

O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO BRASIL E O CASO DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

Raul Teixeira*

Sumário: 1. Introdução; 2. Fundamentos Jurídicos da Previdência Privada; 3. A Criação do Regime de Previdência Complementar no Brasil; 4. A Grande expansão da previdência aberta os produtos de ponta: PGBL e VGBL. 5. A Nova Lei e a Questão Prescricional; 6. O Caso das Entidades de Previdência Complementar Sem Fins Lucrativos; 7. A Liquidação das Entidades de Previdência Complementar. A Questão da Blindagem das Reservas Técnicas.; 8. A Possibilidade de Recuperação das Entidades Liquidandas. A Transformação do Regime Liquidatório Extrajudicial em Ordinário; 9. Considerações Finais.

1 - INTRODUÇÃO

Um dos legados mais significativos dentre muitos, obrados pelo constituinte de 88, foi a possibilidade de se ampliar a capacitação e consciência dos indivíduos acerca dos problemas concretos que afetam o cotidiano de sua existência enquanto membros de uma coletividade, o que significa dizer que parcelas significativas da população, a partir do fortalecimento da cidadania, adquiriram uma espécie de capacidade de reflexão sobre temas complexos, cujas soluções requerem a participação efetiva de toda sociedade.

Neste modesto ensaio, trago para a esfera de discussão a questão da crise previdenciária, que desponta não apenas no Brasil mas em grande parte do mundo, e que está a desafiar, por parte dos formuladores de políticas, soluções eficientes e corajosas que permitam o reequilíbrio dos orçamentos públicos, hoje totalmente afetados pelo crescente déficit previdenciário, possibilitando, assim, a retomada dos necessários investimentos sociais.

Nosso sistema previdenciário oficial surge a partir dos anos 30 com a criação dos institutos de aposentadoria vinculados às diversas categorias profissionais, sendo que em 1967 verificou-se a sua unificação através do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro - Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Santa Úrsula - Professor do Curso de Pós-Graduação em Seguros e Previdência Privada - FGV/SP - Ex-Procurador-Geral da SUSEP - Email: luatrr@alternex.com.br e escritadv@alternex.com.br

Hoje a previdência oficial é operada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória a todos os trabalhadores com vínculo empregatício, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, bem como os autônomos.

Todos se lembram que no ano legislativo de 2003 travou-se no Congresso Nacional intensa polêmica sobre os rumos da previdência, resultando na aprovação da Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003, como consequência de uma continuidade da política previdenciária desencadeada no governo passado através da Emenda Constitucional nº 20/98.

A reforma de 98 teve seu foco voltado para o regime geral, fixando um teto máximo para o valor dos benefícios pagos, criando o fator previdenciário com vistas a atender os efeitos deletérios da aposentadoria precoce e estabelecendo o critério do tempo de contribuição, não enfrentando, todavia, alguns fatores que continuaram contribuindo para o alargamento do déficit previdenciário. Primeiramente, o atrelamento constitucional dos benefícios pagos pela Previdência ao salário mínimo impede que, através deste, se promova qualquer política distributivista sem a nefasta consequência de constranger o orçamento. Por outro lado o aumento do desemprego causado pela ausência de um crescimento econômico auto-sustentável concorre para a evasão de contribuintes ativos, sem contar que o acentuado crescimento da mão de obra informal também afasta potenciais contribuintes. Agrava a tudo isso o perverso aspecto de que ao elastecer a expectativa média de vida do brasileiro aumenta o déficit na medida em que amplia-se o tempo de permanência dos assistidos do sistema.

Em relação à previdência pública, que abriga os servidores públicos das três esferas federativas e cuja responsabilidade de pagamento decorre diretamente dos cofres públicos, a regra constitucional da paridade entre os proventos da inatividade e a remuneração da atividade, que vigorou até o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, continua sendo fator de agravamento do déficit nas contas governamentais que, invariavelmente, é repassado ao contribuinte.

É certo que a mais recente reforma previdenciária (EC. Nº 41/2003) eliminou a paridade instituindo um limite máximo para os proventos pagos pelo setor público, deixando aos servidores a possibilidade de suplementação através de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, objetivando, por esse caminho alternativo, a melhoria dos rendimentos auferidos quando da concessão do aposento. Observe-se, contudo, que por força do princípio constitucional do direito adquirido, a referida emenda, ao entrar em vigor, observou a regra da retroatividade mínima, vale dizer alcançou somente as situações posteriores a ela, o que significa que seus efeitos orçamentários só se produzirão plenamente daqui a 35 anos quando estarão se aposentando os que a partir de agora ingressarem no serviço público.

A possibilidade de suplementação a que nos referimos, introduzida no §15, do art. 40, da Constituição Federal em virtude da nova

redação trazida pela E.C. nº 41/03, ficou condicionada, todavia, à criação, pelo respectivo ente federativo, de regime de previdência complementar para os seus servidores (§ 14, art. 40, CRFB) 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. Neste ponto divergimos do texto aprovado, porquanto entendemos que a melhor opção para os servidores, já que a regra acertadamente é de produtos de contribuição definida, seria não restringir somente às entidades fechadas, mas, sim, estendê-la ao regime aberto, o que resultaria em saudável competição entre os gestores, com maiores vantagens para os participantes, mormente com a possibilidade de utilização do instituto da portabilidade introduzido pela Lei Complementar nº 109/2001.

É dentro dessa ambientação que se percebe o modelo de previdência privada complementar como solução financeira e atuarialmente viável, observados os critérios de segurança, liquidez e rentabilidade, para viabilizar uma renda previdenciária a todas as camadas da população.

O tema aqui tratado reveste-se, assim, de extrema pertinência para o momento atual, não apenas pela relevância que ocupa no campo do Direito Securitário e Previdenciário, mas principalmente pela sua acentuada vinculação à questão da reforma previdenciária que vem reverberando intensamente em todos os segmentos da sociedade.

A nossa proposta, portanto, sem a veleidade de esgotar a matéria, é proceder uma análise do regime de previdência complementar em funcionamento no Brasil, abordando aspectos históricos relativos a sua criação, legislação pertinente, entidades que operam o sistema, bem como os produtos oferecidos com suas peculiaridades e especificidades, centrando o foco no regime aberto e em particular para o caso das entidades abertas sem fins lucrativos que merecem exame especial quanto à organização jurídica e critérios de governança à luz do regramento introduzido pelo novo estatuto substantivo. Releva, também, tratar da questão do marco regulatório, com o exame das relações institucionais que se estabelecem entre os órgãos responsáveis pela regulação e fiscalização desse mercado e as entidades operadoras.

Igualmente relevante é o enfoque dado à liquidação extrajudicial das entidades de previdência e a blindagem das reservas técnicas, cujo desafetamento ante o ato liquidatório impede uma efetiva proteção aos consumidores de produtos previdenciários, bem como aos estudos, desenvolvidos no último capítulo, com vistas a recuperação de entidades liquidandas, em especial as de espécie sem fins lucrativos.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PREVIDÊNCIA PRIVADA

É incontestável a estreita afinidade jurídica existente entre os institutos do seguro e da previdência, mormente quando se busca uma abordagem identificadora dos princípios formadores de ambos, eis que tanto o

seguro quanto a previdência se ocupam de um mesmo elemento central: o risco.

Mais verdadeira se torna tal constatação quanto mais longe no tempo se examina a doutrina e a positivação securitária, vez que a especialização do direito no ramo previdenciário, com conceituação e terminologias próprias, é algo relativamente recente. E tanto isso é verdade que o código civil de 1916, ao tratar, no art. 1471, o seguro de vida como aquele que “tem por objeto garantir, mediante o prêmio atual que se ajustar, o pagamento de certa soma a determinada ou determinadas pessoas, por morte de segurado”, trazia ínsito, na parte final do mesmo dispositivo, o risco previdenciário: “podendo estipular-se igualmente o pagamento dessa soma ao próprio segurado, ou terceiro, se aquele sobreviver ao prazo de seu contrato”.

Foi recentemente que se deu, no campo doutrinário, a segregação entre seguro e previdência, mais precisamente a partir dos estudos da corrente doutrinária que vê no seguro um contrato essencialmente aleatório. SERPA LOPES¹ ensina que “o contrato comutativo é o contrato a título oneroso, no qual a extensão das prestações devidas pelas partes é certa e definitiva, desde a formação do contrato; o aleatório, ao contrário, é o dotado de uma extensão incerta, por se subentende-la dependente de uma acontecimento casual, sem o qual jamais será exigível.”

PEDRO ALVIM² afirma que “o seguro é um contrato aleatório. Gira em torno do risco, acontecimento futuro e incerto cujas conseqüências econômicas o segurado transfere ao segurador, mediante o pagamento do prêmio. Se o evento previsto ocorre, uma soma bem maior que o prêmio será paga ao segurado; em compensação, reterá o segurador a quantia recebida, se o fato não se verificar. Não há equivalência nas obrigações, por força da natureza aleatória do contrato.”

É, portanto, sob o aspecto da aleatoriedade que se apartam as relações contratuais do seguro e da previdência, sendo estas de cunho nitidamente comutativo, como aliás, já abordamos em obra recentemente editada:³

“Na clássica classificação dos contratos adotada pela doutrina dominante as avenças para cobertura previdenciária podem ser denominadas de contratos de duração, também chamados de trato sucessivo.

A precisão classificatória faz-se necessária, porquanto se nos contratos instantâneos, na hipótese de resolução por inadimplência, repõe-se as partes no estado anterior, aos contratos sucessivos os efeitos produzidos não são atingidos.

