

INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO

**A MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM NO
ÂMBITO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO BRASIL**

ANGOTI, Luís Ronaldo Martins

Orientador: Fabiano Jantalia

Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo

Brasília

2011

RESUMO

ANGOTI, L. R. M. 2011. **A Mediação, Conciliação e Arbitragem no âmbito da Previdência Complementar no Brasil.** - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

O presente trabalho objetiva examinar a competência da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc para promover a solução consensual de conflitos entre entidades fechadas de Previdência Complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores. O texto aborda os sistemas de previdência no mundo, o modelo e as estruturas de regulação e supervisão da Previdência Complementar no Brasil, bem como a atuação do Estado na função de regulamentação, autorização e fiscalização do setor. Apresenta as características e princípios legais que regem esse ramo do direito previdenciário e a necessidade de que tais princípios sejam observados nos procedimentos de resolução de conflitos, haja vista a natureza jurídica que envolve a previdência privada. Trata também da legitimidade das partes interessadas em instaurar os métodos consensuais de solução de litígios, das vantagens e desvantagens de sua submissão à autarquia fiscalizadora, bem assim das hipóteses mais comuns de controvérsias no segmento. O estudo examina ainda a utilização dos meios consensuais pela administração pública, em especial o regulamento específico da Previc que regulamenta os procedimentos para o segmento, os quais constituem em um método decisório voluntário, mais rápido e eficiente em relação ao poder judiciário, colocado à disposição das partes.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Arbitragem. Conflito. Constituição Federal. Previdência Complementar.

Agradecimentos:

“Precisamos dar um sentido humano às nossas construções. E, quando o amor ao dinheiro, ao sucesso nos estiver deixando cegos, saibamos fazer pausas para olhar os lírios do campo e as aves do céu.”

Érico Veríssimo

Obrigado Senhor por tudo. À amada esposa, sou-lhe grato pela maravilha da nossa vida, e pelo nosso filho.

Agradeço meus Pais e família pela alegria, força e sabedoria de vida inestimáveis que nos transmitem sempre.

Obrigado Professor Fabiano Jantalia pelos ensinamentos que me emprestastes, pois com eles pude avançar.

Enfim, por irmos todos além...

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 Introdução..... | 7 |
| 2 A Previdência Complementar e sua regulação no Brasil..... | 9 |
| 2.1 Histórico e evolução dos sistemas de previdência..... | 9 |
| 2.2 Características da Previdência Complementar..... | 13 |
| 2.2.1 Contratualidade..... | 16 |
| 2.2.2 Natureza privada..... | 19 |
| 2.2.3 Facultatividade..... | 20 |
| 2.2.4 Caráter complementar..... | 21 |
| 2.2.5 Autonomia em relação ao regime geral..... | 22 |
| 2.2.6 Autonomia em relação ao contrato de trabalho..... | 22 |
| 2.2.7 Constituição de reservas..... | 25 |
| 2.2.8 Regulamentação por Lei Complementar..... | 26 |
| 2.2.9 Transparência e representação participantes nos colegiados e instâncias de decisão..... | 26 |
| 2.3 A regulação da Previdência Complementar..... | 27 |
| 2.3.1 Estrutura e funcionamento dos órgãos reguladores..... | 27 |
| 2.3.2 Formas de atuação..... | 31 |
| 2.3.2.1 Função regulamentadora..... | 33 |
| 2.3.2.2 Função autorizativa..... | 33 |
| 2.3.2.3 Função fiscalizadora..... | 34 |
| 3 Meios consensuais na resolução de controvérsias..... | 38 |
| 3.1 Formas de solução de conflitos..... | 38 |
| 3.2 Dos modelos de solução de controvérsias em órgãos estatais..... | 42 |
| 3.2.1 Lei n.º 9.784, de 1999, do processo administrativo federal..... | 42 |
| 3.2.2 Termo de ajustamento de conduta..... | 43 |
| 3.2.3 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal..... | 45 |
| 3.2.4 Solução de controvérsias no âmbito regulatório..... | 46 |
| 3.2.5 Das Ouvidorias..... | 49 |

| | |
|---|----|
| 4 Solução de controvérsias pela Previc..... | 51 |
| 4.1 Competência..... | 51 |
| 4.2 Exemplos de conflitos na Previdência Complementar..... | 56 |
| 4.3 Natureza da competência arbitral da Previc..... | 61 |
| 4.4 Relevância, legitimidade e representatividade para a instauração do procedimento..... | 62 |
| 4.5 Do rito do processo..... | 67 |
| 4.6 Da extensão da decisão..... | 69 |
| 4.7 Das vantagens e desvantagens da solução de controvérsias pela Previc..... | 70 |
| | |
| 5 CONCLUSÕES..... | 74 |
| | |
| 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 78 |

1 - INTRODUÇÃO

A concepção de uma autarquia de natureza especial nos moldes de uma agência reguladora para fiscalizar os fundos de pensão brasileiros há muito vinha sendo requerida pelo Sistema Fechado de Previdência, e foi materializada pela Lei n.º 12.154, de 23 de dezembro de 2009, que criou a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc. Até o seu surgimento, o órgão fiscalizador deste regime era a Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social, autorizada por meio do Decreto n.º 81.240, de 20 de janeiro de 1978, que, no novo contexto, foi extinta e, na sua função fiscalizadora, foi substituída pela Previc. Foi criada ainda a nova Secretaria de Políticas de Previdência Complementar, órgão vinculado ao Ministério da Previdência, cujo papel é de formular a política para o segmento. Por sua vez, a função normativa passou a ser realizada pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar, no lugar do Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

Serão analisados os aspectos da regulação da atividade econômica no universo dos fundos de pensão, sob a ótica do poder fiscalizador, normatizador e indutor do estado, considerando a competência da autarquia fiscalizadora Previc. Desse modo, será necessário observar a compatibilidade entre os princípios aplicáveis aos fundos de pensão no exercício de atividade econômica e o alcance de seus fins sociais de pagar benefícios, na medida em que as relações jurídicas constituídas são regidas precipuamente pelo direito privado, contudo sujeitas à regulação pelo poder público. Acrescente-se a isso o fato de a relação típica entre participantes, empresa patrocinadora e a entidade de Previdência Complementar possuir natureza contratual civil e ser regida pelos princípios contidos no artigo 202 da Constituição Federal, bem como nas Leis Complementares n.º 108 e 109, ambas de 2001.

Por fim, será relevante pesquisar os paradigmas de solução de controvérsias em outros entes estatais para que, em particular, se consiga estudar os efeitos da atuação do Estado na indução do setor previdenciário e na garantia da segurança dessa grande rede de proteção social, especialmente em função da prerrogativa legal atribuída ao ente fiscalizador para conciliar, mediar ou arbitrar conflitos inerentes à relação previdenciária. Nesse contexto, o problema consistirá em averiguar quais os limites e os critérios da ação do Estado na regulação do regime fechado de Previdência Complementar, notadamente sobre a competência da Previc para promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de Previdência Complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou

instituidores; bem como dirimir os litígios que lhe forem submetidos na forma da Lei de Arbitragem.

Para isso, o texto está dividido em quatro capítulos. Inicialmente será apresentado um histórico dos sistemas de previdência no mundo, em particular do modelo Brasileiro e sua evolução normativa, abordando as características constitucionais da Previdência Complementar: natureza jurídica privada; caráter complementar e autônomo em relação ao regime geral; contratual; facultativo; constituição de reservas em regime de capitalização; autonomia em relação ao contrato de trabalho; representação dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão; e regulamentação por lei complementar. Na sequência, discorrer-se-á sobre as regras previstas na Lei Complementar n.º 109, de 29 de maio de 2001.

O segundo capítulo tratará ainda das estruturas de regulação e supervisão da Previdência Complementar definidas em lei para exercerem as funções precípua de execução e fiscalização, de formulação de políticas públicas, de normatização e de julgamento. Examinará igualmente as formas de atuação do Estado na prerrogativa de regulamentação, autorização e fiscalização do setor.

O terceiro capítulo terá como objetivo apresentar as diversas modalidades de solução consensual de controvérsias utilizadas por entes estatais, indicando as possibilidades de sua aplicação, seja em processos administrativos envolvendo a administração pública e o particular, como é usual nos processos de licenciamento e fiscalização, seja nos conflitos regulatórios existentes entre poder público, usuário e prestador de serviços de natureza privada.

O quarto capítulo terá a finalidade de examinar os pontos relevantes no desempenho da competência legal da autarquia para promover a mediação, conciliação e arbitragem, abordando a natureza dessa função judicante, as questões de legitimidade e representatividade para a instauração do procedimento e o seu rito, bem como a extensão das decisões. Analisará igualmente as hipóteses de conflitos na Previdência Complementar e as vantagens e desvantagens da solução de controvérsias pela Previc.

2 – A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E SUA REGULAÇÃO NO BRASIL

2.1 Histórico e evolução dos sistemas de previdência

Cobertura previdenciária significa algo relativamente novo para a sociedade contemporânea e representa a vontade dos indivíduos de ter um futuro mais seguro, o que fez com que a humanidade buscasse sistemas que assegurassem apoio nas situações de risco, seja pela idade avançada, seja por acidente, doença ou morte, que pudessem prejudicar seus meios de subsistência. Rodrigues (2006, p. 2) faz o seguinte relato histórico:

[...] foi somente em 1875 que acabou por ser instituído o primeiro plano formal de aposentadoria de que se tem notícia. A American Express Company, empresa norte-americana de transportes (hoje pujante grupo financeiro), criou para seus empregados um programa previdenciário. Tratava-se de plano privado instituído por iniciativa do empregador e voltado para a generalidade de seus empregados. Poucos anos depois, em 1880, formulou-se, na Alemanha do Chanceler Otto Von Bismarck, o primeiro programa público de bem-estar social, com especial ênfase na previdência. Têm-se, pois, somente em fins do século XIX, os primeiros marcos de instituição de regimes de previdência. Entretanto, os sistemas previdenciários, com a dimensão que hoje possuem, consubstanciam mudança que se deu a partir do segundo pós-guerra com a sedimentação do conceito do welfare state. Esses sistemas protetivos, atualmente tidos como de natureza fundamental para a pessoa humana, são, portanto, recentes, contando com pouco mais de cinquenta anos de existência.

No Mundo existem modelos de cobertura previdenciária, quer pelo regime público, quer pelo regime privado, que se apresentam isoladamente ou em conjunto, para a proteção das pessoas. Adotados pela maioria dos países, também chamados de “sistema de múltiplos pilares”¹, esses modelos consistem em um primeiro pilar, de natureza pública e iniciativa estatal, de vinculação obrigatória pelo trabalhador, com regime de custeio em regime de repartição simples, tendo como função prover as necessidades básicas dos cidadãos. O segundo pilar possui natureza privada e iniciativa patronal, podendo ser de adesão obrigatória ou facultativa pelas partes envolvidas (empregado e empregador), e com custeio em regime de capitalização, com finalidade de suplementar o rendimento do trabalhador além do limite

¹ Segundo COSTA (2011): “...regime de três pilares: o primeiro, custeado com impostos gerais que financiam um benefício básico; o segundo pilar, obrigatório, capitalizado (mutualismo fechado grupal) e o terceiro, voluntário, subordinado à capitalização aberta e individual. Há uma variedade de desenhos sob a denominação de pilares múltiplos. O segundo pilar pode ainda adotar contas individuais e planos de Contribuição Definida (CD) ou de Prestação Definida (PD), ser de base profissional ou por empresa.”

do primeiro pilar, daí ser chamado de complementar. O terceiro pilar tem natureza privada e facultativa, de iniciativa do trabalhador, com regime de capitalização em conta individual, geralmente em sociedade seguradora. Rodrigues (2005, p. 3) relata:

O Brasil estruturou um sistema de múltiplos pilares, sendo o Regime Geral de Previdência Social, o nosso Primeiro Pilar, operacionalizado através da autarquia federal Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O Segundo Pilar é composto pela Previdência Complementar fechada, cujas entidades, também denominadas fundos de pensão, somente poderão se constituir sob forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, com planos voltados para empregados de uma determinada empresa ou grupo de empresas, ou para pessoas que possuam um vínculo associativo ou sindical. Já o Terceiro Pilar traduz-se na Previdência Complementar aberta, cujas entidades gestoras são constituídas sob a forma de sociedades anônimas (em geral sociedades seguradoras), cujos planos são acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

Assim, a denominada previdência social assegura a cobertura básica, e a complementar surge para garantir rendimento adicional para aqueles que optarem, a fim de resguardar, no momento de aposentadoria, idade avançada ou algum infortúnio, um nível de vida semelhante ao da atividade.

No Brasil, a Lei Eloy Chaves, de 24 de janeiro de 1923, foi o marco inicial da previdência social, consolidando o sistema com a criação da caixa de aposentadorias e pensões dos ferroviários. Após sua publicação, outras empresas foram contempladas e seus empregados também passaram a ser segurados da previdência, primeiro por meio das denominadas caixas de aposentadorias e pensões e, posteriormente, por intermédio dos institutos de aposentadorias e pensões (os IAPs). Por sua vez, a Previdência Complementar Brasileira passou por diferentes fases, sendo a primeira (anterior à Lei n.º 6.435, de 15 de julho de 1977) associada às grandes empresas estatais da qual é exemplo a PREVI (à época CAPRE), fundada em 1904 por empregados do Banco da República do Brasil. A segunda fase surgiu com a edição da Lei n.º 6.435, de 1977 - primeiro marco legal regulamentador do setor - aprovada em um ambiente de incentivo ao mercado de capitais, tendo como uma das finalidades disciplinar os fundos de pensão como captadores de poupança popular de maneira a carrear investimentos para a Bolsa de Valores, estando portanto no mesmo contexto da revisão da legislação sobre sociedades anônimas (Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Assim historia Pinheiro (2008, p. 13):

A Previdência Complementar no Brasil surgiu, de forma regulamentar, com a Lei n.º 6.435, de 1977, em consonância com a experiência norte-americana do ERISA (Employee Retirement Income Security Act), na necessidade de regulamentação dos montepios, da canalização da poupança previdenciária ao desenvolvimento do mercado de capitais no País a partir do 2º Programa Nacional de Desenvolvimento e no funcionamento de algumas entidades de previdência privada ligadas ao setor estatal.

A terceira fase (modernização normativa) teve início com a Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, que modificou o texto do art. 202 da Constituição Federal. A nova redação estabeleceu a edição de duas leis complementares: uma prevista no *caput*² do mencionado dispositivo, que introduz normas gerais sobre a Previdência Complementar, materializada na Lei Complementar n.º 109, de 29 de maio de 2001; e outra, prevista no § 4º do art. 202³, que dispõe sobre as normas específicas para disciplinar a relação entre a administração pública direta e indireta e suas respectivas entidades fechadas de Previdência Complementar, sobretudo no que se refere à governança e custeio, concretizada na Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001. Paixão (2007) interpreta da seguinte maneira:

O movimento de modernização da legislação que rege a Previdência Complementar teve início com a Emenda Constitucional n.º 20, de 15.12.1998. Esta emenda deu nova redação ao art. 202 da CF, que tratava de outro tema, dedicando-o inteiramente à Previdência Complementar. Fez-se a opção por disciplinar a Previdência Complementar dentro do título da Ordem Social da CF.

Na sequência do aperfeiçoamento da legislação veio a Emenda Constitucional n.º 40, de 29 de maio de 2003, que deu nova redação ao artigo 192⁴ que trata do sistema financeiro nacional, suprimindo do dispositivo que integra o Título da Ordem Econômica a referência a seguros, previdência e capitalização. Deste modo, sob o prisma constitucional, a Previdência Complementar tornou-se um tema evidentemente inserido no âmbito social. Por último, mencione-se que a Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003,

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

³ § 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

⁴ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

alterou o art. 40 da Carta Magna, estabelecendo nos parágrafos 14 a 16⁵ a possibilidade de criação, por lei ordinária, de um regime de Previdência Complementar para o servidor público de cargo efetivo.

Atualmente, a Constituição Brasileira prevê três regimes de previdência: regime geral de previdência social (art. 201)⁶; regime de Previdência Complementar (art. 202); e os regimes próprios dos servidores públicos efetivos (art. 40)⁷, que incluem a possibilidade de um sub-regime (misto) específico de Previdência Complementar na forma prevista nos parágrafos 14 a 16 acima referidos. Nessa linha, a Constituição trata particularmente a previdência dos magistrados⁸, dos membros do Ministério Público⁹, dos Tribunais de Contas¹⁰, dos Militares¹¹ e por fim das Forças Armadas¹².

⁵ Art. 40. [...]

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de Previdência Complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. O regime de Previdência Complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de Previdência Complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de Previdência Complementar.

⁶ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

⁷ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

⁸ Art. 93 Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40;

⁹ Art. 129 [...]

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

¹⁰ Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

[...]

§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

¹¹ Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

§ 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.

¹² Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema

Em um primeiro prisma, agrupam-se duas modalidades de sistemas públicos e obrigatórios: o **regime geral de previdência social** administrado pelo INSS, e destinado aos trabalhadores da iniciativa privada, aos servidores de entes federativos que não criarem regimes próprios e aos empregados públicos; e os **regimes próprios de previdência** destinados aos servidores titulares de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e de quase metade dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. Em um segundo prisma, existe o **regime de Previdência Complementar**, de filiação facultativa e caráter privado, tendo por finalidade atender à necessidade de renda adicional por ocasião da inatividade ou idade avançada. Sobre a necessidade de distinguir o regime complementar, Rodrigues (2005, p.6) argumenta:

O direito pressupõe que se compreendam as relações sobre as quais ele incide. No caso, é relevante que o jurista possua os dados básicos referentes à inserção da Previdência Complementar no âmbito do sistema geral de proteção social, os seus métodos de custeio e a forma como se organizam seus planos. Sem esse conhecimento, parece-nos que os dispositivos legais podem não fazer sentido lógico ou levar o seu intérprete a equívoco hermenêutico, em geral favorecendo um indivíduo em detrimento de toda a coletividade abrangida.

Nesse contexto, avaliar os princípios e normas que disciplinam o regime de previdência privada é importante para compreensão da relação envolvendo participante (ativo, assistido e beneficiário), patrocinador/instituidor (público e privado) e fundo de pensão, notadamente em um ambiente de solução de conflitos inaugurado pela Lei n.º 12.154, de 23 de dezembro de 2009, que criou a Superintendência Nacional de Previdência Complementar.

2.2 Características da Previdência Complementar

O sistema complementar é operado, de um modo, por entidades abertas de previdência e sociedades seguradoras, e de outro por entidades fechadas de Previdência

do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Complementar - EFPC. As entidades fechadas, igualmente conhecidas como fundos de pensão, são pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa que têm como objeto a administração de planos de benefícios previdenciários, desempenhando atividades com alto grau de especificidade, regidos por legislação especial¹³. São denominadas fechadas uma vez que acessíveis unicamente a grupos determinados: i) empregados de uma empresa ou grupo de empresas e equiparados - gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores; ii) servidores públicos; iii) associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial¹⁴.

Inserir-se também nesse sistema fechado a previdência oficial complementar, que poderá ser instituída, por lei, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com a finalidade de suplementar os seus regimes próprios destinados aos servidores públicos titulares de cargo efetivo, fixando como limite máximo desses regimes o estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. Tramita ainda na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 1.992, de 2007¹⁵, que regulamenta o citado parágrafo 15 do art. 40 do Estatuto Fundamental, visando instituir o regime de Previdência Complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, e autorizar a criação da entidade "Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal – FUNPRESP”.

Já as entidades abertas são sociedades anônimas com fins lucrativos – bancos e seguradoras operadoras de planos previdenciários - que oferecem a qualquer pessoa física os conhecidos “Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL” e “Vida Gerador de Benefício Livre

¹³ LC 109, de 2001. Art. 32. As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

Parágrafo único. É vedada às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76.

