

**4° PRÊMIO PREVIC DE
MONOGRAFIAS: PREVIDÊNCIA
COMPLEMENTAR FECHADA.**

Presidente da República

Dilma Roussef

Ministro de Estado da Previdência Social

Garibaldi Alves Filho

Secretário-Executivo

Carlos Eduardo Gabas

Secretário de Políticas de Previdência Social

Leonardo José Rolim

Secretário de Políticas de Previdência Complementar

Jaime Mariz de Faria Júnior

Coordenador-Geral de Comunicação Social

José Wilde de Oliveira Cabral

PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Diretoria Colegiada)**Diretor-Superintendente**

José Maria Rabelo

Diretor de Análise Técnica

José Roberto Ferreira

Diretor de Fiscalização

Sergio Djundi Taniguchi

Diretor de Administração

José Maria Freire de Menezes Filho

Diretor de Assuntos Atuariais, Contábeis e Econômicos

Edevaldo Fernandes da Silva

Procurador-chefe

Felipe Lima de Araújo

Expediente Técnico

© Ministério da Previdência Social

É permitida a reprodução total ou parcial do conteúdo desta publicação, desde que citada a fonte.

Assessoria de Comunicação Social da Previc

Inaiá Sant'Ana de Menezes

Edição e Distribuição

Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc

Setor Bancário Norte, Quadra 2, Bloco N, 8º andar
CEP: 70.040-000 – Brasília – DF – Brasil

Editoração eletrônica

Assessoria de Comunicação Social do MPS

Impresso no Brasil/ Printed in Brazil

4º Prêmio PREVIC de Monografias Previdência Complementar Fechada. -- Brasília : MPS, Previc, 2011.

xxx p.

1. Previdência complementar fechada, Brasil. 2. Fundo de Pensão, Brasil. II. Brasil. Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), Secretaria de Políticas de Previdência Complementar (SPPC)

CONTRATO PREVIDENCIÁRIO

Ivy Cassa

**1º Lugar no Tema 2:
Contrato Previdenciário**

RESUMO

Objetivo: Este trabalho teve por objetivo investigar três temas que, apesar de distintos, guardam relação entre si. Discorreu-se, em primeiro lugar, a respeito da independência patrimonial dos planos previdenciários privados, que foi feita partindo do próprio conceito de plano. A seguir, passou-se para a análise do ponto de vista das modificações (legislativas, regulamentares) ocorridas ao longo da existência de um contrato de longa duração como o de previdência privada e seus impactos no que se refere ao direito adquirido, expectativa de direito e direito acumulado. Por fim, foi realizada uma comparação crítica entre os meios alternativos de solução de conflitos e a judicialização das controvérsias apontando as peculiaridades de cada um. De maneira bastante sucinta, foi possível concluir que a própria lógica do sistema traz respostas às dúvidas aqui suscitadas, e que a previdência privada, por ser matéria de alguma complexidade, exige especial atenção. A atuação de profissionais generalistas, inclusive no julgamento das controvérsias, pode trazer severos danos ao sistema. Sem a pretensão de esgotar os temas aqui propostos, espera-se que este trabalho forneça elementos que fomentem a discussão em torno dos temas aqui versados. Procurou-se, ao longo do texto, fazer um contraponto entre a legislação aplicável, a jurisprudência e a doutrina, propiciando uma visão diferenciada, com a utilização de obras de quase todas as áreas do direito, inclusive do direito comparado.

Palavras-chave: Contrato previdenciário; Entidade Fechada de Previdência Complementar; Direito Previdenciário; Independência entre planos; Segregação patrimonial; Direito adquirido; Direito acumulado; Expectativa de direito; Arbitragem, conciliação e mediação em previdência complementar.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição Federal
CGPC – Conselho de Gestão da Previdência Complementar
CMCA – Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Previc – CMCA
CMN – Conselho Monetário Nacional
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNPB – Cadastro Nacional de Planos de Benefícios
CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
EFPC – Entidade Fechada de Previdência Complementar
IN – Instrução Normativa
LC 109 – Lei Complementar nº 109/01
PIB – Produto Interno Bruto
PREVIC – Superintendência Nacional da Previdência Complementar
SPC – Secretaria da Previdência Complementar
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJ-RJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJ-SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

Lista de abreviaturas e siglas	7
1- Introdução	11
2 - Independência patrimonial dos planos das EFPC	12
2.1- Considerações iniciais.....	12

1- INTRODUÇÃO

Após mais de cento e setenta anos de existência da previdência privada em nosso país, pode-se afirmar que foi somente nas últimas décadas que ela ganhou maior expressão.