¹ SERPA LOPES, Miguel Maria; in “Curso de Direito Civil”; Ed. Freitas Bastos; Rio de Janeiro; 1957.

² ALVIM, Pedro; in “O Contrato de Seguro”; Ed. Forense; Rio de Janeiro; 1999.

³ TEIXEIRA, Raul; in “Seguro, Previdência e Capitalização. Uma Visão Institucional”; Ed. Forense; Rio de Janeiro, 2002.

Sob a ótica do sinalagma jurídico, identifica-se a obrigação do participante que contrata um plano previdenciário, como a de pagar o prêmio, ou seja, o valor correspondente a cada um dos aportes destinados ao custeio da cobertura contratada que, por outro lado, resultará no direito ao pagamento da indenização, sob a forma de renda, que poderá ser vitalícia ou temporária. De outra banda, a entidade de previdência se obriga a gerir os recursos financeiros obtidos pelo pagamento do prêmio para, após o período de deferimento, devolver, sob a forma de renda ao participante. Como remuneração pelos serviços prestados, a entidade de previdência faz jus ao carregamento, ou seja um valor resultante de percentual sobre os prêmios pagos, valor esse que custeia, inclusive, as despesas de administração do plano ofertado."

Portanto, se pelo ângulo da aleatoriedade o contrato de previdência se afasta do seguro, é o aspecto do risco, e mais precisamente pela transferência desse risco do segurado ou participante para a entidade operadora, que ele vai encontrar as maiores afinidades com a avença securitária.

Refletindo filosoficamente sobre o tema, podemos afirmar que em toda essa tortuosa e difícil passagem do ser humano pela vida o elemento risco está sempre presente, seja pela possibilidade de um acidente, de um insucesso, de fatos da natureza ou da própria ação humana, seja pelo temor de ser superado pela concorrência, seja, ainda, pela própria incerteza do futuro e do desamparo na velhice. Em outras palavras, basta estar vivo para que se esteja no alcance de determinado risco.

Neste ponto é que avulta a importância de institutos jurídicos tais como o seguro e a previdência, na medida em que estes permitem que aqueles riscos, ou ao menos parte deles, sejam transferidos para determinadas entidades que, através de mecanismos complexos e tecnicamente requintados, assumem a responsabilidade de cobrir financeiramente os prejuízos, os dissabores, os pesares, incapacidades e demais infortúnios causados aos indivíduos pela concretização do risco.

Vale aqui lembrar o saudoso PEDRO ALVIM⁴ que conceituava o risco segurável como o acontecimento possível, futuro e incerto, ou de data incerta, que não depende somente da vontade das partes.

Em linhas gerais, da mesma forma que o seguro, a previdência tem origem no receio do desconhecido; todavia, enquanto no seguro o evento temido pode não ocorrer, daí a aleatoriedade da avença, na previdência a

⁴ Ob. citada

incerteza decorre da velhice e, conseqüentemente, da necessidade de proteção aos idosos e desamparados.

E não poderia ser de outra forma, porquanto se tivéssemos plena certeza, hoje, que no ocaso de nossa existência estaríamos prósperos e sem qualquer necessidade material não subscreveríamos qualquer contrato de previdência.

A estreita ligação entre os mecanismos do seguro e da previdência fica mais visível quando se analisa o seguro de vida, porquanto este ramo se ocupa de um risco que, ao contrário dos outros, sempre ocorrerá, embora não se saiba exatamente quando.

Daí decorre que o objetivo da cobertura, no ramo vida, é oferecer proteção aos que, dependendo economicamente do segurado, ficariam ao desamparo pelo seu súbito desaparecimento, guardando, neste ponto, muitas similaridades com o contrato de previdência.

Entende-se, dessa feita, o porquê de alguns dispositivos especiais aplicáveis ao seguro de vida serem extensíveis aos contratos de previdência aberta, em particular a regra trazida pela Lei nº 6435/77 (art. 7º, § único) e mantida, embora de forma mais restritiva, no parágrafo único, do art. 36, da L.C. 109/2001, no sentido de que "as sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida poderão ser autorizadas a operar os planos de benefícios a que se refere o caput, a eles se aplicando as disposições desta Lei Complementar."⁵

3 - A CRIAÇÃO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO BRASIL

O regime de previdência complementar, entre nós, foi instituído pela Lei nº 6435, de 15/07/77, que inspirado nas mais modernas experiências internacionais tratou sobre as entidades de previdência complementar e os respectivos planos de benefícios, bem como sobre a estruturação dos produtos ofertados e da competência dos órgãos estatais responsáveis pela regulação e fiscalização do mercado. Com o advento da Carta

⁵ Em verdade quem opera a previdência complementar aberta com fins lucrativos são as seguradoras especializadas em seguros de pessoas, que oferecem produtos com cobertura conjugada, tais como os VGBL's, onde combina-se seguro de vida e acidentes pessoais com coberturas previdenciárias.

A expressão "exclusivamente" contida na L.C. 109/01 não existia na Lei nº 6435/77, o que suscitou uma dúvida no mercado sobre a possibilidade de se manter a cobertura de acidentes pessoais nas carteiras, vez que pelo Decreto nº 61.589/67 tal cobertura inclui-se nos ramos elementares. A questão foi pacificada a partir de parecer, de nossa lavra, que concluiu que a referência da lei complementar às seguradoras autorizadas exclusivamente no ramo vida deve ser entendida, sob o foco do novo código civil, como direcionada àquelas que atuam em seguros de pessoas, o que, aliás, é plenamente consentâneo ao permissivo do Decreto nº 61.589/67 (art. 7º parágrafo único), com a redação introduzida pelo Decreto nº 3.633, de 18/10/2000. Esclareça-se que o novo código introduziu uma nova classificação para os seguros: danos e pessoas. E, em boa hora, incluiu no seguro de pessoas a cobertura de acidentes pessoais, passando esta nova categoria a conter todas as regras anteriormente restritas ao seguro de vida.

de 1988, aquela lei, da mesma forma que o Decreto-lei nº 73/66, foi recepcionada parcialmente pelo novo texto constitucional⁶, com status de lei complementar.

A Lei nº 6.435/77, do ponto de vista do acesso dos consumidores aos produtos oferecidos, reconhecia duas categorias de entidades:

- a) fechadas, quando acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa, ou de um grupo de empresas, as quais são denominadas patrocinadoras.
- b) abertas, acessíveis a qualquer consumidor que adquira produtos de previdência por elas comercializados.

No tocante à organização jurídica, as entidades fechadas só podiam ser constituídas por patrocinadoras, tendo como participantes exclusivos os empregados destas, organizando-se sob a forma de fundações ou sociedades civis e não podendo, em qualquer hipótese, ter fins lucrativos, enquanto as abertas poderiam ser entidades com fins lucrativos, revestindo-se, aí, sob a forma de sociedades anônimas e a elas aplicando-se, subsidiariamente, a Lei nº 6404/76 (Lei das S/A), ou entidades sem fins lucrativos, que se organizariam somente sob a forma de sociedades civis. (art. 4º, § 3º, II, do Decreto nº 81.402/78).

Sob a ótica do marco regulatório, o sistema fechado sempre esteve sob o âmbito do Ministério da Previdência, tendo como órgão regulador o Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC), com atribuição para fixar as diretrizes da política de previdência complementar fechada, e como órgão fiscalizador e executor dessas diretrizes a Secretaria de Previdência Complementar (SPC). As entidades abertas⁷ integram-se ao Sistema Nacional de Seguros Privados, tendo no Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP o órgão responsável pela fixação das diretrizes da política de seguros e

⁶ O art. 192, II, da CRFB, em sua redação anterior a E.C. 40/2003, dispunha que “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre a autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência complementar e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador”.

Por força do mencionado preceito constitucional e não tendo sido, até hoje, editada, ao menos no tocante às atividades de seguro, resseguro e capitalização, a lei complementar referida, operou-se, em relação ao Decreto nº 73/66, o fenômeno que a doutrina jurídica convencionou chamar de “recepção”, passando aquele Decreto-lei (somente na parte que dispõe sobre as regras a serem observadas pelas entidades com vistas à autorização a operar, bem como a própria organização jurídica e normas de governança cooperativa das entidades operadoras e, ainda, no tocante às atribuições dos órgãos estatais de regulação e fiscalização do mercado) a ter estatuta jurídica de lei complementar.

⁷ As entidades abertas inicialmente, por força da Lei nº 6435/77, ficaram sob o âmbito do Ministério da Indústria e Comércio. Posteriormente, através do Decreto nº 94.110, de 18/03/87, foram remanejadas para o âmbito do Ministério da Fazenda.

previdência complementar aberta e, como fiscalizador e executor dessas diretrizes a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

O primeiro segmento do Sistema Nacional de Seguros Privados, Previdência Complementar Aberta e Capitalização a atender o comando regulamentar insculpido no art. 192, da Carta Magna foi a previdência, com a edição da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, que revogou a Lei nº 6435/77 e trouxe nova disciplina ao regime de previdência complementar, aperfeiçoando e modernizando regras, introduzindo novos institutos, mas mantendo segregados os mecanismos de regulação e fiscalização.

É importante registrar que embora a novel legislação tenha mantido segregadas as funções regulatórias para as entidades fechadas e abertas (art. 74), o art. 5º trouxe ínsito o permissivo para a unificação, através de uma única agência. Em face deste quadro, vem se acirrando uma intensa polêmica nos meios políticos com vistas a preservar em cada segmento, na medida do possível, recursos e investimentos, ao mesmo tempo em que os respectivos órgãos reguladores procuram convencer a sociedade que a centralização seria mais benéfica e vantajosa para mercado e consumidores, se trazida para suas áreas de influência.

