

Ronaldo Guimarães Gallo

Previdência Privada e Arbitragem

De acordo com a

**REFORMA da
PREVIDÊNCIA**

2020

Parte I

PREVIDÊNCIA PRIVADA

lembrando que, pós *reforma constitucional* (EC nº 20/1998) não se vislumbra mais a possibilidade do poder público *intervir* no regime previdenciário na condição de *instituidor* do *benefício complementar* (leia-se: na condição de responsável pela criação de um seguro coletivo de caráter complementar e facultativo, no âmbito da previdência social pública, que propicie *acrescer* valores acima do teto do RGPS, por meio de *contribuições adicionais*), pois que tal possibilidade hoje é circunscrita ao regime privado, por meio das Entidades de Previdência Complementar.

Ainda pautado nas inovações de alicerce constitucional, observa-se que o artigo 202 da Constituição Federal sinaliza que lei complementar disciplinará a relação jurídica entre os entes federados, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas estatais controladas (direta ou indiretamente) enquanto patrocinadores junto às entidades fechadas de previdência complementar.

Referido dispositivo também é *alvo* de alteração por meio da Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019, que, por sua vez, anuncia que as exigências relacionadas às entidades *fechadas* de previdência cedem espaço para regramento que meramente diz “planos de benefícios previdenciários, e as entidades de previdência complementar”, ou seja, resta “*quebrado*” o “*monopólio*” das EFPC para firmar relação jurídica de previdência privada junto à administração pública direta e indireta³¹. A matéria, consoante indicado no art. 202, §4º da EC n. 103/2019, carece de regulamentação por meio de lei complementar.

1.1 AS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019

A proposta *original*, é dizer, aquela com a redação formulada e encaminhada pelo *Poder Executivo* e consubstanciada

31. A respeito das diferenças entre Entidades *Fechadas* e *Abertas* de Previdência Complementar vide item 6.1.

na Proposta de Emenda à Constituição nº 6/2019 (“reforma da previdência”), *inovava* com às hipóteses de planos *públicos* de previdência (no Regime Geral de Previdência Social e nos Regimes Próprios de Previdência Social) ancorados no regime de capitalização³² em duas hipóteses: art. 40, §6; e o art. 201-A. Vale a transcrição de ambos os dispositivos que *constavam* originalmente na retro referida PEC:

Art. 40. (...)

§ 6º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão para o regime próprio de previdência social o sistema obrigatório de capitalização individual previsto no art. 201-A, no prazo e nos termos que vierem a ser estabelecidos na lei complementar federal de que trata o referido artigo.

Art. 201-A. Lei complementar de iniciativa do Poder Executivo federal instituirá novo regime de previdência social, organizado com base em sistema de capitalização, na modalidade de contribuição definida, de caráter obrigatório para quem aderir, com a previsão de conta vinculada para cada trabalhador e de constituição de reserva individual para o pagamento do benefício, admitida capitalização nocional, vedada qualquer forma de uso compulsório dos recursos por parte de ente federativo. (NR)

Segundo o artigo 115 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias contido na proposta *original* da PEC nº 6/2019, o regime de capitalização para o RGPS e RPPS seria um modelo *alternativo* aos atuais RGPS e RPPS, o que leva a crer que seria exigida a *prévia e expressa* autorização³³ para a

32. Sobre “regime de capitalização”, vide 2.1, item *f*, nesta obra.

33. Quanto à “prévia e expressa autorização”, à título de exemplo, vide Lei nº 12.618/12, artigo 1º, §1º.

migração de regime, nos moldes do que hoje já é feito para os servidores públicos federais que têm interesse em migrar do RPPS para um regime de previdência complementar.

Três pontos *dignos* de nota quanto à proposta supra e em destaque. O primeiro deles é que a hipótese de adoção do regime de capitalização para as previdências “públicas” sempre remeteu à reforma previdenciária chilena da década de 1980³⁴, que implementou o regime de capitalização na respectiva previdência pública, de forma obrigatória.

Diferentemente, no Brasil a proposta veio sob o manto *alternativo*, o que remete à *faculdade* da adesão, deixando a entender que o regime de repartição seria mantido concomitantemente com o *novel* regime de capitalização (diferentemente do que aconteceu no Chile, em que o regime de repartição teve sobrevida apenas para *abrigar* aqueles que não foram abarcados pelo regime de capitalização).

O segundo ponto é que (e agora nos parece que há óbvia inspiração no retrospecto da experiência chilena) o regime então proposto de capitalização individual das *reservas* já trazia uma garantia básica não inferior ao salário mínimo.

O regime de capitalização chileno, com a constituição de reservas individualizadas e que não conta com o pagamento de contribuição do *empregador* para a *conta* do *empregado-segurado*, redundou em benefícios previdenciários com valores muito *baixos* e que sequer conseguiam *alcançar* o valor do salário-mínimo.