É fato que a Lei nº 6.435/77 trouxe maior segurança e propiciou o seu desenvolvimento, mas foi apenas com o Plano Real, em 1994, que se conseguiu estabilizar a economia¹ e controlar a inflação permitindo, então, que o setor ganhasse impulso no Brasil.

Finalmente, podemos nos orgulhar de ter um sistema sólido, com regras de solvência inspiradas nos mais avançados modelos do mundo. O Brasil é o 8º maior sistema de previdência privada em recursos capitalizados, em porcentagem, do Produto Interno Bruto (PIB)², logo após os Estados Unidos, Grã-Bretanha, Japão, Holanda, Canadá, Suíça e Austrália.

Só no setor fechado, estima-se que mais de dois milhões e meio de indivíduos confiam suas aposentadorias às entidades privadas, sendo que o patrimônio atualmente acumulado em fundos de pensão é de cerca de meio trilhão de reais³.

Tais recursos, além de serem revestidos pelo nobre caráter de proteção a uma parcela da população, têm ainda outro viés social: grande parte dos valores aportados nos planos é investido em setores estratégicos da nossa economia, o que favorece o crescimento do país.

Assim, não há como ignorar a relevância deste domínio. Considerando o déficit da previdência social, o envelhecimento populacional, acompanhado pela diminuição das taxas de natalidade, cada vez mais a previdência privada se destaca como uma das principais formas de garantir segurança à população, com relação aos riscos que lhe podem acometer ao longo da vida⁴.

Entretanto, pelo fato de ser, juridicamente falando, matéria relativamente jovem em nosso ordenamento, são muitas as questões que gravitam em torno do tema.

Seja porque ainda há lacunas na legislação, seja porque a matéria é de certa forma sofisticada e exige conhecimento específico, seja porque há pouca doutrina e jurisprudência firmada sobre a matéria, o setor clama por profissionais que se debruçam sobre o estudo de suas polêmicas.

Se as condições econômicas são favoráveis, é preciso que o direito sirva como suporte para a realização das operações, conferindo credibilidade e segurança para que a previdência privada continue prosperando.

E é sob este aspecto que se destacam os temas propostos neste trabalho, todos eles relacionados com questões polêmicas, sobre as quais nos propomos a discutir.

1 Além de ter permitido às pessoas que se programassem para o longo prazo, o novo cenário econômico também trouxe maior compreensão sobre a verdadeira situação das contas da previdência social.

2 Conforme dados da Revista Global Pensions – ABRAPP, março de 2010.

3 Conforme relatório de Estatística Mensal da Previdência Complementar da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), junho de 2010.

4 Assim entendidos como os riscos sociais, tais como a velhice, invalidez, doença, dentre outros.

2 - INDEPENDÊNCIA PATRIMONIAL DOS PLANOS DAS EFPC

2.1-CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por ser a relação previdenciária de longa duração, com execução continuada, é inerente à sua existência que os planos venham a sofrer oscilações (positivas ou negativas) em seu patrimônio, o que consiste em um verdadeiro desafio à técnica atuarial.

Muito embora seja permanentemente desejado o equilíbrio entre os compromissos do plano e seus respectivos recursos garantidores, ao longo do tempo as parcelas patrimoniais geradas pelos saldos das receitas sobre as despesas poderão não corresponder às reservas matemáticas.

O risco, portanto, integra o vínculo contratual estabelecido, convocando as partes à cooperação no enfrentamento de eventuais dificuldades, nos termos exatos de suas responsabilidades. Este dever se traduz, em caso de insuficiência financeira ou atuarial do plano, para os patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção de suas contribuições, no equacionamento do desequilíbrio patrimonial causado, sendo que eventual culpa de terceiro poderá ainda lhe atribuir o dever de ressarcimento, nos termos da legislação aplicável.

Questiona-se, neste tópico, se o déficit verificado em determinado plano de benefícios poderia ser compensado por valores alocados em outro plano, também vinculado a uma mesma entidade de multipiano.

