercado (Souza, 2014).

A ANS como parte desta organização determinou que as demonstrações contábeis das operadoras deveriam ser padronizadas por meio do Plano de Contas Padrão, auditadas por Auditoria Independente e enviadas à agência por meio do DIOPS (Documento de Informações Periódicas). Como parte da sua política de transparência as informações são públicas e disponíveis no sítio da ANS, com publicações de periódicos relacionados ao tema econômico-financeiro para a sociedade.

A ANS (2016) afirma que “a padronização dos registros contábeis se materializa na elaboração das Demonstrações Financeiras, cujo objetivo é fornecer informações econômicas e financeiras para auxiliar a tomada de decisão por vários usuários dessas informações”. Desta forma, estabelece ainda que “a norma contábil é necessária para padronizar o registro das operações do mercado de saúde suplementar”.

Com previsão legal definida no art. 35-A, inc. IV e parágrafo único, e art. 35-L da Lei nº 9.656/98, e no art. 4º, inc. XLII, da Lei nº 9.961/00, a agência pode entre outras atribuições, acompanhar as garantias patrimoniais, com definições de regras de capital que possam garantir que a operadora detenha patrimônio condizente para absorver as oscilações dos riscos assumidos na operação de plano de saúde, mitigando a chance de sua insolvência (ANS, 2020).

2.2 Provisões Técnicas

As provisões técnicas, que são valores contabilizados no passivo da operadora e representa o cálculo dos riscos esperados inerentes às operações de assistência à saúde, foram gradativamente aprimoradas, à medida que a ANS obtinha informações do setor.

Quanto a importância das provisões técnicas, Mano e Ferreira (2009, p. 2) afirmam que:

“As provisões técnicas representam um instrumento fundamental na gestão de uma seguradora que assume riscos. Se as provisões estiverem super dimensionadas elas comprometem a distribuição de lucros da empresa. Por outro lado, se as provisões técnicas estiverem subdimensionadas, elas podem conduzir a insolvência da empresa.”

Atualmente as provisões que devem ser observadas pelas operadoras estão determinadas na Resolução Normativa nº 442, de 20 de dezembro de 2018, que alterou a Resolução Normativa nº 393, de 9 de dezembro de 2015, com a inclusão de mais duas provisões: a Provisão para Insuficiência de Contraprestação/Prêmio – PIC, referente à insuficiência de contraprestação/prêmio para a cobertura dos eventos/sinistros a ocorrer, quando constatada e Provisão para Eventos/Sinistros Ocorridos e Não Avisados ocorridos no SUS – PEONA SUS, referente à estimativa do montante de eventos/sinistros originados no Sistema Único de Saúde (SUS), que tenham ocorrido e que não tenham sido avisados às operadoras.

Considerando as provisões técnicas exigidas, as operadoras devem providenciar a efetivação financeira real da garantia escritural refletida pela provisão técnica, que se dá por meio dos ativos garantidores. Os ativos garantidores são recursos financeiros destinados a cobrir os riscos esperados inerentes à operação, caso eles se traduzam em despesas.

Os recursos aplicados nesses ativos devem obedecer a determinados limites percentuais, de aceitação e diversificação, de acordo com a sua natureza e riscos inerentes, além do porte da operadora. Para observação destes critérios devem ser observados o disposto na Resolução CMN nº 4.444 de 2015, do Conselho Monetário Nacional (CMN), que disciplina a aplicação dos recursos das reservas técnicas, das provisões e dos fundos das sociedades seguradoras. A Tabela 1 demonstra e descreve a finalidade das provisões técnicas.

TABELA 1 - PROVISÕES TÉCNICAS DA SAÚDE SUPLEMENTAR

PROVISÃO TÉCNICA	FINALIDADE	EXIGÊNCIA DE ATIVO GARANTIDOR
Provisão de Eventos/Sinistros a Liquidar - PESL	A PESL deve refletir todos os eventos indenizáveis pendentes de pagamento pela OPS, tenham eles sido originados na rede própria da OPS ou não (incluindo os atendimentos na rede pública que são cobrados pela ANS para ressarcimento ao SUS).	PESL para eventos avisados há mais de 60 para OPS de pequeno e médio porte e mais de 60 dias para OPS de grande porte. *
Provisão de Eventos/Sinistros a Liquidar SUS - PESL SUS	O ressarcimento ao SUS deve ser contabilizado como evento/sinistro no momento do recebimento do aviso, a PESL SUS deve refletir os valores pendentes de pagamento pela OPS.	Sim. **
Provisão para Eventos/Sinistros Ocorridos e Não Avisados – PEONA	A PEONA é estimada atuarialmente, para fazer frente ao pagamento dos eventos que já tenham ocorrido e que não tenham sido registrados contabilmente pela operadora	Sim.
Provisão para Eventos/Sinistros Ocorridos e Não Avisados ocorridos no SUS – PEONA SUS	A PEONA SUS é uma estimativa do montante de eventos/sinistros originados no Sistema Único de Saúde (SUS), que tenham ocorrido e que não tenham sido avisados à OPS	Sim, escalonada de 01/2021 a 12/2022
Provisão para Remissão	Registrar as obrigações decorrentes das cláusulas contratuais de remissão das contraprestações/prêmios referentes à cobertura de assistência à saúde, quando existentes, e, deve ser suficiente para refletir a despesa assistencial esperada dos beneficiários durante todo o prazo restante do benefício.	Sim.

Provisão para Prêmios/Contraprestações Não Ganhas - PPCNG	O cálculo da PPCNG deve apurar a parcela de prêmios/contraprestações não ganhas, relativa ao período de cobertura mensal do risco. Esta provisão deve ser calculada pro rata die, considerando para obtenção do período de vigência do risco a decorrer, a quantidade de dias compreendida entre o último dia do mês de cálculo e o último dia de cobertura mensal do risco.	Dispensado.
Provisão para Insuficiência de Contraprestação/Prêmio – PIC	A PIC deve registrar a insuficiência de contraprestação/prêmio para a cobertura dos eventos/sinistros a ocorrer, quando constatada.	Sim, escalonada de 01/2021 a 12/2022 - para as OPS médico-hospitalares

Nota. Exceção: * Débitos referentes a eventos/sinistros contabilizados e ainda não pagos que estejam garantidos por depósitos judiciais; débitos referentes a eventos/sinistros contabilizados e ainda não pagos que tenham como contrapartida créditos de operações com planos de assistência à saúde decorrentes de contratos de seguro ou resseguro; débitos referentes a eventos/sinistros contabilizados e ainda não pagos que tenham como contrapartida créditos a receber registrados nos últimos 60 dias decorrentes da utilização de serviços de assistência à saúde de beneficiários de outra operadora por meio de responsabilidade pela gestão dos riscos decorrentes do atendimento dos beneficiários. ** Débitos que tenham sido objeto de parcelamento já aprovado pela ANS; débitos referentes aos processos de ressarcimento ao SUS sem inscrição em Dívida Ativa e sobrestados administrativamente, em virtude da decorrência de mais de 5 (cinco) anos do vencimento da GRU emitida; os débitos do ressarcimento ao SUS dos Avisos de Beneficiários Identificados- ABI notificados e ainda sem a emissão das respectivas Guias de Recolhimento da União - GRU pela ANS.

Fonte: ANS, 2018 – RN 442

Além das provisões a ANS evoluiu com as normas de solvência, tal como ocorreu no mercado supervisionado pela SUSEP. Em 2019, a agência editou a Resolução Normativa nº 443/2019 que dispõe sobre adoção de práticas mínimas de governança corporativa, com ênfase em controles internos e gestão de riscos, para fins de solvência das operadoras de planos de assistência à saúde (ANS, 2019).

2.3 Desempenho Econômico-financeiro das Operadoras

O maior desafio imposto para as operadoras é a sustentabilidade econômico-financeira com o aumento constante do custo assistencial. O índice VCMH - Variação dos Custos Médico Hospitalares, que mede a variação do custo médico-hospitalar per capita incorrido pelas operadoras de planos e seguros de saúde com a assistência a seus beneficiários, tem demonstrado o desafio da saúde suplementar no controle do custo assistencial.

Os dados da série histórica da VCMH apontam que em dezembro de 2007 o índice de 8,3% saltou para 14,2% em setembro de 2019, com aumentos expressivos especialmente para as internações hospitalares.

De acordo com Soares (2006) a continuidade da empresa e seu desempenho econômico-financeiros, são indícios que podem ser obtidos a partir de indicadores. A utilização de indicadores contribui para a análise de possíveis indícios de problemas e pontos de atenção para as Operadoras e, por consequência, para a sociedade, considerando a representatividade do setor.

Segundo Matarazzo (1998, p. 154 apud Kudlawicz & Santos, 2013), “o importante não é uma quantidade grande de índices, mas um conjunto que permita conhecer a situação da empresa e conforme o grau de profundidade que se deseja conhecer.”

Assim, no tópico de metodologia serão abordados os indicadores a serem analisados no estudo.

3. METODOLOGIA

O presente estudo adota uma abordagem empírico-analítica, na qual busca-se avaliar os efeitos da regulação prudencial imposta pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS de 2012 a 2019. Buscou-se analisar a evolução dos principais indicadores econômico-financeiros do setor como um todo.

A população objeto do estudo, contemplou todas as operadoras disponíveis na base de dados dos demonstrativos contábeis da ANS no período de análise. Importante ressaltar que esta análise contempla o setor como um todo, sem considerar particularidades de modalidade ou porte de operadora. A Tabela 2 demonstra os indicadores que foram avaliados neste estudo.

TABELA 2 – INDICADORES ECONÔMICO-FINANCEIROS

ÍNDICE	FÓRMULA	INDICA
ROA - Taxa de Retorno sobre o Ativo Total	$ROA = \frac{\text{Resultado Líquido}}{\text{Ativo Total}} \times 100$	Mostra a relação entre o resultado líquido e o ativo total
ROE - Taxa de Retorno sobre o PL	$ROE = \frac{\text{Resultado Líquido}}{\text{Patrimônio Líquido}} \times 100$	Mostra a relação entre o resultado líquido e o patrimônio líquido
MLL - Margem de Lucro Líquido	$MLL = \frac{\text{Resultado Líquido}}{\text{Contraprestações Efetivas}} \times 100$	Mostra a relação entre o resultado líquido e o total das receitas com operação de planos de saúde
IMOB - Imobilização do Ativo Total	$IMOB = \frac{\text{Ativo Permanente}}{\text{Ativo Total}}$	Indica a parcela de aplicações de recursos investidos no Ativo Permanente
ENDIV - Índice de Endividamento	$ENDIV = \frac{\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}}{\text{Ativo Total}}$	Mostra a relação entre o Exigível Total e o Ativo Total
LC - Liquidez Corrente	$LC = \frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}}$	Mostra a relação entre os ativos conversíveis em dinheiro no curto prazo e as dívidas de curto prazo
DM - Sinistralidade	$MLL = \frac{\text{Eventos Indenizáveis}}{\text{Contraprestações Efetivas}} \times 100$	Mostra o índice de despesas médicas, a relação entre custos assistencial e as receitas com operações de planos de saúde

Fonte: Elaborado pelas autoras com base no Anuário: Aspectos Econômico-Financeiros das Operadoras de Plano de Saúde.

4. RESULTADOS

Os resultados apontam para um mercado com maior solidez, os indicadores demonstram que as operadoras começaram a se preocupar mais com a sustentabilidade econômico-financeira fazendo com que a regulação prudencial atingisse seu objetivo.

A Tabela 3 demonstra os resultados da pesquisa, com a evolução dos principais indicadores

PERÍODO / INDICADOR	ROA	ROE	MLL	IMOB	ENDIV	LC	SINISTRALIDADE
2012	3,93	9,47	3,16	0,105	0,578	1,48	83,67
2013	2,26	5,78	1,79	0,102	0,606	1,33	82,71
2014	3,68	9,55	2,74	0,096	0,607	1,38	83,36
2015	4,19	10,40	2,91	0,097	0,596	1,23	83,01
2016	5,93	14,02	4,22	0,093	0,564	1,43	84,03
2017	6,04	12,63	4,32	0,088	0,516	1,45	83,24
2018	6,65	13,20	4,80	0,088	0,494	1,54	81,78
2019	7,83	15,10	5,91	0,087	0,480	1,59	81,77

Fonte: Elaborado pelas autoras com base no Anuário: Aspectos Econômico-Financeiros das Operadoras de Plano de Saúde

Quanto aos indicadores econômicos é possível observar que as operadoras têm se preocupado em aumentar tanto os retornos sobre os investimentos, quanto o retorno sobre o capital dos sócios. Esta situação certamente influenciada pela necessidade de resultados para fins de margem de solvência quanto pelo aumento das aplicações financeiras em decorrência da necessidade de ativos garantidores.

Quanto a margem de lucro líquido, o ano de 2019 se destaca com o melhor resultado o do período avaliado, resultado decorrente da redução do custo assistencial, quando se constata que este período também apresentou a menor sinistralidade do período, o que pode ser melhor observado no Gráfico 1.

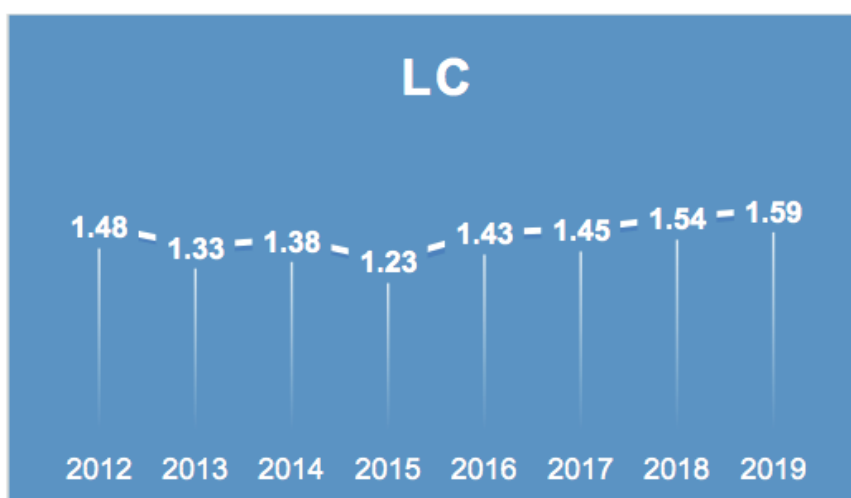
GRÁFICO 1 – EVOLUÇÃO DA SINISTRALIDADE



Fonte: Elaborado pelas autoras com base no Anuário: Aspectos Econômico-Financeiros das Operadoras de Plano de Saúde

A necessidade de manutenção dos ativos garantidores, influenciou também no índice de liquidez corrente, conforme o Gráfico 2 demonstra, o setor de saúde suplementar tem sido rigoroso com esta obrigatoriedade. Com a evolução do monitoramento das informações dos ativos garantidores por parte da agência, bem como os critérios de diversificação que garantem maior segurança, este indicador se mostra satisfatório.

GRÁFICO 2 – EVOLUÇÃO DA LIQUIDEZ CORRENTE



Fonte: Elaborado pelas autoras com base no Anuário: Aspectos Econômico-Financeiros das Operadoras de Plano de Saúde

O mercado nos últimos anos, considerando a necessidade de maior liquidez está imobilizando cada vez menos seu ativo. Os índices de imobilização demonstram que os recursos direcionados ao imobilizado das operadoras caíram 18% no período. A preocupação com o endividamento também se faz presente, pois o setor reduziu 17% do índice de endividamento no período analisado. O indicador que em 2012 era de 0,57, em 2019 caiu para 0,48, demonstrando maior capacidade das operadoras.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo buscou apresentar um panorama geral da evolução da regulação prudencial imposta pela ANS, quanto a necessidade de provisionamento das operadoras e melhoria de indicadores de solvência e liquidez.

Para tanto, buscou-se analisar os principais indicadores econômico-financeiros das operadoras no período de 2012 a 2019.

Os resultados evidenciam uma maior solidez das operadoras, cujos indicadores demonstram que as entidades começaram a se preocupar mais com a sustentabilidade econômico-financeira fazendo com que a regulação prudencial atingisse seu objetivo.

Observou-se uma melhoria dos indicadores de liquidez, endividamento e sinistralidade. Além disso, ficou evidente o aumento dos indicadores de retorno e margem das operadoras nesse período.