Para tentar *contornar* o problema o governo chileno instituiu o chamado *pilar solidário*, que nada mais é do que uma subvenção advinda do orçamento público e que *complementa* os valores dos benefícios gerados pelo regime de capitalização

34. Sobre regime previdenciário Chileno vide 2.1, item c desta obra.

individual, para que se consiga uma prestação de valor (ao menos) equivalente ao salário mínimo³⁵.

Finalmente, o terceiro ponto de destaque é que a proposta trazia a possibilidade de “contribuições patronais” e de “entes federativos”, todavia a contribuição veio grafada como *possibilidade*, o que torna difícil antever como isso funcionaria no sistema então proposto.

Certamente, ter-se-ia que aguardar a definição infraconstitucional para se vislumbrar a amplitude e consequência da *ideia* contida na reforma pretendida, sem perder de vista que dentre os princípios constitucionais que regem o sistema de previdência está o que exige a diversidade da base de financiamento (artigo 194, VI, CF), que certamente teria que ser observado no regramento infraconstitucional.

O regime de capitalização enquanto regime público de previdência não obteve êxito na reforma previdenciária brasileira que redundou na edição da EC n. /2019. Mas o regime privado de previdência foi foco de algumas alterações e segue com vigor na arquitetura constitucional de seguridade social.

Referidas alterações foram mais *exploradas* no chamado regime próprio de previdência social, o que não significa dizer que o impacto não retumbou em todo o sistema, na medida em

35. “En el caso de la pensión mínima garantizada (PMG), se trata del derecho del afiliado al régimen de capitalización individual, con veinte años de cotizaciones en cualquier régimen previsional, a acceder una pensión mínima. Ella fue reemplazada por el APS, en los términos estudiados y solo se encuentra vigente para quienes, habiéndola obtenido, desean conservarla

(...)

Este mecanismo complementario de pensiones y aportes solidarios como derecho personal, asegura beneficios a un número significativo de adultos mayores y de inválidos. Con las pensiones de cálculo que complementa lleva a que cerca del 90%111 de las personas mayores con 65 años o más alcancen pensiones por vejez e invalidez, según el caso112. Dicho total incluye a los beneficiarios de PBS de vejez o invalidez, así como a los de otros regímenes. A fines de noviembre de 2017 la población cubierta por el pilar solidario alcanzaba a 1.414.980 beneficiarios (...). (Cifuentes Lillo, Hugo. El Sistema de Seguridad Social Chileno: Descripción y aspectos generales (Spanish Edition). Ediciones UC. Edição do Kindle. p. 780).

que os entes federativos (e respectiva *administração indireta*) poderão trabalhar com entidades de previdência complementar fechadas ou abertas na instituição dos planos de benefícios que tenham interesse em desenvolver para os respectivos *servidores* ou *empregados*.

Como já referido, aqui a alteração também carece de normatização infraconstitucional (lei complementar) a regrá-la, mas já se pode antever uma maior competição entre as EPC, voltada para a *captação* dos fundos de benefícios patrocinados por estes entes políticos. Essa pluralidade de atores também *pode* redundar em uma diminuição dos custos arcados pelos *participantes*, bem como uma *majoração* das possibilidades de planos de previdência privada, fatores que, por si só, já seriam benéficos para todos os participantes.

Aparentemente a lei deve manter a formatação *distinta* para as EFPC e as EAPC, já que o artigo 40, §15, com a redação que lhe conferiu a EC n. /2019, de forma expressa mantém a possibilidade de ambas as EPC oferecerem planos de benefícios (todos restritos à modalidade *contribuição definida*).

O entendimento também é confirmado pelo §6º do artigo 202, que *sinaliza* com a estruturação de EFPC (veja-se, não EPC, que pode desenvolver relação jurídica no mercado *fechado* de previdência privada, mas sim EFPC) para tratar da atividade dos participantes do plano de previdência nos colegiados e instâncias de decisão.

A alteração constitucional deixa a desejar nesse ponto. Primeiro porque é de conhecimento que as EAPC não cumprem com um dos princípios constitucionais que regem, de forma geral, o *subsistema* de previdência, inserto no inciso VII do artigo 194, CF, qual seja, o caráter *democrático* (vide item 1.3), com a integração dos participantes no processo decisório e fiscalizatório das *entidades*.

Com a alteração constitucional sob comentário, é dizer, a possibilidade das EAPC firmarem contrato de previdência

privada também no *mercado fechado* (antes restrito às EFPC), o mínimo que se poderia esperar é o encurtamento das *diferenças* na formatação estrutural das entidades, aproveitando o que há de *melhor* em ambas.