¹⁴ LC 109, de 2001. Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

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

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

¹⁵ Projeto de Lei n.º 1.992/2007 - Institui o regime de Previdência Complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona, fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição, autoriza a criação de entidade fechada de Previdência Complementar denominada Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal - FUNPRESP, e dá outras providências. **Andamento:** Aprovado na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público em agosto de 2011. Proposição sujeita à apreciação conclusiva pelas Comissões de Seguridade Social e Família; Finanças e Tributação; e por fim da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

– VGBL”¹⁶. Pulino (2011, p. 125) estabelece diferenciadores entre as entidades abertas e fechadas, não obstante possuírem o mesmo objeto que é administrar planos previdenciários:

Cinco serão os pontos de diferença entre entidades abertas e fechadas: a forma de organização da entidade; a representação dos participantes nos órgãos estatutários das entidades; a finalidade lucrativa; o acesso à entidade sob o ponto de vista tanto da pessoa física aderente, quanto da pessoa jurídica contratante (empresa, ou associação de caráter setorial, classista ou profissional; e finalmente, os órgãos de regulação e fiscalização a que se submetem cada modalidade dessas entidades.

Nesse momento é preciso frisar que o presente texto abordará as formas de solução de controvérsias pela Previc no ambiente das entidades fechadas, não se estendendo a discussão em relação às entidades abertas, pois estas são disciplinadas por legislação própria, tendo em vista o caráter lucrativo e acessível a qualquer pessoa física, e afetas à fiscalização da Superintendência Nacional de Seguros Privados – SUSEP.

As características da relação entre o participante, patrocinadora e entidade fechada de Previdência Complementar estão presentes no art. 202 e parágrafos¹⁷ da Constituição Federal Brasileira.

O contrato de Previdência Complementar tem a peculiaridade de ser tutelado por órgãos governamentais (Previc, Conselho Nacional de Previdência Complementar - CNPC,

¹⁶ LC 109, de 2001. Art. 36. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

¹⁷ Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

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

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Conselho Monetário Nacional - CMN), o que o diferencia de outros contratos privados. Demais disso, constitui-se em uma relação plurilateral (várias pessoas físicas e jurídicas), de longo prazo - décadas em alguns casos - e que envolve cálculos atuariais com hipóteses financeiras e demográficas. As pessoas jurídicas envolvidas (entidade, patrocinador ou instituidor) são distintas e seus patrimônios são independentes. As entidades previdenciárias possuem autonomia financeira e administrativa em relação às patrocinadoras/instituidoras e têm por objeto gerir o patrimônio coletivo pertencente à totalidade dos participantes, portanto sua finalidade, como fiduciária, é administrar uma poupança coletiva para o pagamento futuro de um benefício previdenciário. Dessa forma, uma vez realizado o aporte do patrocinador e do participante, esse montante passa a ser vinculado aos compromissos do plano de benefícios, na proporção das contribuições feitas, do tempo e das condições cumpridas, podendo ser alocadas em contas individuais ou coletivas a depender da modelagem do plano.

Visto isso, é importante delimitar as partes e identificar os interesses, que nem sempre são convergentes, sobretudo para que em um contexto de conflito possa o ente fiscalizador adotar, na solução da questão apresentada, parâmetros objetivos, bem assim atender ao interesse da coletividade abrangida.

2.2.1 Contratualidade

A relação contratual na previdência fechada se reveste de uma característica multilateral, ou seja, diversas partes relacionadas (participantes, patrocinador ou instituidor e Fundo de Pensão), sem contudo haver subordinação entre estas, contando ainda com a presença moderadora do Estado. Para Paixão (2007):

[...] as referências que a Constituição faz, em seu art. 202, a “benefício contratado” (*caput*), ao caráter facultativo do regime de Previdência Complementar (*caput*) e às “condições contratuais” (§ 2º), não deixam dúvidas quanto à natureza contratual das relações constituídas no âmbito da Previdência Complementar.

Isso denota que as partes poderão decidir em certa medida como querem contratar, seja na criação e na adesão a um plano previdenciário, seja no momento de suas alterações e de eventual extinção. Desta maneira, diversamente do regime público oficial em que prevalece a legalidade estrita, na previdência privada os deveres, direitos e obrigações

das partes devem estar definidos em contrato cuja formalização ocorre por meio de instrumentos (estatuto da entidade, regulamento do plano de benefícios, convênio de adesão entre EFPC e patrocinador, e termo de inscrição do participante), os quais consubstanciam a expressão da vontade dos envolvidos. Significa dizer que essas relações jurídicas devem ser regidas com base no que foi contratado entre as partes, prevalecendo o princípio do *pacta sunt servanda*. Assim ensina Pulino (2011, p. 284):

Mas decorre da autonomia privada e particularmente do princípio da contratualidade, evidentemente, a seriedade e a força obrigatória dos compromissos ajustados pelas próprias partes (o *pacta sunt servanda*, na consagrada expressão latina). Por isso, aliás, há intensa preocupação com a garantia do cumprimento dos contratos firmados na área, obrigando-se até, por mandamento expresso da Constituição, a prévia constituição de reservas suficientes para garantir os benefícios contratados, que é um outro princípio imposto ao setor [...]

O **estatuto** é o ato constitutivo que estrutura formalmente a entidade e representa o contrato interno que dispõe sobre a organização e gestão da entidade, cujos órgãos estatutários são: Conselho Deliberativo, Conselho Fiscal e Diretoria Executiva¹⁸. Entretanto, as entidades regidas exclusivamente pela LC 109, de 2001, isto é, aquelas que não possuem patrocínio público, poderão ter outros órgãos além desses três (exemplo: comitê gestor por plano de benefícios, comitê de investimentos, assembléia de patrocinadores, etc.), desde que previstos no estatuto e com caráter deliberativo ou consultivo¹⁹, respeitadas as competências dos órgãos estatutários previstos em lei.

Por sua vez, o **regulamento** do plano de benefícios é o instrumento contratual de natureza privada celebrado entre a entidade fechada e inúmeros participantes, com participação de um ou mais patrocinadores/instituidores, que gera direitos e obrigações entre a multiplicidade de partes envolvidas, sendo regido pelas normas específicas do direito previdenciário complementar e subsidiariamente pelo direito civil.

¹⁸ LC 109, de 2001. Art. 35. As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.

¹⁹ Resolução MPS/CGPC n.º 13, de 01 de outubro de 2004. Estabelece princípios, regras e práticas de governança, gestão e controles internos a serem observados pelas entidades fechadas de Previdência Complementar - EFPC.

Art. 2º Compete à diretoria-executiva, ao conselho deliberativo, ao conselho fiscal e **demais órgãos de governança eventualmente existentes** o desenvolvimento de uma cultura interna que enfatize e demonstre a importância dos controles internos a todos os níveis hierárquicos.

Art. 5º Com relação aos órgãos estatutários, observado o disposto em lei:

[...]Parágrafo único. Sem prejuízo das competências dos órgãos estatutários previstos em lei, a EFPC com multipiano poderá criar **instâncias de governança**, de caráter deliberativo ou consultivo, tendo por objetivo representar a diversidade de planos de benefícios.

A LC 109, de 2001, classifica os planos nas seguintes modalidades: *benefício definido*; *contribuição definida e contribuição variável*, sendo nas características contidas no regulamento relativas às formas de capitalização de recursos, bem assim de recebimento de benefícios, que essas modalidades se materializam²⁰. Plano na *modalidade de contribuição definida (CD)* é aquele cujos *benefícios programados* têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta remanescente 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. O benefício tem correspondência com os valores aportados na conta individual do participante, ou seja, não é possível determinar de antemão o seu valor²¹. Já *Benefício Definido (BD)* é aquele plano em que os *benefícios programados* têm seu valor ou nível previamente estabelecidos no regulamento - o participante sabe antecipadamente quanto vai receber na inatividade - sendo o custeio determinado atuarialmente, de modo a assegurar sua concessão e manutenção nos níveis inicialmente contratados²². Por último, plano de *Contribuição Variável (CV)* é aquele que conjuga as características das modalidades de Contribuição Definida e Benefício Definido²³.

Em decorrência desses instrumentos, finalmente advêm a formalização de **convênio de adesão** como medida imprescindível para que uma pessoa jurídica possa proporcionar um plano de benefícios a seus empregados, servidores, associados ou membros. Com efeito, deve ser celebrado entre a patrocinadora ou instituidora e a entidade fechada, que será a responsável pela administração do plano, e representa o instrumento pelo qual as partes (patrocinadores ou instituidores e entidade) estabelecem suas obrigações e direitos

²⁰ Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial. Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de Previdência Complementar.

²¹ Resolução MPS/CGPC n.º 16, de 22 de novembro de 2005. Normatiza os planos de benefícios de caráter previdenciário nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, e dá outras providências.

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.

²² Resolução MPS/CGPC n.º 16, de 22 de novembro de 2005. Art. 2º Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na modalidade de benefício definido aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção.

²³ Resolução MPS/CGPC n.º 16, de 22 de novembro de 2005. Art. 4º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição variável aquele cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido.

para a operação de plano de benefícios²⁴. Note-se que esses contratos (estatuto, regulamento e convênio) devem ser submetidos à prévia e expressa aprovação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar, desde a constituição, a alteração, até o seu encerramento²⁵. O outro instrumento é o termo de inscrição do participante, que constitui o ato de filiação individual facultativa ao plano, não necessitando de aprovação do órgão fiscalizador.

2.2.2 Natureza privada

A natureza privada está presente no caráter contratual que perpassa a relação de Previdência Complementar, e advém da subordinação das partes envolvidas ao regime jurídico de direito privado, tendo o constituinte repetido diversas vezes a palavra “previdência privada” no art. 202, *caput* e parágrafos da Carta Magna. Na Previdência Complementar há a prevalência da autonomia privada, ou seja, o segmento se desenvolve a partir da aptidão dos particulares para se auto-regularem, para decidir, por meio de atos negociais, seus próprios interesses. Pulino (2010, p. 225) ensina:

Assim, ainda que sua constituição e funcionamento dependa de prévia e expressa autorização do órgão fiscalizador (art. 33, I, da Lei Complementar n.º 109, de 2001), e que sua atuação seja acentuadamente controlada pelo Poder Público, a entidade fechada de Previdência Complementar constitui *pessoa jurídica de direito privado, submetida à disciplina legal de idêntica natureza*. [...]

Vê-se que essa atividade processa-se dentro de parâmetros delineados pelo ordenamento jurídico, presente, portanto a tutela estatal, por isso que a manifestação autônoma da vontade das partes não pode ser entendida de forma absoluta. Por consequência, as relações jurídicas entre participantes, patrocinador ou instituidor e fundos de pensão, não dependem unicamente da vontade das partes, pois competem aos órgãos fiscalizador e

²⁴ LC 109, de 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.

²⁵ LC 109, de 2001. Art. 33. Dependerão 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;
II - as operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas;
III - as retiradas de patrocinadores; e
IV - as transferências de patrocínio, de grupo de participantes, de planos e de reservas entre entidades fechadas.

regulador determinarem padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial para os planos de benefícios, disciplinando, fiscalizando, coordenando e supervisionando as atividades das entidades fechadas, com o propósito de compatibilizar suas atividades com as políticas previdenciárias e de desenvolvimento social do país²⁶.

2.2.3 Facultatividade

A facultatividade representa a opção que tem os sujeitos de se obrigarem ou não a um plano de benefícios administrado pelos fundos de pensão, e possui dois aspectos subjetivos - do empregador e do empregado - e duas dimensões - positiva e negativa - que se combinam: a opção do empregador em oferecer plano e a intenção do empregado em se filiar (dimensão positiva); e a opção do empregador de se retirar e a do empregado em se desfiliar (dimensão negativa).

O fato é que das decisões - do empregador de oferecer, manter ou retirar um plano previdenciário aos seus trabalhadores; e do empregado de filiar ou não ao plano - lembre-se, dessas decisões não podem existir obrigações nesse sentido, pois estão no campo da vontade dos sujeitos. Em resumo, a facultatividade é plena e deve ser entendida como a opção que tem o indivíduo em aderir ou não ao plano de benefícios oferecido pela empresa, órgão público ou pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial. De modo inverso, também tem o participante o direito de sair do plano. Assim entende o Supremo Tribunal Federal – STF:

A faculdade que tem os interessados de aderirem a plano de previdência privada decorre de norma inserida no próprio texto constitucional [artigo 202 da CB/88]. Da não-obrigatoriedade de adesão ao sistema de previdência privada decorre a possibilidade de os filiados desvincularem-se dos regimes de Previdência Complementar a que aderirem, especialmente porque a liberdade de associação comporta, em sua dimensão negativa, o direito de desfiliação, conforme já reconhecido pelo

²⁶ LC 109, de 2001. Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

[...]

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

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

[...]

V - fiscalizar as entidades de Previdência Complementar, suas operações e aplicar penalidades; e

Supremo em outros julgados. Precedentes. (RE 482.207-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 12-5-09, 2ª Turma, DJE de 29-5-09)

Aplica-se da mesma maneira ao empregador que pode oferecer o plano, entretanto não esteja obrigado a fazê-lo. Essa hipótese é importante pois constitui objeto de muita controvérsia, sobretudo dos participantes que questionam quando a empresa encerra o patrocínio ou propõe alterar as condições contratuais originais. A Lei Complementar n.º 109, de 2001, pressupõe que da mesma forma que lhe é facultado ofertar plano de previdência, igualmente pode o empregador retirar o patrocínio²⁷, liquidando suas obrigações, ou fechar o plano²⁸ de modo a não possibilitar o ingresso de novos entrantes. Cabe ressaltar que a **facultatividade e a contratualidade**, no âmbito da autonomia da vontade, são as características mais relevantes do regime de previdência privada em nossa Constituição Federal.

2.2.4 Caráter complementar

O caráter complementar expressa a idéia de renda adicional ao regime geral administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, ou aos regimes próprios, com a criação do regime complementar do servidor público, tendo em vista a fixação do limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime próprio. Isso significa que não compete ao regime complementar a cobertura das necessidades previdenciárias básicas, a qual fica a cargo dos regimes de previdência de vinculação obrigatória para os trabalhadores. Para Pulino (2011, p. 244):

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

Assim, antes de mais nada, isso significa que, no Brasil, diferentemente do que se passa em alguns países vizinhos da América Latina (que também passaram por processos de

²⁷ Art. 33. Dependência de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador:

[...] III - as retiradas de patrocinadores;

²⁸ Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

[...] § 3º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos planos em extinção, assim considerados aqueles aos quais o acesso de novos participantes esteja vedado.

reformas de seus sistemas) e do resto do mundo, a previdência privada não pode ter papel substitutivo do Estado na proteção básica dos trabalhadores, realizada, como já vimos, pelo RGPS ou pelo RPPS.

De tal modo, no Brasil, a Previdência Complementar não possui, ao menos por ora, função substitutiva do Estado na cobertura basilar dos trabalhadores, a qual é de responsabilidade do regime geral ou dos regimes próprios. O Estado garante a cobertura mínima pela chamada previdência oficial, e para aqueles que desejam renda adicional é possível filiar-se à complementar, que lhes permita preservar, por ocasião da inatividade, padrão de vida similar ao que possuíam na atividade. Contudo, embora assegure suplementação de renda ao regime geral, a adesão facultativa de participante a plano de previdência não o desobriga da inscrição como segurado obrigatório do regime geral.

2.2.5 Autonomia em relação ao regime geral

A autonomia em relação ao regime geral, prevista no artigo 202 da Constituição Federal e igualmente no § 2º do artigo 68 da LC 109, de 2001, corresponde ao fato de que a concessão dos benefícios dos planos de previdência privada deve ser independente, a princípio, da concessão de benefício pela previdência oficial²⁹. Diferentemente do regime geral e do próprio – que são excludentes, uma vez que não é possível estar vinculado a ambos concomitantemente, considerada uma mesma relação de trabalho – o regime de previdência privada coexiste com os regimes oficiais, não havendo por regra ligação obrigatória entre os valores pagos pelos regimes – oficial e complementar – não obstante possa ser pactuado, no âmbito da autonomia da vontade, alguma vinculação por meio de contrato. Esta autonomia tem uma exceção, pois referindo a plano na *modalidade benefício definido*³⁰ instituído após 30 de maio de 2001, a concessão de benefício pela Previdência Complementar depende da concessão de benefício pelo regime geral ou pelo regime próprio³¹.

²⁹ Art. 68, § 2º A concessão de benefício pela Previdência Complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social.

³⁰ Plano na modalidade Benefício Definido é aquele em que os benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos no regulamento - o participante sabe antecipadamente quanto vai receber na inatividade - sendo o custeio determinado atuarialmente, de modo a assegurar sua concessão e manutenção nos níveis inicialmente contratados.

³¹ LC 108, de 2001. Art. 3º Observado o disposto no artigo anterior, os planos de benefícios das entidades de que trata esta Lei Complementar atenderão às seguintes regras:

2.2.6 Autonomia em relação ao contrato de trabalho

A autonomia em relação ao contrato de trabalho, expressa no art. 202, § 2º, da Constituição, estabelece que as condições contratuais referentes a planos de previdência não integram o contrato de trabalho, o que denota que a relação previdenciária pode iniciar, continuar e acabar de modo independente do pacto laboral, bem como exprime que as contribuições previdenciárias não integram os direitos trabalhistas. Tanto é que a admissão do trabalhador e consequente formalização do contrato de trabalho não significam sua inscrição compulsória ao plano de previdência oferecido pelo empregador, embora possa haver mecanismos de adesão simplificados por ocasião de sua admissão³², no âmbito dos atos de gestão das entidades, observada a facultatividade de saída *a posteriori*. No tocante a essa autonomia, Paixão (2007) considera que:

A relação de um participante com um plano de previdência pode começar, perdurar e se extinguir de forma autônoma em relação a seu contrato de trabalho [...] a celebração de contrato de trabalho não implica adesão automática do empregado ao plano de previdência patrocinado pelo empregador.

A relação civil-previdenciária entre participante, patrocinador e entidade de Previdência Complementar não se confunde com a relação trabalhista entre empregado e empregador [...] as contribuições que o empregador fizer ao plano previdenciário, em favor de todos os seus empregados que forem participantes do referido plano, não serão consideradas salário indireto.

As reservas acumuladas em favor de um participante não devem ser computadas como remuneração quando da rescisão do contrato de trabalho.

São exemplos dessa autonomia os institutos do Autopatrocínio e do Benefício Proporcional Diferido, que dispõem sobre a cobertura do plano de benefícios no caso de

[...] II – concessão de benefício pelo regime de previdência ao qual o participante esteja filiado por intermédio de seu patrocinador, quando se tratar de plano na modalidade benefício definido, instituído depois da publicação desta Lei Complementar.

³² Há três tipos de inscrição em fundos de pensão: a mais utilizada, inclusive no Brasil, é a facultativa, quando empregados tem a opção de se filiar. A inscrição automática é utilizada pela Nova Zelândia e Estados Unidos, situação em que os participantes são inscritos com uma taxa de contribuição pré-determinada e podem decidir sair do plano ou trocar a taxa de contribuição. Há ainda uma terceira alternativa denominada decisão ativa, que se processa quando os participantes tomam uma decisão explícita para si próprios. Entretanto, está em análise no Brasil o modelo de **Inscrição simplificada ou padronizada**, no qual os trabalhadores que começam a trabalhar em empresa que possua plano de benefícios assinam formulário de adesão padronizado, com opção de saída *a posteriori*.

participante com contrato de trabalho rompido, suspenso ou interrompido³³. Dessa maneira, é possível um trabalhador terminar seu vínculo empregatício e mesmo assim continuar no plano de previdência na condição de autopatrocinado ou em diferimento de benefício. Pode, igualmente, exercer a portabilidade ou o resgate, hipótese que implica na saída do plano e consequente extinção dos compromissos em relação ao participante e seus beneficiários.

A doutrina reconhece essa autonomia na medida em que o direito previdenciário possui normas e princípios próprios, institutos e métodos específicos, bem como objeto particular. Nesse sentido, Martinez (2002, p. 137) define o Direito Previdenciário como:

[...] o ramo de direito público disciplinador de relações jurídicas substantivas (direito material) e adjetivas (procedimental) estabelecidas no bojo da Previdência Social pública ou privada, em matéria de custeio e prestações, objetivando a realização dessa técnica de proteção social.