Sobre a criação da agência única de previdência complementar, sem prejuízo dos aspectos políticos envolvidos, algumas considerações de natureza técnica devem ser observadas. Na hipótese de vir a ser criada a nova agência no âmbito do Ministério da Previdência, primeiramente seria necessária a edição de lei ordinária constituindo a nova agência, uma vez que a Secretaria de Previdência Complementar – SPC não tem personalidade jurídica própria, integrando a própria estrutura do ministério. Outro aspecto intrigante seria a presença de dois órgãos reguladores a tratar dos produtos de vida e acidentes pessoais, eis que as seguradoras que não optaram pela exclusividade em seguro de pessoa e mantiveram carteiras com vida e acidentes pessoais, mas também com seguros de danos, ficariam sob a regulação da SUSEP. Nos parece que tal circunstância seria um fator de confusão para os consumidores em geral, porquanto os mesmos produtos poderiam ter regras diferentes, de acordo com a agência que os regulasse, podendo trazer insegurança e perda de credibilidade ao sistema.

Por outro lado, se a agência única fosse fixada no âmbito do Ministério da Fazenda, um simples decreto presidencial bastaria, nos termos do inciso IV, do art. 84, da Constituição Federal, vez que não haveria aumento de despesas, tampouco criação de novos cargos, mas simplesmente remanejamento de cargos e atribuições de um setor para outro.

Qualquer que venha a ser a solução adotada, no entanto, o que nos parece é que a criação da agência única de regulação será medida de inegável acerto, não só pela convergência dos interesses envolvidos, mas pela maior transparência e operacionalidade, o que resultaria em vantagens

inquestionáveis para os consumidores e para o mercado como um todo.

A nova lei, como já vimos, trata de forma segregada os sistemas fechado e aberto, contemplando separadamente não apenas os planos de benefícios, como também a organização jurídica e as regras de governança corporativa das entidades operadoras. De outra banda, traz a lei uma parte introdutória, comum aos dois sistemas, fixando o sentido teleológico que deve nortear a ação do Estado com relação à previdência complementar, particularmente no que concerne à formulação da política de previdência complementar, a disciplina, coordenação e supervisão das atividades, a observância dos padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, a fiscalização das entidades e a proteção dos interesses dos participantes e assistidos garantindo a estes o pleno acesso às informações relativas à gestão dos planos de benefícios. Mais adiante inseriu o legislador disposições comuns às entidades abertas e fechadas, estabelecendo conceitos e princípios válidos para todos os planos. Também são comuns os capítulos concernentes à fiscalização das entidades bem como da intervenção e liquidação extrajudicial.

Assim, até que seja instituída a agência única, cabe aos órgãos reguladores, dentro da competência legalmente atribuída, fixar os critérios e condições para viabilizar os planos de benefícios a serem instituídos pelas respectivas entidades, contemplando os direitos que, em cada caso, a lei assegurou a participantes e assistidos.

Como vimos, pela própria organização sistemática da novel regulamentação, fica afastada a possibilidade de conflito regulatório intragovernamental, vez que os sistemas fechado e aberto, com seus respectivos planos de benefícios, são tratados de forma segregada, cuidando o legislador de repetir alguns conceitos relativos a institutos e direitos dos participantes nos capítulos específicos, a exemplo da portabilidade, inovação trazida pela lei que permite ao participante de um plano transferir seus direitos acumulados para outro plano, e, ainda, o benefício proporcional diferido e o auto-patrocínio, sendo estes últimos aplicáveis apenas ao regime fechado.

Também o direito de resgate é assegurado pela nova lei, restrito a totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, no caso dos planos do regime fechado (art. 121, III), ou de recursos das reservas técnicas, provisões e fundos, total ou parcialmente, no caso do aberto (art. 27, caput)⁸.

A portabilidade, entretanto, pela possibilidade legal de ser exercida, não apenas dentro dos planos fechados ou dos abertos, mas de fechados para abertos, vem merecendo maiores cuidados, por parte do CNSP e do CGPC, com o escopo de estabelecer, na medida do possível, isonomia de tratamento entre as entidades abertas e fechadas, bem como a preservação dos direitos dos participantes e da filosofia previdenciária, princípios esses que devem sempre nortear a ação do Estado.

⁸ Sobre portabilidade e resgate ver nosso artigo "O Novo Regime da Previdência Complementar e a Regulamentação da L.C. nº 109/01. Os Institutos da Portabilidade e Resgate"; in "Revista de Direito da Procuradoria Geral da SUSEP; Funenseg; Rio de Janeiro; 2003.

Das inovações introduzidas pela novel legislação, talvez a mais polêmica seja a possibilidade de constituição de entidades fechadas através de sindicatos ou entidades de classe, para efeitos da lei denominados instituidores.

Ampliou-se, portanto, o acesso ao sistema fechado (antes restrito aos empregados das patrocinadoras) aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, impondo, todavia, a lei, que as entidades fechadas constituídas por instituidores só ofertem planos de benefícios na modalidade de contribuição definida.

4. A GRANDE EXPANSÃO DA PREVIDÊNCIA ABERTA. OS PRODUTOS DE PONTA: PGBL E VGBL

Os primeiros anos de vigência da Lei nº 6435/77 foram marcados pelo crescimento acelerado das entidades fechadas de previdência complementar que, na sua grande maioria, tinham como patrocinadoras as grandes empresas estatais. O desenho montado pelo regime militar, ainda vigente à época, objetivava garantir complemento remuneratório vultoso para os empregados das estatais, quando da concessão da aposentadoria, através da colocação de produtos de benefício definido por parte daquelas entidades previdenciárias. Por outro lado, considerando o incontrolável processo inflacionário que historicamente desestruturava a economia e concentrava a renda, pouco ou nada se investia no sistema aberto de previdência, ficando, apenas, as entidades abertas sem fins lucrativos, sucessoras dos antigos montepios, praticamente como as únicas representantes do segmento aberto.

É preciso que se diga que o formato de produto representado pela modalidade de benefício definido constituía, e ainda constitui, um equívoco, do ponto de vista atuarial, representando um risco para consumidores e operadoras, na medida em que estas se obrigam contratualmente a um compromisso, previamente estabelecido, sem levar em conta variáveis políticas, econômicas, financeiras, demográficas e sociais cujas oscilações podem alterar, e normalmente alteram, todas as projeções atuariais projetadas no momento de celebração da avença.

No plano internacional, o formato de produto definido foi responsável pela falência de muitos fundos de pensão, fenômeno que só não ocorreu aqui, em larga escala, pela inusitada circunstância de serem as patrocinadoras empresas estatais, portanto cobrindo os déficits atuariais com recursos públicos.

Foi, sem sombra de dúvida, na segunda metade da década de noventa que se deu o grande avanço na previdência complementar aberta, quando o mercado, especialmente as seguradoras do ramo vida, envolvido pelos benéficos efeitos da estabilidade econômica e balizado por uma ação regulatória moderna e inovadora, promoveu o lançamento dos novos produtos, primeiro o PGBL (Plano Gerador de Benefício Livre) e, posteriormente, o VGBL (vida Gerador de Benefício Livre).

A idéia central, no desenho dessas novas modalidades voltadas para o consumidor de previdência complementar, era romper com a vetusta modelagem dos produtos de benefício definido, que se provaram, ao longo do tempo, inviáveis como formato de previdência privada pelos elevados riscos que representavam para consumidores e operadoras.

O PGDL, quando de seu lançamento, foi por muitos criticado, sob o argumento de que não passava de mais um produto financeiro, incentivado pela possibilidade de dedução tributária de até 12% da renda bruta do contribuinte. Em verdade o produto tem natureza eminentemente previdenciária, sendo, inclusive, desaconselhado para investimento de curto prazo pelo desconto do imposto de renda no saque, tornando-se atrativo somente se aplicado a longo prazo.⁹

Já o VGDL, voltado especialmente para os consumidores de menor renda, é essencialmente produto de seguro, conjugando em um só contrato coberturas securitárias de vida e acidentes pessoais acopladas à sobrevivência, podendo, inclusive, o participante autorizar o débito automático de sua reserva matemática para pagamento do prêmio nas renovações do seguro. Inicialmente, o produto era comercializado de forma segregada, vale dizer, o plano oferecia uma cobertura de risco (vida/acidentes pessoais) e uma cobertura por sobrevivência (características previdenciárias); todavia, o consumidor celebrava dois contratos com a seguradora. Foi através de uma importante ação regulatória, por meio da edição da Resolução CNSP nº 78/2002, que construiu-se o permissivo jurídico para o plano conjugado, novidade que possibilita, no momento da contratação, previsão para cobertura de risco e sobrevivência com o instituto da comunicabilidade. Assim, através desta, é possível a utilização de recursos da provisão matemática de benefício a conceder, referente à cobertura por sobrevivência, para pagamento do prêmio relativo à cobertura de risco (vida/acidentes pessoais), desde que tal situação seja expressamente autorizada pelo segurado.

Importante, também, no desenvolvimento desses produtos foi a modernização regulatória concernente à contratação coletiva através de estipulantes. Assim, além da modalidade individual, onde o segurado contrata diretamente o plano, com a seguradora ou corretor, disciplinou-se a modalidade coletiva, realizada obrigatoriamente através da pessoa jurídica do estipulante, podendo este ser averbador ou instituidor, ambos investidos de poderes de representação, exclusivamente para contratação do plano junto à seguradora. O formato coletivo adequa-se perfeitamente a empresas, órgãos de classe ou associações, que contratam planos por conta de grupo de pessoas que a elas se

⁹ O ANUÁRIO ESTATÍSTICO, da SUSEP, 1998 apontava: "a principal diferença do PGDL em relação aos planos tradicionais é que, nele, não existe a contratação de remuneração mínima. Ela é igual à rentabilidade do fundo de investimento financeiro exclusivo onde estão aplicadas as contribuições do participante, ou seja, a rentabilidade obtida pela aplicação das contribuições (negativa ou positiva) é totalmente repassada à provisão matemática de benefícios a conceder. Desse modo, deixa de existir, durante o período de contribuição, a figura do excedente financeiro que, na maior parte dos atuais planos, é repartido com a entidade previdenciária."

vincula, direta ou indiretamente, por relação lícita.