Da forma como se implementou a aletarção normativa constitucional, para um mesmo mercado *fechado* de previdência privada teremos uma EPC com exigências para a integração dos seus participantes no processo decisório (atendendo a preceito constitucional constante do artigo 194, CF) e outra EPC que não contará com qualquer exigência neste sentido (mantendo-se a inobservância quanto ao mesmo preceito constitucional).

Nessa toada, prossegue a supervisão destes mercados sendo desenvolvida por reguladores distintos, quais sejam, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, para o mercado de previdência privada *fechada*, e a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, para o mercado *aberto*.

Com as EAPC passando a atuar no mercado *fechado* de previdência complementar, quem resta competente para a supervisão? A Previc, eis que a matéria continua sendo previdência privada *fechada*, ínsita à sua competência.

Finalmente, destaca-se que o artigo 40, §2º da EC n. /2019 impõe como *piso e teto* para os benefícios previdenciários conferidos no âmbito do RPPS os mesmos valores concedidos para as prestações previdenciárias no âmbito do RGPS. Tendo em vista que os subsídios auferidos no setor público são, de forma geral, superiores à media dos salários da iniciativa privada, bem como que há perspectiva de *queda* (ou, ao menos, não elevação) do valor que expressa esse *teto*, referido regramento deve dinamizar a *complementação* da remuneração da aposentadoria por meio do contrato de previdência privada. Os parágrafos 14 e 15 do mesmo artigo 40 corroboram o raciocínio retro desenvolvido.

1.2 A PREVIDÊNCIA PRIVADA COMO DIREITO SOCIAL

Tendo em vista a digressão feita no capítulo anterior, já se poderia adiantar o entendimento que se consubstanciará ao final dessa explanação. Partindo dos fundamentos e objetivos da República, alcançando os direitos e garantias fundamentais e o que consignado no artigo 6º da Carta de Princípios com relação aos direitos sociais, também rememorando a *desconstrução* didática com relação ao sistema de Seguridade Social e ao regime de Previdência Social, pode parecer que não há o que desenvolver neste tópico, posto que já respondido no anterior.

Não é o que poderemos observar. Trazendo desde já a ressalva de que o tema contará com importância fulcral quando da análise da arbitrabilidade (Seção 5.5) da temática ora sob estudo.

Iniciando os desdobramentos do assunto, vale trazer à colação entendimento preambular a respeito do direito social, que, segundo Eliane Romeiro Costa,³⁶

[...] consiste em direito humano, coletivo, cujos princípios fundamentais são a solidariedade e cuja finalidade é o alcance das normas de justiça social. O direito social tem conteúdo moral, de justiça social, refletindo seus fundamentos nos direitos à segurança social. Como questão social, relaciona-se com a crise do emprego e com o que a doutrina social qualifica de interesse coletivo.

Pensamos que a primeira base para a extração do verdadeiro significado do direito social é a normativa, logo, o artigo 6º da Carta de Princípios. Obviamente que o “direito social” não se restringe ao conteúdo do normativo retromencionado,

36. COSTA, Eliane Romeiro. *Previdência complementar na seguridade social: o risco velhice e a idade para a aposentadoria*. São Paulo: LTr, 2003. p. 15.

encetada pelo legislador, na medida em que a possibilidade de inserção de mais uma *pessoa* nesse *iter* de contratação apenas ensejaria acréscimo econômico negativo (no sentido de maiores dispêndios financeiros) para a contratação do plano de benefícios, não se vislumbrando outras possibilidades de acréscimo positivo ao regime.

REGIME	SUJEITOS	Participação financeira quanto à contribuição dos participantes
Previdência Privada Fechada	Patrocinadores (art. 12, LC 109/2001)	Total ou Parcial
Previdência Privada Fechada	Instituidores (art. 12, LC 109/2001)	Possibilidade com a condição trazida no art. 10, § 4º, Res. MPAS/CGPC 12/2002)
Previdência Privada Aberta (plano coletivo)	Instituidores	Total ou Parcial
Previdência Privada Aberta (plano coletivo)	Averbadoras	Impossibilidade (art. 5º, I, Res. CNSP 349/17)

Vale lembrar (vide item 1.2) que a Emenda Constitucional nº /2019 não mais restringe a contratação de planos de benefícios de previdência privada para a administração pública às EFPC. Consoante disposto no artigo 202, §4º a relação de previdência privada pode ser viabilizada com EPC, ou seja, as EAPC também estão autorizadas a *operar* planos de benefícios voltados para as mais diversas áreas do setor público.

3.3 PARTICIPANTES, BENEFICIÁRIOS E ASSISTIDOS

Esclarece desde logo Wagner Balera,²⁹ quanto ao tema, que

29. *Comentários à Lei de Previdência Privada cit.*, p. 72.