Sob esta perspectiva, Calvo (2004) esclarece:

É necessário analisar este novo ramo do Direito "Previdência Complementar" e entender sua natureza jurídica. Somente após esta análise preliminar, é possível discutir as implicações do Direito do Trabalho, se existente, na relação de Previdência Complementar.

Sobre o assunto, Rodrigues (2005, p. 10) sustenta:

O entendimento doutrinário de que a relação entre participantes, assistidos e beneficiários e a entidade de Previdência Complementar possui natureza contratual civil constou também expressamente referido na expressão benefício contratado, colacionada no art. 202, caput, como na menção de que as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes (art. 202, § 2º). Com isso, estão afastados os princípios, as regras gerais e disposições normativas próprias do Direito do Trabalho, e também, a jurisdição da Justiça Laboral. Nesse ponto andou bem o Constituinte Derivado, pois a relação de natureza trabalhista pressupõe uma posição de hiposuficiência de uma parte em relação à outra. Veja-se que, no caso dos fundos de pensão, a universalidade de valores

³³ LC 109, de 2001. Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

I - benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido quando cumpridos os requisitos de elegibilidade;

II - portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano;

III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e

IV - faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares.

alocada junto aos planos de benefícios pertence não à entidade de previdência, mera administradora, mas ao conjunto de participantes e beneficiários abrangidos pelo plano.

Considerado isso, vê-se que as características da Previdência Complementar permitem compreender que se trata de novo ramo, independente do direito do trabalho e do societário.

2.2.7 Constituição de reservas

A constituição de reservas para assegurar o benefício contratado pressupõe capitalização de valores que consiste em determinar as contribuições necessárias a serem arrecadadas ao longo do período de atividade laboral do participante para custear a sua própria aposentadoria. O Plano de custeio é o instrumento elaborado anualmente pelo atuário do plano e referendado pelo órgão estatutário da EFPC, que define o nível de contribuição necessário à constituição de reservas garantidoras dos benefícios, fundos, provisões, bem como para a cobertura das demais despesas operacionais e administrativas³⁴. No regime de capitalização há formação de reserva para aplicação financeira, cujo montante será convertido em benefícios futuros. Pulino (2011) ensina:

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 gerarão, 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).

Esse método é obrigatório para benefícios de caráter programado (principalmente o benefício de aposentadoria por idade ou tempo de serviço), todavia, estão excluídos dessa obrigação os benefícios de risco (doença, invalidez ou morte), que podem ter outra forma de

³⁴ LC 109, de 2001. Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

custeio, ou seja, pelo regime de repartição simples, capital de cobertura, dentre outros. A necessária capitalização das reservas, na linguagem constitucional, quer assegurar que no momento em que o participante preenche os requisitos para o recebimento do benefício conforme o regulamento do plano, já deverão estar constituídos os valores suficientes a garantir no presente e no futuro o correspondente pagamento do benefício contratado.

2.2.8 Regulamentação por Lei Complementar

O *caput* do artigo 202 do Estatuto Fundamental determina que o regime de previdência privada seja regulado por lei complementar, o que confere maior perenidade às regras do sistema, uma vez que para sua modificação é necessária aprovação das duas casas legislativas e com *quorum* qualificado³⁵. Para normatizar esse comando constitucional, editou-se a Lei Complementar n.º 109, de 2001, para disciplinar, na condição de norma geral, todo o regime de Previdência Complementar. Por sua vez, a Lei Complementar n.º 108, de 2001, regulamentou o parágrafo 4º do artigo 202, dispondo, entretanto, acerca das normas específicas para as entidades que administram planos cujos patrocinadores são entes da administração pública direta e indireta, e em razão de sua especialidade, prevalece sobre a norma geral naquilo que disciplina: regras específicas de custeio; de governança e composição dos órgãos estatutários; de regras próprias de fiscalização para as entidades fechadas que possuem patrocínio estatal, entre outras matérias.

Mencione-se que a LC 109, de 2001, aplica-se, no que não contrariar a norma específica, igualmente às entidades fechadas com patrocínio público, em virtude de expressa vinculação prevista no art. 2º da LC 108, de 2001³⁶. Vê-se que o constituinte considera o setor de previdência privada, por sua particularidade e relevância, merecedor de regulação especial e mais intensa, consubstanciando essas duas normas legais na estrutura legal do sistema fechado de Previdência Complementar.

³⁵ Constituição. Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

Esse quorum especial significa a maioria (cinquenta por cento mais um) do total dos integrantes da respectiva Casa Legislativa, sendo que as Leis Ordinárias poderão ser aprovadas pela maioria somente dos presentes, respeitando-se o quorum mínimo para o início de cada sessão legislativa.

³⁶ Art. 2º As regras e os princípios gerais estabelecidos na Lei Complementar que regula o *caput* do art. 202 da Constituição Federal aplicam-se às entidades reguladas por esta Lei Complementar, ressalvadas as disposições específicas.

2.2.9 Transparência e representação dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão

Por último, o § 6º do art. 202 da Constituição Brasileira, remete para lei complementar disciplinar a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação, expressão do regime democrático de direito. A preocupação do constituinte em equilibrar a situação, dando poder de administração aos participantes, é fundamental para a proteção de seus interesses e se deve à necessidade de transparência do sistema, uma vez que é vital que se assegure aos participantes “o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos”, de modo a garantir o benefício precisamente como contratado.

A legislação estabelece que os participantes têm o direito de compor os órgãos estatutários da entidade, com poder de voto no Conselho Deliberativo, órgão maior da entidade. Esta representação é paritária (participantes e patrocinadores/instituidores) nas entidades com patrocínio público³⁷, e é de no mínimo um terço das vagas nas entidades regidas pela LC 109, de 2001³⁸.

As Leis Complementares n.º 108 e n.º 109, de 2001, estruturam o órgão de decisão máxima das entidades fechadas de maneira que os sujeitos envolvidos na relação jurídica indiquem representantes para cumprir com uma função essencial nas relações jurídicas de direito privado, que é o de expressar a manifestação da vontade. A gestão compartilhada dos Fundos de Pensão indica a necessidade de moderação na relação jurídica (participantes nos órgão de deliberação ao lado dos patrocinadores/instituidores), trazendo a idéia de participação dos envolvidos nos momentos e nas esferas de decisão. O atendimento dessas questões (dar informação transparente e conferir poder de administração) é essencial, sobretudo em um ambiente de mediação de conflitos, o que pode afastar ou elucidar uma demanda em potencial.

2.3 A Regulação da Previdência Complementar

³⁷ LC 108, de 2001. Art. 11. A composição do conselho deliberativo, integrado por no máximo seis membros, será paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, cabendo a estes a indicação do conselheiro presidente, que terá, além do seu, o voto de qualidade.

Art. 15. A composição do conselho fiscal, integrado por no máximo quatro membros, será paritária entre representantes de patrocinadores e de participantes e assistidos, cabendo a estes a indicação do conselheiro presidente, que terá, além do seu, o voto de qualidade.

³⁸ LC 109, de 2001. Art. 35, § 1º O estatuto deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas.

2.3.1 Estrutura e funcionamento dos órgãos reguladores

A Lei n.º 12.154, de 2009³⁹, estabelece que a Previc é constituída na forma de autarquia de natureza especial, sendo dotada de autonomia administrativa e financeira, patrimônio próprio e vinculada ao Ministério da Previdência Social, com competência para supervisionar o regime de Previdência Complementar operado pelas EFPC. A Lei Complementar n.º 109, de 2001, ao regulamentar o artigo 202 da Constituição, introduziu regras modernas para o funcionamento dos fundos de pensão e previu em seus artigos 5º e 74⁴⁰ a edição de uma lei ordinária para disciplinar a nova estrutura de regulação e fiscalização das EFPC, o que foi materializado pela Lei n.º 12.154, de 2009. Nesse novo contexto, Pena (2010) explica:

A Previc substituiu a Secretaria de Previdência Complementar (SPC), criada em 1978. A SPC regulamentava, fiscalizava a execução das normas de contabilidade, atuária fixadas pelo Conselho de Previdência Complementar. Além disso, ela acumulava outras funções: baixava instruções, expedia circulares para implementar as normas estabelecidas, fiscalizava as entidades fechadas de Previdência Complementar (EFPC), inclusive quanto às regras de investimentos do CMN-Conselho Monetário Nacional e liquidava as entidades com situação de solvência inadequada.

Pela Lei n.º 12.154, de 2009, estruturada pelo decreto n.º 7.075, de 26 de janeiro de 2010, a Previc ganhou o status de autarquia especial, substituindo a SPC no tocante à supervisão, fiscalização, autorização e licenciamento, monitoramento e fornecimento de cadastro para as EFPC.

O Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC, que exercia as funções de órgão regulador e de julgamento de recursos das EFPC, foi assim dividido: Conselho Nacional de

³⁹ Lei n.º 12.154, de 23 de dezembro de 2009. Cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC e dispõe sobre o seu pessoal; inclui a Câmara de Recursos da Previdência Complementar na estrutura básica do Ministério da Previdência Social; altera disposições referentes a auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil; altera as Leis n.ºs 11.457, de 16 de março de 2007, e 10.683, de 28 de maio de 2003; e dá outras providências.

⁴⁰ Art. 5º A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de Previdência Complementar serão realizados por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei, observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal.

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

Previdência Complementar – CNPC, órgão regulador e, Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC, órgão de julgamento final dos processos na instância administrativa dos recursos interpostos pelos dirigentes e EFPC, contra decisão da diretoria colegiada da Previc.

A Secretaria de Políticas de Previdência Complementar – SPPC, órgão da estrutura do Ministério da Previdência Social, criada a partir da Lei n.º 12.154, de 2009, tem como atribuição formular e acompanhar as políticas e diretrizes do regime de Previdência Complementar, operado pelos fundos de pensão. Cabe à SPPC, igualmente, propor ao CNPC a edição de normas relativas ao regime de Previdência Complementar, avaliar seus impactos e fomentar o intercâmbio de experiências nacionais e internacionais. A SPPC exerce ainda as funções de secretaria-executiva do CNPC e da CRPC.

Finalmente, a CRPC tem como objetivo apreciar e julgar, encerrando a instância administrativa, os recursos interpostos contra decisão da diretoria colegiada da Previc. O CNPC e a CRPC são integrados por membros do governo e das associações de entidades, patrocinadores, instituidores e participantes das EFPC, o que evidencia maior controle e participação social.

Dessa forma, a Secretaria de Previdência Complementar foi extinta e no seu lugar ficou a Previc, tendo sido transferidos os processos administrativos em tramitação para a nova autarquia⁴¹. Sobre o debate da natureza do órgão supervisor, assim discorre Pulino (2011, p. 415):

Se o modelo mais adequado seria o de uma agência reguladora ou o de uma superintendência “de natureza especial” (como a Previc) é questão de menor importância. O que importa, a nosso ver, é que sejam legalmente conferidos instrumentos de autonomia político-funcional e máxima especialização de quadros funcionais para supervisão de tão relevante componente do sistema de seguridade social.

Considerado isso, é possível concluir que a Previc não se configura uma típica agência reguladora, e sim uma superintendência fiscalizadora com natureza de autarquia

⁴¹ Lei n.º 12.154, de 2009. Art. 55. As competências atribuídas à Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social, por meio de ato do Conselho de Gestão da Previdência Complementar, do Conselho Monetário Nacional e de decretos, ficam automaticamente transferidas para a Previc, ressalvadas as disposições em contrário desta Lei.

Decreto n.º 7.075, de 2010. Art. 5º Ficam mantidos, até a sua revisão ou revogação pela PREVIC, observadas as competências da autarquia, os atos normativos e operacionais da Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social, em vigor na data de publicação deste Decreto.

Parágrafo único. As referências à Secretaria de Previdência Complementar ou ao órgão fiscalizador ou supervisor das atividades das entidades fechadas de Previdência Complementar contidas na legislação em vigor devem ser entendidas, a partir da publicação deste Decreto, como referências à PREVIC.

[...]

Art. 7º Os processos administrativos em tramitação na Secretaria de Previdência Complementar ficam transferidos para a PREVIC.

especial. Ademais, um ponto a diferenciar é que as agências reguladoras, além de ter mandato fixo para seus diretores, possuem dentro de sua estrutura um órgão integrado com poder normativo, ao passo que no setor de Previdência Complementar fechado o órgão normativo está vinculado ao Ministério, portanto fora da autarquia.

Vê-se que o arcabouço regulatório do regime fechado de previdência, segmento com alta especialização, está bem definido, com funções precipuamente executivas (Previc), formuladora de políticas (SPPC), normatizadora (CNPC) e julgadora (CRPC), não se afastando o desempenho subsidiário das outras funções por todos os órgãos e entes citados. Em particular, a estrutura básica da Previc está composta de uma Diretoria Colegiada, formada pelo Diretor-Superintendente e quatro Diretores, Coordenadorias Gerais, Procuradoria Federal, Auditoria Interna, Ouvidoria e Corregedoria, e têm entre suas atribuições, a função de harmonizar as atividades das entidades fechadas de Previdência Complementar com as normas e políticas estabelecidas para o segmento, bem como **promover a mediação e a conciliação entre os envolvidos, e dirimir os litígios por meio da arbitragem.**

Uma das novidades foi a criação de uma Câmara de Recursos da Previdência Complementar, instância recursal e de julgamento no âmbito do Ministério da Previdência Social, competente em matéria de processos administrativos relativos a auto de infração ou inquéritos, bem como para julgar as impugnações referentes aos lançamentos tributários da Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar - TAFIC⁴².

De outra parte, o órgão normatizador passa a denominar-se Conselho Nacional de Previdência Complementar (no lugar do CGPC), com responsabilidade pela regulamentação das matérias no campo infralegal. Nota-se, portanto, que a função normativa primária, referente à edição de Resoluções para regulamentarem artigos de Lei, não será exercida pela Previc, mas por um colegiado vinculado ao Ministério da Previdência formado por representantes do Governo, participantes e assistidos, patrocinadores e instituidores, e fundos de pensão. Nada obstante, frise-se, a autarquia possui um poder normativo para editar instruções e orientações internas necessárias à aplicação da legislação⁴³. Por derradeiro, a

⁴² Lei n.º 12.154, de 2009. Art. 15. Fica criada, no âmbito do Ministério da Previdência Social, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar, instância recursal e de julgamento das decisões de que tratam os incisos III e IV do art. 7º, cujo pronunciamento encerra a instância administrativa, devendo ser tal decisão e votos publicados no Diário Oficial da União, com sigilo da identidade dos autuados ou investigados, quando necessário.

⁴³ Lei n.º 12.154, de 2009. Art. 2º Compete à Previc:
[...]

coordenação e a definição das políticas e diretrizes aplicáveis ao regime de Previdência Complementar ficarão a cargo do Ministério da Previdência Social por intermédio da Secretaria de Políticas de Previdência Complementar.

2.3.2 Formas de atuação

Na Previdência Complementar, a ação do Estado deverá ser exercida, entre outros, com os objetivos de proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios, compatibilizando as atividades dos fundos de pensão com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro do País, e determinando padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios⁴⁴. Rodrigues (2005, p. 19) relata:

Embora a Previdência Complementar encontre-se no âmbito do direito privado, esse meio de provimento está inserido em contexto de preocupação social pela natureza fundamental das prestações envolvidas. Por conseguinte, há forte controle estatal sobre as suas atividades, sendo que essa atuação incide prioritariamente para a proteção dos interesses dos participantes e assistidos (art. 3º, VI). A ação pública volta-se tanto para a regulação como para a fiscalização do segmento.

Os fundos de pensão têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de caráter previdenciário, e a tutela do Estado na sua regulação se apresenta nas seguintes funções: regulamentadora, autorizativa, fiscalizadora, e permeando tudo isso, com o advento da Lei n.º 12.154, de 2009, também a função judicante, que é a prerrogativa de conciliar conflitos. A Constituição atribui ao Estado o papel de agente normativo e regulador

III - expedir instruções e estabelecer procedimentos para a aplicação das normas relativas à sua área de competência, de acordo com as diretrizes do Conselho Nacional de Previdência Complementar, a que se refere o inciso XVIII do art. 29 da Lei 10.683, de 28 de maio de 2003;

⁴⁴ LC 109, de 2001. Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

[...]

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

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

[...]

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

da atividade econômica, e nessa função exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento⁴⁵. Sobre as modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico, Barroso (2005, p. 6) ensina:

[...] o Poder Público interfere na atividade econômica, em primeiro lugar, traçando-lhe a disciplina, e o faz mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do poder de polícia. De fato, o Estado exerce competências normativas primárias e edita normas decisivas para o desempenho da atividade econômica, algumas com matriz constitucional, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (art. 5º, XXXII), a lei de remessa de lucros (art. 172), a lei de repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), entre outras. Exerce, ademais, competências normativas de cunho administrativo, editando decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias, algumas em domínios relevantíssimos como a política de crédito e a de câmbio. Por fim, desempenha, também, o poder de polícia, restringindo direitos e condicionando o exercício de atividades em favor do interesse coletivo (e.g., polícia ambiental, sanitária, fiscalização trabalhista).

De outra parte, o Estado interfere no domínio econômico por via do fomento, isto é, apoiando a iniciativa privada e estimulando determinados comportamentos. Assim, por exemplo, através de incentivos fiscais, o Poder Público promove a instalação de indústrias ou outros ramos de atividade em determinada região. Do mesmo modo, a elevação ou redução da alíquota de impostos – notadamente os que têm regime excepcional no tocante aos princípios da legalidade e anterioridade (CF, arts. 150, § 1º e 153, § 1º), como IPI, imposto sobre a importação, IOF – é decisiva na expansão ou retração de determinado segmento da economia. Igualmente relevante, no fomento da atividade econômica, é a oferta de financiamento público a determinadas empresas ou setores do mercado, mediante, por exemplo, linha de crédito junto ao BNDES.

Por fim, o Estado interfere, ainda, na ordem econômica, mediante atuação direta. Aqui, todavia, é necessário distinguir duas hipóteses: (a) a prestação de serviços públicos; e (b) a exploração de atividades econômicas.

Em resumo, pode o Estado intervir no domínio econômico para i) disciplinar a atividade econômica por meio da edição de normas e pelo exercício do poder de polícia; ii) incentivar a iniciativa privada por intermédio de isenções/reduções fiscais ou pela concessão de empréstimos públicos; e iii) atuar diretamente na prestação de serviços públicos e na exploração de atividades econômicas.

⁴⁵ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

2.3.2.1 Função regulamentadora

No que diz respeito à regulamentação estatal, a LC 109, de 2001, indica algumas matérias passíveis de disciplina infralegal: normatização e autorização dos planos de benefícios⁴⁶, fixação de critérios e normas para a constituição de reservas técnicas, fundos e provisões⁴⁷, regulamentação dos procedimentos contábeis⁴⁸, regulamentação dos prazos e meios de divulgação de informações aos participantes⁴⁹, entre outros. A prerrogativa para regulamentar essas matérias é exercida pelo CNPC por meio da edição de Resoluções.

2.3.2.2 Função autorizativa

Igualmente chamada de **licenciamento**, a competência autorizativa é realizada nos atos constitutivos das entidades de previdência, seja na autorização prévia de convênio de adesão quando um patrocinador quer ingressar ou instituir um novo plano; seja no estatuto na forma de organização dessa entidade; ou no próprio contrato que é o regulamento, e nas suas alterações; passando ainda pelas autorizações de fusão, cisão, incorporações, retiradas de patrocínio e transferências de grupos de participantes, de planos e de reservas.

Existem vários dispositivos legais que condicionam a prática de determinados atos por parte das EFPC à prévia e expressa aprovação do órgão estatal: regulamento de

⁴⁶ Art. 6º As entidades de Previdência Complementar somente poderão instituir e operar planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador, conforme disposto nesta Lei Complementar.