Tratando especificamente do VGDL, a Resolução CNSP nº 96/2002 (hoje alterada pela Resolução CNSP nº 105/2004) conceitua o estipulante instituidor como a pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo para determinado grupo e participa, total ou parcialmente do custeio. É o exemplo da empresa que contrata o plano para seus empregados, que com ela mantém vínculos empregatícios, e que arca com parte ou a integralidade das contribuições. Já o estipulante averbador, ao contrário, contrata o plano sem participar do custeio. É o caso de clubes ou associações que contratam planos para seus associados, que com eles mantêm vínculos associativos, não arcando, todavia, com as contribuições.

5 - A NOVA LEI E A QUESTÃO PRESCRICIONAL

Discutiu-se muito nos meios jurídicos, até o advento da Lei Complementar nº 109/01, sobre qual seria o prazo prescricional para as pretensões dos participantes e assistidos de planos de benefícios previdenciários relativas à inadimplência das obrigações assumidas pelas entidades operadoras; alguns entendiam ser anual, por analogia ao segurado no contrato de seguro (art. 178, § 6º, II, CC/1916); outros proclamavam a prescrição vintenária pela ausência de regra específica (art. 177, CC 1916).

O advento da novel legislação, em boa hora, pôs termo a vetusta discussão sobre a questão prescricional.¹⁰ Pela regra instituída pelo art. 75, da indigitada lei, "sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas e não reclamadas na época própria."

Ressalte-se que a nova lei, antecipando-se ao Código Civil, adotou claramente, em sede prescricional, a moderna doutrina de AGNELO AMORIM FILHO¹¹ no sentido de que *"as pretensões que se exercem mediante ação declaratória são perpétuas (imprescritíveis). Isto significa que podem ser ajuizadas mesmo se já estiver prescrita a pretensão condenatória do direito cuja existência ou inexistência se quer ver declarada. Quando a pretensão a ser deduzida em juízo for de natureza condenatória, bem como as de execução dessas mesmas pretensões, o prazo previsto em lei para seu exercício é de prescrição. Nasce a pretensão com a violação do direito e o titular pode exigir uma prestação do devedor."*

Assim, a cada mês em que a prestação previdenciária não é paga, surge uma lesão de direito que só convalesce dali a cinco anos, configurando-se, pois, na hipótese, a figura usualmente conhecida como prescrição parcial.

¹⁰ Ver o nosso "Seguro, Previdência Privada e Capitalização. Uma visão Institucional"; Ed. Forense; Rio; 2002.

¹¹ Trabalho citado por NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY in "NOVO CÓDIGO CIVIL E LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE ANOTADOS"; Ed. Revista dos Tribunais; S. Paulo; 2002.

Nesse sentido, não há que se falar em prescrição do direito, eis que o benefício em si, decorrente do fundo de direito, é imprescritível, como bem aponta o dispositivo legal em comento, que ressaltou a expressão “sem prejuízo do benefício”.

Tal hipótese se configuraria caso a entidade de previdência em algum momento questionasse a validade do contrato em si, ou a interpretação de determinada cláusula, situações essas que facultariam ao participante o manejo de ação declaratória objetivando a declaração de validade do contrato ou de cláusula específica.

O que prescreve é cada parcela mensal devida pela entidade de previdência, como consequência da obrigação assumida perante o participante de garantir-lhe um benefício de renda por tempo determinado ou vitalício.

6. O CASO DAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR ABERTA SEM FINS LUCRATIVOS

O novo Código Civil¹², que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, ao substituir uma legislação centenária, introduziu significativas modificações no arcabouço das relações jurídicas, particularmente no campo dos contratos e com reflexos diretos nas relações de consumo. Dois aspectos do novo estatuto substantivo trarão profundas modificações no plano contratual estando, pois, a desafiar algumas reflexões.

Primeiramente, destaca-se o princípio insculpido no art. 421, que estabelece que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Sem qualquer sombra de dúvida, tal dispositivo vem ferir frontalmente um dos pilares do liberalismo econômico ao impor a precedência de função social sobre a autonomia da vontade.

O segundo princípio a destacar, guardando estreita relação com o primeiro, diz respeito à prevalência dos preceitos de ordem pública. Nessa ótica, dispõe o novo código, no parágrafo único do art. 2035, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Em sede doutrinária, convergem as posições no sentido de situar na indisponibilidade do interesse tutelado por determinada norma sua identificação como de “ordem pública.” Para CARLOS MAXIMILIANO¹³, as normas de ordem pública são aquelas “cujo interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, ou que a tutela de tal interesse

¹² Sobre o tema ver o nosso: “Os reflexos do Novo Código Civil nos Contratos de Seguros”. Ed. Forense; 2003 (no prelo)

¹³ in “Hermenêutica e Aplicação do Direito; 14ª edição; Ed. Forense; Rio de Janeiro, 1999.

constitua o fim principal do preceito obrigatório.” MIGUEL REALE¹⁴ aponta que “*a ordem pública aqui está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam*”.

Também ROUBIER¹⁵ diz que “*as leis de ordem pública, que tanto existem no direito privado quanto existem no direito público, com mais intensidade no direito público do que no direito privado, são aquelas leis cogentes, que não podem ser disponibilizadas pela vontade das partes.*”

Observe-se que o legislador, embora não conceituando o que venha a ser um preceito de ordem pública, cuidou de nele incluir o princípio da função social dos contratos.

É, todavia, na parte da classificação das pessoas jurídicas introduzida pelo novo estatuto substantivo que encontra-se, talvez, o tema mais candente no âmbito da previdência complementar. A questão que nos propomos analisar diz respeito à identificação da forma de organização jurídica, à luz do regramento do novo CODEX¹⁶, para as entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos.

A matéria passou a revestir-se de crucial importância a partir do posicionamento firmado pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, órgão estatal responsável pela regulação e fiscalização da previdência complementar aberta, que respondendo a consulta formulada pela Associação Nacional de Previdência Privada – ANAPP concluiu “*que as entidades de previdência privada aberta sem fins lucrativos nada mais são do que associações e devem se adequar as normas citadas nesta peça contidas no texto do novo Código Civil*.”¹⁷

Para perfeita e completa compreensão do tema ora enfocado e das consequências que advirão para o segmento das “sem fins lucrativos” caso venha prevalecer o entendimento manifestado pela SUSEP é imperativo resenhar alguns aspectos relativos à forma de organização jurídica e regras de governança inicialmente contemplados para essas entidades a partir da instituição do regime de previdência complementar pela Lei nº 6435/77. Em

¹⁴ In “Lições Preliminares de Direito.” Ed. Saraiva; S. Paulo, 2002.

¹⁵ Citado por JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, in “Direito Adquirido”; Fórum Administrativo; Ed. Fórum, B. Horizonte, 2002.

¹⁶ O novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/02), estabelece em seu art. 44, com as modificações introduzidas pela Lei nº 10.825, de 22/12/03, que “são pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos.”

¹⁷ O posicionamento da SUSEP foi consubstanciado em parecer jurídico da Procuradoria-Geral, em resposta à Consulta da ANAPP, cujo escopo foi a busca de orientações quanto à solicitação do Departamento de Controle Econômico, daquela autarquia, para que as operadoras de produtos de previdência complementar aberta, constituídas como sociedades civis, sem fins lucrativos, promovessem adequação de seus estatutos sociais às disposições do novo código civil.

verdade tais entidades são sucessoras dos antigos montepios¹⁸, que já operavam produtos de previdência, antes do advento da Lei nº 6435/77, em regime de repartição, sem constituição de reservas, sem regulamentação e sem qualquer forma de controle e fiscalização. Com a nova lei os montepios foram transformados em entidades de previdência complementar aberta, sem fins lucrativos, organizando-se nos termos do art. 14 do Decreto nº 81.402/78, que determinava sua constituição sob a forma de sociedade civil sem fins lucrativos, sendo o grupo organizador constituído de, no mínimo, nove pessoas físicas, com poderes e responsabilidade dos associados controladores.

É importante o registro de que o código civil de 1916 reconhecia, em seu art. 16, as seguintes pessoas jurídicas de direito privado: "I – as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; II – as sociedades mercantis; III – os partidos políticos." Também releva notar que o antigo código, em seu art. 1364, remetia as sociedades civis para suas respectivas leis comerciais, quando estas as revestissem de formas especiais, que é o caso das entidades de previdência sem fins lucrativos, eis que a Lei nº 6435/77 dispunha sobre aquelas entidades, bem como sobre os planos de previdência por elas comercializados.

Aduza-se, também, que a Lei nº 6435/77, disciplinadora do regime de previdência complementar e norma regente para constituição das sociedades civis sem fins lucrativos, estabelecia em seu art. 30, §1º e § 2º, *in verbis*:

"Art. 30 – Os estatutos das entidades abertas, sem fins lucrativos, ao disciplinarem a forma de sua administração e controle, estabelecerão distinção expressa entre associados controladores e simples participantes dos planos de benefícios.