Parte III

**ARBITRAGEM E
PREVIDÊNCIA PRIVADA**

CAPÍTULO 6

A ARBITRAGEM NA PREVIDÊNCIA PRIVADA

Conforme observado na Parte I deste trabalho, Capítulo 1, a previdência privada angariou longo amadurecimento na Constituição Federal de 1988, o qual passou por sua realocação topográfica, retirando-a do Sistema da “Ordem Econômica e Financeira” e inserindo-a na “Ordem Social”, no Capítulo da Seguridade Social, com regulamentação constitucional das suas premissas básicas, tudo voltando para a constituição de sua essência.

Referidas alterações não foram ao léu ou sem significância jurídica, expressam o valor e o *norte* a ser conferido à matéria, impregnando-a da principiologia adotada para o sistema, expressando entendimento modernizado e consentâneo com a evolução do pensamento (e da *necessidade*) social.

Para além das mudanças suprarreferidas, já se abstraía da Carta de Princípios a identificação dos direitos previdenciários como direitos sociais, logo, norma fundamental para a República. É direito que integra, compõe e recompõe a pessoa humana, a sua dignidade, logo, sustentação do Estado Democrático de Direito (a respeito, vide seção 2.1).

Tendo em vista todo o raciocínio desenvolvido neste trabalho, para dar um passo adiante, calha questionar se as regras fundamentais, os direitos sociais que dão forma à previdência

privada são passíveis de submissão ao processo arbitral, a um procedimento de resolução de conflitos que está fora do sistema estatal de pacificação.

Esse questionamento pode ser traduzido para a análise da arbitrabilidade das matérias, cujo pano de fundo é a previdência privada.

O questionamento é inovador, ao menos no que diz respeito à hipótese. De fato, não conhecemos análise específica tal qual a que se tece neste trabalho, mas reflexões com questionamentos de conteúdo assemelhado, cujas respostas foram talhadas ao longo de anos de discussão, são importantes e servem de valiosa analogia para o desenvolvimento da resposta que ora interessa.

Nesse sentido, o mesmo questionamento foi feito quanto à possibilidade de submissão da Administração Pública (leia-se, dos conflitos advindos das relações jurídicas que a Administração Pública participa) ao processo arbitral. Assim como agora desafiamos a dignidade da pessoa humana, no direito social, no que diz respeito à Administração Pública, o foco era o interesse público, tido como indisponível, qualquer que fosse a perspectiva.

A arbitrabilidade *subjetiva* foi matéria controvertida por longo período no que diz respeito à Administração Pública. Atualmente, referido questionamento encontra-se superado e é lembrado na doutrina apenas a título de ilustração do desenvolvimento dessa *evolução*. Não calha reproduzir aqui tal *avanço* porque destoa do tema e, nessa perspectiva específica, não se verifica similitude que propiciará auxiliar o desbravamento da temática ora a ser enfrentada.

Já no que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, a analogia pode auxiliar. Toda a controvérsia, no que diz respeito à participação da Administração Pública em um dos polos da relação jurídica arbitral, gravitava em torno da possibilidade

de esta “transigir” sobre o interesse público, que, enquanto público, a titulariza sem poder dispor.

É o caso de afastar a primeira confusão quanto ao assunto. Explica Carmen Tiburcio¹ que,

[...] primeiramente, fazia-se uma analogia entre compromisso e transação, de modo que a capacidade para firmar compromisso decorreria não da capacidade para contratar, mas para transigir. Como o direito de se submeter à arbitragem suporia o de transigir, não podendo a Fazenda transacionar, não poderia igualmente firmar compromisso. Este argumento partia de bases equivocadas, entretanto. Tais figuras não se confundem nem na natureza, nem nos efeitos. Pode firmar cláusula compromissória quem pode contratar, e o Estado pode. Quando a Administração se submete à arbitragem, não está transigindo com o interesse público, mas deslocando o litígio do Judiciário para os árbitros.

Da contribuição já colacionada não se abstrai apenas o desfazimento da *confusão* entre institutos, mas também a sinalização de que a Administração Pública pode submeter à arbitragem a matéria firmada nos contratos que entabula. É a diferença do entendimento quanto aos chamados interesse público primário e interesse público secundário.

Novamente nos valendo dos ensinamentos de Carmen Tiburcio,² tem-se que o

[...] critério geral [...] é bem simples: como sintetiza Eros Roberto Grau, “*sempre que puder contratar, o que*

1. TIBURCIO, Carmen. Arbitragem envolvendo a administração pública: arbitralidade subjetiva e objetiva. Histórico e situação atual. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (Coord.). *Arbitragem e administração pública: temas polêmicos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 124.
2. TIBURCIO, Carmen. Arbitragem envolvendo a administração pública: arbitralidade subjetiva e objetiva cit., p. 126.