REFERÊNCIAS

Araújo, C. M. (2004). Estudo para Elaboração do Manual de Procedimentos do Diretor Fiscal de Operadoras de Plano de Saúde para Regimes Especiais. Dissertação de Mestrado Profissional, ENSP Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Recuperado em: 14 abril, 2017, de <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/5476>

Agência Nacional de Saúde Suplementar (2015) – Resolução Normativa nº 392. Recuperado em: 07 maio, 2020, de <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzE1Mg==>

Agência Nacional de Saúde Suplementar (2015) – Resolução Normativa nº 393. Recuperado em: 07 maio, 2020, de <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzE1Mw==>

Agência Nacional de Saúde Suplementar (2016) – Resolução Normativa nº 418. Recuperado em: 14 abril, 2017, de <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzM1Mg==>

Agência Nacional de Saúde Suplementar (2018) – Resolução Normativa nº 442. Recuperado em: 07 maio, 2020, de <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzY2Mw==>

Agência Nacional de Saúde Suplementar (2019) – Resolução Normativa nº 443. Recuperado em: 07 maio, 2020, de <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzY3MQ==>

Agência Nacional de Saúde Suplementar. (2020). Nova Regra de Capital Regulatório das Operadoras. Orientações Sobre a RN 451/2020. Recuperado em: 26 julho, 2020, de http://www.ans.gov.br/images/Manual_Nova_Regra_de_Capital_Regulatório.pdf

Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Nota Técnica Nº 4/2020/Ggras/Dirad-Dipro/Dipro. 2020a. Recuperado em: 30 abril, 2020, de http://www.ans.gov.br/sdcol/anexo/75219___NOTA%20T%C3%89CNICA%20N%C2%BA%204%20GGRAS%20DIRAD-DIPRO.pdf

Kudlawicz, C. (2013). Um Estudo Sobre o Impacto no Nível de Rentabilidade das Organizações Operadoras de Planos de Saúde em Função de Seu Perfil. 2003. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. Recuperado em: 14 abril, 2017, de <http://www.ppgcontabilidade.ufpr.br/wp-content/uploads/2015/05/D079.pdf>

Mano, C.C.A.; Ferreira, P. F. (2009). Aspectos atuariais e contábeis das provisões técnicas. Rio de Janeiro: Funenseg, 2009.

Salles, O. R.. Adaptação das Operadoras de Planos de Saúde de Pequeno Porte ao Plano de Contas Padrão da ANS. 2004. Dissertação de

Mestrado Profissional, ENSP Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Recuperado em: 14 abril, 2017, de <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/4789>

Santos, T. B. S., & de Matos Pinto, I. C. (2017). Contratualização da gestão hospitalar versus regulação em saúde: agências, controle estatal e avaliação no SUS. *Anais do Instituto de Higiene e Medicina Tropical*, 16, 47-53.

Soares, M. A. (2006). Análise de indicadores para avaliação de desempenho econômico-financeiro de operadoras de planos de saúde brasileiras: uma aplicação da análise fatorial. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo. doi:10.11606/D.12.2006.tde-15122006-121519. Recuperado em 2018-05-01, de www.teses.usp.br

Souza, R. M. L. de (2014). O Mercado De Saúde Suplementar No Brasil: Regulação e Resultados Econômicos Dos Planos Privados De Saúde. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Recuperado em: 14 abril, 2017, de http://www.iess.org.br/cms/rep/1lugareconomia_7q6gy1tn.pdf

FUNDOS DE INVESTIMENTOS EM PREVIDÊNCIA

**Por: Carlos Henrique Neris Nossa,
Fabiana Lopes da Silva, George André Willrich Sales
e Rodolfo Leandro de Faria Olivo**

1. INTRODUÇÃO

Diante das alterações no cenário demográfico brasileiro, decorrente do efeito do envelhecimento da população, e do aumento do déficit da Previdência Social, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 103, em 12 de novembro de 2019, que alterou o sistema previdenciário brasileiro, introduzindo novas regras.

O sistema previdenciário pode ser dividido em três tipos, sendo que dois deles são financiados com recursos públicos: o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para os trabalhadores da iniciativa privada, e o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS), Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998. O terceiro é o Regime de Previdência Complementar, Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que possui caráter facultativo e é composto por Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC) e Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), também denominados de Fundos de Pensão.

A previdência complementar fechada é operada pelas Entidades Fechadas de Previdência complementar (EFPC) e fiscalizadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), cujo segmento oferece planos de benefícios de caráter previdenciário para indivíduos que possuam vínculo empregatício ou associativo com empresas, órgãos públicos, sindicatos e/ou associações representativas.

Conforme dados da PREVIC (2020), atualmente tem-se 299 EFPCs, que administram R\$ 995,4 bilhões em ativos. No relatório consolidado da ABRAPP (2019), constam que o sistema fechado possui aproximadamente 7,4 milhões de participantes, considerando os ativos, inativos e dependentes.

A previdência complementar aberta é operada pelas Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC) e fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), que oferecem planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

Conforme levantamento da FENAPREVI (2020), em 2019 houve R\$ 55,5 bilhões de captação líquida no mercado de Previdência Complementar Aberta. Das contribuições realizadas no período, 81% foram destinadas ao plano Vida Gerador de Benefícios Livre (VGBL – indicada para quem realiza a declaração simplificada do imposto de renda, não sendo possível se beneficiar da dedutibilidade de Imposto de Renda do produto), enquanto 19% teve destinação ao Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL). O sistema conta com 13,5 milhões de participantes com R\$ 946,8 bilhões em provisões matemáticas.

Dentre as inúmeras alternativas de investimento disponíveis em função do risco, retorno e liquidez, pode-se citar os fundos de investimentos, que se apresentam na forma de condomínio e, por aplicarem os recursos em conjunto, procuram obter condições mais favoráveis do que se fossem realizados investimentos isoladamente (Amaral, 2013).

Segundo Filgueira e Cidade (2015) “o principal papel da indústria de fundos de investimento é servir como veículo de canalização da poupança doméstica e externa para instrumentos de capital e dívida (pública e privada), viabilizando o financiamento de emissores, governo e empresas, que, em última análise, são os agentes do desenvolvimento”.

Nesse contexto, o presente estudo busca abordar os Fundos de Investimentos e suas modalidades no contexto da previdência complementar.

2. FUNDOS DE INVESTIMENTOS

De acordo com Oliveira Filho (2019), “Fundos de investimento são entidades organizadas sob forma de condomínios destinados à aplicação em ativos financeiros sob a responsabilidade de um administrador. As aplicações feitas pelos investidores são representadas por cotas, cujo valor é apurado periodicamente conforme a rentabilidade proporcionada pelos ativos componentes da carteira.”

Segundo Rocha (2003), a gestão dos fundos pode ser dividida entre gestão ativa e gestão passiva. Fundos com gestão ativa buscam rentabilidade que supere seu parâmetro de Benchmark por meio da busca dos melhores ativos suportados em seu regulamento. Fundos com gestão passiva, entretanto, visam replicar a rentabilidade de seu parâmetro benchmark, podendo inclusive compor sua carteira baseada neste sem a preocupação da alocação ótima de ativos (Nossa, 2019).

O administrador do fundo então, toma decisão acerca dos investimentos com a finalidade de valorizar o patrimônio do fundo e consequentemente o valor da cota individual dos investidores – respeitando sempre a regulação vigente da CVM e do Banco Central (Dalmácio et al., 2007).

De acordo com Nossa (2019), é importante ressaltar que além da regulação vigente acerca de fundos, é necessário que o gestor atenda aos níveis de tolerância ao risco estipulados em regulamentação interna do fundo.

No Brasil, atualmente, a Instrução CVM nº 555/2014 dispõe sobre constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação das informações dos fundos de investimento.

Os tipos de fundos são definidos pela Instrução CVM nº 555/2014 (primeiro nível de classificação), definindo o tipo de ativo financeiro ao qual os investimentos serão alocados: (a) renda fixa; (b) ações; (c) cambial; e (d) multimercados. Para os três primeiros tipos citados, é necessário que o fundo apresente como principal fator de risco de sua carteira a variação dos ativos financeiros atrelados. Para o quarto tipo de fundo citado, deve ser apresentada políticas de investimento envolvendo diversos fatores de risco, não havendo a possibilidade de concentração em nenhum fator em específico (CVM, 2014).

Após o primeiro nível de classificação de um fundo, é possível definir outras características específicas que cada fundo pode apresentar, gerando assim novos níveis de classificação dos fundos de investimento (ANBIMA, 2015). Os demais níveis de classificação, entretanto, não são geridos pela Comissão de Valores Mobiliários e sua Instrução CVM nº555/2014, e sim pela ANBIMA. O segundo nível classificatório apresenta o tipo de gestão que o fundo apresentará, podendo ser: (a) indexados; ou (b) ativos. Neste segundo nível, alguns fundos podem apresentar características únicas de gestão, não se enquadrando em uma gestão ativa ou passiva, conforme será apresentado adiante (Nossa, 2019).

Para o tipo de gestão indexada, espera-se que os gestores busquem seguir determinado índice de mercado, especificado em sua estratégia – apresentado como uma gestão passiva de acompanhamento do portfólio do índice (ANBIMA, 2015). Para o tipo de gestão ativa, espera-se que o gestor tenha uma atividade mais ativa e busque auferir ganhos com performance superior ao benchmark proposto em suas estratégias – entende-se então, que o gestor buscar se antecipar quanto ao mercado e superar sua performance (ANBIMA, 2015; Nossa, 2019).

O terceiro nível de classificação determinado pela ANBIMA, entretanto, apresenta uma alta granularidade e sua ilustração/explicação será apresentada adiante nos Quadros 1, 2 e 3 a seguir:

QUADRO 1: FRAMEWORK DE SUBCATEGORIAS ANBIMA NOS FUNDOS MÚTUOS DE RENDA FIXA

TIPO DE GESTÃO	SUBCATEGORIA (3º NÍVEL)	DESCRIÇÃO
Gestão Ativa	Soberano	Fundos que investem 100% em títulos públicos federais do Brasil.
	Grau de investimento	Fundos que investem no mínimo 80% da carteira em títulos públicos federais, ativos com baixo risco de crédito do mercado doméstico ou externo, ou sintetizados via derivativos, com registro das câmaras de compensação.
	Crédito livre	Fundos que objetivam buscar retorno por meio de investimentos em ativos de renda fixa, podendo manter mais de 20% da sua carteira em títulos de médio e alto risco de crédito do mercado doméstico ou externo.
Gestão Indexada	Índice de referência	Fundos que têm como objetivo seguir as variações de indicadores de referência do mercado de Renda Fixa. O comportamento do fundo passa a ser atrelado ao índice de referência
Gestão específica (outros)	Renda fixa simples	Estes fundos seguem o disposto no art. 113 da Instrução nº 555 que dispõe sobre os fundos de Renda Fixa com sufixo "Simples" em sua denominação.
	Investimento no exterior	Fundos que investem em ativos financeiros no exterior em parcela superior a 40% do patrimônio líquido. Estes fundos seguem o disposto no art. 101 da Instrução nº 555 da CVM.
	Dívida externa	Fundos que investem no mínimo 80% de seu patrimônio líquido em títulos representativos da dívida externa de responsabilidade da União. Estes fundos seguem o disposto no art. 114 da Instrução nº 555 da CVM.

Fonte: Nossa (2019) e ANBIMA (2015).

Segundo Anbima (2015), os fundos de ações, devem possuir ao mínimo 67% da carteira em ações à vista, bônus ou recibos de subscrição, certificados de depósito de ações, cotas de fundos de ações, cotas dos fundos de índice de ações e Brazilian Depositary Receipts (BDR), classificados como nível I, II e III. O gestor pode ainda adotar hedge cambial sobre a parcela de ativos no exterior (ANBIMA, 2015).

QUADRO 2: FRAMEWORK DE SUBCATEGORIAS ANBIMA NOS FUNDOS MÚTUOS DE AÇÕES

TIPO DE GESTÃO	SUBCATEGORIA (3º NÍVEL)	DESCRIÇÃO
Gestão Ativa	Valor/ Crescimento	Fundos que buscam retorno por meio da seleção de empresas cujo valor das ações negociadas esteja abaixo do "preço justo" estimado (estratégia valor) e/ou aquelas com histórico e/ou perspectiva de continuar com forte crescimento de lucros, receitas e fluxos de caixa em relação ao mercado (estratégia de crescimento).
	Dividendos	Fundos que investem em ações de empresas com histórico de dividend yield (renda gerada por dividendos) consistente ou que, na visão do gestor, apresentem essas perspectivas.
	Sustentabilidade/ Governança	Fundos que investem em empresas que apresentam bons níveis de governança corporativa, ou que se destacam em responsabilidade social e sustentabilidade empresarial no longo prazo, conforme critérios estabelecidos por entidades amplamente reconhecidas pelo mercado ou supervisionados por conselho não vinculado à gestão do fundo. Estes fundos devem explicitar em suas políticas de investimento os critérios utilizados para definição das ações elegíveis.
	Small Caps	Fundos cuja carteira é composta por, no mínimo, 85% em ações de empresas que não estejam incluídas entre as 25 maiores participações do IBrX - Índice Brasil, ou seja, ações de empresas com relativamente baixa capitalização de mercado. Os 15% remanescentes podem ser investidos em ações de maior liquidez ou capitalização de mercado, desde que não estejam incluídas entre as dez maiores participações do IBrX - Índice Brasil.
	Índice Ativo	Fundos que têm como objetivo superar o índice de referência do mercado acionário. Estes fundos se utilizam de deslocamentos táticos em relação à carteira de referência para atingir seu objetivo.
	Setoriais	Fundos que investem em empresas pertencentes a um mesmo setor ou conjunto de setores afins da economia. Estes fundos devem explicitar em suas políticas de investimento os critérios utilizados para definição dos setores, subsetores ou segmentos elegíveis para aplicação.

TIPO DE GESTÃO	SUBCATEGORIA (3º NÍVEL)	DESCRIÇÃO
	Livre	Fundos sem o compromisso de concentração em uma estratégia específica. A parcela em caixa pode ser investida em quaisquer ativos, desde que especificados em regulamento.
Gestão Indexada	Índices	Fundos que têm como objetivo replicar as variações de indicadores de referência do mercado de renda variável. Os recursos remanescentes em caixa devem estar investidos em cotas de fundos renda fixa – duração baixa – grau de investimento ou em ativos permitidos a estes desde que preservadas as regras que determinam a composição da carteira do tipo ANBIMA.
Gestão específica (outros)	FMP-FGTS	De acordo com a regulamentação vigente dos Fundos Mútuos de Privatização.
	Fechado de Ações	Fundos de condomínio fechado regulamentados pela Instrução nº 555 da CVM.
	Mono Ações	Fundos com estratégia de investimento em ações de apenas uma empresa.
	Investimento no exterior	Fundos que investem em ativos financeiros no exterior em parcela superior a 40% do patrimônio líquido. Estes fundos seguem o disposto no art. 101 Instrução nº 555 da CVM.

Fonte: Nossa (2019) e ANBIMA (2015).

Para fundos multimercado, sua política envolve vários fatores de risco, sem o compromisso de concentração em nenhum fator em especial, assim como nos fundos de ações, o gestor pode ainda adotar hedge cambial sobre a parcela de ativos no exterior (Nossa, 2019). Os tipos de gestão ativa e passiva para fundos multimercado são apresentados de forma análoga como estratégia e alocação (ANBIMA, 2015).

Segundo Nossa (2019), por um lado, a gestão por alocação remete a fundos que buscam retorno no longo prazo por meio de investimento em diversas classes de ativos, incluindo cotas de fundos de investimento – seriam similares a uma gestão indexada, porém, apostando em uma alocação multimercado estática. Por outro lado, fundos com gestão por estratégia se baseiam nas estratégias preponderantes adotadas e suportadas pelo gestor como forma de atingir os objetivos e executar a política de investimentos dos fundos, admitindo inclusive a alavancagem – seriam as estratégias de gestão ativa dentro dos limites propostos em sua política.