§1º - Associados controladores, para os efeitos desta Lei, são os integrantes de colegiados, obrigatoriamente instituídos, compostos de número ímpar e integrados de, no mínimo 9 (nove) membros, todos pessoas físicas, com poderes normativos de fiscalização e de controle,

¹⁸ Por serem, quase todas, sucessoras dos antigos montepios, que operavam planos de benefícios em regime de repartição e sem legislação específica que tornasse obrigatória a constituição de reservas, muitos produtos em curso no mercado não puderam se adaptar as novas regras instituídas pela SUSEP, a partir da Lei 6.435/77. Tais planos, então, foram considerados bloqueados, vale dizer, continuariam existindo até o pagamento do último beneficiário, todavia vedada a comercialização, ou seja o ingresso de novos participantes. Tal situação gerou déficits atuariais consideráveis na medida em que a massa de cada plano bloqueado envelhecia, e, conseqüentemente, alterava-se a situação dos participantes, migrando da condição de contribuintes ativos para beneficiários.

A solução encontrada pelo legislador da L.C. 109/01 foi inteligente ao permitir que as reservas dos planos bloqueados pudessem permanecer garantidas pelos ativos existentes ao tempo da edição da Lei nº 6435/77 independentemente das diretrizes fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, dando, todavia, àquelas entidades o prazo de 10 anos, contados a partir da vigência da L.C. 109/01 (29/5/2001) para se adaptarem as regras de constituição e adequação de reservas traçadas pelo CMN, mediante apresentação de um plano a ser aprovado pela SUSEP.

especialmente os de estabelecer a política operativa, de designar a diretoria e de dispor, em instância final, do patrimônio da entidade.

§ 2º - Os associados controladores, mesmo que não exerçam diretamente funções de diretores, serão solidariamente responsáveis pelos atos ilegais ou danosos praticados, com o seu consentimento, pelo próprio colegiado ou pela diretoria da entidade.

A questão da governança nas referidas entidades de previdência sem fins lucrativos, quando de sua criação pela Lei nº 6435/77, foi resolvida nas próprias assembléias de constituição, que deliberaram, na maioria dos casos, pela adaptação dos respectivos estatutos para ampliar as atribuições legalmente conferidas aos conselhos dos associados controladores para permitir inclusive, alterações estatutárias.

Diante de tais circunstâncias, a questão, hoje, gira em torno de se saber se as entidades abertas de previdência complementar, sem fins lucrativos, enquadram-se na categoria "associação", portanto albergadas pelas novas regras de governança introduzidas pelo código civil, nos arts. 53 a 61¹⁹, para aquela espécie do gênero "pessoa jurídica".

O parecer da SUSEP, no enfrentamento da matéria, como já se viu, concluiu pelo enquadramento das entidades sem fins lucrativos no tipo legal tratado no art. 53, do novel estatuto civil, por exclusão ao regramento atual das sociedades, a partir da leitura do art. 981, *verbis*:

"art. 981 – celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados."

Toda a construção lógica do parecer mencionado, parte, *ab initio*, do pressuposto de que as expressões "fim econômico" e "fim lucrativo", teriam, no desiderato do legislador do *Codex*, o mesmo sentido.

Para tanto, traz o parecerista, como referência doutrinária, a reprodução parcial de trabalho jurídico²⁰ que, ao contrário de esclarecer, *concessa maxima venia*, lança mais dúvidas sobre o tema, chegando mesmo a afirmar, os autores, que "desta maneira, pode-se deduzir que os legisladores utilizam tais termos como sinônimos e que o uso da expressão *não econômicos* produz os mesmos efeitos legais da habitual referência a *não lucrativos*." Por

¹⁹ Pelas regras de governança trazidas pelo novo código para as associações, qualquer assembléia que delibere sobre destituição de administradores ou alteração de estatuto é exigido o quorum de maioria absoluta dos associados, em primeira convocação, ou um terço nas convocações seguintes (art. 59 e parágrafo único).

²⁰ O parecer cita estudo de JOSÉ FERNANDO LATORRE, ELISA RODRIGUES ALVES LARROUDE e ALEXANDRE CICOMELLO

outro lado, mencionam os autores, projeto de lei, arquivado ao final da última legislatura, de autoria do Dep. Federal Ricardo Fiúza, cujo escopo seria alterar o atual art. 53, para fazer constar a expressão “fins não lucrativos”, ao invés de “fins não econômicos”, como consta no texto em vigor.

Por ser o referido trabalho encomendado por uma entidade que congrega organizações não governamentais, sem fins lucrativos, mas que, no desenvolvimento de suas atividades, eventualmente comercializam produtos e serviços, justifica-se o esforço intelectual, no justo receio de que, pela nova tipificação legal do Codex, tais entidades venham a ser consideradas sociedades, deixando, pois, de usufruir dos benefícios fiscais que fazem jus pela legislação tributária.

Nessa linha de raciocínio, entendeu o parecer em comento que as entidades de previdência sem fins lucrativos, embora exercendo atividades econômicas, não têm fins econômicos, daí o seu enquadramento como “associações”, nos termos do citado art. 53 do novo estatuto substantivo.

Ressalte-se, no entanto, que o desiderato do legislador, ao regulamentar o formato das associações, no desenho dos arts. 53 a 61, do código, foi viabilizar definitivamente a democracia participativa como instrumento de cidadania, dando formato associativo ao chamado coletivo organizado, cujo escopo é a defesa dos interesses ditos difusos, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto.

Inequivocamente, a espécie associativa tratada pelo novo estatuto civil vem, até com certo atraso, modelar a estrutura organizacional das entidades associativas contempladas no texto constitucional:

“CRFB

art. 5º

.....
XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramiliar.

XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”. (grifamos)

Conclui-se, sem qualquer margem de dúvida, que inserir as entidades de previdência complementar aberta, sem fins lucrativos, ao abrigo do regramento associativo de que trata o novo código, além de significar um equívoco interpretativo, adentra pela eiva da inconstitucionalidade, eis que as associações, por comando constitucional cogente, não podem sofrer

interferência estatal em seu funcionamento, independem de autorização e só podem ser dissolvidas por decisão judicial o que não é o caso das entidades de previdência sem fins lucrativos.

Ao contrário da interpretação trazida pelo respeitável parecer, a própria Constituição reservou à União competência exclusiva para regular inteiramente as operações de previdência privada, conforme se depreende do art. 21, VIII, verbis:

“art. 21 – Compete à União:

.....
VIII – administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada”.

Também a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, traz, em seu art. 3º, o sentido teleológico que deve nortear a ação do Estado quanto ao regime de previdência complementar:

“art. 3º – A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

.....
V – fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades.”

E mais adiante o art. 38, do citado diploma legal, dispõe:

“art. 38 – Dependem de prévia e expressa aprovação do órgão fiscalizador:

I – a constituição e o funcionamento das entidades abertas, bem como as disposições de seus estatutos e as respectivas alterações

II – a comercialização dos planos de benefícios.”

Note-se que, embora inaplicável às entidades de previdência sem fins lucrativos o regramento das associações, previsto nos arts. 53 a 61, encontram-se aquelas ao abrigo das regras gerais comuns às pessoas jurídicas, consubstanciadas nos arts. 40 a 52, do novo estatuto, especialmente o art. 50, in verbis:

“art. 50 – Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o Juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos

de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Dessarte, a positivação do consagrado princípio da “disregard of legal entity”²¹, oriundo do direito anglo-saxônico, permitirá, em sede das entidades sem fins lucrativos, coibir eventuais desmandos dos associados controladores e administradores, protegendo, de forma concreta, o interesse dos participantes.

Assim, não há que se confundir a forma associativa, regulamentada pelo novo Codex, com fundamento de validade no art. 5º, incs. XVII, XVIII e XIX, da Carta Magna, que corporifica as entidades representativas de interesses específicos, tais como associações de ruas, bairros, consumidores e outras, cuja finalidade precípua é a defesa daqueles interesses, portanto sem qualquer fim econômico, com as entidades de previdência complementar aberta, que, embora sem fins lucrativos, têm objetivos econômicos visíveis, eis que seu objeto único, ex vi legis, é a comercialização de planos de benefícios previdenciários, daí, sem qualquer dúvida, com fins econômicos.

Pelas razões até aqui expostas, entendemos elidida qualquer possibilidade de inclusão das ditas entidades abertas de previdência, sem fins lucrativos, no formato associativo tratado nos arts. 53 a 61, do novo código civil.

Cabe, então, perquerir agora sob qual formatação jurídica estariam, aquelas entidades abrigadas?

Valendo-nos do método dedutivo, é de se inferir que as referidas pessoas jurídicas, não sendo associações e, tampouco fundações, agora sim, por exclusão, se revestem sob a forma societária.

De forma extremamente didática o mestre RUBENS REQUIÃO²² leciona: “já no código civil, de 1916, encontramos o emprego da palavra associação para designar entidade de fim não-econômico, contrapondo-a à sociedade civil e à sociedade comercial. Ao abordar matéria pertinente às pessoas jurídicas, com efeito, esse código usa das expressões das sociedades ou associações civis. O art. 22 alude à associação de fins não-econômicos e o art. 23 à sociedade de fins econômicos. Ao contrário de alguns juristas pátrios, pensamos que dos textos da lei podemos estabelecer uma exata

²¹ RUBENS REQUIÃO; (in “Curso de Direito Comercial”; Ed. Saraiva ; S. Paulo; 19ª edição) observa “que esse fascinante tema foi objeto de nosso estudo em “Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica” – Rev. dos Tribunais 410/12 - que mereceu a atenção da Comissão Revisora do Código Civil, presidida pelo Prof. Miguel Reale, inspirando o art. 49 do Anteprojeto. Apenas o dispositivo aludido pretende a radical medida de dissolução de pessoa jurídica, quando for ela desviada dos fins que determinaram a sua constituição, enquanto a doutrina exposta objetiva somente que o juiz desconsidere episodicamente a personalidade jurídica, para coartar a fraude ou abuso do sócio que dela se valeu como escudo, sem importar essa medida dissolução da sociedade.”