⁴⁷ Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial. Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de Previdência Complementar.

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.

⁴⁸ Art. 23. As entidades fechadas deverão manter atualizada sua contabilidade, de acordo com as instruções do órgão regulador e fiscalizador, consolidando a posição dos planos de benefícios que administram e executam, bem como submetendo suas contas a auditores independentes.

⁴⁹ Art. 24. A divulgação aos participantes, inclusive aos assistidos, das informações pertinentes aos planos de benefícios dar-se-á ao menos uma vez ao ano, na forma, nos prazos e pelos meios estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador.

plano de benefícios ou adesão de patrocinador⁵⁰, aplicação de dispositivos estatutários⁵¹, formalização de convênios de adesão⁵², alterações regulamentares⁵³, extinção de planos e retirada de patrocínio⁵⁴, constituição e o funcionamento da entidade fechada⁵⁵.

2.3.2.3 Função fiscalizadora

Quanto à fiscalização, as entidades de Previdência Complementar estão sujeitas à supervisão pelo órgão governamental⁵⁶, e até à intervenção ou liquidação pelo órgão público competente⁵⁷. As atividades de fiscalização abrangem, em síntese: i) o monitoramento das

⁵⁰ LC 108, de 2001. Art. 4º Nas sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, a proposta de instituição de plano de benefícios ou adesão a plano de benefícios em execução será submetida ao órgão fiscalizador, acompanhada de manifestação favorável do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle do patrocinador. Parágrafo único. As alterações no plano de benefícios que implique elevação da contribuição de patrocinadores serão objeto de prévia manifestação do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle referido no caput.

⁵¹ LC 108, de 2001. § 2º Caso o estatuto da entidade fechada, respeitado o número máximo de conselheiros de que trata o caput e a participação paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, preveja outra composição, que tenha sido aprovada na forma prevista no seu estatuto, esta poderá ser aplicada, mediante autorização do órgão regulador e fiscalizador.

⁵² LC 109, de 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.

⁵³ LC 109, de 2001. Art. 17. As alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante.

Parágrafo único. Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria.

⁵⁴ LC 109, de 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.

Parágrafo único. Para atendimento do disposto no caput deste artigo, a situação de solvência econômico-financeira e atuarial da entidade deverá ser atestada por profissional devidamente habilitado, cujos relatórios serão encaminhados ao órgão regulador e fiscalizador.

⁵⁵ LC 109, de 2001. 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;

II - as operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas;

III - as retiradas de patrocinadores; e

IV - as transferências de patrocínio, de grupo de participantes, de planos e de reservas entre entidades fechadas.

⁵⁶ LC 109, de 2001. 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.

⁵⁷ LC 109, de 2001. Art. 44. Para resguardar os direitos dos participantes e assistidos poderá ser decretada a intervenção na entidade de Previdência Complementar, desde que se verifique, isolada ou cumulativamente: [...]

operações em investimentos e a constituição das reservas técnicas, fundos e provisões; ii) a verificação do cumprimento da legislação e a aplicação de penalidades administrativas. De acordo com a Lei n.º 12.154, de 2009⁵⁸, a atribuição para fiscalizar os fundos de pensão será exercida privativamente pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. A respeito do poder fiscalizador do Estado, Rodrigues (2005, p. 19) explica:

A proteção estatal admite o exercício do Poder de Polícia, mediante processos fiscalizadores (art. 41) que propiciarão o acesso a todas as informações de relevo na matéria, inclusive aquelas que estejam em poder de patrocinadoras e instituidoras. O exercício de polícia administrativa pressupõe a capacidade de aplicação de sanções administrativas, conforme previsto no art. 65, que admite as seguintes penas: (I) a advertência; (II) a suspensão do exercício de atividades em entidades de Previdência Complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias; (III) a inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidades de Previdência Complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público; e (IV) a multa, que poderá superar a dois milhões de reais (no caso de reincidência – art. 65, § 2º). Naturalmente, a aplicação de sanções administrativas deverá observar o devido processo de lei, com os meios próprios de defesa e de interposição de meios recursais.

Dentro do capítulo da “Fiscalização”, a LC 109/2001 determina aos patrocinadores e instituidores o dever de “supervisão sistemática” (art. 41, § 2º), com a correspondente responsabilização em caso de omissão.

Se a entidade de previdência, sob a gestão convencional, não se mostrou apta a manter os planos e a própria entidade em condições regulares, sobretudo com relação ao respectivo equilíbrio, admitem-se processos de assunção da administração por parte das autoridades públicas.

Seguindo a gradação legal, no âmbito do segmento fechado, existe a possibilidade de nomeação de administrador especial “com poderes próprios de intervenção e de liquidação extrajudicial, com o objetivo de sanear plano de benefícios específico” (art. 42). Essa medida, de caráter cirúrgico, visa buscar solução para problema existente num único plano. Tem-se aqui a incidência do conceito geral de administração por planos que antes foi referido. Caso dificuldade semelhante se

Art. 47. As entidades fechadas não poderão solicitar concordata e não estão sujeitas a falência, mas somente a liquidação extrajudicial.

[...]

Art. 54. O interventor terá amplos poderes de administração e representação e o liquidante plenos poderes de administração, representação e liquidação.

⁵⁸ Art. 60.

[...]

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

dê num plano de entidade aberta, caberá a nomeação de um “diretor-fiscal” (art. 43).

Tendo o problema uma dimensão maior (traduzida nos requisitos previstos no art. 44) poderá ser decretada a intervenção na entidade com a finalidade “de resguardar os direitos dos participantes e assistidos”. Essa medida visa o saneamento da pessoa jurídica previdenciária, de forma a que possa retomar a situação de normalidade após o período interventivo. Contudo, caso a entidade não possua condições de ser saneada, caberá a liquidação extrajudicial (art. 47), com o intuito de levantar os ativos existentes e saldar, tanto quanto possível, as obrigações.

Dessa forma, o exercício do poder de polícia inclui a aplicação de sanções de advertência, de multa e de suspensão do exercício de atividades e a inabilitação para o exercício de cargo ou função em entidades de previdência, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público. Caso não sejam suficientes essas sanções, a autoridade pública pode assumir a administração por meio da nomeação de administrador especial, ou ainda decretar a intervenção na entidade ou, no limite, a liquidação extrajudicial.

Destaque-se que compete ainda à fiscalização a formalização de termo de ajustamento de conduta (TAC) às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, cuja aplicação ocorre diante de uma situação de risco de aplicação de penalidade administrativa, podendo ser proposto quando: i) a conduta não implicar prejuízos à EFPC ou a plano de benefícios; ii) for possível corrigir a irregularidade; iii) não tiver sido formalizado TAC com a mesma conduta nos últimos cinco anos ou não tenha havido descumprimento de qualquer outro TAC⁵⁹.

A Previc adota a metodologia de Supervisão Baseada em Riscos, tendo publicado o “Guia Previc - Melhores práticas em fundos de pensão” (2010) com o objetivo de orientar os dirigentes, participantes, patrocinadores, instituidores, e seus próprios servidores em relação à gestão dos fundos de pensão, e com isso promover a estabilidade, segurança e boa governança de planos e entidades de previdência, e proteger o interesse dos seus membros e beneficiários. Nos termos do citado Guia, *a Supervisão Baseada em Risco incentiva uma forte e importante mudança de cultura na rotina de trabalho, de gestão e de*

⁵⁹ Instrução n.º 3 PREVIC de 29.06.2010. Dispõe sobre o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) no âmbito do regime de Previdência Complementar operado por entidades fechadas de Previdência Complementar.

Art. 3º O TAC somente poderá ser celebrado quando:

I - não tiver havido prejuízo financeiro à EFPC ou a plano de benefícios por ela administrado, salvo se a proposta abranger o ressarcimento integral desse prejuízo;

II - for possível corrigir a irregularidade, mediante a adequação de determinadas práticas aos ditames legais e da regulação em vigor; e

III - não tiver havido, nos últimos 5 (cinco) anos, a celebração de outro TAC relativo à mesma infração nem o descumprimento de outro TAC anteriormente firmado pelo mesmo compromissário.

acompanhamento por parte dos supervisores e supervisionados, que agregam esforços para defender e garantir o patrimônio previdenciário dos participantes e assistidos do sistema de Previdência Complementar fechado.

Segundo Pena e Galazi (2008, p. 157), são dez os princípios a serem seguidos na supervisão: objetivos expressos em leis; independência operacional; recursos e poderes adequados para as autoridades supervisoras; utilização da metodologia de supervisão baseada em risco, com proporcionalidade e consistência; consulta e cooperação entre autoridades supervisoras; confidencialidade no tratamento de informações; transparência na condução das operações de supervisão; e adoção de código de governança por parte das autoridades supervisoras. No contexto Brasileiro, de acordo com Pena e Angoti (2011):

[...] a fiscalização direta, ao lado do licenciamento prévio e do monitoramento contábil, atuarial e de investimentos, constituem os pilares de atuação da Previc e integram a estrutura de supervisão baseada em risco.

[...]

A atividade de supervisão baseada em riscos pode ser realizada diretamente (on-site), quando a Diretoria de Fiscalização formula, aprova e executa seu programa anual de fiscalização (PAF) – documento síntese da fiscalização dos fundos de pensão – com base em uma matriz de risco; indiretamente (off-site), quando realiza o monitoramento contínuo das ações de gestão e operações das EFPC em relação aos planos de benefícios por ela administrados; ou por ocasião do licenciamento prévio e da análise de risco subjacente.

Assim, a Supervisão Baseada em Riscos é realizada das seguintes formas: i) fiscalização direta com base em uma matriz de risco; ii) indiretamente, quando realiza o monitoramento contínuo das ações de gestão e operações das EFPC (referentes ao controle contábil, atuarial e de investimentos); iii) por ocasião do licenciamento prévio e da análise de risco subjacente às proposições de constituição e alteração dos contratos previdenciários (regulamento, estatuto, convênio de adesão); congregando desse modo a intervenção no domínio econômico pela disciplina, pelo fomento e pela atuação direta nos casos de decretação de regime especial.

Em suma, o ordenamento brasileiro prevê uma estrutura de regulação moderna trazida pela Lei n.º 12.154, de 2009, com órgãos e entes que atuam nas diversas funções, notadamente de normatização, autorização e fiscalização, ou ainda como conciliador e julgador.

3 - MEIOS CONSENSUAIS NA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

3.1 Formas de solução de conflitos

Os conflitos podem ser resolvidos de diversos modos, seja pela autotutela (uso da força física), pela autocomposição (ação das próprias partes) ou pela heterocomposição (atuação de um terceiro). Historicamente a autotutela progrediu para a composição da demanda por um terceiro que, geralmente, era um religioso ou um ancião considerado na comunidade. Com o aperfeiçoamento do direito passou-se a aceitar que a controvérsia viesse a ser solucionada por um árbitro que no início era definido pelas partes e mais tarde passou a ser escolhido pelo Estado. Acerca dessa evolução, Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 22-23) ensinam que:

[...] os indivíduos começaram a preferir, ao invés da solução parcial dos conflitos (parcial = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial [...] confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. [...] Mais tarde e à medida em que o Estado foi se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes discriminada esfera de liberdade, nasceu, também, gradativamente, a sua tendência em absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. A história nos mostra que, no direito romano arcaico [...] já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Os cidadãos em conflito compareciam perante o pretor, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; [...] Em seguida, escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. O processo civil romano desenvolvia-se, assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou pretor (*in jure*), e perante o árbitro, ou *judex* (*apud judicem*). Depois [...] se caracterizou pela invasão de área que antes não pertencia ao pretor: contrariando a ordem estabelecida, passou este a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentença inclusive, ao invés de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse.

Verifica-se que, com o fortalecimento do Estado, migrou-se de um sistema de autotutela, em que a demanda é resolvida somente pelas partes, para um modelo de decisão imposto por um terceiro (juiz estatal ou árbitro). A interferência do Estado evoluiu passando

a ter o poder de nomear o árbitro. Nesses termos, passou-se de um sistema de arbitragem facultativa para uma arbitragem obrigatória, e ao longo do tempo, com o estabelecimento de aparato estatal, surgiu a jurisdição, com a participação de juízes estatais que apreciam e decidem os conflitos.

No Brasil, desde a Constituição de 1824, já havia previsão de solução de conflitos de modo alternativo, na medida em que era possível às partes designar juízes-árbitros nas ações cíveis e nas penais civilmente intentadas, cujas sentenças eram executadas sem recurso, desde que as partes assim ajustassem⁶⁰. A partir de então, o Direito Brasileiro, em diversos diplomas legais (Código Comercial de 1850, Código Civil de 1916, Código de Processo Civil de 1939 e de 1973, etc.), dispôs sobre a arbitragem como forma de solução de conflitos. Atualmente, o tema está disciplinado pela Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, assegurando à decisão arbitral o mesmo status jurídico e efeitos em relação à decisão judicial proferida por juiz togado.

Deste modo, é possível dividir em dois os grupos de solução de conflitos: o **judicial**, em que um juiz declara de quem é o direito; e o **extrajudicial**, o qual se subdivide em mediação, conciliação e arbitragem, e como o próprio nome indica, são mecanismos alternativos que têm o objetivo de dirimir controvérsias sem que para isso seja necessária a participação da jurisdição estatal. A classificação igualmente ocorre sob dois outros aspectos, a depender de quem tem poder de decisão para dirimir o conflito: solução heterônoma, na qual um terceiro decide a demanda, enquadrando-se aí a jurisdição e a arbitragem; ou solução autônoma (consensual) na qual as próprias partes buscam resolver o conflito, de que são exemplos a mediação e a conciliação. Um dos maiores paradigmas a ser superado pela sociedade atual é a questão de se levar ao judiciário todas as demandas para que se decida quem tem direito, ou a adoção dos métodos consensuais para solução de conflitos. Segundo Souza (2010):

[...] normalmente, as partes querem (e é inteligente que assim o façam) comparar o teor de um possível acordo que elas estão construindo com o provável teor de uma eventual decisão judicial a respeito do mesmo conflito (a qual levaria em conta unicamente os critérios legais), assim como ponderar os custos e a duração da alternativa representada pelo processo judicial. Dentro desse quadro é que elas buscarão construir uma solução

⁶⁰ Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. – BRASIL, endereço eletrônico www.planalto.gov.br. Acessado em 21 de janeiro de 2011.

que lhes pareça mais adequada do que aquela que decorreria de um julgamento.

[...]

Não é muito difícil perceber, numa primeira análise, que ele ignora, dentre as causas do surgimento do movimento pela utilização dos meios alternativos, a reação ao formalismo, lentidão e custo excessivo do processo judicial – situação idêntica, aliás, à que fez o movimento aflorar no Brasil, propondo uma justiça mais rápida, mais barata e de melhor qualidade.

Dito isso, passamos a definir os métodos consensuais. A **mediação** é uma forma alternativa e voluntária de resolução de conflitos em que o terceiro imparcial aproxima os interessados e orienta as partes com neutralidade, sem dar sugestão, pois nessa modalidade as partes é que propõem suas próprias soluções. Menezello (2002, p. 171) explica:

A mediação tem como finalidade aproximar as partes, visando à pacificação dos conflitos e buscando um consenso por meio da participação de um terceiro neutro e conhecedor do assunto em disputa, para que este possa colaborar na solução aceitável e eficaz da questão apresentada. Admite-se ainda que “a mediação é essencialmente o diálogo ou a negociação com o envolvimento de uma terceira parte”, ou seja, é por meio da interlocução que as disputas são identificadas para serem equacionadas e transformadas num acordo.

Já na **conciliação**, outro método alternativo, há a intervenção de um terceiro que ajuda na composição do litígio, oferecendo idéias e sugestões para que as partes cheguem a um acordo. A conciliação pode ser caracterizada como um degrau acima da mediação e constitui etapa do processo judicial prevista no Código de Processo Civil, o qual estabelece a tentativa de conciliação na fase inicial da audiência de instrução e julgamento, ocasião em que o juiz convocará as partes⁶¹. É também considerada como fase preliminar da arbitragem, que poderá ser adotada quando não se obtiver êxito na fase inicial de mediação, devendo o

⁶¹ Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º. Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

[...]

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

árbitro tentar a conciliação logo no início do procedimento⁶². Souza (2010) assim diferencia os mecanismos:

Salientam-se como diferenças principais entre mediação e conciliação: a) o fato de que os critérios discutidos entre o conciliador e as partes para obtenção do acordo, normalmente, se resumem aos parâmetros legais, e não se costuma investigar as causas e interesses subjacentes ao conflito, como ocorre na mediação; b) o fato de que se espera do conciliador uma postura mais ativa na condução das partes a um acordo (ao passo que o mediador deve ser mero facilitador do diálogo)

Por último, a **arbitragem** é uma forma de solução de conflitos em que um terceiro, especialista no assunto e escolhido pelas partes, decide a controvérsia com força de uma sentença judicial a qual não se admite recurso. De acordo com Passos (2008, p. 76):

Em síntese, na Mediação, o terceiro imparcial, escolhido de comum acordo pelas partes, auxilia na comunicação, nas reflexões, coordena o diálogo para que o mesmo se mantenha produtivo, sem agravar o conflito, não lhe sendo permitido, na qualidade de mediador, emprestar seus conhecimentos técnicos (de formação) para fins de orientação às partes. Pode, entretanto, utilizá-los para orientar as partes a procurar um profissional qualificado quando perceber a necessidade de uma informação de cunho técnico. Na Conciliação o terceiro imparcial auxilia na construção do acordo, orienta, sugere, empresta seus conhecimentos (amplos sobre o tema, podendo, inclusive orientar quanto a aspectos jurídicos). Por fim, na Arbitragem, o terceiro imparcial escolhido pelas partes julga, determina a solução, proferindo decisão consoante estabelece a Lei da Arbitragem. Para tanto, o árbitro deve ter amplo conhecimento acerca do tema objeto do conflito, devendo buscar, inclusive e sempre que necessário o assessoramento de peritos ou especialistas no tema, para somente então manifestar sua decisão que envolve, inclusive, aspectos legais.

Desse modo, é possível identificar três formas de solução de conflitos: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição. Nos dias de hoje, a **autotutela** não é aceitável por pautar-se pela força, por ser uma solução não pacificadora e que pode resultar em violência no futuro, sendo admitida apenas em situações excepcionais previstas por lei (ex.: não são atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente; que tratam dos efeitos da posse em caso de turbação, restituído no de esbulho; e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado; etc.). A

⁶² Lei n.º 9.307, de 1996. Art. 21.....
[...]

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

autocomposição, antes caracterizada por renúncia e submissão de uma das partes ou por concessões recíprocas, tem evoluído para uma forma colaborativa e que atende às necessidades dos envolvidos. Por último a **heterocomposição** tanto estatal (jurisdição) quanto a alternativa (vinculante que é a arbitragem ou não vinculante que se enquadram a mediação e a conciliação) são formas viáveis de resolução de uma questão por meio de um terceiro.

3.2 Dos modelos de solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública

Há diversas situações em que a solução consensual de conflitos pode ser adotada no âmbito da Administração Pública, estando previstas em várias leis e normas regulamentares, de que são exemplos: i) a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, do processo administrativo federal; ii) o termo de ajustamento de conduta, disciplinado na Lei da Ação Civil Pública, e em outras leis; iii) a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal; iv) os modelos adotados pelas agências reguladoras; v) as ouvidorias.

Souza (2010, p. 238) cita algumas hipóteses:

Os meios consensuais de solução de conflitos tanto podem ser utilizados quando um dos envolvidos no conflito é um ente público e o outro é um particular, como é muito comum ocorrer nos processos de fiscalização e licenciamento, como nos processos envolvendo a reparação de danos decorrentes da lesão a bens de interesse público.