QUADRO 3: FRAMEWORK DE SUBCATEGORIAS ANBIMA NOS FUNDOS MÚTUOS DE MULTIMERCADO

TIPO DE GESTÃO	SUBCATEGORIA (3º NÍVEL)	DESCRIÇÃO
Alocação	Balaneados	Estes fundos possuem estratégia de alocação pré-determinada devendo especificar o mix de investimentos nas diversas classes de ativos, incluindo deslocamentos táticos e/ou políticas de re-balanceamento explícitas. O indicador de desempenho do fundo deverá acompanhar o mix de investimentos explicitado (asset allocation benchmark), não podendo, assim, ser comparado a uma única classe de ativos. Os fundos nesta subcategoria não podem possuir exposição financeira superior a 100% do PL, não admitindo alavancagem
	Dinâmicos	Estes fundos possuem uma estratégia de asset allocation sem, contudo, estarem comprometidos com um mix pré-determinado de ativos. A política de alocação é flexível, reagindo às condições de mercado e ao horizonte de investimento. É permitida a aquisição de cotas de fundos que possuam exposição financeira superior a 100% do seu respectivo PL, e admitem alavancagem.
Estratégia	Macro	Fundos que realizam operações em diversas classes de ativos, com estratégias de investimento baseadas em cenários macroeconômicos de médio e longo prazos.
	Trading	Fundos que realizam operações em diversas classes de ativos (renda fixa, renda variável, câmbio etc.), explorando oportunidades de ganhos a partir de movimentos de curto prazo nos preços dos ativos.
	Long and Short – Direcional	Fundos que fazem operações de ativos e derivativos ligados ao mercado de renda variável, montando posições compradas e vendidas. O resultado deve ser proveniente, preponderantemente, da diferença entre essas posições. Os recursos remanescentes em caixa devem estar investidos em cotas de fundos Renda Fixa – Duração Baixa – Grau de Investimento ou em ativos permitidos a estes desde que preservadas as regras que determinam a composição da carteira do tipo ANBIMA.
	Long and Short – Neutro	Fundos que fazem operações de ativos e derivativos ligados ao mercado de renda variável, montando posições compradas e vendidas, com o objetivo de manterem a exposição financeira líquida limitada a 5%. Os recursos remanescentes em caixa devem estar investidos em cotas de fundos Renda Fixa – Duração Baixa – Grau de Investimento ou em ativos permitidos a estes desde que preservadas as regras que determinam a composição da carteira do Tipo ANBIMA.
	Juros e Moedas	Fundos que buscam retorno no longo prazo via investimentos em ativos de renda fixa, admitindo-se estratégias que impliquem risco de juros, risco de índice de preço e risco de moeda estrangeira. Excluem-se estratégias que impliquem exposição de renda variável
	Livre	Fundos sem compromisso de concentração em alguma estratégia específica
	Capital Protegido	Fundos que buscam retornos em mercados de risco procurando proteger, parcial ou totalmente, o principal investido.

Gestão específica (outros)	Estratégias específicas	Fundos que adotam estratégia de investimento que implique riscos específicos, tais como commodities, futuro de índice.
	Investimento no exterior	Fundos que investem em ativos financeiros no exterior em parcela superior a 40% do patrimônio líquido. Estes fundos seguem o disposto no art. 101 da Instrução nº 555 da CVM.

Fonte: Nossa (2019) e ANBIMA (2015).

Por último, os fundos cambiais não apresentam diferentes tipos de gestão ou subcategorias, se repetindo nos três níveis. A classificação agrega os fundos que aplicam pelo menos 80% da carteira em ativos - de qualquer espectro de risco de crédito - relacionados diretamente ou sintetizados, via derivativos, à moeda estrangeira (Anbima, 2015).

3. FUNDOS DE INVESTIMENTOS EM PREVIDÊNCIA

A Circular SUSEP nº. 563/17, que altera e consolida regras e critérios complementares de funcionamento e de operação da cobertura por sobrevivência oferecida em planos de previdência complementar aberta e dá outras providências, define FIE (Fundo de Investimento Especialmente Constituído) como:

“FIE: fundo de investimento especialmente constituído ou o fundo de investimento em quotas de fundos de investimento especialmente constituídos, cujos únicos quotistas sejam, direta ou indiretamente, sociedades seguradoras e entidades abertas de previdência complementar ou, no caso de fundo com patrimônio segregado, segurados e participantes de planos VGBL - Vida Gerador de Benefício Livre ou PGBL - Plano Gerador de Benefício Livre.”

A referida Circular ainda comenta que os PGBL, durante o período de diferimento, tenham a remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável.

A Circular SUSEP nº 564/2017 traz a regulamentação das regras e critérios complementares de funcionamento e de operação da cobertura por sobrevivência oferecida em planos de seguro de pessoas e dá outras providências.

Assim, os FIEs são fundos cujos únicos quotistas configuram-se, direta ou indiretamente, sociedades seguradoras e EAPCs, sendo sua carteira apresenta-se em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), na regulamentação que disciplina a aplicação dos recursos das reservas, das provisões e dos fundos das entidades seguradoras, das sociedades de capitalização e das entidades abertas de previdência complementar (Amaral, 2013).

A ANBIMA (2015) após última divulgação das diretrizes classificatórias de fundos, descreve que fundos previdenciários devem atender a uma das sete classificações explicadas adiante. Os FIEs são classificados conforme a composição da carteira, conforme ilustrado no Quadro 4:

QUADRO 4: CLASSIFICAÇÃO DOS FUNDOS DE PREVIDÊNCIA – VISÃO ANBIMA

CLASSIFICAÇÃO	DESCRIÇÃO
Renda fixa	Fundos que buscam seu retorno por meio de investimentos em renda fixa, suas estratégias são baseadas nas curvas de juros e índices inflacionários. Nestes fundos não é permitida a utilização de estratégias baseadas em moedas estrangeiras ou renda variável.
Multimercado	Fundos que visam o retorno de longo-prazo e realizam diversificação entre os diferentes tipos de ativos, desde renda fixa até câmbio e ações. A aplicação em renda variável deve atender ao máximo de 49% das aplicações e não há um percentual fixo delimitado para cada classe de ativo.
Previdência balanceado – até 15	Fundos similares ao multimercado, visam também o retorno a longo prazo. Entretanto, apresentam limitação de até 15% de aplicações em renda variável. Devem explicitar seus objetivos com relação ao percentual pretendido em cada classe de ativos.
Previdência balanceado – 15-30	Similar ao Previdência balanceado – até 15. A diferença se encontra no percentual permitido de aplicações em renda variável, com o percentual delimitado de 15% a 30% de todas as aplicações do fundo.
Previdência balanceado – acima de 30	Similar ao Previdência balanceado – até 15. A diferença se encontra no percentual permitido de aplicações em renda variável, com o percentual delimitado superior a 30% de todas as aplicações do fundo.
Ações	Fundos que manterão ao menos 67% de todas as aplicações em ações. O fundo não é diretamente disponibilizado, sendo aplicado por meio de outros fundos – de forma a reduzir a exposição previdenciária.
Data-alvo	Fundos que buscam retorno com uma data-alvo pré definida e que realiza aplicações em diversas classes de ativos. Quando a data-alvo se aproxima o fundo altera sua composição para um nível de exposição ao risco menor, aumentando o percentual de investimento em renda fixa e reduzindo o percentual em renda variável.

Fonte: Nossa (2019) e ANBIMA (2015).

Furlanetti (2018) destaca alguns benefícios acerca dos fundos previdenciários, tais como: (a) ausência do come-cotas, não ocorrendo a cobrança de imposto a cada 6 meses prevista para fundos de investimento e que no longo prazo representa um impacto significativo no montante a ser resgatado; (b) dedutibilidade do recolhimento de imposto de renda anual – limitado a 12% – quando da aplicação em fundos PGBL; (c) pode-se aplicar a tabela regressiva do imposto de renda e, caso o montante permaneça aplicado por mais de 10 anos o imposto pode ser reduzido até 10%; e (d) plano de herança, aplicações em fundos VGBL não são incluídos no inventário de herança e, portanto, são isentos de imposto de transmissão de herança ou doação.

4. CONCLUSÃO

A previdência complementar teve um crescimento significativo ao longo dos últimos 15 anos, quando se analisa as captações de recursos tanto para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) e quanto para as Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC).

Nesse sentido, o artigo abordou o entendimento dos fundos de investimentos, suas classificações, objetivos e estratégias. Além disso, foram analisados os fundos de investimentos em previdência, sua classificação e regulamentação vigente.

REFERÊNCIAS

ABRAPP (2019). Consolidado Estatístico. Dez/2019. Disponível em: <http://www.abrapp.org.br/Consolidados/Consolidado%20Estat%C3%ADstico_12_2019.pdf>.

Amaral, T. R. D. S. (2013). Análise de performance de fundos de investimento em previdência. 2013. 166 f (Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade de São Paulo-USP, São Paulo/SP).

Anbima (2015). Deliberação nº 77: Diretrizes de Classificação de Fundos. Acessado em 25 de novembro de 2018. Disponível em <<http://www.anbima.com.br/data/files/5A/44/2C/B7/8411B510CD3B4DA568A80AC2/DeliberacaoN77-Diretriz-de-Classificacao-de-Fundos.pdf>>.

Brasil (1991). Texto integral da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com alterações posteriores. Acesso em 28 de julho de 2020. Recuperado de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>

Brasil (1998). Texto integral da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, com alterações posteriores. Acesso em 28 de julho de 2020. Recuperado de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9717compilado.htm>

Brasil (2001). Texto integral da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Acesso em 28 de julho de 2020. Recuperado de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm>

CVM, (2014). Texto integral da instrução cvm nº 555, de 17 de dezembro de 2014, com as alterações introduzidas pelas instruções cvm nº 563/15, 564/15, 572/15, 582/16 e 587/17. Acesso em 21 de novembro de 2018. Recuperado de <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html>>.

CVM, (2016). Cadernos CVM – Fundos de Investimento. Acessado em 21 de novembro de 2018. Recuperado de <<http://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Cadernos/CVM-Caderno-03-3ed.pdf>>.

Dalmácio, F. Z., Nossa, V., & Zanquetto Filho, H. (2007). Avaliação da relação entre a performance e a taxa de administração dos fundos de ações ativos brasileiros. *Revista de Educação e Pesquisa em Contabilidade (REPeC)*, 1(3), 1-20.

Fenaprevi. (2020). Caderno de Cobertura de Pessoas. Planos de Acumulação Dez/2019. Disponível em: <http://fenaprevi.org.br/data/files/F9/A4/DF/2B/F94E071038B08A073A8AA>

8A8/CADERNO%20DE%20COBERTURA%20DE%20PESSOAS%20-%20PLANOS%20DE%20ACUMULA%C3%87%C3%83O%20-%20DEZ.19.pdf

Filgueira, A.; Cidade, M. Inovar e crescer num ambiente em mudança.

Texto para Discussão 2015. Disponível em:

<https://www.anbima.com.br/data/files/4E/01/8A/F3/9EB675106582A275862C16A8/Inovar-e-crescer-num-ambiente-em-mudanca_3_.pdf>.

Furlanetti, C. E. (2018). Análise das características das carteiras acionárias, das estratégias de gestão e dos retornos dos fundos de previdência privada complementar PGBL/VGBL que investem em renda variável (Doctoral dissertation, Universidade de São Paulo).

Nossa, C.H.N. (2019). Risco dos Fundos de Investimentos em Previdência Complementar no Brasil (Dissertação de Mestrado Profissional, Faculdade FIPECAFI).

Oliveira Filho, B.G. (2019). Gestão de fundos de investimento: o seu guia para gestão de carteiras. São Paulo: Saint Paul Editora.

Rocha, T. N. D. (2003). Fundos de investimento e o papel do administrador: a indústria dos fundos no mercado brasileiro e a liberdade para agir, os poderes e obrigações dos seus administradores. São Paulo: Texto novo.

Previc. 2020. Informe Estatístico Trimestral (Dez/2019). Disponível em: <<http://www.previc.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/informe-estatistico/informes-de-2019/informe-estatistico-4o-trimestre-2019.pdf/view>>.

SUSEP. Circular SUSEP N° 563, DE 24.12.2017. Altera e consolida regras e critérios complementares de funcionamento e de operação da cobertura por sobrevivência oferecida em planos de previdência complementar aberta e dá outras providências.

SUSEP. Circular SUSEP N° 564, DE 24.12.2017. Altera e consolida regras e critérios complementares de funcionamento e de operação da

cobertura por sobrevivência oferecida em planos de seguro de pessoas e dá outras providências.

O INSTITUTO DO RESGATE DE CONTRIBUIÇÕES APORTADAS AOS PLANOS DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS OFERTADOS POR ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (EFPP) E A QUESTÃO DO PRAZO PARA EXERCÍCIO DESSE DIREITO.

Por: Carlos Lonel

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a finalidade de analisar o instituto do resgate de contribuições dos planos de benefícios de entidades fechadas de previdência

complementar (EFPP) e a questão do prazo para o exercício desse direito.

A tônica do presente trabalho se encontra na questão de como tratar os valores passíveis de resgate e não procurados pelos participantes. Por meio da presente análise, pretende-se saber se há prazo prescricional ou decadencial para o participante efetuar o resgate da totalidade das contribuições ou, ainda, se referido direito não decai ou é imprescritível.

2. O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL E A PREVIDÊNCIA PRIVADA

A lição de Wagner Balera¹ ensina que “integram o quadro de componentes do sistema de seguridade social brasileiro os entes de previdência complementar” e arremata dizendo que tais entidades atuam como “círculos de expansão do arcabouço de proteção, formando, como já se costuma dizer em França, segunda rede de seguridade social”.

Nota-se com a leitura do artigo 202 da Constituição Federal que a previdência complementar – ou previdência privada – é autônoma em relação ao regime geral, também é facultativa e tem natureza

contratual:

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.

Não obstante a autonomia em relação ao regime geral, é inegável que a previdência privada é um direito social e, portanto, tem de ser analisada sempre sob a óptica da proteção social constitucional conferida aos seus participantes.

A previdência privada fechada foi criada no seio de movimentos das classes trabalhadoras, em consonância com os propósitos estimulantes das empresas empregadoras. Mais recentemente, passou a abranger ambiente associativo, no cenário de pessoas com objetivos comuns ou de profissionais integrantes de órgãos de classe.

Não foi por outro motivo que o artigo 31, incisos I e II da Lei Complementar 109/01 definiu EFPP como entidades acessíveis exclusivamente por empregados de entes patrocinadores, associados ou membros de pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial. Flavio Martins² bem observou as vantagens a respeito da previdência complementar para o trabalhador e para o empregador:

A previdência complementar significa expressiva vantagem para o trabalhador, que não enfrentará grande decréscimo em sua renda ao aposentar-se, além de garantir mesmo padrão de vida à sua família no caso de seu falecimento. De outro lado, é importante ferramenta de recursos humanos, pois tende a fidelizar o empregado ao empregador.

Os planos de benefícios previdenciários ofertados por Entidades Fechadas de Previdência Privada são importantes para a efetividade da seguridade social. Por tal motivo, a previdência privada foi elevada pela

Constituição Federal ao nível de direito social, tal como a saúde, a educação, a previdência social etc.

Vejam, sob esta óptica, como funciona o instituto do resgate da totalidade das contribuições, nos casos de rompimento de vínculo empregatício com a patrocinadora ou de cancelamento da inscrição no caso de plano instituído.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DO RESGATE DA TOTALIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES.

De forma geral, o art. 7º da LC 109/2001 prescreve que os planos de benefícios da EFPP atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador³. E segue prescrevendo que esse órgão normatizará os planos de benefícios nas modalidades de (i) benefício definido, (ii) contribuição definida (iii) contribuição variável, além de outras formas de planos que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar.

Muito embora não se trate de benefício na acepção pura da lei, o artigo 14 da LC 109/2001 determina a obrigatoriedade de os planos de benefícios da EFPP preverem o instituto resgate, in verbis:

Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

(...)

III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e

Importa para a análise do presente estudo o instituto do resgate da totalidade das contribuições.

Conforme narrado, não se trata propriamente de um benefício, eis que não se encontra alocado, topograficamente, no artigo 7º, parágrafo único, da LC 109/2001, mas tem igual importância, uma vez que referido

instituto tem por fim devolver as contribuições que o participante fez ao plano de benefícios e, portanto, é inegável o benefício – não no aspecto jurídico, mas sim sob o ponto de vista pecuniário –, decorrente das consequências do referido instituto jurídico, quando colocado em prática.

Ensina Miguel Horvath Júnior⁴ que resgate “é percebimento pelo participante, ao sair do plano de benefício, das contribuições pagas à entidade privada, no todo ou em parte, a depender do que estiver avençado”.

O instituto do resgate da totalidade das contribuições é imperativo nos regulamentos dos planos de benefícios administrados por EFPP. Por meio do referido instituto, o participante rompe o vínculo com o plano de benefícios, sacando os valores que anteriormente aportou.

O instituto do resgate da totalidade das contribuições é – na lição de Arthur Weintraub⁵ – “o ato mais indesejado, pois extrai do âmbito previdenciário valores que deveriam propiciar um benefício previdenciário.”

Por outro lado, está umbilicalmente ligado ao direito à liberdade garantido pelo artigo 5º da Constituição Federal, liberdade essa que deve ser interpretada em sua acepção mais ampla, contemplando, por óbvio, a liberdade de contratar, valendo lembrar que, nos termos do art. 202 da Constituição Federal, a previdência complementar é baseada na constituição de reservas e na “liberdade contratual”.

Por tal motivo é que Weintraub⁶ ensina que o resgate não deve ser dificultado pela EFPP:

A faculdade de resgate está disposta de acordo com o espírito da lei. O participante não pode ser obrigado a manter recursos no sistema, sendo vedado ao Estado ou às entidades de Previdência Privada impingir obliterações ao resgate (v.g.: carga tributária confiscatória ou taxas administrativas absurdas).