Como destaca Roberto Eiras Messina⁵, “risco de negócio, do ponto de vista das atividades de uma Entidade Fechada de Previdência Complementar, sempre há, como em qualquer atividade. O que se busca afastar é o risco de contaminação entre obrigações de planos distintos, relacionadas a massas de participantes distintas e, conseqüentemente, a patrimônios garantidores distintos.” (grifos do autor)

Desde logo, afastamos a expressão solidariedade⁶ desta discussão, pois, a rigor, não cabe falar em existência ou não de solidariedade entre planos. A solidariedade é fenômeno que se verifica entre sujeitos de direito⁷, ao que não corresponde um plano, como veremos no decorrer desta exposição.

Cumpré, portanto, considerar o tema da responsabilidade adstrita a cada plano, e as hipóteses de sujeição patrimonial.

Do ponto de vista atuarial, contábil e de investimentos, o entendimento a respeito do assunto parece estar cristalizado, não se confundindo em tais searas a destinação certa do patrimônio de cada plano, qual seja: prover benefícios de natureza previdenciária aos participantes, assistidos e beneficiários a ele adstritos (somente!).

A maior polêmica em torno do tema surge do ponto de vista jurídico. Além de se tratar

5 Independência patrimonial dos planos de benefícios. In Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais. 2ª Ed. São Paulo: ABRAPP, ICSS, SINDAPP, 2010. P. 146.

6 Nos termos do Código Civil: Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

7 No âmbito da previdência complementar, a solidariedade que se admite é apenas aquela prevista no § 1º do art. 13 da LC 109/01, que pode ser estabelecida, conforme a vontade das partes, entre os patrocinadores ou instituidores dos planos. Caso prevista no Convênio de Adesão, tais patrocinadores ou instituidores em caso de insuficiência de cobertura serão chamados, isoladamente ou em conjunto, a aportar recursos ao plano deficitário.

de matéria bastante técnica e de difícil compreensão para aqueles que não têm vivência neste campo, o assunto é sofisticado por envolver outras disciplinas, que não apenas o Direito, sendo que a legislação específica da previdência privada precisa ser decifrada à luz de outras áreas do saber (tais como contábil, atuarial e de investimentos).

Assim, o tema exige uma interpretação sistemática e teleológica, a fim de que se procure atingir o verdadeiro espírito da lei, que é, em última instância, a proteção que deve ser conferida pelo Estado aos participantes, assistidos e beneficiários dos planos previdenciários privados.

Portanto, o debate a que aqui nos referimos envolve a questão do risco de decisões judiciais equivocadas ou até mesmo de posturas inadequadas por parte de entidades, que estabeleçam descabida contaminação de recursos - assim entendida como a utilização de patrimônio de um plano saudável para cobrir eventuais déficits de planos deficitários da mesma entidade.

Este risco ameaça quaisquer entidades de multiplano, em especial as multipatrocinadas, que vêm apresentando expressivo crescimento nos últimos anos.

Ao longo deste capítulo o que se pretende é revelar, de forma simples e objetiva, mas sem esgotar o debate sobre o assunto, que os planos constituem patrimônios independentes, ainda que vinculados ao patrimônio geral de uma mesma entidade.

2.2-CONCEITO DE PLANO

Muito embora nem a CF, nem a legislação específica ou os normativos infralegais estabeleçam o conceito de plano, entendemos que este é o ponto de partida para toda a discussão a respeito da independência patrimonial.

Isso porque, ainda que nosso ordenamento jurídico não fosse claro a respeito da sua segregação - o que não ocorre no caso concreto, como veremos nos próximos itens -, seria possível atribuir as mesmas consequências, pela sua própria conceituação.

Como define Ivy Cassa⁸, “plano é um patrimônio coletivo (reserva matemática) adstrito a uma relação previdenciária que se estabelece entre a patrocinadora, a EFPC e os participantes. Tem como titular uma pluralidade de pessoas que não se encontram em uma relação de união ou associação personificada de forma especial. Em outras palavras, tem-se aqui uma pluralidade que não deu lugar à formação de pessoa jurídica nova, independente da reunião de pessoas.” (n.g.)

Preliminarmente, esclarecemos que o patrimônio acima referido é uma universalidade de direito, um bem universal, conforme a lição de Pontes de Miranda⁹: “o patrimônio é conjunto de efeitos jurídicos, portanto necessariamente já no mundo jurídico (plano de eficácia), e não de seres do mundo fático.” (n.g.). Os patrimônios coletivos, por sua vez, são aqueles que têm como titular uma pluralidade de pessoas, as quais, embora reunidas, não deram origem a uma pessoa jurídica.