Podem ser utilizados também nas situações em que estão envolvidos no conflito, que pode vir a ensejar a atuação fiscalizatória do ente público, usuário e prestador de serviços de natureza privada, como é típico no procedimento administrativo desencadeado nas agências reguladoras a partir das reclamações de usuários. Ressalte-se que, nessa última hipótese, quando não ficar caracterizada a violação de norma apta a desencadear o exercício do poder de polícia, o próprio ente público regulador pode atuar como mediador do conflito.

3.2.1 Lei n.º 9.784, de 1999, do processo administrativo federal

O artigo 2º da Lei n.º 9.784, de 1999, estabelece, entre os critérios que deverão nortear o processo administrativo federal, o seguinte: “VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. Trata de uma previsão genérica que permite a transação, e nessa esteira, existem várias outras leis e normas disciplinadoras na área da regulação, entre elas a Lei n.º 12.154, de 2009, da Previc.

Batista Júnior (2007, p. 361) ensina:

O ordenamento jurídico brasileiro não determina que a Administração deva exercer seus poderes apenas de forma imperativa e unilateral, mas, ao contrário, prestigia a participação do administrado e as soluções concertadas. Se a Administração, em reverência ao princípio da eficiência administrativa, pode bem cumprir seus fins sem se valer, imperativamente, da prerrogativa de impor condutas aos administrados, por certo deve poder atuar, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, da forma menos invasiva à esfera de liberdade dos indivíduos.

Coerente com isso, e em linha com o princípio constitucional da eficiência, o art. 2º da Lei n.º 9.784, de 1999, inclui também, entre os critérios norteadores do processo administrativo, o seguinte parâmetro: “IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.”

3.2.2 Termo de ajustamento de conduta

A possibilidade de adoção do termo de ajuste de conduta tem previsão desde a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que incluiu o parágrafo 6º no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública:

Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Desse modo, nosso ordenamento prevê a transação ente público ou particular objetivando o ajustamento da conduta, quando se tratar de conflitos envolvendo os interesses resguardados pela Lei da Ação Civil Pública, nos termos do artigo 1º da Lei n.º 7.347, de 1985:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – à ordem urbanística;

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V - por infração da ordem econômica e da economia popular.

De outro lado, no âmbito da fiscalização das instituições financeiras e entidades que operam no mercado de valores mobiliários, o § 5º do artigo 11 da Lei n.º 6.385, de 1976, o qual disciplina as penalidades aplicáveis, estabelece que: “A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: I – cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II – corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.”

Acerca da questão, Souza comenta (2010, p. 244):

A fim de dar efetividade a tal norma, a Deliberação CVM 486, de 2005, criou o “Comitê de Termo de Compromisso”, encarregado de emitir parecer acerca da celebração de tais ajustes, podendo, antes da elaboração de seu parecer, negociar com o proponente as condições da proposta de termo de compromisso, sugerindo as alterações que entenda pertinentes para o seu aprimoramento.

Ainda sobre o assunto, Cuêva (2007, p. 300) informa que:

[...] Vale lembrar que, entre maio de 2006 e maio de 2007, a CVM celebrou nada menos que 50 termos de compromisso.

[...] Esse notável sucesso pode também ser atribuído à flexibilidade com que têm sido moldados os termos de compromisso celebrados pela CVM, cujas cláusulas, em muitos casos, não se limitam à cessação da prática, à correção das irregularidades ou à indenização dos danos por elas causados, mas visam também à prevenção das irregularidades e à reparação às lesões aos direitos difusos ou coletivos envolvidos.

Na área da fiscalização dos prestadores de serviços de saúde suplementar, a cargo da Agência Nacional de Saúde Suplementar, existe a possibilidade de celebração de termo de ajuste de conduta, na forma prevista na Lei n.º 9.656, de 1998:

Art. 29

§ 1º. O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso pela ANS [Agência Nacional de Saúde Suplementar], se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta perante a Diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a:

- I – cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e
- II – corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes.

Verifica-se que o termo de ajustamento de conduta é uma forma de solução extrajudicial de controvérsias realizada por diversos entes e órgãos públicos legitimados, em variadas situações, que permite a composição de conflitos relativos a direitos indisponíveis, conferindo ao Estado liberdade de atuação para a defesa dos direitos transindividuais que ultrapassam o direito e dever individuais.

3.2.3 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

No âmbito da União, existe a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, vinculada à Advocacia-Geral da União, que conduz os procedimentos administrativos para a solução de controvérsias jurídicas entre órgãos e entidades da Administração Federal⁶³. Portanto, a União, suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista podem procurar a CCAF para solucionar suas questões de ordem jurídica, quando houver posições divergentes sobre determinado assunto.

⁶³ Revista da PGBC – v. 4 – n. 2 – dez. 2010. p. 90. A solução de controvérsias e conflitos por intermédio de câmaras de conciliação já é uma experiência validada em vários países, e no Brasil temos, entre outras, a experiência da CCAF, órgão da Consultoria-Geral da União criado pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, e tem sua forma de atuação regulamentada pela Portaria da Advocacia-Geral da União (AGU) nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, cujo objetivo principal é evitar litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal.

Com a edição da Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008, as controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos estados ou do Distrito Federal também são matérias de competência da CCAF (AGU, 2008).

Na verdade, há diferenças entre a arbitragem da Lei n.º 9.307, de 1996 e o procedimento adotado pela CCAF, pois, no modelo privado, o árbitro decide a questão apresentada pelas partes, substituindo o Estado-juiz, ao passo que na CCAF não existe transação ou arbitragem, mas sim um método de alinhamento de entendimento da União relativo a algum tema conflituoso entre seus órgãos ou entidades. O fato é que a Câmara funciona como um conciliador de interesses das várias partes (ministérios e demais órgãos ou entidades vinculadas) de uma mesma pessoa jurídica que é a União Federal.

Nesse contexto, existe no caso um conflito aparente de normas e de interpretação que é dirimido pela CCAF, não se configurando autêntica arbitragem ou transação em relação aos direitos públicos indisponíveis.

3.2.4 Solução de controvérsias no âmbito regulatório

Nada obstante a Previc não seja uma típica agência reguladora, como já dito, bem como supervisionar um ramo especializado no qual não se configura uma relação própria de consumo entre o participante e o fundo de pensão, é importante estudar o modelo adotado pelas agências. Isso porque esses ambientes regulados são, modernamente, as maiores fontes de controvérsias, tanto em relação aos contratos administrativos firmados entre poder concedente e concessionários/permissionários, quanto nas relações entre particulares/consumidores e esses agentes. É usual nas agências reguladoras a previsão de utilização de meios consensuais para solução de controvérsias entre usuários e concessionárias prestadores de serviços, bem como envolvendo concessionárias entre si. Barroso (2006, p. 80) lembra que:

“as agências reguladoras costumam ser autorizadas por lei a dirimir tanto controvérsias nas quais o poder concedente é parte [...]quanto as que se instaurem entre dois ou mais particulares, sejam concessionários ou empresas do setor, seja entre essas empresas e seus usuários”.

A Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, da Agência Nacional do Petróleo – ANP⁶⁴, disciplina que entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão deve conter a

⁶⁴ Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

norma sobre a solução de controvérsias, inclusive a conciliação e a arbitragem. Do mesmo modo, a Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e do Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes – DNIT⁶⁵, estabelece como cláusula fundamental do contrato de concessão, regras sobre solução de controvérsias relativas ao contrato e sua execução, com inclusão da conciliação e da arbitragem.

Sobre o setor de energia elétrica, Moraes (2004, p. 73) esclarece:

[...] o art. 3.º, V, da Lei n.º 9.427/1996, prevê a competência da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel para, no âmbito administrativo, resolver os conflitos “entre concessionários, permissionários, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”. Não se trata, aqui, de autêntica arbitragem, conforme exposto acima.

Vê-se que, no âmbito da ANEEL, a possibilidade de utilização dos meios consensuais não se resume às hipóteses de aplicação de penalidades, mas também às reclamações de consumidores. Nesse sentido, o Regimento Interno da ANEEL cria em seu artigo 23 a Superintendência de Mediação Administrativa Setorial, que, conforme inciso III, é competente para “executar as atividades relacionadas aos processos de consulta aos agentes econômicos, a consumidores de energia elétrica e à sociedade e de atendimento a suas reclamações”.

A Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, que cria a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL⁶⁶, dispõe que o contrato de concessão indicará o foro e a maneira para a solução extrajudicial dos conflitos contratuais. Nesse sentido, estabelece em seu artigo 19, XVII, que compete à agência “compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações”, bem assim, conforme o artigo 19, XVIII, “reprimir infrações aos direitos dos usuários”. A respeito do Regulamento utilizado pela agência de telecomunicações, Grotti (2007) pondera:

É relevante destacar que, apesar da utilização (imprópria, aliás) do termo arbitragem, trata-se apenas de um procedimento para a solução de litígios na esfera administrativa. Corroborar esse

⁶⁵ Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.

⁶⁶ Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997 - Lei Geral das Telecomunicações. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995.

entendimento a circunstância de que, por meio desse procedimento, a arbitragem 'é feita pela Comissão de Arbitragem composta por três membros nomeados pelo Presidente da Anatel' (art. 2.º, Anexo III, do Regulamento Geral de Interconexão). Seu desenrolar não é sigiloso (art. 5.º). Podem dele participar aqueles que, sem estar diretamente envolvidos no acordo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada (art. 8.º, II). É dever das prestadoras oferecer todas as informações necessárias para a arbitragem de conflitos de Interconexão (art. 7.º). A decisão da Comissão está sujeita a recurso ao Conselho Diretor (art. 20), podendo ainda ser objeto de um pedido de reconsideração (art. 24). A seu turno, o art. 26 do Anexo III da Resolução 410/2005, estabelece que 'em comum acordo, as partes podem desenvolver processo de arbitragem próprio, encaminhando o resultado para avaliação e homologação da Anatel'

Essas normas regulam os métodos de solução de conflitos entre operadoras em matéria de negociação da interconexão de redes ou do compartilhamento de infra-estrutura. Note-se que o Regulamento de Interconexão é, na verdade, um procedimento de arbitramento pelo poder público, que estabelece a submissão compulsória das operadoras à arbitragem pela Anatel.

Igualmente, o Regulamento aprovado pela ANATEL, ANP e ANEEL para a solução de conflitos em razão do compartilhamento de infra-estrutura utiliza-se de um procedimento dito arbitral⁶⁷. Todavia, Moraes (2004, p. 73) assim comenta o assunto:

[...] Para tanto, criou-se uma Comissão de Arbitragem das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, composta por cinco árbitros, sendo dois representantes da agência requerente, outros dois da agência requerida e um representante da Agência Reguladora do setor não envolvido no conflito. A peculiaridade do procedimento é sua natureza pública, correndo em sigilo em caso de risco para a segurança nacional. O procedimento arbitral, todavia, não suspende a execução dos contratos vigentes, nem permite a interrupção dos serviços outorgados pelo Poder Público.

A decisão da Comissão vinculará as partes e seus representantes, não cabendo dela nenhum recurso na esfera administrativa (art. 35), sendo que o descumprimento de decisão da Comissão constitui infração e será passível de sanção administrativa (art. 36 da Resolução Conjunta).

Não se poderia afirmar que se configura, aqui, autêntico procedimento arbitral, por faltar-lhe, ao menos, dois dos seus elementos básicos: a voluntariedade das partes em aderir a este regime de solução extrajudicial de conflitos e a regência do procedimento pelos princípios e normas da Lei de Arbitragem.

⁶⁷ Resolução Conjunta de Conflitos n.º 02, de 27 de março de 2001.

Verifica-se que, embora discipline o procedimento de arbitragem, na verdade trata-se de solução administrativa de conflito, pois não assegura a autonomia da vontade das partes em se submeter à arbitragem, podendo ser contestada a decisão no Judiciário. Além disso, carece de validade o Regulamento que exige homologação de sentenças arbitrais pela Anatel, na medida em que a lei não atribui competência para reexaminar decisão proferida em uma sentença arbitral.

Não obstante a previsão da arbitragem como forma de solução de controvérsias nas respectivas leis de criação e regramentos inferiores, pode-se concluir que os procedimentos adotados pelas agências não se amoldam à arbitragem disciplinada pela Lei n.º 9.307, de 1996, tratando-se de mecanismos de solução de processos administrativos. O fato é que, embora denomine de arbitragem tal forma de solução de conflitos, na verdade algumas Agências Reguladoras adotam modelos administrativos que não seguem os ditames da Lei n.º 9.307, de 1996, tendo em vista, sobretudo, que a aceitação dos interessados não é voluntária e não há independência nos procedimentos, sendo ainda admitidos recursos. Assim, tais procedimentos ditos arbitrais são na verdade arbitragens administrativas sujeitas ao controle do Poder Judiciário.

3.2.5 Das Ouvidorias

As ouvidorias representam uma porta de entrada para recebimento de manifestações dos interessados sobre a qualidade da prestação dos serviços ao público externo, bem como acerca do funcionamento interno das várias áreas de uma organização. Souza (2010) esclarece essa forma de atuação:

Sob o ponto de vista funcional, as ouvidorias podem constituir um canal para recebimento de manifestações dos usuários acerca da qualidade dos serviços que lhe são prestados (público externo), acerca do funcionamento das diferentes áreas de uma organização ao se relacionar com seu público interno ou ambas (caso das ouvidorias mistas). Muito embora elas não se prestem apenas a receber manifestações negativas, podendo também receber elogios ou sugestões, a função mais lembrada (e utilizada) costuma ser a de receber e encaminhar adequadamente as reclamações, de modo que muitos entendem que se trata inclusive de mecanismo de concretização do comando do artigo 37, § 3º, I, da Constituição Federal, que determina que a lei criará sistema de atendimento às reclamações dos usuários de serviços públicos.

A Ouvidoria também está prevista como instrumento de controle na estrutura da PREVIC, e tem papel relevante na solução consensual de conflitos, especialmente na mediação. Segundo Silva (2005), deve atuar junto à Diretoria sem subordinação hierárquica, para garantir autonomia e independência de ação no cumprimento de suas atividades institucionais:

De acordo com a exposição de motivos, haverá um Ouvidor que atuará junto ao Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e exercerá suas atribuições, sem acumulação com outras funções. Recomenda-se que o Ouvidor tenha acesso a todos os processos da PREVIC e que conte com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, periodicamente ou quando julgar oportuno, relatórios sobre a atuação da agência. Poderiam ser atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade dos serviços prestados pela agência e acompanhar o processo interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados.

A transparência e o controle social sobre a PREVIC serão beneficiados com a existência do Ouvidor.

Em suma, a Administração Pública tem vários mecanismos a sua disposição para tratar dos conflitos inerentes às suas atividades, seja nos processos administrativos seja na regulação da atividade econômica. A utilização desses meios ajuda na construção de uma nova postura na busca da eficácia de direitos fundamentais que dependem de uma atuação do Poder Público.

4 - SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PELA PREVIC

4.1 Competência

A Lei n.º 12.154, de 2009, que cria a Previc, atribui competência para a autarquia “promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de Previdência Complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, bem como dirimir os litígios que lhe forem submetidos na forma da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996”. Quis o legislador, quando tratou da mediação e da conciliação, restringir aos protagonistas do sistema de Previdência Complementar, quais sejam: entidades, participantes e assistidos, e patrocinadores ou instituidores. Entretanto, não fez essa limitação (partes interessadas nem tipo de conflito) quando se referiu à competência da autarquia para dirimir litígios na forma da Lei da Arbitragem, entendendo-se possível instaurar procedimentos arbitrais por iniciativa de outros interessados (outras agências reguladoras, associações, sindicatos, órgãos estatais e privados), bem assim referentes a quaisquer litígios privados, desde que estejam no âmbito de competência da Previc.

Em uma releitura da competência acima transcrita, verifica-se que há duas sentenças: a primeira, tratando da mediação e conciliação, e a segunda, dispondo sobre os litígios apresentados para arbitragem da Previc. Em uma interpretação sistemática, é possível deduzir que a mediação e conciliação aplicam-se aos casos de controvérsias diretas entre as partes envolvidas, e em um espectro mais amplo, deduz-se que a competência arbitral refere-se tanto aos conflitos privados diretos entre as partes como também os relacionados às demais competências correlatas da autarquia, especialmente a de “harmonizar as atividades das entidades fechadas de Previdência Complementar com as normas e políticas estabelecidas para o segmento”. Em todos os casos, deverá, quanto à matéria, observar a sua relevância e repercussão e também a conveniência e oportunidade do órgão arbitral para tratar de matérias atinentes ao contrato previdenciário complementar, como será abordado adiante.

No direito comparado, é importante citar que o órgão supervisor do Reino Unido - *TPR The Pensions Regulator* passou a contar com poderes para resolver disputas envolvendo *trustees* (indivíduos ou empresas responsáveis pela gestão dos fundos de pensão

e pela proteção a participantes e pensionistas) e patrocinadores, a partir de sua criação em 2005⁶⁸.

No Brasil, trata-se de inovação legislativa, na medida em que, ao dispor sobre a matéria, a Lei n.º 12.154, de 2009, definiu que a forma de dirimir litígios deva ser realizada em consonância com a Lei n.º 9.307, de 1996. Cumpre ressaltar que é a primeira lei que atribui a uma autarquia a competência de árbitro aplicando-se a Lei de Arbitragem. As leis de criação de outras Agências (ANEEL, ANATEL, ANTT, ANTAQ e ANP) já haviam previsto competência similar, no entanto, a Lei da Previc acabou de certo modo por elucidar a dúvida acerca da possibilidade de um órgão estatal aplicar diretamente a referida lei arbitral. O fato é que havia uma dúvida sobre a existência de dois tipos de arbitragem: a comercial (Lei da Arbitragem) e a arbitragem regulatória realizada por algumas agências, como já abordado anteriormente, esta que na verdade vem se constituindo em um procedimento administrativo de resolução de controvérsias sujeita a revisão do judiciário.

Surgem nesse momento duas questões: i) possibilidade de submissão de patrocinadores de natureza pública à arbitragem da Previc e; ii) possibilidade de arbitragem em contratos administrativos. Em relação à possibilidade de ente público participar de arbitragem, a própria Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001, admite que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente possam ser patrocinadoras de EFPC⁶⁹, ou seja, possam firmar contrato privado de patrocínio que, na verdade, não se confunde com contrato administrativo. Então se podem contratar, do mesmo modo podem transigir, observada a indisponibilidade do interesse público. Importante notar que, para essas situações, é necessária a manifestação favorável do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle do patrocinador⁷⁰. Na esfera federal, foi editado o Decreto n.º 3.735, de 24 de janeiro de 2001, estabelecendo que a aprovação de alteração de regulamentos, convênios de adesão, contratos de confissão e assunção de dívidas de

⁶⁸ Revista da Abrapp/ICSS/Sindapp n.º 371. Ano 2010.

⁶⁹ Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001, que dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de Previdência Complementar, e dá outras providências.

⁷⁰ LC 108, de 2001. Art. 4º Nas sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, a proposta de instituição de plano de benefícios ou adesão a plano de benefícios em execução será submetida ao órgão fiscalizador, acompanhada de manifestação favorável do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle do patrocinador. Parágrafo único. As alterações no plano de benefícios que implique elevação da contribuição de patrocinadores serão objeto de prévia manifestação do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle referido no caput.

entidades fechadas de previdência privada, patrocinadas por empresas estatais federais, depende de prévia manifestação do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais. Em relação à possibilidade de arbitragem em contratos administrativos, assim pondera Grotti (2006, p. 29):

Apesar dos questionamentos existentes, é indubitável que a complexidade técnica e especificidade dos conflitos entre as partes nas concessões requer uma celeridade incompatível com a obrigatoriedade de recurso ao Poder Judiciário como única alternativa. Importa ainda ter-se presente que, se, em certos casos, o princípio da indisponibilidade do interesse público afasta o compromisso arbitral, há um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem é, não apenas lícita e constitucional, mas, também, recomendável como alternativa ao litígio judicial, por expressa admissão legal. A questão se desloca, então, para a definição do que possa e do que não possa ser objeto de arbitragem. Nesse sentido já caminha parte da doutrina brasileira ao reconhecer a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos e buscar definir as hipóteses de seu cabimento: Adilson de Abreu Dallari (Arbitragem na concessão de serviço público. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n.º 13, p. 5-10, 1996), Caio Tácito (Arbitragem nos litígios administrativos. In: Temas de direito público (estudos e pareceres), Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3, pg. 83-88), Eros Roberto Grau (Arbitragem e contrato administrativo. RTDP, São Paulo, v. 32, p. 14-20, 2000),

[...]