No âmbito das EFPP vige a Resolução MPS/CGPC nº 06, de 3 de outubro de 2003, que dispõe sobre o instituto do resgate. Segundo o art. 22, para o caso de benefícios instituídos por patrocinador⁷, o regulamento do plano deverá condicionar o pagamento do resgate à cessação do vínculo empregatício.

Já no que diz respeito a plano de benefício instituído por instituidor, o art. 23 da resolução supracitada determina que o resgate deverá ser precedido de prazo de carência de no mínimo trinta e seis meses, contados a partir da data de inscrição no plano de benefícios. Também é possível efetuar resgate parcial, sem perda do vínculo.

Em planos instituídos, o instituto do resgate tem sido de grande importância para o participante. É bem verdade que ele vai de encontro à finalidade previdenciária dos planos de benefícios oferecidos pela EFPP. Ocorre, todavia, que essa reserva não deixa de ser uma alternativa para o participante que se encontra em delicado estado financeiro. E a hipótese de poder sacar as contribuições efetuadas ao longo do tempo, total ou parcialmente, muito embora não seja a mais adequada sob o ponto de vista previdenciário, acaba surtindo o efeito de prover aquela necessidade financeira do participante.

Vale registrar que a hipótese de resgate parcial chegou a ser avaliada até mesmo para planos patrocinados, onde o resgate é vedado antes da cessação do vínculo empregatício. Segundo noticiou⁸ a Secretaria de Políticas de Previdência Complementar (SPPC), em maio de 2014, o objetivo da avaliação era o de oferecer liquidez ao participante, sem retirar a natureza previdenciária da reserva matemática. Ocorre, entretanto, que referida intenção não foi levada a efeito. O resgate parcial de contribuições, com manutenção de vínculo, continua sendo inerente a planos instituídos.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE PRESCRIÇÃO

(INCLUSIVE EM CONTRAPOSIÇÃO AO INSTITUTO DA DECADÊNCIA).

Segundo Maria Helena Diniz⁹ a prescrição diz respeito ao prazo para o titular de uma pretensão resistida buscar provimento judicial para exigir o que lhe é de direito:

A prescrição tem por objeto a pretensão à prestação devida em virtude de um descumprimento legal ou obrigacional, que gera o direito para obter a tutela jurisdicional (CC, art. 189); por ser exceção oposta ao exercício da ação (em sentido material), tem por escopo extingui-la, ante a inércia do titular, deixando escoar o prazo legal para exigi-la, tendo por fundamento um interesse jurídico-social. Esse instituto foi criado como medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado.

Regina Helena Costa¹⁰ traz em sua lição valorosa distinção a respeito dos institutos de prescrição e de decadência, registrando que, enquanto o primeiro está associado à perda do direito de ação, o segundo instituto tem a ver com a perda do direito material em si, em razão do decurso de prazo para o titular exercer o seu direito:

A prescrição, outra expressão de segurança jurídica, é instituto associado à ideia de perda do direito de ação ante o seu não exercício, por certo período de tempo. Aproxima-se da decadência porque, igualmente, pressupõe inércia do titular do direito em exercê-lo no prazo assinalado pela lei. No entanto, dela distancia-se porque, consoante o entendimento clássico a respeito do assunto, não atinge o direito material, mas somente a possibilidade de sua proteção ser reclamada judicialmente, vale dizer, o direito de ação (art. 5º, XXXV, CR).

O art. 202 do Código Civil registra as hipóteses em que ocorrerá a interrupção da prescrição:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer

uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

No arcabouço específico da previdência complementar, o art. 75 da LC 109/2001 versou sobre o prazo prescricional do direito às prestações não pagas, nem reclamadas na época própria:

Art. 75. Sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil.

O comando legal supracitado comporta críticas. Com efeito, se a ideia era a de fixar um prazo para exercer o direito de ação de cobrança de prestações não pagas, o texto correto teria que explicitar a noção de que prescreve em cinco anos o direito de ação para pleitear as prestações reclamadas e cuja pretensão foi resistida pela EFPP.

Deveras, se a prescrição tem a ver com o exercício do direito de ação, consequentemente, deveria o dispositivo em comento tratar desse assunto propriamente dito e não do direito (material) às prestações não pagas e nem reclamadas em época própria.

Por outro lado, caso a intenção do artigo 75 da LC 109/2001 tenha sido a

de dispor sobre o direito material às prestações, sobretudo no que diz respeito ao exercício do direito de pagamento do benefício, então, nesse caso, seria mais correto dizer que o direito às prestações não pagas nem reclamadas decairia em cinco anos. Vale dizer, seria correto lançar mão do instituto da decadência e não da prescrição.

De qualquer sorte, percebe-se que o prazo de 5 (cinco) anos do art. 75 da LC 109/2001 vem sendo utilizado como prazo prescricional do direito de ação do titular de pretensão de direito de recebimento de prestações decorrentes de previdência privada. É o que se extrai do seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo:

RECURSO REPETITIVO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESTITUIÇÃO DE RESERVA DE POUPANÇA. COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. SÚMULA DO STJ/291. APLICAÇÃO ANALÓGICA.

A prescrição quinquenal prevista na Súmula do STJ/291 incide não apenas na cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria, mas, também, por aplicação analógica, na pretensão a diferenças de correção monetária incidentes sobre restituição da reserva de poupança, cujo termo inicial é a data em que houver a devolução a menor das contribuições pessoais recolhidas pelo associado ao plano previdenciário.

Recurso Especial provido. (RESP 1110561/SP, Terceira Turma. Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 12/03/2018)

Firmadas as ponderações a respeito do resgate, da prescrição e da decadência, passemos a tratar do instituto do resgate, notadamente quando esse direito do participante não é exercido imediatamente.

5. DOS RESGATES NÃO EFETUADOS NO PRAZO DE CINCO ANOS CONTADOS DO ROMPIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A PATROCINADORA OU DO CANCELAMENTO DA COBERTURA CONTRATADA, NO CASO DE PLANO INSTITUÍDO, E DAS DÚVIDAS SOBRE SUA RELAÇÃO COM O PRAZO PRESCRICIONAL DO ART. 75 DA LC 109/01.

A tônica do presente trabalho se encontra na questão de como tratar os valores passíveis de resgate e não procurados pelos participantes. Por meio da presente análise, pretende-se saber se há prazo para o participante efetuar o resgate da totalidade das contribuições.

Obviamente que os prazos de planos de previdência privada devem observar ao que está disposto nos regulamentos de planos de benefícios, fabricados de acordo com a LC 109/2001. Ocorre que, não há na legislação maiores informações sobre o prazo para se efetuar o resgate de contribuições a planos de previdência privada.

Conforme já se demonstrou, o art. 75 da LC 109/2001 não tem redação apropriada nem mesmo para saber se o seu conteúdo trata de direito de ação do participante contra uma eventual pretensão resistida pela EFPP ou, ainda, se se trata de decadência do direito material à prestação de um benefício já em gozo.

Além do que, muito embora o resgate propicie benefícios pecuniários ao participante, ele não é um benefício previdenciário, tampouco é pago em prestações, já que cuida do pagamento de uma só vez (ainda que parcialmente, no caso de plano instituído) do somatório de todas as contribuições vertidas ao plano de benefícios, descontadas as parcelas do custeio administrativo (LC 109/2001, art. 14, III).

O cenário desenhado pelo art. 75 da LC 109/01 não se amolda ao resgate propriamente dito. Significa dizer que a aplicação do prazo quinquenal do art. 75 da LC 109/2001 para resgates não procurados demandaria um texto mais específico, contemplando expressamente a hipótese decadencial do exercício desse direito e a hipótese prescricional do direito de ação para pretensão resistida que guarde relação com o resgate.

Não se ignora que, em sessão de 13 de junho de 2007, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, ainda sob a égide da Lei 6.435/77, decidiu que o prazo prescricional para não segurados (ou seja, para quem tem o

vínculo rompido) é de 5 (cinco) anos:

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. PRESCRIÇÃO. AÇÕES PROPOSTAS POR SEGURADOS E POR EX-SEGURADOS: DISTINÇÃO. Se, já não sendo segurado, o autor reclama a restituição do capital investido, a prescrição quinquenal apanha o próprio fundo do direito; se, ao revés, demanda na condição de segurado, postulando prestações ou diferenças, a prescrição alcança apenas as parcelas vencidas há mais de cinco anos. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (RESP n. 431.071/RS, 2ª Seção, Julgamento: 13/06/17 – Min. Rel. Ari Pargendler).

Conforme narrado, o precedente foi firmado considerando a Lei 6.435/77, cujo artigo 36 determinava que a EFPP seria regulamentada pela legislação geral e da previdência e assistência social, no que for aplicável. Portanto, o precedente supracitado considerou os prazos da Lei 9.528/97, conforme trecho de seu excerto:

Até a Lei nº 9.528, de 1997, a legislação previdenciária tratava apenas da prescrição das prestações; a partir daquela lei, foi estipulado prazo decadencial, que sofreu várias alterações:

(a) entre 1997 e 1998: decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão em dez anos; prescrição das prestações ou restituições em cinco anos;

(b) entre 1998 e 2004: decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão em cinco anos; prescrição das prestações ou restituições em cinco anos;

(c) a partir de 2004: decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão em dez anos; prescrição das prestações ou restituições em cinco anos.

Os fatos analisados no acórdão supracitado ocorreram entre 1989 e 1995. De lá para cá, a legislação da previdência complementar sofreu significativo impacto. Primeiro, com a já citada Emenda Constitucional n. 20 de 1998, que alterou o art. 202 da Constituição Federal e

estabeleceu o regime de previdência privada, de caráter complementar, determinando sua regulamentação por lei complementar. Segundo, a LC 109/2001 é a norma que regulamenta a previdência privada no país e, conforme já dito ao longo desse trabalho, não dispôs sobre prazo para o exercício do direito do resgate das contribuições.

Por esse motivo, uma hipótese jurídica sustentável seria a de seguir a regra geral estabelecida no Código Civil para prescrição e decadência. Não obstante, fixar um prazo para resgatar contribuições aportadas àquele que rompeu o vínculo empregatício com a patrocinadora ou cancelou a cobertura contratada parece não se coadunar com o caráter previdenciário da EFPP.

A noção transmitida pelo conceito de previdência complementar a qualquer participante é aquela de que se cuida da formação de reserva para gozo no futuro, em forma de benefício. Nesse sentido, a doutrina de Daniel Pulino¹¹ é firme ao ponderar que, dentre os pilares do regime de previdência complementar, estão (i) a constituição de reservas e (ii) a capitalização dos recursos:

Nesse sentido então é que a Constituição Federal, levando em conta a natureza privada que marca o setor, estabeleceu que o regime de previdência complementar há de ser “baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”, com o que induz fortemente a capitalização como regime financeiro de sustentação do sistema privado, ao menos primordialmente.

(...)

No regime de capitalização, os próprios contribuintes geram, na atividade, o montante necessário para financiar as prestações em sua inatividade (não havendo aqui o conhecido “pacto de gerações”, que é inerente ao sistema público, baseado na repartição simples e fundado na solidariedade de toda a sociedade).

A capitalização impõe, portanto, duas fases bastante distintas no sistema: uma de acumulação (período contributivo) e outra de fruição (período concessivo). Nesse regime, quando se inicia a fase de

concessão (ou seja, antes de se começar a série de pagamentos das parcelas previstas a título de benefício), a reserva deverá estar constituída, daí porque tal regime é também chamado de “regime de pré-pagamento” ou “pré-financiamento”.

O funcionamento de um plano de benefícios patrocinado ocorre geralmente da seguinte maneira: mensalmente, o participante tem descontado de seu salário o valor da contribuição ordinária que será vertida à sua reserva matemática. Por sua vez, o participante de plano instituído também sofre a incidência de mensalidade. Nesse caso, não há desconto em folha de pagamento (porque sua relação com o instituidor não é de emprego, mas, sim, associativa), mas há o compromisso de o participante efetuar aporte mensal. Algumas EFPP¹² instituídas recebem referida contribuição por meio de débito automático em conta corrente do participante.

Ou seja, periodicamente, parte das receitas dos participantes é capitalizada e destinada à formação dessa reserva. Portanto, a dificuldade reside em sustentar que um participante que rompa o vínculo com a EFPP (sejam por rompimento do vínculo empregatício com a patrocinadora, seja, ainda, em função de inadimplemento de contribuições ou cancelamento de inscrição, no caso de planos instituídos) tem um determinado lapso temporal para reclamar o resgate das contribuições que destinou a sua reserva matemática.

É que se encontra muito arraigada a ideia de que referidas contribuições assumem o verdadeiro caráter de poupança. Esse enraizamento é reconhecido no seio da doutrina especializada em previdência complementar. Fábio Berbel¹³ aborda a dificuldade de se delimitar a natureza jurídica da EFPP e ao fazê-lo menciona ter encontrado afinidade entre o plano de previdência privada e a poupança:

O sistema jurídico omite-se quanto à natureza e à personalidade jurídica do plano de previdência privada. Essa negligência caracterizou a forma de apreensão; iniciei a definição a partir da comparação entre os aspectos ontológicos e estruturais do plano de previdência privada e

fenômenos afins. O plano foi comparado em face do condomínio, do seguro, da poupança e da sociedade; apreendi-o, também, por meio do trust e do patrimônio de afetação.

Por sua vez, Flávio Martins¹⁴ também registra o inegável fato de que a previdência complementar gera poupança ao participante:

A previdência complementar significa expressivo avanço nas relações de trabalho, sendo, por regra, a base sobre a qual se sustenta a previdência dos países desenvolvidos. Esta forma especial de garantia social otimiza as relações laborativas, atrai e preserva trabalhadores no quadro funcional do empregador, desperta o sentimento de solidariedade no grupo envolvido, gera poupança e segurança futura, acabando por responsabilizar os interessados na gestão das reservas garantidoras de seus benefícios previdenciários.

O participante de um plano de benefícios de previdência complementar não pode ser impedido de resgatar as contribuições vertidas para o plano de benefícios, depois de rompido o vínculo empregatício com a patrocinadora ou de cancelada a inscrição a um plano instituído, já que no seio da proteção social conferida ao participante não se pode admitir atos expropriatórios sem qualquer contrapartida e em prejuízo ao participante.

Portanto, o rompimento de vínculo com a EFPP deveria fazer com que os recursos passíveis de resgate e não procurados fossem reservados em uma conta poupança, aguardando a reclamação do participante ou de eventuais herdeiros. Essa alternativa, a um só tempo, preservaria o patrimônio do participante e, por outro lado, evitaria distorções nos cálculos atuariais do plano de benefícios, uma vez que permitiria com que os estudos atuariais não contemplassem nem essa reserva matemática e nem o seu proprietário, para fins de realização dos devidos cálculos.

Portanto, soa razoável afastar prazos prescricionais ou decadências que

incidam sobre o direito ao resgate das contribuições aportadas ao plano de benefícios previdenciários, bem como que referidos recursos sejam transferidos do plano para uma conta poupança.

Wagner Balera, ao comentar o art. 75 da LC 109/2001, prescreve que “o direito aos benefícios é imprescritível, aplicando-se a prescrição parcial às prestações”. Ou seja, eleito para o gozo de benefícios, o participante poderia reclamá-lo a qualquer momento. Fazendo depois de 5 (cinco) anos, apenas as parcelas anteriores a esse lapso seriam indevidas. O direito de gozar do benefício, portanto, pode ser exercido a qualquer momento.

Esse é mais um motivo que reforça o fato de que o montante passível de resgate, em caso de rompimento de vínculo ou cancelamento de inscrição, deve ficar à disposição do participante – ainda que em poupança –, para pleiteá-lo no momento em que lhe for conveniente, caso não o faça tão logo o vínculo seja rompido ou o cancelamento seja efetivado.

Importante seria que os regulamentos dos planos de benefícios contemplassem essa hipótese, bem como a solução de se segregar o saldo em conta em uma poupança aberta em nome do participante.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o instituto do resgate de contribuições é tema de grande importância no campo da previdência complementar. Muito embora se trate de medida contrária aos anseios da previdência complementar – cujo ideal está calcado na constituição de reservas para garantir benefício futuro – a sua incidência deve ser observada com atenção, uma vez que envolve quantias poupadas ao longo do tempo pelo participante que, por algum motivo, deixou de continuar a verter contribuições ao seu plano de benefícios.