²² Ob. citada

nomenclatura, destinando o uso da palavra associação para as entidades de fins não-econômicos (p.ex. “Associação Comercial do Paraná”). Os usos e costumes, que tão grande papel desempenham na formação do direito comercial, consagram, no sentido indicado, o emprego do vocábulo. Nessa ordem de pensamento destinaríamos a palavra sociedade para designar a entidade constituída por várias pessoas, com objetivos econômicos. Em virtude da diversificação do direito privado (dicotomia), em direito civil e direito comercial, seriam as sociedades de uma ou outra natureza, conforme seu objeto: sociedade comercial para a prática constante de atos de comércio; sociedade civil, para prática de atos civis com fins econômicos.”

Com efeito, o novo código dispõe, em seu art. 981, que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

Com supedâneo em tal dispositivo, extraiu o mencionado parecer da SUSEP a ilação de que “somente é sociedade a reunião de pessoas que repartem resultados, tenham ou não fins lucrativos e, cumulativamente, exerçam atividades econômicas.”

E mais adiante remata o parecerista: “já se disse que qualquer pessoa jurídica que exercesse atividade econômica seria sociedade o que tornaria inexplicável algumas atividades econômicas desempenhadas pelo próprio Estado (cobrança de tributos, controle de empresas, pagamentos de benefícios previdenciários, etc.), fazendo-nos crer no absurdo de que o Estado seria sociedade.”

Deve-se, aqui, para fins didáticos, desfazer-se a confusão ali lançada entre atividade econômica strictu sensu e a intervenção do Estado no domínio econômico, da qual são espécies o Poder de Polícia, o Poder Regulador e o Estado Empresário, sendo este último consubstanciado através das chamadas sociedades de economia mista e empresas públicas.

Para retomar o foco central da questão, é importante registrar que a própria Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, manteve às entidades abertas sem fins lucrativos a forma societária, nos termos do §1º, do art. 77, in verbis:

“art. 77

§1º - No caso das entidades abertas sem fins lucrativos já autorizadas a funcionar, é permitida a manutenção de sua organização jurídica como sociedade civil, sendo-lhes vedado participar, direta ou indiretamente, de pessoas jurídicas, exceto quando tiverem participação acionária:

I -
II - ”
(grifo nosso)

Portanto, estabelecida a premissa por lei complementar, que, frise-se, não foi derogada expressamente pela *novatio legis* promovida pelo Código Civil, como sugere o parecer prefalado, cabe, então, interpretar a regra especial, a partir da dicção do art. 983, parágrafo único, do *Codex*:

“Art. 983
Parágrafo único – Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.”
(grifamos)

Neste ponto, é inequívoca a conclusão de que as entidades abertas sem fins lucrativos, mantiveram suas regras de governança corporativa consubstanciadas nos respectivos estatutos, na forma especialmente tratada na Lei nº 6435, de 15/07/77 e decreto regulamentador, por força de comando legal insculpido na própria lei revocatória (LC 109/01) que, neste ponto, e apenas nele, recepcionou parcialmente a lei revogada.

E não poderia ser outro o sentido interpretativo, de caráter eminentemente sistemático, a ser dado ao texto legal *sub oculis*, sob pena de tornar-se letra morta, no nascedouro, o dispositivo excepcional trazido pelo § 1º, do art. 77, da Lei Complementar nº 109/2001.

Em sede de hermenêutica, vale registrar o magnífico escólio de CARLOS MAXIMILIANO²³, ao proclamar a prevalência do processo interpretativo sistemático:

“Contradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de parte da mesma, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irreduzível, porém parcial, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pela posterior.

Em resumo: sempre se começará pelo Processo Sistemático; e só depois de verificar a inaplicabilidade ocasional deste, se proclamará ab-rogada, ou derogada, a norma, o ato, ou a cláusula.”

²³ob. citada.

Portanto, em obediência ao comando legal prefalado (L.C. 109/01, § 1º, art. 77), não há como se negar a existência das entidades de previdência, sem fins lucrativos, sob forma de sociedades civis, eis que esse é o tipo societário eleito pelo legislador para qualifica-las.

E não se diga, na forma como menciona o citado parecer, que em tal espécie não há partilha de resultados.

Confira-se, a propósito, o disposto no art. 23, da Lei nº 6.435/77, neste ponto, como vimos, plenamente recepcionado pela L.C. 109/01, *in verbis*:

“art. 23 – Nas entidades abertas sem fins lucrativos, o resultado do exercício, satisfeitas todas as exigências legais e regulamentares no que se refere aos benefícios, será destinado à constituição de uma reserva de contingência de benefícios e, se ainda houver sobra, a programas culturais e de assistência aos participantes, aprovado pelo órgão normativo do Sistema Nacional de Seguros Privados.”

Portanto, se não há dividendos a partilhar, eis que esses são próprios das sociedades com fins lucrativos, há resultados positivos que se reverterem ao patrimônio comum, bem como em benefícios aos participantes.

O aspecto perverso de tudo isso é que a grave crise de liquidez que o segmento das entidades de previdência sem fins lucrativos vem enfrentando, crise essa, em muito acentuada pela intolerância do órgão fiscalizador, em situações pretéritas, pode levar de roldão milhares de participantes que, ao longo de suas vidas, vêm contribuindo com pequenas parcelas na crença de obter, no ocaso de suas vidas, uma complementação de renda para seu sustento e de seus familiares.

No entanto, ainda que todas as evidências fáticas e fundamentos jurídicos, exaustivamente aqui tratados, estivessem a indicar o formato jurídico de sociedade civil para as entidades de previdência aberta sem fins lucrativos, o impasse setorial, decorrente da superficial abordagem contida no parecer jurídico, da procuradoria da SUSEP, que concluiu pelo enquadramento das referidas entidades como associações, só foi resolvido a partir do perfeito posicionamento adotado pela Advocacia-Geral da União²⁴ fixando a interpretação jurídica sobre o tema no sentido de “afastar a incidência do novo Código Civil sobre o regime jurídico das entidades abertas de previdência privada sem fins lucrativos, eis que, por ser norma de caráter geral, não opera contra regras especiais (ademaís de hierarquia superior), tal a do art. 77, §1º, LC. 109/01.”

²⁴ Despacho da Advogado-Geral da União: “Aprovo, para os efeitos do art. 4, X, da Lei Complementar nº 73/93, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, a Nota N. AGU/MS 05/2004, de agosto de 2004, relativa ao Processo nº 00400.000962/2004-98.

ALVARO AUGUSTO RIBEIRO COSTA
ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO”

A par dos atávicos problemas enfocados, o setor das “sem fins” atinge uma parcela da sociedade, especialmente o segmento de baixa renda econômica, ao qual o grupo das “com fins lucrativos” não demonstra qualquer interesse. Tal circunstância se explica pelo fato de que o regime de previdência aberta, com fins lucrativos, é operado, não por entidades abertas com fins lucrativos (tais entidades representariam apenas 1% do setor), mas pelas grandes seguradoras, autorizadas a operar em seguros de pessoas, ligadas aos grandes conglomerados financeiros, e que utilizam suas redes bancárias como canais de distribuição dos produtos previdenciários. Ora, não é difícil concluir que, num país onde quase 70% (setenta por cento) dos municípios não possui sequer uma única agência bancária, a grande massa da população não é atendida pelo setor das “com fins lucrativos”.

É neste setor da sociedade que cresce a importância das “sem fins”, onde através de convênios de consignação com órgãos públicos, ou mesmo na cobrança direta individualizada, são operados planos de previdência para a população de baixa renda, resultando, pois, em profícua ampliação horizontal do mercado previdenciário.

7 - A LIQUIDAÇÃO DAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. A QUESTÃO DA BLINDAGEM DAS RESERVAS TÉCNICAS

O tópico, talvez, a desafiar maiores esforços intelectuais concerne à liquidação das entidades de previdência complementar, particularmente no tocante ao sistema aberto, por integrar este o Sistema Nacional de Seguros Privados e, portanto, estar sob o manto regulatório da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

A partir da edição da primeira versão da Medida Provisória nº 1940, em 1998, a qual foi convertida na Lei nº 10.190/01, o regime de liquidação previsto na Lei nº 6.024/74 para as instituições financeiras sob fiscalização do Banco Central do Brasil passou a ser extensível às entidades operadoras do Sistema Nacional de Seguros Privados, passando a exercer a SUSEP, por simetria legal, o papel atribuído ao BACEN naquele diploma legal. O tema, aliás, é muito bem enfrentado por ROBSON CARLOS DOS SANTOS BRAGA²⁵ ao colocar que “*verifica-se que o procedimento liquidatório das sociedades seguradoras, de capitalização e de previdência complementar sofreu profunda modificação pela aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.024/74, por força do art. 3º da Lei nº 10.190/01, pois as liquidações das referidas sociedades processadas pela SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP eram regidas basicamente pelo Decreto-lei nº 73/66 e seu regulamento, bem como pela hodiernamente revogada Lei nº 6435, de 15 de julho de 1977, sendo certo que a partir do novel normativo, a SUSEP passou a*

²⁵ In “Estudo sobre a transformação da Liquidação Extrajudicial em Ordinária”; Revista de Direito da Procuradoria-Geral da SUSEP, FUNENSEG; Rio de Janeiro; 2002.

manter a sua forma de proceder de acordo também com a lei que regula a intervenção e a liquidação extrajudicial das instituições financeiras.”