Selma Ferreira Lemes (Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007), Fernando Antônio Dusi Rocha (Da possibilidade do uso da arbitragem nos contratos administrativos. Revista Licitar, São Paulo, n.º 1, p. 32, jul. 1997), Cláudio Viana de Lima (A Lei de arbitragem e o art. 23, XV da Lei de Concessões. RDA, Rio de Janeiro, n.º 209, pg. 91-104, jul./set. 1997), Leon Frejda Szklarowsky (Arbitragem e os contratos administrativos. RDA, Rio de Janeiro, n.º 209, p. 105-107, jul. set. 1997).

Com efeito, é possível a utilização da arbitragem para disputas relacionadas a contratos administrativos, contanto que se observem os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Por conseguinte, com mais razão se deve admitir sua aplicação por entes públicos, na condição de patrocinadores de planos de previdência privada, quanto aos conflitos privados de que é parte envolvendo interesses disponíveis. Além disso, essa é uma nova atividade da autarquia de supervisão que constitui um método decisório paralelo ao poder judiciário, mais célere e voluntário (depende da vontade expressa das partes). Frise-se que tais assuntos exigem especialização e aprofundamento da matéria, e

são voltados exclusivamente para aquelas controvérsias referentes a direito disponível e de natureza patrimonial.

O Decreto n.º 7.075, de 26 de janeiro de 2010, atribui competência à Procuradoria Federal para promover a mediação, conciliação e arbitragem no âmbito da Previc, a ser exercida de acordo com o Regulamento de Mediação, Conciliação e Arbitragem - CMCA⁷¹. Na verdade, esse Regulamento institui a denominada “arbitragem institucional” que é processada pelas regras de um órgão arbitral⁷². Como princípio legitimador da atuação da Previc na solução de conflitos está a prerrogativa para “harmonizar as atividades das entidades fechadas de Previdência Complementar com as normas e políticas estabelecidas para o segmento” prevista na Lei n.º 12.154, de 2009. A própria lei criadora da citada autarquia dispôs sobre diversas funções e competências para regular a atividade de um segmento da economia fortemente especializado, e nessa perspectiva, deverá o órgão estatal agir com imparcialidade e pautar-se pela ponderação e busca do equilíbrio entre os interesses das partes relacionadas.

Nos termos da Lei n.º 9.307, de 1996, e da Instrução Previc n.º 7, de 2010, a arbitragem não é admitida nas hipóteses que possam configurar exercício do poder de polícia, e somente pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis⁷³. Nesse sentido, a citada Instrução não prevê a atuação da Comissão no caso da própria autarquia ser parte no litígio, tudo isso para assegurar a imparcialidade do órgão arbitral, em conformidade com o disposto na Lei n.º 9.307, de 1996⁷⁴. Desse modo, não é possível instaurar a mediação, a conciliação ou a arbitragem de que trata o Regulamento da Previc, na hipótese de o conflito referir a fatos

⁷¹ Art. 21. À Procuradoria Federal, na qualidade de órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, compete: [...] VI - promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de Previdência Complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, bem como dirimir os litígios submetidos à PREVIC na forma da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, e de acordo com o **Regulamento** de Mediação, Conciliação e Arbitragem;

Instrução n.º 7, de 9 de novembro de 2010. Instala a Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da superintendência Nacional de Previdência Complementar – CMCA e aprova o seu regulamento.

⁷² Lei n.º 9.307, de 1996. Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

⁷³ Lei n.º 9.307, de 1996. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Instrução n.º 7, de 2010 – Art. 1º...

§ 1º O exercício das competências a que se refere o *caput* não constitui poder de polícia.

§ 2º A arbitragem de que trata este regulamento será de direito, aplicando-se a legislação vigente, sem restrições, e somente poderá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

⁷⁴ Art. 13...

[...]

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

que estejam sendo discutidos em processo de fiscalização nem tampouco em processos já submetidos ao licenciamento prévio⁷⁵. Nesse último caso, vislumbra-se possível que a autarquia realize reuniões de mediação com o propósito de aproximar as partes envolvidas e esclarecer pontos relacionados ao licenciamento eventualmente necessários, entendendo que a mediação é um instituto acessível às partes, contudo esse procedimento deve ocorrer fora da Comissão de mediação, conciliação e arbitragem, para que não se extrapole a competência prevista na Lei n.º 12.154, de 2009.

Hipótese diferente é a que ocorre com o Termo de Ajustamento de Conduta, que permite a sua formalização com as entidades fechadas de previdência complementar mesmo que a Autarquia possa agir com poder de polícia sobre o tema, desde que sua proposição pelas partes seja feita antes da lavratura do auto de infração. Nessa perspectiva, todos esses instrumentos de solução de conflitos são convergentes e visam harmonizar o sistema regulado.

Em resumo, a Lei n.º 12.154, de 2009, não prevê possibilidade de arbitragem em questões em que a Previc seja parte. Contudo, dá opção à arbitragem institucional em relações patrimoniais entre pessoas capazes de contratar e transigir. E mais, para assegurar a imparcialidade e a independência do órgão arbitral, é importante que não se instaure o procedimento no caso de já existir entendimento da Previc em sentido contrário ao pretendido pelos interessados. Essa independência no exame dos temas submetidos à Comissão é que proporcionará a legalidade do instituto diante de uma eventual discussão no Judiciário. Para garantir a imparcialidade e a independência prevista na Lei n.º 9.307, de 1996, deve haver regras que assegurem estabilidade ao procedimento, tais como a inafastabilidade do presidente da Comissão para a função a qual foi designado. Nesse ponto, é importante também que a designação de servidores públicos para auxiliarem no desempenho dessa atividade adote critérios objetivos, almejando a maior independência e imparcialidade possível.

Quanto à questão de que a CMCA aceite a participação de especialistas e árbitros que não sejam servidores públicos, ou seja, possibilitar a atuação de agentes privados indicados pelas partes, cabe frisar que tal proposta desvirtua a arbitragem institucional que

⁷⁵ Instrução n.º 7, de 2010. Art. 6º.....
[...]

§ 2º Não será admitida a mediação, a conciliação ou a arbitragem de que trata este regulamento quando a controvérsia versar sobre fatos que sejam objeto de processo administrativo sancionador ou de processo de licenciamento no âmbito da Previc.

tem como pressuposto e também como vantagem, a experiência do próprio órgão supervisor. Ressalte-se que é uma opção das partes escolherem ou não a CMCA, dentre as outras comissões de conciliação e arbitragem existentes. Em suma, essa é a diferença do órgão arbitral em comento, que é contar justamente com a expertise dos seus servidores públicos e especialistas.

4.2 Exemplos de conflitos na Previdência Complementar

Os conflitos na Previdência Complementar fechada ocorrem geralmente diante de casos concretos de interpretação de lei ou de cláusulas contratuais, e daí decorre a relevância da autarquia fiscalizadora na função de mediadora, e na necessidade de se examinar a questão com profundidade e com conhecimentos técnicos e legais, com vistas a obter a melhor decisão para o caso concreto. As características do contrato de Previdência Complementar denotam uma multilateralidade no que se refere aos contratantes (entidades, patrocinadores e participantes ativos e assistidos), cujos interesses por vezes se distanciam, muito embora o objeto e objetivo desse contrato seja o de pagar benefícios na forma pactuada. É notório que nessa relação existam grupos de participantes em posições distintas dentro do plano de benefícios, e nesse ambiente, tal fato não é novidade, mas somente uma consequência lógica do caráter contratual e facultativo da relação jurídica de previdência privada.

Como hipóteses de controvérsias, são possíveis citar, entre outras: i) governança da entidade: inserção de patrocinadores e participantes nos órgãos colegiados e as regras para escolhas dos seus representantes em face dos estatutos e de regimentos eleitorais; ii) cumprimento de plano de custeio pela patrocinadora e a responsabilidade pelo tempo de serviço do empregado anterior à criação do plano de benefícios - serviço passado, iii) reorganizações societárias: fusões, cisões e incorporações de planos e a questão da preservação de direitos; iv) migrações/transferências de grupos de participantes e reservas entre planos; v) transferência de gerenciamento de plano de uma EFPC para outra, vi) proporcionalização de benefícios – saldamento e observância ao direito acumulado e adquirido; vii) mudança na forma de cálculo e de recebimento de benefícios; viii) regras de acesso ao benefício - elegibilidade; ix) retirada de patrocínio; x) equacionamento de déficit e distribuição de superávit.

Fonte importante de conflitos vem das modificações contratuais ao longo do tempo, com previsão nos artigos 17 e 33 da Lei Complementar n.º 109, de 2001⁷⁶, que traz a possibilidade de alterações regulamentares. Em muitas ocasiões a mudança é necessária para atualização dos institutos próprios do contrato previdenciário, como exemplo a normatização da portabilidade, resgate, autopatrocínio e benefício proporcional diferido ocorrida em 2003, que possibilitou a transferência de recursos entre planos, o saque de valores, bem como a manutenção dos participantes no plano na condição de autopatrocinado ou em diferimento de benefício⁷⁷. Além disso, foi editada norma em 2006 para autorizar o resgate de valores portados constituídos em entidades abertas ou seguradoras, representando benefícios ao participante até então não existentes⁷⁸.

Outra origem de discussões são as operações previstas nos incisos II a IV do art. 33 da Lei Complementar n.º 109, de 2001, referentes às reorganizações societárias típicas da dinâmica empresarial, as quais podem implicar em modificações nos planos (cisão, fusão, incorporação, mudança de gerenciamento), transferindo participantes e reservas de um plano para outro, bem como a possibilidade de terminar a relação jurídica pela retirada de patrocínio⁷⁹. Ainda há mudanças obrigatórias nas condições dos planos (aumentos ou diminuições nos valores dos benefícios ou nas contribuições), visando adequá-los à situação financeira *superavitária* ou *deficitária*. Note que nem todos os ajustes nas contribuições ao plano necessitam de alteração no regulamento, uma vez que podem ocorrer exclusivamente via *plano de custeio* – instrumento próprio que define os percentuais de contribuição - no âmbito dos atos de gestão da entidade, que independem de autorização prévia do órgão supervisor. Tal possibilidade está relacionada com o princípio do equilíbrio atuarial e financeiro que determina que os planos previdenciários devam ter viabilidade econômico-

⁷⁶ Art. 17. As alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante.

[...]

Art. 33. Dependerão 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;

⁷⁷ Resolução MPS/CGPC n.º 06, de 30 de outubro de 2003. Dispõe sobre os institutos do benefício proporcional diferido, portabilidade, resgate e autopatrocínio em planos de entidade fechada de Previdência Complementar.

⁷⁸ Resolução CGPC n.º 19, de 25 de setembro de 2006. Altera a Resolução CGPC n.º 6, de 30 de outubro de 2003, que dispõe sobre os institutos do benefício proporcional diferido, portabilidade, resgate e autopatrocínio em planos de entidade fechada de Previdência Complementar, e dá outras providências.

⁷⁹ Art. 33. Dependerão de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador:

[...]

II - as operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas;

III - as retiradas de patrocinadores; e

IV - as transferências de patrocínio, de grupo de participantes, de planos e de reservas entre entidades fechadas.

financeira no presente e no futuro, com equivalência entre o ativo líquido do plano e a sua reserva matemática. Essa reserva significa o valor atual dos compromissos do plano para o pagamento dos benefícios, calculado atuarialmente. Com efeito, existindo *superávit* ou *déficit*, poderá estar configurada a obrigação de mudança nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei Complementar n.º 109, de 2001⁸⁰. Paixão (2007) argumenta:

Em razão das mudanças nas situações de fato – as relações de Previdência Complementar são de longuíssimo prazo, não raro durando, do ingresso do participante no plano até o óbito do pensionista, mais de cinquenta anos – não é razoável que o regulamento de um plano de previdência seja imutável. Por isto, a lei faculta a alteração dos regulamentos, que depende da prévia e expressa aprovação do órgão fiscalizador, nos termos do art. 33 da LC 109/01.

O desafio reside em aferir o *direito acumulado do participante*, ou seja, quais as cláusulas que podem ser modificadas, e em qual medida, inserindo-se no debate sobre a legalidade e a justiça dessas regras. Existem cláusulas puramente *financeiras* (índice de reajuste e critérios de apuração de benefícios, reservas, fundos e provisões do plano de benefícios, etc.) e *não financeiras* (elevação de idade mínima e de tempo de contribuição ao plano, etc.), e também cláusulas *mistas* (geram impacto indireto no equilíbrio econômico-financeiro do plano), ou seja, conjuga as duas anteriores, pois na adaptação de certas premissas demográficas, atuariais e econômicas acaba por alterar a situação de fato. Portanto, em uma proposição de alteração regulamentar é recomendável que se faça a ponderação entre razoabilidade, eficiência e segurança jurídica, a fim de buscar a proporcionalidade dos efeitos

⁸⁰ Art. 20. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

§ 3º Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições, deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos assistidos.

Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de Previdência Complementar.

§ 1º O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º A redução dos valores dos benefícios não se aplica aos assistidos, sendo cabível, nesse caso, a instituição de contribuição adicional para cobertura do acréscimo ocorrido em razão da revisão do plano.

§ 3º Na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit previsto no caput deste artigo, em consequência de apuração de responsabilidade mediante ação judicial ou administrativa, os respectivos valores deverão ser aplicados necessariamente na redução proporcional das contribuições devidas ao plano ou em melhoria dos benefícios.

produzidos pela norma regulamentar vigente até a data de sua modificação, de modo a facultar uma *regra de transição e* viabilizar a mudança do contrato sem a violação aos direitos acumulados dos participantes. Por exemplo, um participante que já cumpriu 90% do tempo de vinculação até então estabelecido, é aceitável que se cumpra somente os 10% restantes do novo tempo pactuado.

Do exposto, é possível concluir que não há **direito adquirido às regras** de complementação de aposentadoria, à exceção para os participantes assistidos e para os elegíveis que tenham preenchido as condições previstas no regulamento, conforme disciplinado na Lei Complementar n.º 109, de 2001⁸¹. Logo, há que preservar o **direito adquirido** dos aposentados e pensionistas, bem como daqueles que já completaram as condições dispostas na norma regulamentar para a aposentação (elegíveis); sendo que, nos casos dos participantes ativos não elegíveis, há que resguardar o **direito acumulado** em eventual modificação contratual.

Isso considerado, verifica-se acertada a exclusão da atuação da CMCA em processo de licenciamento prévio já apresentado à Previc, como comentado no item anterior. Nessa hipótese está presente o poder de autoridade, e a sentença conciliatória/arbitral não pode substituir a vontade das partes manifestada na decisão do Conselho Deliberativo e nem poderia imiscuir na função precípua da Administração, que é de aprovar a constituição de uma entidade, a aplicação de regulamentos de planos e suas alterações, a autorização para entrada de novos patrocinadores, e os movimentos decorrentes das reorganizações societárias e seus reflexos nos planos de benefícios.

Importante lembrar que as relações jurídicas se desenvolvem no ambiente de direito privado, e a manifestação de vontade dos sujeitos desta relação jurídica se dá no órgão estatutário de deliberação das entidades fechadas de Previdência Complementar: o Conselho Deliberativo, que tem representação dos patrocinadores, participantes e assistidos. Assim, as alterações regulamentares e estatutárias são decididas pelos próprios interessados, sendo esse acordo de vontades submetido à prévia e expressa aprovação do ente fiscalizador. O trâmite para submissão de processo autorizativo abrange e se inicia na discussão com os

⁸¹ Art. 17.....
 Parágrafo único. Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria.
 [...]
 Art. 68.....
 § 1º Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.

participantes, com o dever de comunicá-los do inteiro teor da proposta; na aprovação das patrocinadoras com anuência prévia do órgão de controle do patrocinador, caso se enquadre em ente público⁸²; na aprovação do Conselho Deliberativo da entidade (órgão estatutário cuja composição é paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores nas entidades com patrocínio público, e de um terço nas entidades privadas); e por fim, na autorização da Previc, nos termos do art. 33, da Lei Complementar n.º 109, de 2001. É inequívoca a necessidade de ciência aos participantes e concordância das partes acima citadas com o inteiro teor da proposta, e, além disso, é requisito formal para sua aprovação, nos termos da Resolução que estabelece as normas procedimentais para a formalização de processos de estatutos, regulamentos de plano de benefícios, convênios de adesão e suas alterações⁸³.

⁸² LC 108 Art. 4º Nas sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, a proposta de instituição de plano de benefícios ou adesão a plano de benefícios em execução será submetida ao órgão fiscalizador, acompanhada de manifestação favorável do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle do patrocinador.

Parágrafo único. As alterações no plano de benefícios que implique elevação da contribuição de patrocinadores serão objeto de prévia manifestação do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle referido no caput.

⁸³ Resolução CGPC n.º 08, de 19 de fevereiro de 2004. Dispõe sobre normas procedimentais para a formalização de processos de estatutos, regulamentos de plano de benefícios, convênios de adesão e suas alterações.

Art. 5º A análise de requerimento para aprovação ou alteração de estatutos, regulamentos de planos de benefícios e convênios de adesão, encaminhados à Secretaria de Previdência Complementar, será realizada a partir do recebimento de toda a documentação prevista nos incisos do § 1º deste artigo, de acordo com o objeto de cada pleito, observada a legislação que rege a matéria.

§ 1º O requerimento deverá estar acompanhado dos seguintes documentos, quando se tratar de:

[...]

II – alteração de estatuto:

[...]

c) ata do órgão competente da entidade aprovando a alteração do estatuto;

d) comprovação pela EFPC da ciência aos patrocinadores e instituidores do inteiro teor da proposta de alteração, com prazo mínimo de trinta e máximo de sessenta dias para manifestação expressa de eventual discordância, exceto no caso de patrocinadores sujeitos à Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001, os quais deverão manifestar sua expressa concordância; e

e) comprovação pela EFPC de comunicação aos participantes e assistidos, pelos veículos usualmente utilizados pela entidade, do inteiro teor da proposta de alteração, com antecedência de sessenta dias da remessa do requerimento de alteração à Superintendência Nacional da Previdência Complementar;

[...]

VI - alteração de regulamento de plano de benefícios:

[...]

e) ata do órgão competente da entidade aprovando a alteração do regulamento;

f) comprovação pela EFPC da ciência aos patrocinadores e instituidores do inteiro teor da proposta de alteração do respectivo regulamento e, quando for o caso, do parecer atuarial ou do demonstrativo de resultados da avaliação atuarial, e da nota técnica atuarial, com prazo mínimo de trinta e máximo de sessenta dias para manifestação expressa de eventual discordância, exceto no caso de patrocinadores sujeitos à Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001, os quais deverão manifestar sua expressa concordância; e

g) comprovação pela EFPC de comunicação aos participantes e assistidos, pelos veículos usualmente utilizados pela entidade, do inteiro teor da proposta de alteração, com antecedência de sessenta dias da remessa do requerimento de alteração à Superintendência Nacional da Previdência Complementar.

Logo, a proposição de alteração regulamentar e estatutária é de iniciativa das partes envolvidas, no âmbito da gestão da própria entidade, devendo contar com anuência das Patrocinadoras e do Conselho Deliberativo. Há normas Constitucionais que garantem a representação dos participantes ativos e assistidos nos colegiados e instâncias de decisão relacionados à gestão das entidades e planos, e nesse sentido, os participantes têm o direito de compor os órgãos estatutários da entidade, com poder de voto no Conselho Deliberativo, órgão maior da entidade com representação também das patrocinadoras; cuja competência, entre outras, é encaminhar as propostas regulamentares, estatutárias e de convênios de adesão ao ente fiscalizador estatal.