O rompimento do vínculo empregatício com a patrocinadora ou cancelamento da inscrição a um plano instituído faz nascer o direito de

o participante resgatar as contribuições vertidas para o plano de benefícios. O participante que deixa de exercer esse direito imediatamente após o rompimento do vínculo não deveria ter que se preocupar com prazos prescricionais ou decadências para resgatar as contribuições aportadas ao longo da relação previdenciária.

É razoável pensar que o direito ao resgate é imprescritível ou que não decaí. Considerando que a previdência complementar assume verdadeira feição de poupança, a reserva não resgatada com o rompimento do vínculo deveria ser depositada em conta poupança a fim de aguardar o levantamento pelo seu proprietário, em momento oportuno, sob pena de se expropriar valores do participante, aportados ao longo de sua vida laboral, em verdadeira afronta à proteção social constitucional que se espera da previdência privada.

BIBLIOGRAFIA

BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 8ª ed. São Paulo: Ltr, 2016.

_____, Wagner (coordenação). Comentários à Lei de Previdência Privada. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BERBEL. Fábio Lopes Vilela. Teoria Geral da Previdência Privada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 1º volume: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2007, 24ª ed., rev. e atual.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2017, 11ª edição.

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

RODRIGUES. Flavio Martins. Fundos de pensão de servidores públicos.

Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Notas:

1. Wagner Balera. Sistema de Seguridade Social. 8ª ed., São Paulo: Ltr, 2016, p. 135.

2. Flavio Martins Rodrigues. Fundos de pensão de servidores públicos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 123.

3. As funções regulatória e fiscalizatória da EFPP são exercidas, atual e respectivamente, pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC) e pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, ambos sob a estrutura hierárquica da Secretaria da Previdência, integrante da Pasta do Ministério da Fazenda.

4. Miguel Horvath Júnior. Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2017, 11ª edição. 194.

5. Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub. Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 137.

6. Op. cit., ps. 137/138.

7. Os incisos I e II do art. 31 da LC 109/2001 atribuem, respectivamente, a denominação de patrocinador à EFPP que é acessível aos empregados e servidores públicos e de instituidor à EFPP que é acessível a associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

8. <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-avalia-resgate-parcial-de-valor-poupado-em-fundo-de-pensao,184720e>, acessado em

agosto.2020.

9. Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, 1º volume: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2007, 24ª ed., rev. e atual., p. 384.

10. Regina Helena Costa, Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015, 5ª ed., rev., atual. e ampl., p. 294.

11. Daniel Pulino, Previdência Complementar: Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, ps. 289/290.

12. Vide, por exemplo, a forma de pagamento das contribuições da OABPREV São Paulo (<http://www.oabprev-sp.org.br/o-plano/> acessado em agosto.2020), obrigatoriamente por débito em conta. A OABPREV Paraná, por sua vez, também oferece o débito automático como opção ao participante (<http://www.oabprev-pr.org.br/debito-automatico.php>, acessado em agosto.2020).

13. Fábio Lopes Vilela Berbel. Teoria Geral da Previdência Privada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 17.

14. Op. cit., p. 125.

TECNOLOGIA SERÁ DETERMINANTE PARA A SOBREVIVÊNCIA DO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Por: Franco Mauro Russo Brugioni

A tecnologia se renova incessantemente a ponto de o Direito muitas vezes não conseguir acompanhar. As relações entre as pessoas tomam forma de maneiras tão dinâmicas que é até difícil que existam leis específicas para todas as situações que enfrentamos no dia a dia.

No campo da saúde suplementar não é diferente pois em tempos de economia estagnada e desemprego em alta, ainda se verifica no Brasil uma tendência de aumento no número de usuários que deixam a saúde suplementar. Daí a incessante busca pela fórmula perfeita: produtos que atraiam usuários para o sistema e, ao mesmo tempo, que tenham custos reduzidos para todos o sistema de uma ponta à outra.

E é justamente a tecnologia a principal aliada para que se consiga obter esta fórmula. Não são poucas as iniciativas já adotadas nesse sentido, especialmente em busca de nichos de mercado que acabaram ficando esquecidos.

Há clínicas populares, algumas até franquias, de consultas e exames médicos e odontológicos a ocupar espaço dentre aqueles que não podem ou não querem pagar plano de saúde mas ao mesmo tempo não querem se submeter ao sistema de saúde pública. Há planos de saúde destinados apenas a idosos. Há iniciativas visando a modificação da forma de pagamento a médicos e hospitais, aumentar percentuais de coparticipação do usuário, dentre outras.

Mas e a tecnologia? Não é novidade o surgimento cada vez maior de empresas visando ocupar espaços deixados no sistema de saúde suplementar, sempre visando um custo menor a todos os envolvidos

mediante otimização do uso do sistema.

Plataformas de compartilhamento dos dados médicos e do histórico médico do paciente disponíveis para todos os níveis do sistema, planos de saúde com consulta remota (telemedicina) e destinados exclusivamente a startups estão dentre as inovações. E tudo isto é possível, segundo consta, com redução de custos ao contratante e incremento dos valores pagos a médicos, clínicas, hospitais e laboratórios.

Este “milagre” é possível graças à otimização promovida pela gestão e uso de recursos tecnológicos desenvolvidos justamente para evitar os desperdícios advindos do uso inadequado do sistema de saúde suplementar por todos os seus atores.

O armazenamento e compartilhamento de dados, desde que devidamente autorizados é claro, evita, por exemplo, consultas e exames desnecessários e até permite, em muitos casos, consultas remotas sem a necessidade de comparecimento a consultórios e hospitais. A aceitação e utilização de receituário médico on line contribuirá para este cenário que é irreversível.

Esta simples modificação promovida pela utilização de recursos tecnológicos que por sua vez leva à racionalização do uso do sistema de saúde suplementar, certamente promove redução nos custos podendo baratear o custo para o usuário final. É claro que os cálculos de sinistralidade envolvem outros fatores, tais como coberturas não contratadas que são impostas pelo Poder Judiciário. Mas esta situação é uma realidade já ponderada na maioria dos casos.

O uso da telemedicina e da inteligência artificial é crescente ano a ano especialmente em países desenvolvidos como Inglaterra e Estados Unidos, onde já se utiliza até aparelhos domésticos específicos para monitoramento de doentes crônicos e idosos.

O fato é que a relação médico-paciente está mudando. Novos players

com estas vertentes de otimização pelo uso da tecnologia, atendimento a nichos de mercado específicos, dentre outras, promoverão competitividade ao setor, trazendo benefícios a todos os envolvidos no sistema de saúde suplementar que já entendeu que o uso de tecnologia será determinante para a sobrevivência do próprio sistema no Brasil. Aqueles que não se adequarem a esta realidade ficarão para trás e perderão mercado.

Aos operadores do direito e reguladores da área de saúde suplementar caberá o relevante, importante e determinante papel de discutir e efetivar a regulamentação dos avanços, sempre acompanhando a sua crescente velocidade, de modo a permitir a utilização na prática com total e desejável segurança jurídica.

Tal regulamentação deve ser muito bem feita e atualizada de tempos em tempos até para evitar que situações de pacientes sejam agravadas pelo uso de novas tecnologias, por exemplo, eventual diagnóstico equivocado realizado por meio de consulta remota.

A ausência da regulamentação adequada poderá fazer com que o fenômeno - de todo indesejado - de crescimento da judicialização da saúde atinja a utilização de novas tecnologias o que acabará com todo o esforço que é feito para tornar o sistema de saúde suplementar mais produtivo e atrativo.

Como será o amanhã do sistema de saúde suplementar com o implemento dessas novas tecnologias e das soluções que vêm aparecendo só o tempo nos dirá. Mas como ele o fará muito rapidamente, ações preventivas devem ser adotadas pelo setor desde já.

PREMISSAS ATUARIAIS EM FUNDOS DE PENSÃO: ASPECTOS CONCEITUAIS

**Por: Fabiana Lopes da Silva
e Betty Lilian Chan**

1. INTRODUÇÃO

A previdência surgiu com o objetivo de amenizar as adversidades inesperadas e promover a tranquilidade em um período em que a capacidade laborativa do indivíduo é reduzida (CHAN, SILVA e MARTINS, 2010).

A Constituição de 1988, em seu art. 194 estabeleceu o sistema de seguridade social como objetivo a ser alcançado pelo Estado. A seguridade social “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

O sistema previdenciário está dividido em três tipos de esquemas de pensões, sendo que dois deles são financiados com recursos públicos: o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), para os trabalhadores da iniciativa privada, e o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS). O terceiro é o Regime de Previdência Complementar, que possui caráter facultativo e é composto por Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC) e Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), também denominadas de fundos de pensão.

Nos últimos anos, o RGPS e o RPPS têm enfrentado problemas estruturais e conjunturais, conduzindo ao debate sobre a necessidade de reformas no sistema previdenciário brasileiro (SILVA, 2010).

Assim, foi promulgada em 12 de novembro de 2019, a Emenda Constitucional no. 103, introduzindo alterações significativas no sistema de previdência com a introdução de novas regras. A referida reforma, fez-se necessária em função da mudança do perfil demográfico da população brasileira, em decorrência da redução da taxa de fecundidade e aumento da expectativa de vida ao longo das últimas décadas. Carvalho e Garcia (2003) afirmam que do ponto de vista puramente demográfico, o processo, de envelhecimento da população brasileira se deu em razão do rápido e sustentado declínio da fecundidade.

Nesse contexto, a previdência complementar se destacou ao longo do tempo, frente à crise da Previdência Social, ganhando maior relevância socioeconômica, como uma alternativa de garantia de renda complementar aos indivíduos no período de aposentadoria. A regulamentação dos planos de previdência complementar também teve evolução significativa trazendo maior segurança e solvência ao sistema.

Conforme Raeffray (2020), a Emenda Constitucional nº 103/2019, “altera o regime de previdência complementar, tornando-o obrigatório para os servidores públicos dos entes federativos, possibilitando, ainda, que os planos de benefícios sejam administrados tanto por entidade fechada de previdência complementar – EFPC quanto por entidade aberta de previdência complementar – EAPC”.

Entretanto, ainda se faz necessária alterações na regulamentação da previdência complementar, a exemplo da Lei Complementar nº 108/2001, para que os entes federativos possam patrocinar planos em EAPC.

O custeio dos planos de benefícios corresponde ao conjunto de recursos necessários para o pagamento dos benefícios diferidos. De acordo com a Lei Complementar nº 109/2001, as EFPC atuam obrigatoriamente sob regime de capitalização para o financiamento dos benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e

continuadas (art. 18, § 1º da Lei Complementar nº109/2001).

Além disso, o plano de custeio deve ser calculado com periodicidade mínima anual e deve estabelecer o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas (art. 18, caput, da Lei Complementar nº109/2001).

A modelagem de planos de previdência complementar consiste na determinação do arranjo de fluxo de recursos necessários para fazer face aos compromissos futuros. Dada a natureza longínqua das obrigações futuras, é necessário fazer projeções, as quais requerem a adoção de premissas, tais como: taxa de mortalidade, taxa de desconto, taxa de crescimento salarial e fator de capacidade. Para os planos que envolvam mutualismo, a insuficiência de recursos para honrar os compromissos assumidos está diretamente ligada ao grau de aderência das premissas assumidas diante da realidade, sendo que elas representam um conjunto de estimativas que se espera realizar em um determinado período de tempo e com razoável grau de confiabilidade.

Mas, por se tratar de um evento futuro, incorpora um caráter incerto que está sujeito a desvios ao longo do tempo (CHAN, 2004).

Sobre a avaliação atuarial, o Guia de Melhores Práticas Atuariais para Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC (2012) dispõe que:

“64. A avaliação atuarial é feita com base em hipóteses atuariais adequadas às características do plano de benefícios, da sua massa de participantes, assistidos e beneficiários, ao ambiente econômico e à legislação vigente, bem como à atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

65. O procedimento de análise e seleção das hipóteses atuariais deve ocorrer na instituição ou alteração do plano de benefícios, nas avaliações atuariais anuais, ou na ocorrência de outro fato relevante. Por ocasião de cada avaliação o atuário deve certificar-se de que as

hipóteses selecionadas são adequadas ao plano.” (grifo nosso)

Nesse contexto, emerge a importância do equilíbrio atuarial e financeiro dos planos privados de benefícios de aposentadoria, o que implica na observância da aderência das premissas à realidade do plano.

Segundo PREVIC (2012) “as hipóteses atuariais constituem as bases técnicas da avaliação atuarial de um plano de benefícios, representando um conjunto de estimativas de natureza demográfica, biométrica, econômica e financeira que, durante o período futuro considerado na avaliação do plano, espera-se que se realizem com bom nível de segurança.”

Assim, o presente estudo abordará os aspectos conceituais relativo às premissas atuariais adotadas nos planos de benefícios previdenciários.

2. PREMISSAS ATUARIAIS

Ao estruturar um plano de benefício definido, o atuário busca determinar o valor das contribuições ao longo do tempo de maneira a assegurar os pagamentos de benefícios futuros. Entretanto, é necessário observar diversas questões, tais como, por exemplo: por quanto tempo o participante ou o assistido receberá o benefício? Qual será a rentabilidade dos investimentos? Quando se efetuará os pagamentos de benefícios? (CHAN, SILVA e MARTINS, 2010).

De acordo com Chan (2004, p. 82):

“As premissas atuariais correspondem a um conjunto de estimativas que se espera realizar em um determinado período e com razoável nível de segurança. Entretanto, por se tratar de um evento futuro, incorpora o caráter incerto, sendo, portanto, passível de variações e ajustes ao longo do tempo. Logo, sendo as premissas a base dos cálculos atuariais, nos quais está consubstanciada a estrutura do plano de benefício, pode-se dizer que a sua variabilidade está diretamente relacionada à solvência dos planos.”

Conforme o Pronunciamento Técnico CPC 33 (R1), no item 75 afirma que “As premissas atuariais devem ser imparciais (não enviesadas) e devem ser mutuamente compatíveis”. Além disso, “as premissas atuariais devem ser as melhores estimativas da entidade sobre as variáveis que determinarão o custo final de prover benefícios pós-emprego” (CPC 33, R1).

Sobre a escolha das premissas atuariais, Rodrigues (2008, p. 61) afirma:

“A discussão e escolha das premissas atuariais são uma tarefa que exige algo de arte da ciência atuarial: requer o afastamento do caminho preciso dos modelos matemáticos, trilhando-se pela natureza subjetiva das escolhas racionais. Premissas atuariais são elementos de cenários escolhidos para mensuração de encargos e receitas previdenciais segundo o modelo de avaliação atuarial adotado.”

De acordo com Shapiro apud Rodrigues (2008, p. 63), a escolha das premissas atuariais deve ser orientada pelos seguintes critérios:

A) *“Conservadorismo: Uma dada premissa é conservadora se tende a produzir ganhos atuariais no presente tempo, isto é, a Reserva Matemática nesse tempo se apresenta superavaliada.*

B) *Consistência Retrospectiva: Uma premissa é considerada consistente retrospectivamente se estiver relacionada à experiência do Plano. O importante é que as premissas atuais não sejam significativamente diferentes das premissas passadas.*

C) *Consistência Prospectiva: Uma premissa é consistente prospectivamente se estiver relacionada a expectativas futuras. Deve-se considerar o cenário de curto e longo prazos para a escolha de premissas como fator de capacidade ou taxa de crescimento salarial.*

D) *Prudência: O atuário deve ter conhecimento do que os outros Fundos de Pensão estão adotando como premissa para cálculo das*

reservas, para que haja uniformidade de informações.

E) Precisão: Uma premissa é precisa se a diferença entre a experiência real e o conceito adotado for minimizada. Na verdade, ela é julgada como tal somente após os fatos se tornarem realidade, como a escolha do fator de capacidade ou a taxa de juros em determinado ano.

F) Flexibilidade: Uma premissa é flexível se estiver dentro de um intervalo, de tal sorte que possa ser modificada. De fato, a flexibilidade está associada à tolerância em relação ao mundo real.”

Nesse contexto, destaca-se algumas regulamentações que tratam da referida matéria, como a Resolução CNPC nº 30, de 10 de outubro de 2018, que “Dispõe sobre as condições e os procedimentos a serem observados pelas entidades fechadas de previdência complementar na apuração do resultado, na destinação e utilização de superávit e no equacionamento de déficit dos planos de benefícios de caráter previdenciário que administram, bem como estabelece parâmetros técnico-atuariais para estruturação de plano de benefícios, e dá outras providências.”

A Instrução Normativa PREVIC nº 10, de 30 de novembro de 2018, “Regulamenta os critérios para definição da duração do passivo, da taxa de juros parâmetro e do ajuste de precificação, assim como estabelece orientações e procedimentos a serem adotados pelas entidades fechadas de previdência complementar para destinação e utilização de superávit e elaboração, aprovação e execução de planos de equacionamento de déficit, de que trata a Resolução CNPC nº 30, de 10 de outubro de 2018, e dá outras providências”.