A Lei nº 10.190/01 consolidou definitivamente o entendimento de que as atividades de seguro, previdência complementar aberta e capitalização integram efetivamente o sistema financeiro nacional, não obstante ter a Emenda Constitucional nº 40/03 alterado a redação do art. 192, da Carta, suprimindo todos os parágrafos e incisos, especialmente o inciso II que expressamente tratava da autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência complementar e capitalização. Também a Lei nº 4595, de 31/12/64, que criou o sistema financeiro nacional, já subordinava as companhias de seguros e capitalização às suas disposições considerando-as como instituições financeiras, na medida em que atuam na intermediação e custódia de recursos financeiros e valores de terceiros. Não é por outra razão que o texto constitucional reserva à União o controle integral dessas atividades, nos termos do art. 21, VIII²⁶.

Decorre, como corolário do comando constitucional, a função do órgão regulador no sentido de controlar a solvência das entidades operadoras do sistema, fiscalizando as reservas técnicas e os respectivos ativos garantidores, dentro dos critérios para suficiência e adequação traçados pelo Conselho Monetário Nacional, exercendo monitoramento permanente e, a qualquer sinal de comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro, decretando, em proteção aos consumidores, regimes especiais de fiscalização ou mesmo, em situações extremas de deterioração daquele equilíbrio, a liquidação extrajudicial. É exatamente neste ponto, qual seja na liquidação das entidades operadoras, que se verifica um ponto de fragilidade no sistema de proteção aos consumidores, gerando incertezas quanto ao recebimento de suas indenizações ou mesmo ressarcimento dos prêmios e contribuições pagas.

Ocorre que, por força da classificação dos créditos existentes na lei de falências, e de aplicação subsidiária à liquidação das seguradoras, entidades de previdência complementar aberta e sociedades de capitalização, toda a proteção das reservas técnicas constituída pela cobertura dos ativos garantidores obrigatoriamente vinculados à SUSEP no momento de decretação do ato liquidatório é desafetada dos créditos dos segurados e participantes. Assim, ao realizar o ativo para dar início aos pagamentos, o liquidante é legalmente obrigado a obedecer àquela classificação, o que implica em remeter segurados e participantes para o quinto lugar no ordem de credores, atrás, portanto, dos trabalhistas, tributários e previdenciários, além dos encargos e dívidas da massa.

²⁶ Constituição Federal: “art. 21 – Compete à União:

.....
VIII – administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio, capitalização, bem como as de seguro e previdência privada.”

É essencial, portanto, que se modifique a ordem de classificação atualmente em vigor, estabelecendo, através da lei complementar, uma ordem própria que contemple preferência absoluta aos créditos dos segurados, participantes de planos de previdência e subscritores de títulos de capitalização, tão-somente, frise-se, em relação àqueles ativos que garantem as provisões técnicas e não sobre o patrimônio efetivo das operadoras, o que, desse modo, afastaria conflito com os demais credores privilegiados, *verbi gratia* trabalhistas e tributários.

Sem dúvida, a implementação da referida medida, além da plena garantia conferida aos adquirentes de produtos de seguro e previdência complementar, permitiria, também, a possibilidade de transferências de carteiras no curso do processo de liquidação, indo ao encontro da necessidade, há muito verificada, de segregar o patrimônio efetivo das entidades operadoras dos ativos que garantem as operações contratadas, visto que estes devem ficar afetados às reservas técnicas formadas a partir dos prêmios e contribuições pagas pelos consumidores.

8 - A POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO DAS ENTIDADES LIQUIDANDAS. A TRANSFORMAÇÃO DO REGIME LIQUIDATÓRIO EXTRAJUDICIAL EM ORDINÁRIO.

Inegavelmente a decretação da medida extrema de liquidação extrajudicial, por parte do órgão regulador, mormente quando se trata de entidades de previdência sem fins lucrativos, é sempre traumática e de conseqüências nefastas, não apenas para participantes e assistidos, que como já observamos, ao longo de suas vidas contribuíram com sua poupança pessoal na crença de obter, no momento de velhice e do desamparo, a complementação de renda, sob a forma de benefícios previdenciários, para sustento seu e de seus familiares, mas também para o mercado como um todo, vez que, em muitos casos, a derrocada de uma entidade produz o chamado “risco sistemático”, comprometendo e afetando a credibilidade de todo o mercado operador.

Nesse sentido que a ação fiscalizatória do Estado, através dos órgãos de regulação, deve sempre priorizar, teleologicamente e na medida do possível, a busca da recuperação das entidades em detrimento da liquidação, procurando, mesmo, viabilizar soluções de mercado que possibilitem a retomada das atividades e, em última análise, a proteção de participantes e assistidos. Aliás, a possibilidade de recuperar a entidade liquidanda encontra permissivo na própria lei regente das liquidações extrajudiciais, que, como já se viu, é de aplicação extensiva ao Sistema Nacional de Seguros Privados. Nessa linha dispõe o art. 19, da Lei nº 6.024/74, “que a liquidação extrajudicial cessará: a) se os interessados apresentando as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central do Brasil (SUSEP), tomarem a si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa.”

É certo que em relação ao segmento da previdência complementar aberta com fins lucrativos, em especial as seguradoras especializadas em seguro de pessoa, por tratarem-se de sociedades anônimas, a possibilidade de se atrair interessados na recuperação da entidade é sempre mais provável, além do que, do ponto de vista jurídico, tal operação reveste-se de maior simplicidade e visibilidade.

Todavia, por atingir segmentos sociais de baixa renda e, portanto, mais desprotegidos, política e economicamente, é mais doloroso e cruel o processo de liquidação nas entidades da espécie sem fins lucrativos, eis que tal medida resulta, sempre, no prejuízo dos participantes, a uma pela circunstância, já enfocada, de que os ativos existentes nas massas destinam-se, prioritariamente, ao pagamento dos credores com privilégio absoluto, restando, ao final, muito pouco ou mais nada, para satisfação dos benefícios assumidos perante os participantes e, a duas, pela perda de credibilidade do sistema previdenciário principalmente junto a camadas da população de baixa renda.

Assim, a existência de um terceiro com proposta de aportar recursos, com vistas a honrar o passivo e recuperar a entidade, deve ser apreciada também pelos benefícios sociais que dela defluem, além da inegável recuperação da credibilidade, que é a pedra angular de todo o sistema.

Tal reflexão deve ser exercida à luz dos próprios princípios trazidos pelo legislador para nortear a ação dos governantes, no que tange aos rumos da política de previdência complementar, nos termos do art. 3º, VI, da Lei Complementar nº 109/2001, *verbis*:

“art. 3º - A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

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

Importante alternativa para recuperação das entidades em regime de liquidação se dá pela possibilidade que a lei oferece de transformação do regime liquidatório de extrajudicial para ordinário, permitindo assim, em momento ulterior, a retomada das atividades, razão pela qual é importante que se esmiúce um pouco mais acerca desse instituto e dos mecanismos que o regem.

Em verdade, com proteção na lei (Lei nº 6.024/74, arts. 19, “b”), a dita transformação de regime para ordinária implica em devolver à própria entidade a condução dos rumos do procedimento liquidatório, possibilitando, assim, a acionistas ou associados controladores negociar diretamente com credores, resultando em vantagens recíprocas e viabilizando a satisfação de consumidores, com o pagamento de sinistros ou benefícios, ou ainda, a devolução de prêmios ou contribuições.

Para tanto, há que se apresentar um plano de pagamento dos credores, dentro de cronograma aprovado pelo órgão estatal fiscalizador, e ativos que garantam a exequibilidade das operações. Em síntese, na liquidação ordinária, o Poder Público afasta-se da condução direta da liquidação passando a situar-se à distância, acompanhando e monitorando, podendo, todavia, a qualquer tempo, reverter o processo caso ocorra a hipótese de descumprimento do plano assumido.

Nessa linha, infere-se que a transferência de ativos ao patrimônio da massa, após o ato de autorização, pelo órgão estatal fiscalizador, para convalidação de regime, tem como objetivo precípuo transformar em positivo o patrimônio da entidade e, ao mesmo tempo, uma vez vinculados à autarquia, servirem de garantia, perante o Poder Público, ao cumprimento do programa e respectivo pagamento dos credores.

Sendo escassa entre nós a doutrina jurídica sobre o processo de transformação de regime, mormente em sede de seguradoras e entidades de previdência complementar aberta, destaca-se o excelente trabalho de ROBSON CARLOS DOS SANTOS BRAGA²⁷ que, discorrendo sobre o tema, assim pontifica:

"De fato, apesar de pouca experiência da SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP na adoção dos procedimentos necessários para a transformação da liquidação extrajudicial em ordinária, não restam dúvidas que este último regime liquidatário torna o procedimento muito mais ágil, na medida que na denominada liquidação ordinária os órgãos da companhia são os verdadeiros condutores deste regime, os quais ressaltam os olhos que os interesses preponderantes serão daqueles que constituíram a sociedade ou dela participaram, como acionistas, sem que se possa perder de vista os direitos dos credores da mesma."

E, mais adiante, remata o autor:²⁸

"Por outro lado (... omissis...) não há como deixar de se depreender, que por força das disposições contidas no parágrafo único do art. 21 da Lei nº 6.024/74, devem os ex-controladores da sociedade oferecerem bens em garantia para pagamento dos credores, no ato da transformação da liquidação extrajudicial em ordinária."