Compete à entidade administrar e executar planos de benefícios de natureza previdenciária, portanto, a forma de conduzir alterações contratuais configura-se ato de gestão da própria EFPC. Nada obstante, a exclusão de apreciação pela CMCA, quando houver processo sancionador ou de licenciamento prévio em curso na autarquia, não afasta a possibilidade de realizar reuniões de mediação entre todas as partes para a salutar aproximação de interesses, observadas, sobretudo a representatividade e legitimidade dos envolvidos.

Nesse contexto, é prudente e necessário que as proposições de contratos e suas mudanças, especialmente as que visam alterar método de cálculo, custeio e forma de recebimento de benefícios, tenham como premissa que a EFPC divulgue aos participantes afetados, antes de encaminhar as transformações que possam afetar os seus direitos acumulados e adquiridos.

4.3 Natureza da competência arbitral da Previc

Uma questão central que se coloca é a natureza dessa competência arbitral exercida pela superintendência supervisora, se tem ela natureza de ato administrativo, com incidência dos princípios e prerrogativas públicas; ou de ato da administração, revestido de conteúdo eminentemente privado. Carvalho Filho (2004, p. 91) assim define ato administrativo:

É a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.

O aspecto que difere o ato administrativo do ato da administração é o regime ao qual está submetido, ou seja, os atos administrativos são atos de poder (supremacia) que, obrigatoriamente, submetem-se ao regime jurídico de direito público, e dessa submissão decorrem as prerrogativas e as restrições inerentes ao Poder Público; ao passo que os atos da administração são submetidos ao regime de direito privado, todavia, não se libertam totalmente de alguns princípios inerentes à administração pública.

A Previc, nessa atividade, está a desempenhar uma função privada, não constituindo poder de polícia, sem contudo, afastar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência contidos na Constituição Federal⁸⁴. Portanto, a arbitragem é um instrumento privado colocado à disposição das partes e exercido por um ente estatal sem supremacia, mas em cumprimento à finalidade institucional da Previc, especialmente para harmonizar as atividades das EFPCs às políticas estabelecidas para o segmento.

Com efeito, na função de mediação, conciliação e arbitragem envolvendo direito disponível de caráter privado sem a supremacia do poder público, a autarquia não atua como fiscalizador, não podendo utilizar o resultado de uma arbitragem para autuar o administrado, nem tampouco estender os efeitos dessa sentença aos demais casos relacionados. Assim, ao se submeter às regras privadas da Lei n.º 9.307, de 1996, é preciso enquadrar tal atividade como ato da administração e não como ato administrativo.

Por fim, é importante que o modelo adotado pela Previc seja a **arbitragem de direito**, com aplicação da legislação vigente, pois é a que mais se coaduna com a arbitragem institucional e com o sistema regulado previsto no artigo 202 da Constituição. Tal modalidade está prevista na Lei n.º 9.307, de 1996, e permite que as partes envolvidas escolham, de certa maneira, as regras de direito que serão aplicadas no procedimento, não podendo afastar, contudo, normas legais de ordem pública (caráter obrigatório)⁸⁵. No caso em estudo, o art. 2º da Instrução PREVIC n.º 7, de 2010, estabelece que a referida arbitragem seja de “direito, aplicando-se a legislação vigente, sem restrições”, ou seja, não se permite

⁸⁴ Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

⁸⁵ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes: § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

que as partes convençionem a não incidência das leis e normas que regulam o regime de previdência complementar fechado.

4.4 Relevância, legitimidade e representatividade para a instauração do procedimento

Sobre as hipóteses de admissibilidade, é razoável que se aceite a atuação da CMCA somente naquelas situações de fato relevantes e de repercussão para os interessados e, conseqüentemente, para o sistema regulado, conforme o Regulamento⁸⁶, sobretudo nas situações em que é preciso resolver uma demanda em curto tempo e com eficácia. Em que pese haver a cobrança de tarifa para a instalação do procedimento⁸⁷, e existir um custo para que se mova a máquina pública, a questão não se restringe ao financeiro, mas também na disponibilidade numérica de servidores especializados para atendimento dessa função, não sendo razoável acioná-la para todos os casos indistintamente, sob pena ainda de deslocar o foco para questões passíveis de solução por meios menos dispendiosos. Além disso, impõe-se à administração pública o princípio da eficiência e da supremacia do interesse público, que buscam evitar movimentações da maquina publica em casos pouco relevantes.

Quanto à legitimidade, a Lei n.º 12.154, de 2009, estabelece que as partes autorizadas a instaurarem o procedimento são as entidades fechadas, os patrocinadores, os instituidores, os participantes e os assistidos, e que para tanto necessitam de uma cláusula compromissória conforme previsto na Lei n.º 9.307, de 1996, podendo esta disposição constar do próprio contrato ou em outro documento⁸⁸. No caso de controvérsia entre a EFPC e a patrocinadora, poderá o convenio de adesão prever o compromisso arbitral. Para o participante poderá haver a disposição compromissória no próprio termo de inscrição,

⁸⁶ Instrução PREVIC n.º 7, de 9 de novembro de 2010.

Art. 6º.....
[...]

§ 1º Além das demais condições previstas neste regulamento, será levada em consideração, para a admissão do pedido, a relevância da matéria submetida à apreciação da CMCA, considerando sua possível repercussão e relevância para o sistema de Previdência Complementar fechado.

⁸⁷ Art. 6º.....
[...]

§ 6º A comprovação do pagamento da tarifa fixada no Anexo II, destinada ao custeio dos serviços prestados, deverá ser feita no prazo de até 10 (dez) dias da comunicação da admissão do procedimento, sob pena de arquivamento.

⁸⁸ Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

entretanto, só terá eficácia se o participante ou assistido tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição⁸⁹.

Em relação à possibilidade de órgão de classe (associações e sindicatos) iniciar o procedimento em nome de seus filiados, entende-se possível, nos termos do Regulamento da CMCA, desde que expressamente autorizados a transigir em nome dos interessados, e de modo individual⁹⁰. Trata-se então de **representação processual** prevista na Constituição, e ocorre quando o representante age em nome do representado mediante autorização expressa deste⁹¹. Ferreira Filho (1997, p. 45) entende que a autorização dos associados deve ser específica, vejamos:

Legitimação. A princípio, para agir, tanto em juízo quanto no plano administrativo é necessário ser titular do interesse que se pretende fazer valer. Aqui a Constituição abre exceção, ao admitir que a associação possa fazê-lo, evidentemente para a defesa de interesses subjetivos de seus filiados. Reclama a Constituição que estejam elas para tanto ‘expressamente autorizadas’. A autorização deve ser em cada caso e não genérica. Com efeito uma autorização genérica poderia levar à situação esdrúxula de a associação pleitear direitos contra a vontade do titular desse direito...

Na perspectiva de um conflito sobre o contrato de Previdência Complementar, dada a multilateralidade desse pacto, haja vista que há várias partes relacionadas e em situações distintas, com mais razão não se deve admitir autorização em assembléia geral, pois a decisão via de regra atinge reflexamente todo o plano de benefícios, abrangendo não só os associados, mas todo um grupo de participantes vinculados a um plano, sejam associados ou não. Igualmente existe a hipótese de grupos de participantes de um mesmo plano de benefícios serem representados por entidades de classes diversas, podendo o sindicato de empregados atuar em contraposição a determinada associação de aposentados, que têm interesses opostos no que se refere a determinado tipo de controvérsia.

⁸⁹ Lei n.º 9.307, de 1996. Art. 4º.....

[...]

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

⁹⁰ Art. 5º.....

[...]

§ 2º Somente poderão instaurar o procedimento, em nome de seus representados, as associações que estejam expressa e individualmente autorizadas a transigir em nome dos interessados.

⁹¹ Art. 5º.....

[...]

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Outros tipos de contestações podem também atingir de maneira diferenciada cada grupo de participantes, seja na forma de contribuir ou calcular o reajuste de um benéfico, seja nos critérios de rateio de um eventual superávit, sobretudo em razão do pacto de gerações e da solidariedade existente em plano na modalidade de benefício definido. Importante lembrar que esta modalidade de plano geralmente possui renda vitalícia e, conseqüentemente, o risco inerente à longevidade das pessoas. Nessa linha, o regulamento da CMCA estabelece que a associação poderá representar os seus filiados, contanto que tenha a autorização de maneira expressa e individual para transigir, e conforme apontado acima, deverá a autorização abranger todos os participantes envolvidos no plano de benefícios. O artigo 9º da Lei n.º 9.784, de 1999, define que:

São legitimados como interessados no processo administrativo:
[...]

II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV – as pessoas ou associações legalmente constituídas, quanto a direitos ou interesses difusos.

Sobre a participação de terceiros interessados nos processos administrativos, Castro (2005, p. 138-139) pondera que:

[...] em havendo concorrência de uma ou mais associações na defesa de tais interesses, essas não poderão ser obstadas do exercício de seu direito de atuar na via processual administrativa, uma vez que, se assim o fosse, estaria a agência privilegiando uma associação em detrimento de outra e, por conseqüência, afastando o preceito constitucional que garante a livre associação.

[...] Exceção se faz quando reste demonstrado anteriormente ou no curso do procedimento irregularidade de representação, ou seja, demonstrado que a associação não titulariza o direito que a legitime como interessada ou, ainda, que tal associação está atuando na contramão dos interesses de seus associados, vislumbra-se possível a exclusão da associação como legítima interessada no processo administrativo de resolução de conflitos no âmbito das agências reguladoras independentes.

Assim, deve-se possibilitar a representação de entidades de classe nos processos consensuais de resolução de conflitos, necessitando-se verificar a sua legitimidade como interessada, bem como aferir se não atuam em contraposição aos interesses de seus filiados, hipótese na qual poderão ser excluídas do procedimento.

De outro lado, não se vislumbra a possibilidade de **substituição processual**, tendo em vista que o contrato de previdência é multilateral e existe a possibilidade de um grupo reduzido tentar instalar o procedimento em prejuízo de outro grupo. O art. 6º do Código de Processo Civil estatui que “ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Mesmo que se levantasse a possibilidade de transação por substituto processual, constata-se que na hipótese em questão não há previsão legal expressa para tal. É importante nesse momento diferenciar a **substituição processual da representação**: nesta o representante atua em nome alheio na defesa de um direito alheio, não sendo parte da causa. Já na substituição processual, alguém defende direito alheio em nome próprio, estando disciplinada implicitamente na Constituição, que confere legitimidade ativa para impetração de mandado de segurança coletivo aos partidos políticos, aos sindicatos, entidades de classe e associações⁹². Essa legitimação denomina-se extraordinária, uma vez que o art. 6º do CPC proíbe a defesa de direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por lei. Dessa forma entende Buzaid (1992):

[...] Os legitimados à segurança coletiva podem agir na defesa de interesses difusos, transcendentais à categoria; de interesses coletivos comuns a todos os filiados, membros ou associados de interesses coletivos, que se titulariam em apenas uma parcela dos filiados, membros ou associados. E ainda dos direitos pessoais que poderiam ser defendidos pela via do mandado de segurança individual, mas que podem ter tratamento conjunto com vista à sua homogeneidade, evitando-se assim a proliferação de seguranças com decisões contraditórias ou o fenômeno que Candido Dinamarco expressivamente denomina de litisconsórcio multitudinário.

Sobre a diferenciação dos institutos, Ferreira Filho (1997) ensina:

[...] A hipótese do art. 5, LXX, da CF é a impetração de mandado para a defesa de direitos coletivos difusos, nos casos das associações. Não existindo um bis in idem em relação ao art. 5º, XXI, da CF, apenas na medida em que a norma em exame dispensa a autorização dos associados para que a entidade use do mandado de segurança coletivo. Em compensação, a entidade deve estar constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, e, sobretudo só poderá agir em defesa de direitos coletivos de seus integrantes.

⁹² Art. 5º...

[...]

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
 b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Trata-se de poder para transigir. Portanto, não se aplica a substituição processual, que é aplicável a mandado de segurança para a defesa dos direitos líquidos e certos dos seus membros ou da categoria, quando forem atacados por ato eivado de ilegalidade ou abuso de poder, sendo o responsável autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atividade do Poder Público.

Considerado tudo isso, quando a controvérsia envolver participantes, para a mediação, conciliação e arbitragem pela Previc, sempre serão necessárias as autorizações individuais e específicas de todos os participantes, não se aplicando substituição pela associação ou sindicato, tendo em vista a característica multilateral e mutualista desse contrato. Por fim, considera-se instituída a arbitragem, nos termos do regulamento da Previc, quando verificados todos os requisitos relativos à documentação, relevância do tema, legitimidade e concordância de todos os interessados, e mediante decisão do presidente da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem sobre sua admissibilidade⁹³.

4.5 Do rito do processo

Segundo o disposto no art. 3º do Anexo I da Instrução Previc nº 7, de 2010, os princípios que devem nortear o procedimento da CMCA são: igualdade entre as partes; imparcialidade dos seus integrantes; oralidade; simplicidade; informalidade; economia processual; celeridade e busca pelo consenso; e, nos casos de arbitragem, também o contraditório, a ampla defesa e o livre convencimento do árbitro⁹⁴. Uma das maiores vantagens do procedimento é a celeridade, e nesse sentido o regulamento da mencionada comissão não prevê a interposição de recursos e nem a realização de perícias, dispondo apenas sobre pedido de esclarecimentos e da possibilidade das partes apresentarem memoriais e laudos técnicos em sede de alegações finais⁹⁵.

⁹³ Art. 6º Verificada a regularidade da documentação pela Secretaria-Executiva, o procedimento será encaminhado ao presidente da CMCA, que deverá proferir decisão sobre sua admissibilidade, no prazo de 30 (trinta) dias, contados do recebimento dos autos.

⁹⁴ Art. 3º O procedimento de que trata este regulamento será orientado pelos princípios da igualdade entre as partes, da imparcialidade dos integrantes da CMCA, da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, privilegiando, sempre que possível, a busca de uma solução consensual. Parágrafo único. Em caso de instituição de arbitragem, serão observados também os princípios do contraditório, da ampla defesa e do livre convencimento do árbitro.

⁹⁵ Art. 13. Da sentença arbitral caberá pedido de esclarecimentos, no prazo de 5 (cinco) dias a contar do recebimento da comunicação ou da ciência pessoal do interessado, nos termos do art. 30 da Lei n.º 9.307, de 1996.

Parágrafo único. O árbitro poderá corrigir, de ofício, quaisquer inexatidões materiais verificadas na sentença.

Figura importante no procedimento da CMCA é o *expert*, que auxiliará o árbitro por meio de apresentação de avaliação técnica que poderá fazer parte da sentença arbitral como fundamento da decisão⁹⁶. O *expert* será escolhido a partir de lista elaborada semestralmente pelas Diretorias da Previc, e nessa função atuará como especialista a subsidiar o árbitro nos assuntos passíveis de discussão em uma controvérsia relacionada à Previdência Complementar⁹⁷.

Na dinâmica das reuniões de solução de controvérsia, é importante que se diferencie a fase de mediação ou conciliação da fase de arbitragem, pois da última decorrem consequências compulsórias e terminativas para a lide, tendo o regulamento tratado especificamente da arbitragem em capítulo próprio, dispondo em outro sobre as regras para mediação-conciliação.

O Regulamento da CMCA disciplina que, da sentença arbitral, caberá somente pedido de esclarecimentos, assemelhando-se ao recurso de Embargos de Declaração. No entanto, constitui-se em um requerimento dirigido e apreciado diretamente pelo juízo arbitral e por ele decidido, mas que não reforma a decisão, apenas corrige erros materiais, esclarece obscuridades, dúvidas ou contradições da sentença arbitral, ou solicita o pronunciamento sobre ponto nela omitido⁹⁸.

Por fim, o rito observará o regulamento da Comissão Previc e se guiará subsidiariamente pela Lei n.º 9.307, de 1996, e pelo código de processo civil, o que parece apropriado, pois referindo a uma atividade de natureza privada, deve o procedimento orientar-se pelo processo civil ordinário, sendo correto não remeter à Lei n.º 9.784, de 1999,

[...]

Art. 11

[...]

§ 5º Concluída a instrução, o árbitro determinará a comunicação das partes a fim de apresentarem suas alegações finais no prazo de 15 (quinze dias), as quais poderão ser substituídas por memoriais apresentados na audiência de que trata o § 3º deste artigo.

⁹⁶ Art. 12.

§ 2º Poderá fazer parte também da sentença arbitral a avaliação técnica feita por expert acolhida como fundamento da decisão.

⁹⁷ Art. 10.....

[...]

§ 2º O árbitro contará com o auxílio de dois experts, selecionados a partir de lista elaborada semestralmente pelas Diretorias da Previc, os quais serão escolhidos por meio de sorteio ou por sistema eletrônico aleatório, admitida uma recusa imotivada de cada parte.

⁹⁸ Art. 13. Da sentença arbitral caberá pedido de esclarecimentos, no prazo de 5 (cinco) dias a contar do recebimento da comunicação ou da ciência pessoal do interessado, nos termos do art. 30 da Lei n.º 9.307, de 1996.

Parágrafo único. O árbitro poderá corrigir, de ofício, quaisquer inexatidões materiais verificadas na sentença.

a fim de não criar a já comentada “arbitragem administrativa” da qual se servem muitas agências reguladoras.

4.6 Da extensão da decisão

O resultado da mediação, da conciliação ou da arbitragem não poderá ser encaminhado para a diretoria colegiada da autarquia para fixar entendimento jurídico/técnico sobre o tema, uma vez que a competência judicante da Previc para solucionar controvérsias não se confunde com sua competência administrativa. Em razão disso, e de também não se referir a poder de polícia de órgão estatal, não se pode falar em extensão de efeitos da decisão arbitral, e sim, falar em conferir publicidade ao resultado, sem a identificação das partes, como maneira de incentivar a adoção livre de condutas dos particulares, sem, contudo, possuir poder vinculante⁹⁹.

A decisão arbitral que enfrenta o mérito de maneira terminativa faz coisa julgada somente entre as partes e resolve definitivamente o litígio. Todavia, em um plano de previdência essa decisão tem seus limites, ou seja, havendo outras partes e outro litígio, não se pode dizer em coisa julgada para estes. Existindo tema não decidido pela arbitragem, igualmente não há que se cogitar em finalizar o litígio com relação a esse assunto.

Nessa linha, entende-se que a relação jurídica entre entidades de previdência fechada e seus participantes trata de direitos individuais homogêneos, cuja gênese tem causa comum que afeta, mesmo que de modo diverso, um número específico de pessoas com consequências diferentes para cada uma delas¹⁰⁰. Moraes (2004) ensina:

A distinção entre o interesse individual homogêneo e o individual simples repousa na existência, no primeiro, de uma origem comum, que atinge diversas pessoas de forma homogênea, é dizer, são diversas afetações individuais, particulares, originárias de uma mesma causa, as quais deixam os prejudicados em uma mesma situação, sem embargo de poderem expor pretensões com conteúdo e extensões distintos.

⁹⁹ Art. 12.....
[...]

§ 5º A CMCA publicará extrato das sentenças arbitrais proferidas, o qual não conterá a identificação das partes.

¹⁰⁰ Código de Defesa do Consumidor: Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

[...]

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim, direitos individuais homogêneos são aqueles que dizem respeito a pessoas que, apesar de indeterminadas em um primeiro momento, poderão ser determinadas no futuro, e cujos direitos são ligados por um evento de origem comum. Tais direitos podem ser protegidos coletivamente sobretudo por uma opção de política, e nem tanto pela natureza, que são individuais, unidos os seus sujeitos pela homogeneidade de tais direitos em um situação particular.

Com efeito, caso a demanda seja proposta por um grupo de participantes, pode ser que eventual decisão - que faz coisa julgada somente entre as partes - alcance a todo o conjunto de participantes de um plano e também o patrocinador, principalmente quando se referir a plano na modalidade de benefício definido em que existe um mutualismo a abranger toda a massa de pessoas de um plano.