A Portaria PREVIC nº 300, de 12 de abril de 2019, que “Divulga a Estrutura a Termo de Taxa de Juros Média, para o exercício de 2019, de que trata a Instrução Previc nº 10, de 30 de novembro de 2018”.

E a Portaria PREVIC nº 337, de 29 de abril de 2020, que “Altera o Anexo I da Portaria nº 292 de 08 de abril de 2020, que divulga a Estrutura a Termo de Taxa de Juros Média, para o exercício de 2020, de que trata a Instrução Previc nº 10, de 30 de novembro de 2018”.

A seguir, apresentam-se as classificações das hipóteses atuariais de acordo com a Resolução IBA 02/2016 (Pronunciamento Atuarial CPA 003 – Classificação de Hipóteses Atuariais).

BIOMÉTRICAS	DEMOGRÁFICAS	ECONÔMICAS	FINANCEIRAS
Tábuas de Entrada em Invalidez	Hipótese sobre composição de família de pensionistas	Taxa de Inflação	Taxa Real Anual de Juros
Tábua de Mortalidade de Inválidos	Hipótese de Entrada em Aposentadoria	Projeção de Crescimento Real de Salário	
Tábua de Mortalidade Geral	Hipótese sobre Geração Futura de Novos Entrados	Projeção de Crescimento Real do Maior Salário do Benefício do INSS	
Tábua de Sobrevivência	Hipótese de Desligamento	Indexador do Plano	
Tábua de Sobrevivência de Inválidos			
Tábua de Morbidez			

Fonte: Pronunciamento Atuarial CPA 003 – Classificação de Hipóteses Atuariais

PREMISSAS BIOMÉTRICAS

A premissa da mortalidade geral representa a influência da mortalidade dos participantes na formação dos custos dos planos previdenciários, e a tábua de mortalidade é o instrumento mais eficiente para essa aferição (RODRIGUES, 2008).

Segundo Vilanova (1969, p.16) “chamamos de tábua de mortalidade ou sobrevivência uma tabela que apresenta o número de pessoas vivas e

de pessoas mortas, em ordem crescente da idade, desde a origem até a extinção.”

Ou seja, a tábua de mortalidade é um instrumento utilizado para medir probabilidades de vida e de morte de uma população (CHAN, SILVA e MARTINS, 2010).

De acordo com o art. 13 da Instrução Previc nº10/2018, “para a tábua biométrica utilizada para projeção da longevidade não se admite, exceto para a condição de inválidos, tábua biométrica que gere provisões matemáticas inferiores às resultantes da aplicação da tábua "AT-83 Basic".

ABRAPP (2018) comenta que “o uso de tábua de Mortalidade Geral descasada do risco que procura expressar pode superestimar ou subestimar as provisões matemáticas e custos dos Planos de Benefícios, podendo gerar desequilíbrios estruturais de difícil cobertura ou solução.”

A premissa da mortalidade de inválidos busca expressar a mortalidade dos participantes inválidos no grupo de segurados (RODRIGUES, 2008).

A Tábua de Entrada em Invalidez é a hipótese utilizada para refletir a probabilidade de entrada em invalidez a cada ano do grupo de participantes (ABRAPP, 2018).

4. PREMISSAS DEMOGRÁFICAS

A premissa de composição familiar é utilizada quando o Plano de Benefício prevê pagamento de pensão porque é por meio dela que serão estimadas as obrigações com esse benefício e exige a máxima regularidade cadastral dos associados e de seus dependentes (ABRAPP, 2018).

Nesse ponto, vale destacar o mencionado no Guia PREVIC (2012):

“75. Em relação à hipótese de composição familiar, é importante observar possíveis divergências entre o grupo familiar considerado na avaliação atuarial e o grupo existente no momento do início do recebimento do benefício de pensão por morte. Em especial, deve ser analisado se o financiamento do plano de benefícios ao longo do tempo está sendo feito considerando-se apenas o grupo familiar existente, sem ter em conta possíveis alterações em sua composição, tais como nascimentos de filhos, separações, novos casamentos ou uniões do participante, bem como diferença de idade entre os cônjuges ou outras situações que possam vir a agravar os encargos referentes ao pagamento da pensão por morte, que impactem o resultado do plano.”

A premissa de rotatividade se refere à mobilidade ou turnover dos funcionários da patrocinadora que aderiram ao plano de benefícios (CHAN, SILVA e MARTINS, 2010).

O Guia PREVIC (2012) afirma que a hipótese atuarial de rotatividade deve estar relacionada a fatores específicos do patrocinador tais como política de recursos humanos, periculosidade, localização do emprego, entre outros, e baseada na experiência observada no plano.

5. PREMISSAS ECONÔMICAS

Nos planos que utilizam o salário como base de cálculo dos benefícios futuros é fundamental utilizar a hipótese de crescimento real de salários para a projeção durante o período laborativo do participante, de forma a permitir a correta mensuração dos compromissos do plano (GUIA PREVIC, 2012). A referida premissa representa a expectativa de taxa de crescimento acima da inflação.

A premissa do fator de capacidade é definida por Rodrigues (2008) como “A taxa de inflação, pela sua capacidade de deprimir ganhos salariais, serve de base para o cálculo do Fator de Capacidade Salarial.” Tal fator “objetiva avaliar a média real de salários e benefícios verificada entre duas datas-base para reajuste de salários e benefícios.”

Normalmente, os regulamentos dos planos de benefícios contemplam algum índice de atualização dos benefícios, como IGP-M, INPC, etc.

6. PREMISSAS FINANCEIRAS

A premissa de ganho real dos investimentos se refere à rentabilidade real mínima dos recursos aplicados, necessária para a cobertura dos compromissos do plano de benefícios.

Conforme o Actuarial Standard of Practice (ASOP) nº 27 (1996) a taxa estimada de ganho real dos investimentos é a mesma utilizada como taxa de desconto para determinar o valor presente das obrigações futuras.

O Art. 5 da Resolução CNPC nº 30/2018, estabelece que a taxa de juros real anual a ser utilizada como taxa de desconto corresponderá ao valor esperado da rentabilidade futura de seus investimentos:

Art. 5º A taxa de juros real anual a ser utilizada como taxa de desconto para apuração do valor presente dos fluxos de benefícios e contribuições de um plano de benefícios corresponderá ao valor esperado da rentabilidade futura de seus investimentos.

§ 1º Deverá ser demonstrada, em estudo técnico, a convergência das hipóteses de rentabilidade dos investimentos ao plano de custeio e ao fluxo futuro de receitas de contribuições e de pagamento de benefícios.

§ 2º A EFPC poderá adotar taxa de juros real anual limitada ao intervalo compreendido entre 70% (setenta por cento) da taxa de juros parâmetro e 0,4% (quatro décimos por cento) ao ano - a.a. acima da taxa de juros parâmetro.

§ 3º Caso a taxa de juros real correspondente ao ponto de dez anos da Estrutura a Termo de Taxa de Juros Média, seja inferior a 4% (quatro por cento) a.a., o limite superior do intervalo definido no

parágrafo anterior, será ampliado em 0,03% (três centésimos por cento) a.a. a cada decréscimo de 0,1% (um décimo por cento) a.a. naquela taxa.

§ 4º A EFPC deverá enviar estudo técnico específico para autorização pela Previc, caso pretenda adotar taxa de juros real anual que não esteja no intervalo estabelecido no § 2º, observado o disposto no § 3º.

Assim, pode-se adotar taxa de juros real anual limitada ao intervalo compreendido entre 70% (setenta por cento) da taxa de juros parâmetro e 0,4% (quatro décimos por cento) ao ano - a.a. acima da taxa de juros parâmetro.

A taxa de juros parâmetro é calculada de acordo com a Estrutura a Termo de Taxa de Juros Média, sendo atualizada anualmente. Os parâmetros mínimos e máximos são estabelecidos com base na duração do passivo de cada plano de benefícios (Portaria PREVIC nº 300/2019).

7. CONCLUSÃO

O referido estudo abordou aspectos conceituais sobre as premissas atuariais adotadas pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar à luz de levantamento de referencial bibliográfico e regulamentação vigente.

A aderência das premissas atuariais à realidade do plano é fundamental para a garantia do equilíbrio atuarial e financeiro do plano no longo, sendo necessária o seu acompanhamento ao longo do tempo.

REFERÊNCIAS

ABRAPP. (2018). Riscos Atuariais com Foco no Equilíbrio dos Planos de Benefícios. Disponível em:
<http://www.abrapp.org.br/Documentos%20Pblicos/guia%20de%20riscos%20atuariais.pdf>

CARVALHO, José Alberto Magno de; GARCIA, Ricardo Alexandrino. O envelhecimento da população brasileira: um enfoque demográfico. Cadernos de Saúde Pública, v. 19, n. 3, p. 725-733, 2003.

CHAN, Betty Lilian. Equilíbrio atuarial dos planos de benefício definido e evidenciação das entidades fechadas de previdência complementar: um estudo de caso. São Paulo: 2004. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

CHAN, Betty Lilian; Silva, Fabiana Lopes da; MARTINS, Gilberto de Andrade. Fundamentos Da Previdência Complementar: Da Atuária À Contabilidade. 2ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Comitê de Pronunciamentos Contábeis. (2012). Pronunciamento Técnico CPC 33 (R1) –Benefícios a Empregados. Disponível em: http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/350_CPC_33_R1_rev%2013.pdf

PREVIC. (2012) Guia de Melhores Práticas Atuariais para Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC. Disponível em: <http://www.previc.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/guias-de-melhores-praticas/melhores-praticas-atuariais.pdf/view>

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. A previdência complementar na reforma da Previdência Social Brasileira. In: BALERA, Wagner; RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de (coordenadores). Comentários à Reforma da Previdência. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RODRIGUES, José Angelo. Gestão de risco atuarial. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Fabiana Lopes da. Impacto do Risco de Longevidade em Planos de Previdência Complementar. São Paulo: 2010. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

VILANOVA. Wilson. Matemática Atuarial. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

O MODELO DO SUS COMPROVA QUE DEMOCRACIA COM PROTEÇÃO SOCIAL É POSSÍVEL

**Por: Ana Paula Oriola De Raeffray
e Pierre Moreau**

Enquanto escrevemos este texto em maio de 2020, a sociedade humana enfrenta uma pandemia de um vírus com considerável poder de letalidade, denominado “Covid-19”, para qual, ao menos neste momento, não existe tratamento, vacina e, pior, nem conhecimentos médicos suficientes para enfrentá-lo de maneira eficaz. Ele desenvolve nos seres humanos, em geral, uma síndrome respiratória grave, exigindo, que um considerável número de infectados tenha que ser atendido em Unidades de Terapia Intensiva – UTI, permanecendo nessa condição grave por vários dias, situação que coloca em xeque os sistema de saúde de quase todos os países do mundo.

Isso acontece, quando já se acreditava, como afirma Byung-Chu Han em a “Sociedade do Cansaço” que “cada época possuiu suas enfermidades fundamentais. Desse modo, temos uma época bacteriológica, que chegou ao seu fim com a descoberta dos antibióticos. Apesar do medo imenso que temos hoje de uma pandemia gripal, não vivemos numa época viral. Graças à técnica imunológica, já deixamos para trás essa época”. Descobre-se, todavia, repentinamente, que continuamos a viver em uma época viral, além da neuronal tão bem estudada por Byung-Chu Han.

Pode-se dizer que nos últimos tempos, os debates nas mais diversas nações giraram em torno dos efeitos sociais e econômicos da Revolução 4.0, da disrupção tecnológica e do temor do aprofundamento das desigualdades sociais que ela pode trazer, agravando a crise da própria democracia como ordem capaz de promover o bem-estar e a proteção social. Não foi preciso que a disrupção tecnológica chegasse ao seu

ápice para que a chaga da desigualdade assolando a democracia se mostre de forma nua e crua, basta uma pandemia gripal.

É nesse momento de crise aguda que se pode avaliar os caminhos que devem ser trilhados para a proteção social e quais os limites da participação do Estado nesse desenho protetivo. Quando em uma pandemia se coloca em xeque os sistemas de saúde de diversos países, se tem o pleno reconhecimento que a garantia da vida é papel do Estado em qualquer regime político, democrático ou não, bem como quais os melhores modelos para que ele exerça esse papel na proteção à saúde.

No Brasil o contágio por Covid-19 está em ritmo acelerado, com elevadíssimo número de mortes e, de fato, o sistema de saúde não estava preparado, situação também enfrentada pelo resto do mundo. No entanto, o SUS – Sistema Único de Saúde, ainda se mostra como um modelo essencial na proteção à saúde, pois ele ao mesmo tempo que prestigia a democracia atendendo à todos sem distinção, traz em seu bojo mecanismo de divisão de competências entre os entes federativos que se bem estabelecido o faria imbatível na proteção da sociedade.

A conquista do SUS é um direito que a sociedade brasileira não deveria permitir jamais que lhe fosse retirado, pois é um modelo que protege a todos, o que é de extrema importância em momentos de crises sociais e econômicas. A grande questão que a pandemia nos coloca é de como proteger aquele grupo de pessoas, por exemplo, que está desempregada ou que pertence ao mercado informal de trabalho ou, ainda, que exerce trabalho autônomo. A grande conquista está justamente nesse ponto, todos podem receber proteção à saúde, independentemente de sua condição social.

No início dos anos 80, o modelo de assistência pública à saúde vigente desde a década de 70 era prestada pela previdência social alcançado apenas aquelas pessoas possuíam vínculo formal de trabalho e, que por esta razão, podiam se filiar à previdência social. Este modelo já estava

em patente declínio, razão pela qual, em 1981, foi constituído o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária – CONASP, composto por profissionais da medicina, representantes de vários ministérios, trabalhadores, sindicatos e empresas médicas, com o objetivo de reorganizar a assistência médica nacional, fundamental para a abertura democrática nesse segmento.

Uma das medidas adotadas pela ação do CONASP, foi a criação do Programa de Ações Integradas da Saúde (AIS), viabilizando a articulação entre o então INAMPS e o Ministério da Saúde e as Secretarias Estaduais de Saúde, de modo a formar uma rede pública unificada. Na Nova República, a visão para o setor de saúde era a de ampla descentralização das ações, com a transformação das AIS no Sistema Único Descentralizado de Saúde – SUDS. O objetivo era fortalecer o setor público e enfraquecer o segmento privado contratado pelo INAMPS, melhorando o segmento privado filantrópico. O objetivo do SUDS era a universalização do acesso a cuidados de saúde, bem como, ao mesmo tempo, racionalizar custos e o uso de recursos através da unificação dos serviços de saúde dos subsetores previdenciário e de saúde pública.

Para o desenvolvimento desse modelo, foi de suma importância a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, cujo Relatório Final foi tomado como base pelos constituintes para elaboração do modelo finalmente estampando na Constituição Federal de 1988, retomando-se a visão democrática da saúde, que não se encaixa na mera ausência de doença, mas sim no bem-estar físico, mental e social. A institucionalização do direito à saúde, sepulta o modelo excludente do seguro social, até então adotado pela previdência social. Na verdade a chamada “Reforma Sanitária” iniciou a reconstrução da relação Estado-sociedade.

A universalidade foi selada na Constituição Federal de 1988 no “Art.196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença

e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” e pavimentado um caminho para a sua concretização por meio do SUS, cujo funcionamento está detalhado na Lei Orgânica da Saúde - Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.

O SUS está definido no artigo 4º, caput, da Lei nº 8.080 de 1990 como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por seus órgãos e instituições públicas, federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público, podendo a iniciativa privada atuar em caráter supletivo”. Assim, o SUS nasce da necessidade de reformulação do segmento de saúde, na tentativa de conciliar a ampliação de cobertura e a contenção de cobertura e das despesas. As demandas cresceram em decorrência do modelo de universalização da saúde, bem como da exigência deste modelo na diversificação da cobertura.

Estruturalmente, o SUS está organizado em uma rede regionalizada e hierarquizada, ou seja, em espaços populacionais preestabelecidos e segundo um critério de complexidade tecnológica. Em outras palavras, o SUS está fundamentado em princípios de descentralização, participação da comunidade, priorização das atividades preventivas, direção única em cada esfera de governo e atendimento integral.

Passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, não há dúvida de que o SUS é um sistema abrangente, oferecendo cobertura a uma população de mais de 200 milhões de habitantes, desde o atendimento primário aos de alta complexidade, com o fornecimento de medicamentos e de vacinas gratuitamente, realizando pesquisas na área epidemiológica, além de realizar a vigilância sanitária. Além da universalidade da cobertura, com o oferecimento de atendimento integral, o SUS possui gestão descentralizada, com a participação social. É um modelo pleno de proteção social.