²⁷ Ob. citada

²⁸ SANTOS BRAGA, Robson Carlos, ob. citada

Isto porque, ratio legis tem por escopo preservar os interesses dos credores enquanto persistir o processo de liquidação, seja extrajudicial ou ordinária, sendo incontroverso, pois, que o oferecimento de garantia para a conversão do regime liquidatário, é condição imprescindível para o deferimento da medida."

Portanto, a questão central para a transformação do regime liquidatário, como se vê, é o oferecimento de garantias suficientes para pagamentos dos credores.

A par dessas colocações, o tema transformação de regime liquidatário, inclusive com levantamento da própria liquidação, através do ingresso de um grupo investidor, estranho ao conjunto de associados da entidade mas disposto a aportar recursos na massa objetivando o seu soerguimento, vem encontrando muitas resistências no âmbito do órgão regulador. Para tanto, argumentam que a forma societária das entidades sem fins lucrativos não admite o ingresso de investidor que não seja associado, por não se tratar de sociedade anônima, não ostentando, pois, o eventual interessado sequer interesse processual para postular tal modificação jurídica.

Em verdade, a transformação de regime nas entidades sem fins lucrativos requer uma modelagem jurídica que difere dos padrões usualmente utilizados nas sociedades anônimas, muito embora encontre pleno amparo legal, vez que disposições contidas no art. 62 da L.C. 109/01 não fazem qualquer distinção entre espécies de entidades de previdência complementar, o que afasta interpretações restritivas. Igualmente, considera a lei a possibilidade de, a qualquer tempo, ser levantada a liquidação, desde que constatados fatos supervenientes que viabilizem a recuperação da entidade de previdência complementar (art. 52, L.C. 109/01).

É certo que por não apresentarem a qualidade de associados os integrantes do grupo investidor, interessado na transformação de regime e posterior levantamento da liquidação, deverão, inicialmente, celebrar um acordo particular com os associados controladores em exercício de mandato quando do ato liquidatário. Aduza-se que, muito embora os membros do conselho estatutário (associados controladores) tenham perdido seus respectivos mandatos em função do ato de liquidação (art. 56, L.C. 109/01), a homologação da transformação de regime terá o condão de restaurar os poderes do referido conselho, eis que é este colegiado, em sede de liquidação ordinária, que conduzirá o processo para pagamento dos credores. Em decorrência do acordo, que, frise-se, não produziria efeitos perante o órgão fiscalizador, o grupo investidor aportaria, em nome dos associados controladores, os recursos necessários à cobertura do passivo a descoberto da entidade e, em contrapartida, teria a garantia de nomeação do liquidante ordinário a ser eleito em assembléia por aquele colegiado, e, ainda, o compromisso firmado de, quando do

levantamento da liquidação e reinício das atividades, renunciarem os respectivos conselheiros, elegendo, no mesmo conclave, para ocupar os respectivos cargos, pessoas físicas indicadas pelo grupo investidor já na qualidade de associadas. A nomeação do liquidante ordinário nos termos pactuados na avença, viabilizaria o fiel cumprimento do plano de pagamento dos credores da massa, dentro do cronograma submetido e aprovado pelo órgão estatal fiscalizador, devendo, ainda, estar consignada a impossibilidade de sua destituição, salvo por decisão judicial ou determinação do órgão fiscalizador.

Por força do indigitado acordo, nos parece de toda evidência, também, que o grupo investidor ostenta visível interesse processual na medida em que se propõe a apresentar um plano de recuperação de entidade em liquidação extrajudicial, com pagamento de todos os credores, objetivando, ao final, o levantamento da liquidação e conseqüente prosseguimento das entidades econômicas. Com efeito, a teoria geral do processo nos informa que o interesse processual, como uma das condições básicas da ação, só existe quando há uma pretensão cujo atendimento carece da intervenção dos órgãos jurisdicionais, ou, no perfeito escólio de CALAMANDREI²⁹, “a necessidade do uso dos meios jurisdicionais para a tutela de um direito.”

É certo, por outro ângulo, que ocupa a SUSEP, por simetria legal (art. 62, da L.C. 109/01 c/c art. 34, da Lei nº 6.024/74), posição equivalente ao órgão jurisdicional, devendo, *in casu*, ser a ela direcionada a pretensão.

Nos primórdios da doutrina processual o processo civil era tido como apêndice do direito substantivo, estando, assim, o direito de ação condicionado ao direito material que supostamente ele visaria proteger.

A evolução do processo como ramo autônomo do direito é conquista relativamente recente, sendo, na perfeita colocação de CELSO AGRÍCOLA BARBI³⁰, “o reconhecimento da ação declaratória negativa, o golpe de morte na doutrina civilista da ação.”

O direito adjetivo pátrio, positivado na doutrina BUZAID, ancorou-se na teoria de LIEBMAN para adotar sem restrições a autonomia do direito de ação, qualificando o interesse processual como a utilidade que se pode retirar da atividade jurisdicional.

Como bem leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR³¹ “a segunda condição da ação é o interesse de agir, que também não se confunde com o interesse substancial ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de se obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no

caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allório.”

Também FREDERICO MARQUES³² observa que “há o interesse de agir sempre que a pretensão ajuizada, por ter fundamento razoável, se apresenta viável no plano objetivo. Interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável.”

Depreende-se, pois, que o interesse processual, como condição da pretensão, situa-se próximo ao interesse material objetivamente formulado, embora não se deva confundir-lo com o núcleo do direito substantivo, devendo apenas guardar alguma proximidade com aquele, para dar razoabilidade à pretensão.

Nessa linha o interesse tutelável pode referir-se a qualquer prestação que se possa exigir, juridicamente, daquele a quem se dirige a pretensão, tal como a constituição de uma nova situação jurídica, o que, *in casu*, representa a transformação do regime liquidatário.

Uma questão técnica poderia ainda suscitar dúvidas a juristas mais exigentes, no tocante à identificação de quem seriam os devedores nas obrigações assumidas pelas operadoras sem fins lucrativos, porquanto estamos tratando de um formato societário atípico onde os participantes, na sua totalidade, são associados da entidade, proporcionalmente à fração ideal de suas contribuições, sendo, igualmente, certo que o modelo aqui idealizado arrima-se na possibilidade, contemplada na lei substantiva, de que “qualquer interessado na extinção da dívida pode paga-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor, igual direito cabendo ao terceiro não interessado, **se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste**” (artigo 304, par. Único, C.C.).

A resposta parece residir na dicção do artigo 30 § 3º da lei nº 6435/77 (vigente ao tempo da constituição das entidades de previdência sem fins lucrativos) que, ao atribuir aos associados controladores poderes para estabelecer a política operativa e dispor do patrimônio da entidade, investiu o referido colegiado na qualidade de **devedor** das obrigações assumidas pela operadora perante os participantes, legitimando, portanto, quaisquer tratativas por aquele conselho desenvolvidas, com eventual grupo investidor interessado, para saldamento dos débitos da entidade.

9 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que aqui tratamos, buscamos, nos modestos lindes deste trabalho, apontar os caminhos jurídicos que permitem não apenas estabelecer o entorno legal da previdência complementar e das operadoras da espécie sem fins lucrativos, mas também formatar a hipótese de recuperação destas entidades quando em regime de liquidação através do ingresso de grupo

²⁹ In “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Trat. Argentina, Buenos Aires, 1943.

³⁰ In “Comentários ao Código de Processo Civil”; Forense; Rio; 6ª edição; 1991.

³¹ In “Curso de Direito Processual Civil”; Forense; Rio; 2ª Edição.

³² FREDERICO MARQUES, José; in “Manual de Direito Processual Civil; vol. I; 4ª edição, Saraiva; São Paulo.

investidor com interesse em aportar recursos, assumir o passivo e restaurar o equilíbrio econômico-financeiro.

Muito embora no plano jurídico tenhamos, possivelmente, exaurido eventuais questionamentos, não havendo, do ponto de vista legal, qualquer óbice à implementação do modelo traçado, devemos, pelo próprio dever que a condição de estudiosos do direito nos impõe, ser exigentes ao extremo a ponto de indagar o porquê de um grupo investidor ser atraído a alocar recursos da ordem de milhões de reais com vistas a recuperar espécie de entidade cujo formato a lei não permite lucros, portanto não oferecendo o retorno, pelo menos no plano financeiro, que normalmente justifica o investimento realizado.

Assim, se observado pelo aspecto comercial do negócio, não encontraríamos resposta a tais indagações, restando especular sobre outras motivações que não as financeiras, tais como políticas ou religiosas, a justificar tão custoso interesse.

Por outro lado, por ser escassa a literatura jurídica nestes temas, sempre é bem-vindo o esforço intelectual desenvolvido, em particular na especialização do ramo previdenciário do direito dada a necessidade de organizar conceitos e princípios para estas complexas relações contratuais que vêm se provando como fundamentais ao equilíbrio e desenvolvimento da economia de mercado.

O foco nas questões da previdência complementar aberta operada pelas entidades sem fins lucrativos almeja, mais do que nunca, provocar uma saudável discussão sobre tema que reside em zona cinzenta no plano da legislação, requerendo, assim, esforços redobrados dos intérpretes, sem perder de vista os relevantes aspectos sociais subjacentes ao debate.

De qualquer sorte a controvérsia trazida à lume, pelo singular momento que se vive no País, deve ser enfrentada sem radicalismo ou posições demagógicas, buscando-se solução que atenda basicamente aos participantes e levando-se em conta que qualquer interpretação que se venha a adotar será sempre voltada para um modelo jurídico em extinção, certo é que a própria lei regente da previdência complementar não mais permite a criação de novas entidades sem fins lucrativos.