4.7 Vantagens e desvantagens da solução de controvérsias pela Previc

As vantagens dos meios alternativos de solução de conflitos, seja pela mediação, conciliação ou arbitragem, podem ser sintetizadas em: celeridade e simplificação de procedimentos; menor custo em relação à eventual ação judicial; criação de clima favorável ao entendimento; especialização da matéria, que reflete na melhor qualidade da decisão; e, conseqüentemente, maior eficiência e aceitação da decisão. Ainda, o meio escolhido funciona como um balizador da visão da Previc, não obstante haver no procedimento a possibilidade de confidencialidade do conteúdo da arbitragem que fica circunscrito às partes e aos árbitros, que estão obrigados ao sigilo profissional, podendo publicar extrato das sentenças arbitrais proferidas, contudo sem a identificação das partes¹⁰¹.

Quanto à **celeridade**, as partes podem estabelecer prazo para a solução do conflito. Na hipótese de silêncio, a Lei n.º 9.307, de 1996, fixou o prazo de seis meses para

¹⁰¹ Art. 5º.....
 [...]
 § 6º O requerimento apresentado poderá solicitar, justificadamente, a declaração da natureza sigilosa do procedimento, a fim de resguardar a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas, bem como para a devida proteção da sociedade ou do Estado quando a divulgação prévia da controvérsia ou de documentos que instruem os autos puder acarretar relevante repercussão econômica, política, social ou de outra natureza.
 Art. 6º
 [...]
 § 4º Quando cabível, o presidente da CMCA decretará o sigilo do procedimento.
 Art. 12
 [...]
 § 5º A CMCA publicará extrato das sentenças arbitrais proferidas, o qual não conterà a identificação das partes.

entrega do laudo arbitral, contado da instituição do procedimento de arbitragem¹⁰². No caso da Previc, tal prazo passa a ser contado a partir da decisão sobre sua admissibilidade¹⁰³. Em relação aos **procedimentos**, é possível simplificá-los, contanto que se observem o contraditório e a ampla defesa previstos na Lei de Arbitragem. Daí pode decorrer a **redução de custos**, tanto na rapidez quanto na informalidade dos procedimentos quando comparados com uma possível demanda a tramitar no judiciário.

Além disso, o fato de o árbitro ser **especialista** no tema objeto da lide, traz melhores condições para elaboração da decisão em comparação com um magistrado, visto que este trata de inúmeras outras matérias e por vezes não é possível aprofundar nas questões técnicas. Igualmente, na solução extrajudicial, cria-se uma atmosfera propícia ao acordo, pois as partes buscam uma saída para o litígio de maneira a preservar as relações. Tudo isso leva a uma maior **aceitação da decisão** e as partes tendem a cumprir a decisão tomada, gerando **eficiência** para o sistema. Souza (2010) esclarece:

[...] ao assegurar-se o envolvimento no processo de mediação de todos os responsáveis pelo cumprimento de eventual acordo ao final obtido, a possibilidade de cumprimento deste acordo (e desnecessidade de futura execução) passa a ser bem maior do que no caso de uma decisão judicial.

A função judicante exercida pela Previc na solução de conflitos não se limita a julgar fatos passados, pois, de posse de uma visão sistêmica do regime, busca o seu equilíbrio, enquanto que a função jurisdicional é voltada para o passado, nas origens do problema, buscando identificar quem errou e quem foi vítima. De tal modo, nessa função deve haver preocupação com a repercussão da decisão no equilíbrio da vontade das partes, mas deve-se também atentar para o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos de benefícios previdenciários. Na medida em que se volta para o futuro, deve-se, ainda, realizar uma interpretação prospectiva vislumbrando as prováveis consequências da decisão. Portanto, constitui uma vantagem para as partes, na medida em que se saberá como poderá atuar o ente fiscalizador em uma eventual supervisão sobre aquele tema. Enfim, tudo isso

¹⁰² Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

¹⁰³ Art. 11. A sentença arbitral deverá ser proferida no prazo de 6 (seis) meses contados a partir da decisão de que trata o caput do art 6º, podendo este prazo ser prorrogado por acordo entre as partes.

Art. 6º Verificada a regularidade da documentação pela Secretaria-Executiva, o procedimento será encaminhado ao presidente da CMCA, que deverá proferir decisão sobre sua admissibilidade, no prazo de 30 (trinta) dias, contados do recebimento dos autos.

pode funcionar como um balizador voluntário do comportamento, não somente das partes, como também de todo o sistema.

Diante de tal diferença, a função judicante exercida pela Previc se legitima à medida que essa é composta por um corpo técnico que terá capacidade para proferir decisões prospectivas, visando o equilíbrio dos interesses presentes, situação que muitas vezes não ocorre quando a lide é levada ao judiciário, visto que este não detém todo o conhecimento técnico encontrado em uma Autarquia. Por fim, a vantagem da mencionada comissão Previc se apresenta na pró-atividade do Estado, em uma combinação de celeridade com especialização da qual necessitam as partes e o sistema regulado.

Todavia, como **desvantagens**, há que se mencionar a inexperiência do modelo; o risco de que a decisão contemple determinado grupo de participantes em prejuízo de outro grupo de participantes e patrocinadores; bem como a ausência de representatividade/legitimidade dos interessados para participar do procedimento, tendo em conta a multilateralidade do contrato que pode resultar em uma abrangência parcial da decisão.

O fato é que há grupos de participantes em posições distintas dentro do plano de benefícios, sendo que a manifestação de vontade dos sujeitos desta relação jurídica (empresas patrocinadoras e empregados participantes) ocorre no órgão estatutário de deliberação das entidades fechadas de Previdência Complementar, que é o Conselho Deliberativo. Nada obstante, tal carência de representação pode ser afastada pelo critério da relevância e repercussão, como questão preliminar de admissibilidade. Sobre os problemas encontrados na solução consensual de conflitos, assim poderá Souza (2010):

Sobre as premissas que ele aponta para o movimento, elas podem ser analisadas quando ele aponta claramente quais os problemas que ele vislumbra no modelo de busca por soluções consensuais de controvérsias: a) a frequente situação de desigualdade de poder entre as partes, notadamente de poder econômico, que torna mais difícil o acesso às informações necessárias para se firmar um acordo esclarecido, bem como torna maior a pressão pelo acordo em uma situação de dificuldade para fazer face aos custos do processo; b) a dificuldade de se identificar a pessoa responsável por firmar o acordo dentro de grandes empresas ou entes governamentais; c) a dificuldade de execução do acordo, que pode ser visto como não tendo o mesmo valor jurídico pelos membros do Poder Judiciário.

Nessa linha, a execução da sentença arbitral pode ser uma desvantagem, na medida em que, se necessária, deverá ocorrer no poder judiciário, esbarrando nos recursos

inerentes ao direito processual para ter sua eficácia e cumprimento. Com efeito, na fase de execução judicial do laudo arbitral, é admissível embargos à execução na qual se poderão alegar as possíveis nulidades da sentença arbitral, e com relação à sentença judicial que decidir esses embargos, será possível a apresentação dos demais recursos previstos na lei processual.

5 - CONCLUSÃO

A Lei n.º 12.154, de 2009, atribui competência à Superintendência Nacional de Previdência Complementar para promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de Previdência Complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores; bem como para dirimir os litígios que lhe forem submetidos na forma da Lei n.º 9.307, de 1996. É uma inovação legislativa na medida em que define expressamente que se devam resolver esses conflitos de acordo com a Lei da Arbitragem. O Regulamento da Comissão Previc institui a “arbitragem institucional”, fato inovador em relação às agências reguladoras, tendo como fundamento legitimador a prerrogativa legal para harmonizar as atividades das entidades fechadas de Previdência Complementar com as normas e políticas estabelecidas para o segmento, aplicando-se os efeitos da Lei Arbitral.

A relação entre participantes, empresa patrocinadora e a entidade de Previdência Complementar é regida pelos princípios contidos no artigo 202 da Constituição Federal, bem como nas Leis Complementares n.º 108 e 109, ambas de 2001, e tem como características a natureza privada e contratual; o caráter complementar; a autonomia em relação ao regime geral e ao contrato de trabalho; a facultatividade; a constituição de reservas; a regulamentação por lei complementar; e por fim, a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão. Essas características denotam uma multilateralidade no que se refere aos contratantes (entidades, patrocinadores, participantes ativos e assistidos), cujos interesses por vezes não se convergem, embora tenha como objetivo o de pagar benefícios na forma contratada. A verdade é que nessa relação existem grupos de participantes em posições distintas dentro do plano de benefícios, consequência lógica do caráter contratual e facultativo da relação jurídica de previdência privada.

A importância da atuação do Estado reside no fato dos fundos de pensão serem investidores institucionais de longo prazo, com grande volume de poupança interna suficiente para influenciar atividades econômicas específicas. O papel do Estado como regulador dos fundos de pensão deve ser o de conferir segurança jurídica a todas as partes, fomentar e disciplinar, bem como a de proteger os interesses dos participantes-beneficiários, de modo que as relações privadas sejam tuteladas pelo poder público com vistas a assegurar que os ativos respondam às obrigações dos planos de benefícios previdenciários. Nessa função protetora de direitos, será fundamental o exame acerca das mudanças dos planos ocorridas no

curso da relação previdenciária, para assegurar os direitos acumulados e adquiridos dos participantes.

Nesse contexto, um ponto a ser atendido na função judicante promovida pela autarquia é assegurar transparência a todos, seja patrocinador, participante ou entidade, o que significa dizer que as decisões devem ser compreensíveis e divulgadas a todos os interessados. Nesse cenário, transparência, informação e inserção dos participantes na gestão devem ser entendidas como formas de assegurar os direitos das partes, em especial sobre a composição das contribuições, do desempenho dos planos e dos critérios de concessão dos benefícios.

A função mediadora deve ser exercida de modo equidistante e conciliador de interesses, a fim de garantir a imparcialidade na solução do conflito. A atuação da Previc deve ser a de um órgão independente, pois, embora se esteja no âmbito privado, na autonomia dos particulares, cumpre ao Estado regular (incluída a função judicante) o setor de Previdência Complementar, notadamente para lhe assegurar equilíbrio econômico-financeiro e atuarial suficiente para garantir a constituição de reservas que garantam o benefício contratado. A solução arbitral pelo ente estatal deve considerar esse equilíbrio e indicar os critérios e as pessoas responsáveis por tal, necessitando haver correspondência entre as contribuições (participantes e patrocinadores) e os valores dos benefícios, notadamente em um ambiente contratual com muitas partes relacionadas, levando-se em conta ainda que a decisão alcança interesses individuais homogêneos.

Para assegurar a imparcialidade, o regulamento não prevê a atuação da Comissão Previc no caso da própria autarquia ser parte no litígio, ou seja, não é possível instaurar o procedimento no caso de existirem fatos que estejam sendo discutidos em processo de fiscalização nem tampouco em processos submetidos ao licenciamento prévio. É que, na função judicante envolvendo direito disponível de caráter privado, sem a supremacia do poder público, a autarquia não atua como fiscalizador no exercício do seu poder de polícia, embora presentes os princípios que regem a administração pública. Com efeito, não pode utilizar o resultado de uma arbitragem para autuar o administrado e nem estender os efeitos dessa sentença aos demais casos relacionados. A competência judicante da Previc para solucionar controvérsias não se confunde com sua competência administrativa e com seu poder de polícia. Assim, é possível conferir publicidade ao resultado, sem a identificação das partes, como maneira de incentivar a adoção livre de condutas dos particulares.

Os princípios que devem nortear o procedimento da CMCA são: igualdade entre as partes, imparcialidade dos seus integrantes, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e busca pelo consenso, e nos casos de arbitragem, também o contraditório, a ampla defesa e o livre convencimento do árbitro. O mediador, o conciliador e o árbitro devem conduzir os seus trabalhos buscando equilíbrio entre as partes, respeito à autonomia das partes, com diligência e transparência no processo, procurando a viabilidade do cumprimento do acordo, bem como a proteção dos interesses de terceiros afetados.

Quanto à legitimação, é possível que as associações e sindicatos iniciem o procedimento em nome de seus filiados, na figura da representação processual, contanto que expressamente autorizados a transigir em nome dos interessados, e de modo individual. É necessário facultar a participação de todas as associações e sindicatos legitimamente interessados nos procedimentos consensuais de solução de controvérsias, em igualdade de condições, podendo excluir a representação daquela entidade que atua contrariamente ao interesse do grupo representado.

As vantagens dos meios alternativos de solução de conflitos, seja pela mediação, conciliação ou arbitragem, podem ser sintetizadas em: celeridade e simplificação de procedimentos, menor custo em relação à eventual ação judicial, criação de clima favorável ao entendimento, especialização da matéria que repercute na melhor qualidade da decisão e, conseqüentemente, na sua maior eficiência e aceitação. No procedimento da CMCA não há previsão de recursos e nem a realização de perícias, dispondo somente sobre pedido de esclarecimentos e da possibilidade das partes apresentarem memoriais e laudos técnicos. Em particular, a comissão Previc representa a pró-atividade do Estado em uma combinação de especialização e celeridade da qual necessitam as partes e o sistema regulado.

Como desvantagens, mencionem-se a inexperiência do modelo, o risco de que a decisão alcance apenas determinado grupo de participantes em detrimento de outro, a ausência de representatividade/legitimidade dos interessados para participar do procedimento, bem como a execução da sentença arbitral, que se necessária, deverá ocorrer no poder judiciário.

Os conflitos na Previdência Complementar fechada relacionam-se a casos de interpretação de lei ou de cláusulas contratuais. As principais controvérsias ocorrem em relação à governança da entidade e na inserção de patrocinadores e participantes nos órgãos colegiados; nas regras para escolhas dos seus representantes em face dos estatutos e de regimentos eleitorais; no cumprimento de plano de custeio; na responsabilidade pelo tempo

de serviço passado do empregado. Outro ponto conflituoso refere-se à alteração contratual de saldamento de planos; de mudança na forma de cálculo e de recebimento de benefícios; de modificação nas regras de elegibilidade ao benefício; de equacionamento de déficit e distribuição de superávit. Ainda, representa grande fonte de controvérsia, a migração de grupos de participantes e reservas; a transferência de gerenciamento de plano; a retirada de patrocínio; e por último, as reorganizações societárias que repercutem em fusões, cisões e incorporações de planos de benefícios.

Tudo considerado, conclui-se que a atividade de resolução de conflitos previdenciários pela autarquia de supervisão constitui-se em um método decisório voluntário, mais célere e eficiente em comparação ao poder judiciário, cuja matéria exige especialização e aprofundamento da matéria, requisitos que a Previc possui. Nessa esteira, a referida CMCA deve monitorar o cumprimento do acordado e aplicar a correspondente sanção em caso do seu descumprimento.

Por fim, a atuação da Previc na solução consensual de conflitos constitui uma grande oportunidade para cumprir sua missão legal de harmonizar o segmento de Previdência Complementar e assegurar o equilíbrio dessa relação contratual, funcionando também como indutor do crescimento desse sistema, sendo fundamental uma atuação ágil e adequada na solução dos litígios. É notória a vocação da Autarquia supervisora como mediadora de conflitos, e tal aptidão se insere na definição de autonomia funcional e administrativa, de equidistância de interesses e, conseqüentemente, de imparcialidade que deve se pautar a atuação da Comissão Previc, notadamente na solução de conflitos por meio da mediação, conciliação e da arbitragem.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. Solução de Controvérsias pelas Agências Reguladoras. Ed. Lumen Juris. 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. Revista Eletrônica Direito Administrativo Econômico. Número 1 – fev./mar./abr. 2005.

_____. Agências reguladoras – Constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). Agências reguladoras e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-87.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Transações administrativas. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BUZUID, Alfredo. Considerações sobre o mandado de segurança coletivo, 1ª ed., Saraiva, 1992.

CALVO, Adriana Carrera. Da competência da Justiça do Trabalho e demais implicações na relação de Previdência Complementar – Revista de Previdência nº 283 – junho 2004.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Processo administrativo e controle da atividade regulatória. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 128-141.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. 12ª. Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

COSTA, Eliane Romeiro. Sistemas previdenciários estrangeiros: análise das reformas estruturais de Previdência Complementar. <http://www.ambito-juridico.com.br/>. Acesso em 27 março 2011.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidade e limites. In: OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). Direito sancionador: Sistema Financeiro Nacional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 281-309.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 1º, art. 1º a 103, Saraiva, 2ª ed., 1997.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Número 06/2006.

_____. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT, Belo Horizonte 2/117, jan.-jul. 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras – Instrumentos de Fortalecimento do Estado. Disponível em:

<<http://www.abar.org.br/legba/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário – Tomo IV – Previdência Complementar. 2ª Edição: LTr – 2002.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Agências reguladoras e o direito brasileiro. São Paulo, Atlas, 2002.

MORAES, Luiza Rangel de. Arbitragem e Agências Reguladoras. Publicado na Revista de Arbitragem e Mediação. Coord. Arnoldo Wald. Ano 1- n.2. Maio/Agosto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PAIXÃO, Leonardo André. A Previdência Complementar fechada: uma visão geral. 2007. Disponível no site <www.mps.gov.br/spc>. Acesso em: 21 jan. 2011.

PASSOS, Celia Maria Oliveira. Prática da Mediação na Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL / Celia Maria Oliveira Passos, UFF/ Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Niterói, 2008.

PENA, Ricardo; GALAZI, Geraldo. Avaliação de Riscos – Manual de Boas Práticas. São Paulo, Abrapp/ICSS/Sindapp, 2008, p. 157-173. Artigo “A supervisão baseada em riscos na Previdência Complementar no Brasil: estágio atual e perspectivas”.

PENA, Ricardo. Revista de Direito Previdenciário (doutrina, legislação e jurisprudência), Ano 1, n.º 0, 2010, Conceito Editorial, Florianópolis/SC. Previc, pelo fortalecimento da Previdência Complementar.

_____. Previdência Complementar no Brasil: história, evolução e desafios. Artigo publicado na Revista Fundos de Pensão da ABRAPP/ICSS/SINDAPP. Ano XXVII, Número 340, de maio /2008, p. 13-15.

_____; ANGOTI, Luis Ronaldo Martins. A fiscalização da Previdência Complementar. 2011. Disponível em: http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/4_101130-153919-067.pdf. Acesso em: 14 fev. 2011.

PINHEIRO, Ricardo Pena. A demografia dos fundos de pensão – Brasília: Ministério da Previdência Social. Secretaria de Políticas de Previdência Social, 2007. 292 p. – (Coleção Previdência Social. Série estudos; v. 24).

Procuradoria Geral do Banco Central - Revista da PGBC – v. 4 – n. 2 – dez. 2010. p. 90. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho e Magda de Lima Lúcio. Disponível no site <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122010/revista_pgbc_vol4_n2_dez2010.pdf>. Acesso em: 04 maio 2011.

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

REIS, Adacir. Temas Centrais da Nova Legislação In: Fundos de Pensão em Debate (Coord. Adacir Reis). Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 18/19

RODRIGUES, Flávio Martins. Previdência Complementar: Conceitos e elementos jurídicos fundamentais. Revista de Previdência n.º 3. Gramma Livraria e Editora, 2005.

_____. A Governança dos Fundos de Pensão: os Princípios e as Regras Incidentes. Revista de Previdência n.º 5. Gramma Livraria e Editora, 2006.

_____. A Previdência Complementar Fechada: alguns elementos estruturadores, a contratualidade de suas relações, a independência patrimonial dos planos de benefícios e a competência governamental para a sua fiscalização. Outubro 2006. Disponível no site < <http://www.bocater.com.br/>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

SILVA, Rafael Silveira e. Ação regulatória sobre os fundos de pensão: avaliação das mudanças institucionais recentes. Brasília, Fevereiro/2005
http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD21-RafaelSilveira.pdf. Acesso em: 06 maio 2011.

SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos. Tese de Doutorado em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2010.

Superintendência Nacional de Previdência Complementar. Guia Previc - Melhores práticas em fundos de pensão – Publicado em Agosto de 2010 – Disponível em <http://www.mpas.gov.br/Previc>