Desde a Constituição Federal de 1988, é fato, que a questão do

financiamento do SUS nunca foi totalmente superada, pois o modelo para se sustentar de maneira eficiente precisa de perenes fontes de custeio, as quais nem sempre são priorizadas pelos entes federativos. Mas, neste momento de intensa crise, não deveria haver nenhuma dúvida no seio da sociedade de que o SUS é uma conquista que deve ser intensamente preservada, porque, ao fim e ao cabo, é ele que está servindo como pilar principal no atendimento durante a pandemia. Sem ele o Brasil estaria muito pior para enfrentar uma situação tão crítica como esta que se está vivendo.

Parece claro que o Sistema Único de Saúde não estaria tão sobrecarregado se houvesse, por exemplo, saneamento básico nas cidades, controle ambiental, políticas saudáveis, educação para a saúde, entre outras medidas de sustentabilidade social. A atenção curativa não seria, assim, a meta principal de um modelo jurídico que não foi engendrado para esse fim.

O direito à saúde é coletivo e é deste modo que deve ser observado. Pode-se dizer que não existe um quinhão de saúde para cada indivíduo, existe sim, o uso coletivo de um sistema que é construído e se desenvolve com o esforço de todos, dentro do conceito de comunidade. No seio da comunidade brasileira a defesa do SUS é um dever a ser exercido constantemente.

LGPD – ALGUNS COMENTÁRIOS E APONTAMENTOS A NOVA LEI

Por: Magali Zeller

LGP – Lei Geral da Proteção de Dados entrará em vigor em 16 de agosto de 2020, **porém em 29/04/2020, o Presidente da República assinou a MP nº 959/2020 que, entre outras coisas, trata da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). De acordo com o texto da medida provisória, o início da vigência das normas fica adiado até maio de 2021, com isso, a definição original que previa o início de vigência da norma para agosto de 2020 foi mantida, mas, por outro lado, a aplicação das penalizações estipuladas ao não cumprimento das novas regras foi prorrogada para agosto de 2021.**

Alguns comentários e apontamentos da nova Lei que merece atenção do indivíduo; que reforça a importância do consentimento e também a importância do indivíduo estar no comando de seus próprios dados.

O Objetivo da LGPD é de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo. A lei dispõe sobre o tratamento de dados feito por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado e engloba um amplo conjunto de operações efetuadas em meios manuais ou digitais.

A sua aplicação é para dados relacionados à pessoa (brasileira ou não) que esteja no Brasil, no momento da coleta; dados tratados dentro do território nacional, independentemente do meio aplicado, do país-sede do operador ou do país onde se localizam os dados; dados usados para fornecimento de bens ou serviços.

A fundamentação vem de encontro com o respeito à privacidade, ao assegurar os direitos fundamentais de inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem e da vida privada; a autodeterminação informativa,

ao expressar o direito do cidadão ao controle, e assim, à proteção de seus dados pessoais e íntimos; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, que são direitos previstos na Constituição brasileira; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a partir da criação de um cenário de segurança jurídica em todo o país; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, por meio de regras claras e válidas para todo o setor privado; os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas

A base da LGPD é o consentimento(*), é necessário solicitar a autorização do titular dos dados, antes do tratamento ser realizado, este consentimento deve ser recebido de forma explícita e inequívoca. O não consentimento é a exceção: só é possível processar dados, sem autorização do cidadão, quando isso for indispensável para cumprir situações legais, previstas na LGPD e/ou em legislações anteriores, como a Lei de Acesso à Informação. Em complemento para o entendimento, uma organização - pública ou privada - pode, sem precisar pedir novo consentimento, tratar dados tornados anterior e manifestamente públicos pelo cidadão.

() Em 2018, todas as pessoas que possuíam contas em diversos serviços, empresas e plataformas receberam uma notificação solicitando o consentimento com a entrada em vigor da GDPR, isso aconteceu porque as empresas estavam adequando suas políticas de privacidade à nova legislação europeia, sendo necessário renovar o consentimento dos usuários em relação aos novos dispositivos legais. O consentimento é uma das formas mais visíveis para as empresas poderem tratar dados. Ele funciona como a autorização, por parte da pessoa física, para que a empresa faça o tratamento daquela informação.*

A LGPD fala em 10 formas que autorizam legalmente o tratamento dos dados. Mas o consentimento é, apenas, uma delas. Os princípios do efetivo tratamento, deve considerar de forma clara: finalidade –

adequação – necessidade – acesso livre – qualidade dos dados –
transparência – segurança, prevenção – não discriminação
responsabilização.

E ainda é necessário, esclarecer quais são os dados sensíveis, de acordo com a LGPD.

De acordo com a LGPD, todo dado pessoal*, que são informações relacionadas à pessoa física identificada ou identificável, só pode ser tratado se seguir um ou mais critérios definidos pela lei, mas, dentro do conjunto de dados pessoais, há ainda aqueles que exigem um pouco mais de atenção:

- São os sobre crianças e adolescentes;
 - Quando o foco for menor de idade, é necessário obter o consentimento inequívoco de um dos pais ou responsáveis e se ater a pedir apenas o conteúdo estritamente necessário para a atividade econômica ou governamental em questão, e não repassar nada a terceiros. Sem o consentimento, só pode coletar dados se for para urgências relacionadas a entrar em contato com pais ou responsáveis e/ou para proteção da criança e do adolescente.
- E os “sensíveis”, que são os que revelam origem racial ou étnica, convicções religiosas ou filosóficas, opiniões políticas, filiação sindical, questões genéticas, biométricas e sobre a saúde ou a vida sexual de uma pessoa.
 - Observar os dados sensíveis, autônomos, empresas e governo também podem tratá-los desde que tenham o consentimento explícito do indivíduo e para um fim definido. E, sem consentimento do titular, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais define que isso é possível quando for indispensável em situações ligadas: a uma obrigação legal; a políticas públicas; a estudos via órgão de pesquisa; a um direito, em contrato ou processo; à preservação da vida e da integridade física de uma pessoa; à tutela de procedimentos feitos por profissionais das áreas

da saúde ou sanitária; à prevenção de fraudes contra o titular.

(*) Dado Pessoal, são informações como nome, endereço, RG, CPF, Numero de Telefone, IP e etc.

No último dia 06/11 em evento da ANSP (Academia Nacional de Seguros e Previdência) - Café com Seguros, com o tema Atuária e Inovação, a palestrante Ana Paula Raeffray, Diretora e Membro do Conselho Deliberativo do IPCOM, que “A proteção da privacidade é inerente ao ser humano, por isso ele teria que ter consciência de que ele é titular de dados pessoais e que tem o dever protegê-los, como sua propriedade personalíssima. As normas servem justamente para ampara-lo nessa proteção.”

Para ajudar as empresas que querem se adequar à quando a LGPD entra em vigor, AT Service que desenvolveu curso com duração de 6 (seis) horas, que engloba todos os principais pontos da LGPD., entre em contato consultoria@atservice.com.br

O EMPRÉSTIMO CONSIGNADO OFERTADO PELAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR AOS SEUS PARTICIPANTES

Por: Elenice Pedroza¹ e Eduardo Henrique Lamers²

1. INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, atual diploma legal regente do sistema de previdência complementar pátrio, excepciona da competência do Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC a regulação sobre a aplicação dos recursos garantidores das entidades de previdência complementar, atribuindo ao Conselho Monetário Nacional esta função.

Nesse passo, a Resolução nº 4.661, de 25 de maio de 2018, do Conselho Monetário Nacional - CMN, dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar e define, entre outras questões, sobre os segmentos de aplicação a serem observados e as regras quantitativas e qualitativas a serem observadas. Dentre esses segmentos encontram-se as operações com os participantes e assistidos, subdividida em empréstimos pessoais e financiamentos imobiliários, feitos viabilizados com recursos dos planos de benefícios aos participantes e assistidos.

Em época de crises, como, exemplificativamente, a decorrente da pandemia do COVID-19, devido à grande instabilidade dos mercados financeiros e os impactos econômicos com a queda da renda da população em geral, as operações das entidades fechadas de previdência complementar com seus participantes e assistidos ganham destaque em termos de rentabilidade no portfólio de investimentos dos fundos de pensão, bem como ferramenta de fomento e retenção de participantes.

Destarte, este artigo tem o objetivo analisar os empréstimos pessoais ,

demonstrando características, as vantagens dos créditos oferecidos pelos fundos de pensões sobre os obtidos no mercado financeiro; e, apontar os aspectos relevantes para mitigação de riscos dessas operações, considerando que aos administradores estas são enquadradas como um segmento de aplicação, devendo obedecer as diretrizes prudenciais fixadas pelo órgão regulador, sob pena de aplicação do competente Regime Sancionador.

Para isso, primeiramente procuramos demonstrar que a finalidade do sistema de previdência complementar é administrar recursos de seus participantes e aplicá-los em ativos diversos, de maneira a formar um patrimônio previdenciário, para pagamento dos benefícios contratados.

Em seguida, discorreremos sobre a regulação dos investimentos das entidades fechadas de previdência complementar pelo Conselho Monetário Nacional. Por fim, abordaremos as principais nuances ligadas às operações com participantes, com destaque às diretrizes prudenciais, limites a serem observados e garantias contratuais de constituição obrigatória, posto que a atividade de gestão de aplicação de recursos garantidores é voltada essencialmente à aplicação de recursos de terceiros, com o objetivo de propiciar o pagamento de benefícios previdenciários em razão da inatividade ou na ocorrência de contingências sociais, como a invalidez ou morte.

2. O CONCEITO E A FINALIDADE DO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO BRASIL

O sistema de previdência complementar brasileiro coexiste com os sistemas públicos de previdência social (RGPS e RPPS).

Os sistemas públicos e obrigatórios adotam, como regra, o modelo financeiro de repartição e têm o objetivo, segundo os princípios constitucionais de bem-estar e justiça sociais, de prover meios indispensáveis e suficientes para manutenção digna de seus segurados e dependentes, de acordo com a justiça. Isto é, a previdência social, por imperativos constitucionais, deve oferecer uma proteção social que

corresponda especificamente à contingência social em que se encontra o segurado.

Mas, esse seu propósito constitucional não quer dizer que os sistemas públicos e obrigatórios deverão garantir ao segurado a mesma renda que este recebia enquanto estava na ativa, o que se mostra cada vez mais distante ao considerar que o achatamento da base da pirâmides etárias demonstra a fragilidade do pacto intergeracional como meio sustentável de financiamento a longo prazo.

E, para permitir que o trabalhador mantenha o mais próximo possível o mesmo valor que recebia enquanto estava em atividade e complementar o valor dos benefícios recebidos pelos regimes públicos e obrigatórios, é facultado a este trabalhador inscrever-se no regime de previdência complementar, mediante a adesão a planos patrocinados ou instituídos.

O Regime de Previdência Complementar encontra sua base de sustentação no art. 202 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, 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. (...)

Do referido artigo extrai-se que o regime de previdência privada tem como objeto exclusivo a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, capitalizando as contribuições vertidas, mediante alocação nos segmentos de aplicação permitidos, de forma a proporcionar um rendimento suficiente para o pagamento dos benefícios contratados. Isto é, a previdência complementar é um sistema que concentra recursos de seus participantes e os aplica em ativos diversos, de maneira a formar um patrimônio previdenciário, denominado recursos garantidores, que será utilizado para pagar

benefícios previdenciários aos participantes e seus beneficiários.

3. DA REGULAÇÃO DOS INVESTIMENTOS DAS EFPC PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL

Para cumprir a atividade fim das entidades fechadas de previdência complementar (administrar e executar planos de previdência complementar), com o pagamento dos benefícios previdenciários, é de suma importância a atividade meio dessas entidades, a aplicação dos recursos garantidores³.

Segundo ensina Wagner Balera⁴, o termo aplicação, utilizado pela lei corresponde à “aplicação financeira desses recursos, isto é, da realização de investimentos nos mercados financeiros e de capitais, segundo os critérios fixados pelo órgão regulador destes mercados, o CMN.”

Assim, em virtude da aplicação dos recursos das EFPC envolver investimentos no mercado financeiro e mobiliário, a LC nº 109/2001 determinou ao Conselho Monetário Nacional a competência legal para estabelecer diretrizes para a aplicação dos recursos dos planos de benefícios operados pelos fundos de pensão⁵, mediante as resoluções, as quais explicitam parâmetros técnicos mínimos sobre o tema e possuem caráter normativo cogente.

No exercício de sua competência, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução CMN nº 4.661/2018, a qual estatuiu que as entidades fechadas de previdência complementar devem, na aplicação dos recursos correspondentes às reservas técnicas, provisões e fundos dos planos que administram, observar as diretrizes prudenciais que buscam nortear o sistema de investimentos das entidades fechadas de previdência complementar, a fim de garantir que os recursos por elas geridos possam ser aplicados nos segmentos de renda fixa, renda variável, investimentos estruturados e no exterior, imóveis e operações com participantes⁶, impondo limites máximos de aplicação em cada modalidade.

Dentro do segmento operações com participantes encontram-se com permissivo para implantação pelas entidades fechadas de previdência complementar os empréstimos pessoais e os financiamentos imobiliários, feitos com recursos do plano de benefícios aos participantes e assistidos. Registra-se que os empréstimos pessoais têm como obrigatoriedade a existência de uma cláusula de consignação da reserva de poupança, enquanto os financiamentos imobiliários exigem alienação fiduciária do imóvel objeto do financiamento, além da contratação de seguro destinado à cobertura dos eventos ligados ao mutuário de morte e invalidez permanente, e, com ligação ao imóvel, para cobertura de danos físicos ao imóvel.

4. EMPRÉSTIMO PESSOAL

O empréstimo pessoal, foco deste estudo, é uma espécie de crédito que é fornecido por instituições financeiras, autorizadas a fornecê-lo.

A maioria das pessoas utiliza esse tipo de serviço para alguma emergência, ou para obtenção de crédito de forma célere para antecipação de dívidas, viajar, pagar algum tipo de tratamento, estudos e também para abrir algum tipo de negócio. O cálculo de juros para empréstimos pessoais é feito dependendo do valor que o interessado precisa da instituição financeira, o tempo em que deseja pagar pelo empréstimo e também a instituição financeira em que vai ser realizado o empréstimo pessoal.

Vejamos, então, qual o regramento aplicável ao empréstimo pessoal dentro do sistema de previdência complementar, especialmente nas entidades fechadas de previdência complementar segundo a legislação vigente, verbis:

“Art. 20. Os investimentos dos recursos dos planos administrados pela EFPC devem ser classificados nos seguintes segmentos de aplicação: V - operações com participantes; e”

“Art. 25. A EFPC deve observar, em relação aos recursos

garantidores de cada plano, o limite de até 15% (quinze por cento) no segmento de operações com participantes no conjunto de:

I - empréstimos pessoais concedidos com recursos do plano de benefícios aos seus participantes e assistidos; e”

“§ 1o Os contratos das operações a que se refere o inciso I do caput devem conter cláusula de consignação em pagamento da reserva até o valor estipulado para o instituto do resgate. (...)

§ 4o Os encargos financeiros das operações com participantes devem ser superiores à taxa mínima atuarial, para planos constituídos na modalidade de benefício definido, ou ao índice de referência estabelecido na política de investimentos, para planos constituídos em outras modalidades, acrescidos de taxa referente à administração das operações e de taxa adicional de risco.”

Pelo acima exposto, observa-se que a Resolução CMN no 4.661/2018 possibilita expressamente que as entidades fechadas de previdência complementar concedam empréstimos pessoais a seus participantes e assistidos.

Na sequência, o §1º determina expressamente que o contrato do empréstimo pessoal devem conter “cláusula de consignação em pagamento da reserva até o valor estipulado para o instituto do resgate”. Essa cláusula, além de obrigatória segundo a legislação, é essencial para a execução da garantia: a reserva previdenciária resgatável. Essa garantia resguarda a finalidade previdenciária, tanto para o montante total dos recursos garantidores do plano de benefícios, mediante a mitigação mais efetiva do risco de crédito, como também para as reservas individuais objeto de consignação, visto que a manutenção da inadimplência poderia gerar uma corrosão ainda maior das reservas individuais a médio e longo prazos. Nos planos patrocinados, a execução dessa cláusula fica vinculada ao encerramento do vínculo empregatício com o patrocinador e a execução pode ocorrer na opção por qualquer dos institutos. Já nos

planos instituídos, sugere-se, para cálculo do limite de empréstimo, a consideração de um percentual do saldo resgatável. Assim, mesmo que com eventual impacto negativo de cotas, o valor da operação estará coberto. Ademais, a execução dessa garantia independe da opção do participante, em planos instituídos, por qualquer instituto, podendo ocorrer mesmo com o status de ativo ou suspenso.

Por sua vez, o § 4º refere-se aos encargos financeiros mínimos das operações com participantes, os quais podem ser calculados em conjunto, mas devem observar os seguintes requisitos:

- contemplar os custos administrativos da EFPC com o oferecimento do empréstimo;
- contemplar os custos decorrentes do risco de não pagamento do empréstimo; e
- serem, em seu conjunto, superiores à taxa mínima atuarial ou ao índice de referência, a depender da modalidade de plano.

Recomenda-se também a previsão de vencimento antecipado da dívida, na hipótese de inadimplência de um número “x” de parcelas. Recomenda-se, ainda, que os contratos de empréstimos prevejam o vencimento antecipado da dívida. Sim. Porque, vencida a dívida poderá a EFPC, após esgotadas as medidas administrativas imprescindíveis (envio de e-mails, notificações etc), descontar do saldo previdenciário do participante o valor da dívida e, havendo eventual saldo remanescente, adotar as medidas judiciais competentes para recuperação dos valores.

4.1 Da sujeição dos empréstimos pessoais concedidos pelas EFPC à Lei nº 10.820/2003

A Lei nº 10.820, de 17 de dezembro, 2003, trata sobre a autorização de desconto de prestação em folha de pagamento de empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo a necessidade

de autorização e os limites de consignação que devem ser observados.

Para o âmbito do presente estudo, relevante assinalar que a existência da limitação legal de 30% (trinta por cento) para operações de natureza de crédito, dentre as quais está enquadrada a realização de empréstimos pessoais pelas entidades fechadas de previdência complementar.

Uma leitura desatenta da legislação pode levar à prematura conclusão da inaplicabilidade deste diploma legal às operações celebradas pelas entidades fechadas de previdência complementar, considerando que o artigo 1º, da Lei nº 10.820/2003, assim dispõe:

“Art. 1o Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos.”

Assim, sendo a legislação aplicável a instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, não estariam incluídas as entidades fechadas de previdência complementar no âmbito de aplicação.

Porém, relevante notar a previsão contida no artigo 6º-A da mesma lei, que insere de forma explícita as entidades fechadas de previdência para efeitos de aplicação das regras dispostas nos artigos 1º e 6º:

“Art. 6º-A Equiparam-se, para os fins do disposto nos arts. 1º e 6º, às operações neles referidas as que são realizadas com entidades abertas ou fechadas de previdência complementar pelos respectivos participantes ou assistidos.”

Posto isto, para a estruturação de uma carteira de operações com participantes pelas entidades fechadas de previdência complementar, notadamente aquelas que administram planos de natureza patrocinada, relevante considerar as regras e limitações impostas pela Lei nº 10.820/2003.

4.2 Impenhorabilidade da Reserva Previdenciária x Consignação como Garantia das Operações com Participantes

Outro aspecto importante que se deve observar na análise das operações de empréstimos analisado diz respeito a impossibilidade da realização de constrição judicial sobre os recursos que garantem o pagamento dos benefícios de previdência complementar.

O artigo 833, IV e VI do Código de Processo estabelece a impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, enfim de prestações de natureza previdenciária e do seguro de vida, verbis:

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

(...)

VI - o seguro de vida;

(...)

O artigo 794 do Código Civil brasileiro ao disciplinar o seguro de pessoas (aplicável subsidiariamente à previdência complementar), assim dispõe:

Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso

de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

Sobre esse assunto, Allan Luiz Oliveira Barros faz a seguinte observação “(...) a extensão da impenhorabilidade alcança tanto os recursos financeiros na fase de acumulação das reservas, quanto na fase de percepção dos benefícios previdenciários. Aceitar a proteção jurídica somente dos benefícios (prestações) seria um contrassenso e demandaria contra a lógica dos sistemas previdenciários, considerando que os recursos financeiros poupados por longo período de tempo o são para garantir o pagamento da prestação previdenciária”.

Oportuno salientar que a legislação estabelece a impenhorabilidade dos planos de benefícios quando os valores poupados durante longo período a título de previdência complementar são destinados a garantir a manutenção da qualidade de vida do trabalhador, como forma de compensar economicamente a ocorrência do risco social a ele acometido. Isto é, se os recursos financeiros na fase de acumulação das reservas são destinados e têm a finalidade de pagamento de benefício previdenciário estas reservas são impenhoráveis. De outro lado, se os recursos financeiros acumulados tiverem a finalidade de investimento financeiro, forem resgatados ou dados como garantia de empréstimo a finalidade da reserva para pagamento de benefício não estará presente, perdendo, assim, a proteção da impenhorabilidade.

Nesse sentido é a jurisprudência dos tribunais, indicando a necessidade da análise casuística para decisão quanto ao caráter da impenhorabilidade:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. SALDO EM FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. BLOQUEIO DE VALORES APLICADOS EM PREVIDÊNCIA PRIVADA. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE. NATUREZA ALIMENTAR. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Consoante a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, cumpre ao magistrado aferir, por meio da análise do caso concreto, a viabilidade ou não da penhora dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar (EREsp n. 1.121.719/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 12/2/2014, DJe 4/4/2014).

2. A revisão das conclusões estaduais demandaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1579419/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/03/2020, DJe 06/04/2020)

No que toca ao presente estudo, relevante o debate sobre eventual conflito entre as disposições relativas à impenhorabilidade da reserva previdenciária, frente à constituição das reservas previdenciárias como garantia para eventual inadimplência de operação realizada no segmento de operações com participantes, que poderia levar a eventual inexecutabilidade e frustração da garantia, o que poderia levar ao aumento do risco de crédito do segmento.

Pronunciamentos judiciais quanto à questão acima suscitada ainda são numerosos no âmbito dos tribunais pátrios, porém a discussão é de inequívoco interesse, dado o aparente conflito de normas. Nos parece prudente e acertado atual posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo que atribui prevalência à cláusula de consignação da reserva para satisfação da dívida, validando a compensação como forma legítima de atuação da entidade fechada de previdência complementar:

“APELAÇÃO – PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR – Insurgência contra r. sentença que reconheceu a possibilidade de compensação de crédito oriundo de contrato de mútuo realizado com mesma entidade fechada. Desacolhimento. Partes que incontroversamente são devedoras e credoras entre si de quantia líquida e vencida. Entidade de

previdência complementar que é regulada pelo Conselho Monetário Nacional (art. 9º, Lei complementar 109/2001), o qual dispõe sobre as regras de resgate integral das contribuições (art. 14, Lei complementar 109/2001). Resolução do CMN que prevê a possibilidade de aplicação de recursos mediante mútuo aos assistidos e participantes, devendo ser celebrada cláusula de consignação de reserva de poupança, para satisfação do débito (art. 23, § 1º, da Res. 3.792/2009, com correspondência no artigo 25, § 1º, da Res. 4.661/2018). Compensação expressamente prevista no contrato de mútuo, sendo, portanto, legítima a conduta da apelada. Precedentes deste E. Tribunal. Sentença mantida. Recurso improvido.”

(TJSP; Apelação Cível 1016944-51.2018.8.26.0577; Relator (a): Fábio Podestá; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/11/2019; Data de Registro: 27/11/2019)

Isto porque, considerar a reserva previdenciária como impenhorável de forma absoluta em detrimento da cláusula de consignação de reserva pactuada entre participante e entidade fechada de previdência complementar, com base no permissivo contido na Resolução CMN nº 4.661/2018, vulneraria premissas de formação das reservas previdenciárias no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar, como o mutualismo na realização das aplicações financeiras, como vantagem aos participantes e assistidos na busca de melhores rentabilidades, bem como o necessário equilíbrio das reservas técnicas, cujo princípio decorre do próprio artigo 202, da Constituição Federal, e do artigo 18, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar nº 109/2001.

4.3 Da atuação dos administradores de forma prudente e conservadora: obrigação de adoção de medidas de cobrança administrativas e judiciais. A criação das entidades fechadas de previdência complementar tem como escopo principal a administração de recursos financeiros dos próprios participantes e assistidos, como a finalidade de pagamento de benefícios previdenciários.

É inerente à estruturação das entidades a necessária participação dos

participantes e assistidos na administração, por meio da eleição de conselheiros para formação dos Conselhos Deliberativo e Fiscal, os quais ficam investidos de diversas obrigações em relação à entidade, como a definição das diretrizes gerais de administração e de aplicação dos recursos garantidores.

Dentre as diversas obrigações decorrentes da aplicação dos recursos garantidores, está a observância de diretrizes prudenciais insculpidas no artigo 4º, da Resolução CMN nº 4.661/2018:

“Art. 4º Na aplicação dos recursos dos planos, a EFPC deve:

I - observar os princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez, adequação à natureza de suas obrigações e transparência;

II - exercer suas atividades com boa fé, lealdade e diligência;

III - zelar por elevados padrões éticos;

IV - adotar práticas que garantam o cumprimento do seu dever fiduciário em relação aos participantes dos planos de benefícios, considerando, inclusive, a política de investimentos estabelecida, observadas as modalidades, segmentos, limites e demais critérios e requisitos estabelecidos nesta Resolução; e

V - executar com diligência a seleção, o acompanhamento e a avaliação de prestadores de serviços relacionados à gestão de ativos.”
Com base na obrigação fiduciária em que estão investidos os administradores das entidades fechadas de previdência complementar e no que decorre da observância dos princípios acima indicados, compete aos administradores cumprir e fazer cumprir todas as ações e medidas necessárias à preservação da rentabilidade, solvência, segurança das aplicações. Especialmente quanto aos empréstimos pessoais, além da diligência necessária à construção da carteira de forma saudável, com a observância da constituição das garantias e o

necessário cumprimento da meta atuarial, relevante o destaque da obrigação imputada aos administradores para que pratiquem as efetivas medidas de cobrança extrajudiciais e judiciais, na hipótese de insuficiência de garantia para quitação dos saldos devedores.

A inércia ou omissão dos obrigados à adoção de tais medidas poderá, inclusive, gerar responsabilização pessoal daqueles, com base nas disposições contidas na Lei Complementar nº 109/2001, ao tratar do Regime Disciplinar.

Mencionamos como exemplo julgado proferido no âmbito da Câmara de Recursos da Previdência Complementar, onde a suposta atuação omissa de dirigentes redundou na prescrição ao direito de cobrança de saldos inadimplidos, gerando a responsabilização pelo cometimento do tipo infracional disposto no artigo 64, do Decreto nº 4.942/2003:

“Auto de Infração. Recurso Voluntário. Aplicar recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Prescrição de contratos de Empréstimo a Participantes. Atos omissivos. Falha de controle e monitoramento dos riscos.

Demonstração de Prejuízo. Nexo causal. Decisão mantida. Recurso de Ofício conhecido e improvido. 1. Prescrição afastada por ofício da fiscalização que caracterizou ato inequívoco que levou a apuração da omissão na inadimplência nos empréstimos a participantes. 2. Constitui irregularidade aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. 3. A ocorrência de atos omissivos, que resultaram na prescrição de contratos de empréstimo a participantes, apontou falhas no monitoramento de ativos com infração ao art. 9º da Resolução CMN nº 3.792/2009. 4. As omissões nos controles para mitigar a inadimplência dos empréstimos concedidos demonstraram também, a não adoção de práticas que garantissem o cumprimento do dever fiduciário dos responsáveis pela entidade (diretoria executiva), com infração ao art. 4º da Resolução CMN nº 3.792/2009. Recurso voluntário

conhecido e parcialmente provido. Recurso de Ofício conhecido e improvido.”

(CRPC – Processo nº 44150.000002/2016-26 – Cons. Rel. Jarbas Antônio de Biagi - Entidade Interessada: FUNCASAL – J. 25/04/2018.)

Portanto, a adoção de postura permissiva em relação à inadimplência de saldos, em homenagem à boa governança e no cumprimento dos princípios da prudência e do conservadorismo expressamente mencionados na Resolução CGPC nº 13/2004, deve ser severamente combatida, a fim de assegurar a observância das diretrizes no exercício da função meio atribuída aos administradores das entidades.

5. Conclusão

Em tempo de crise financeira, como a desencadeada pelo COVID-19 no ano de 2020, o estudo do empréstimo pessoal mostra-se relevante, pois poderá ser uma melhor alternativa ao resgate parcial ou total e evitar, assim, uma perda financeira maior ainda para o participante, sendo também instrumento de fomento para busca de novas adesões e ampliação da base de participantes do sistema.

Destarte, considerando um bom planejamento financeiro e tributário, contratar um empréstimo para quitação de dívidas ou obter um capital de giro e deixar os recursos aplicados por mais tempo, vez que a reserva previdenciária tem como destinado primeiro a manutenção de vida pós-laborativa digna e a capitalização dos recursos durante décadas ininterruptas é, de forma indubitável, um dos melhores meios de obtenção de recursos para tal fim.

Inclusive, os empréstimos ofertados pelas próprias entidades fechadas de previdência complementar apresentam-se como uma boa opção não somente para o participante, como também para a própria entidade fechada de previdência complementar, pois para os administradores das entidades este deve ser interpretado e gerido como um segmento de aplicação de recursos.

Para o participante, porque além de ser uma alternativa para “fugir” das desvantagens do resgate acima enumeradas, as condições para sua concessão são, em regra, bem mais favoráveis do que aquelas verificadas no sistema financeiro em geral, pois costumam envolver juros substancialmente menores; conceder prazo mais longo para a sua quitação e dispensa de outras garantias, como aval de terceiros.

E isso é possível exatamente pelo baixo risco de crédito envolvido na operação, seja em face do já mencionado desconto das prestações em folha de pagamento no caso dos planos de benefícios patrocinados, seja em face da garantia atribuída à operação do empréstimo em qualquer modalidade de plano de benefícios, qual seja, a consignação da reserva de poupança do participante, nos termos determinados pela Resolução CMN nº 4.661/2018.

De outro lado, o empréstimo é uma ótima alternativa de aplicação dos recursos garantidores para a EFPC, pois este investimento que pode envolver até 15% dos recursos de cada plano de benefícios previdenciários, poderá ser uma alternativa através do qual se poderá “garantir” uma rentabilidade igual ou superior à taxa mínima atuarial, em virtude do desafio cada vez maior de atingi-la, agravado ainda pela recente queda Taxa Básica de Juros (Selic) para o menor nível da história, a 2,00% (dois por cento) ao ano e a queda das bolsas de valores.

Notas

1. Elenice Hass de Oliveira Pedroza. Advogada. Master em Dirección y Gestión de Planes y Fondos de Pensiones pela OISS - Universidad de Alcalá. Vice-Presidente da Comissão Especial de Estudos de Previdência Complementar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil Membro do Conselho Deliberativo da OABPrev/PR. Diretora do IPCOM.

2. Eduardo Henrique Lamers. Advogado. MBA em Previdência Complementar Fechada.. Diretor de Previdência do Fundo de Previdência Mais Futuro. Consultor Jurídico da ABRAPP e da CONECTA.

Consultor Jurídico de Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Conselheiro Deliberativo da OABPrev/PR. Conselheiro Fiscal da PREVIPAR.

3. Lei Complementar nº 109/ 2001, Art. 9º As entidades de previdência complementar constituirão reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

4. Balera, Wagner (coordenação) – Comentários à Lei de Previdência Privada. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Pág.81.

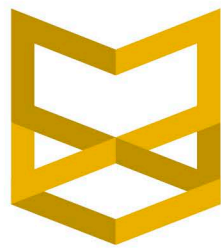
5. Art. 9º As entidades de previdência complementar constituirão reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º A aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o caput será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

6. Resolução CMN no 4.661/2018:

“Art. 20. Os investimentos dos recursos dos planos administrados pela EFPC devem ser classificados nos seguintes segmentos de aplicação: V - operações com participantes; e”

7. BARROS, Allan Luiz Oliveira. Previdência Complementar Aberta E Fechada De Acordo Com A Constituição Federal, As Leis Complementares 108/2001 E 109/2001 (Leis Básicas Da Previdência Complementar), Lei 12.618/2012 Que Disciplina A Previdência Complementar Do Servidor Público Federal, Lei 13.135/2015, Lei 13.183/2015, Portaria Interministerial MPS/MF 13/2015, Legislação Dos Órgãos Reguladores E Fiscalizadores, E Jurisprudência Dos Tribunais. Coleção Prática Previdenciária. Editora JusPodivm, 2016, p. 79



IPCOM

INSTITUTO BRASILEIRO DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR
E SAÚDE SUPLEMENTAR

 ipcom.org.br

 contato@ipcom.org.br

 [@ipcom_org](https://www.instagram.com/ipcom_org)

 [/ipcom.org](https://www.facebook.com/ipcom.org)

 [/ipcom.org](https://www.linkedin.com/company/ipcom.org)