A doutrina clássica submetia o patrimônio ao princípio da indivisibilidade e, como decorrência, estaria ele sempre sujeito, como um todo, à satisfação das pretensões de seus credores.

8 Contrato de Previdência Privada. São Paulo: MP, 2009. P. 150.

9 Tratado de Direito Privado, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, V. P. 376.

Contudo, havia determinados casos em que, por força de imposição da realidade econômica, ocorriam limitações à garantia patrimonial de tais credores, tal como no caso do dote, bem de família, bens particulares dos cônjuges, dentre outros.

Com isso, até mesmo a doutrina clássica passou a reconhecer tais situações como exceções ao princípio da indivisibilidade, admitindo-as como uma espécie de ficção legal.

Com a evolução do Direito, o patrimônio deixou de ser entendido como um todo indivisível. Passou-se a admitir a possibilidade de que a uma mesma pessoa fosse atribuída uma pluralidade de universalidades, de modo que a parte separada, decorrente de determinadas situações, ficasse incomunicável com a parte remanescente.

Tal concepção de separação do patrimônio, vale frisar, não afronta o disposto no art. 91 do Código Civil Brasileiro, que estabelece que o patrimônio “constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”. Isso porque o patrimônio especial continua sendo um complexo de relações jurídicas de uma pessoa, uma verdadeira universalidade de direito; contudo, com a especificidade de que são apartadas, por força da necessidade, certas relações jurídicas.

Assim, de acordo com esta lógica, é possível reconhecer, no ordenamento jurídico brasileiro, algumas formas de afetação patrimonial¹⁰ ou patrimônios especiais, dentre os quais os planos de benefícios previdenciários privado, cujo fim é designado pela própria lei.

Sobre a teoria do patrimônio afetado, colacionamos a lição de Caio Mário da Silva Pereira¹¹:

“os escritores modernos imaginaram a construção de uma teoria chamada da afetação, através da qual se concebe uma espécie de separação ou divisão do patrimônio pelo encargo imposto a certos bens, que são postos a serviço de um fim determinado. Não importa a afetação na disposição do bem, e, portanto, na sua saída do patrimônio do sujeito, mas na sua imobilização em função de uma finalidade.” (n.g.)

A doutrina espanhola¹² também salienta a afetação estrita e a independência patrimonial que caracterizam os planos de benefícios:

“Los fondos de pensiones, en cuanto masas patrimoniales, se caracterizan por las siguientes notas: 1.ª Son patrimonios afectos a la finalidad exclusiva de servir de instrumentos de inversión de los recursos aportados conforme al esquema o esquemas contractuales definidos en el plan o planes integrados (art. 2 TRLPFP y art. 25.1 RPPF). 2.ª Son patrimonios separados; separación que opera en un doble sentido: Primero, porque los fondos no responden de las deudas de sus entidades promotoras, gestoras o depositarias; y, segundo, porque los acreedores de los fondos no podrán dirigirse contra los patrimonios de los promotores y partícipes de los planes integrados para cobrar sus deudas, puesto que la responsabilidad de aquellos esta limitada a los compromisos de aportación (art. 12 TRLPFP y art. 33 RPPF).”

10 Dentre as quais podemos destacar os fundos imobiliários (Lei n° 8.668/93), créditos “F” (créditos imobiliários securitizados, submetidos a regime fiduciário, nos termos da Lei n° 9.514/97), fundos de patrimônio das entidades abertas de previdência privada (instituídos pela lei n° 11.196/05) e as incorporações imobiliárias (conforme a Lei n° 10.931/04)

11 Instituições de Direito Civil, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966, v. 1, pp. 234-235, apud TÔRRES, Maurício Corrêa Sette e BECHARA FILHO, Ivan Jorge. Independência patrimonial dos planos de previdência complementar. Disponível no site do Ministério da Previdência e Assistência Social, www.mpas.gov.br, acessado em julho de 2011.

12 HERMIDA, Alberto J. Tapia. Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones. 2ª Ed. Barcelona: Cálamo, P. 303.

No mesmo sentido é a lição de Fernando Sánchez Calero e outros¹³ “los fondos de pensiones son patrimonios sin personalidad jurídica afectos al cumplimiento de un plan de pensiones (o de varios planes simultáneamente) que están integrados por las aportaciones de sus miembros y por los rendimientos obtenidos por su inversión”.

Essa separação patrimonial deve verificar-se mesmo no seio de uma estrutura que possa congrega planos de benefícios distintos, cada qual adstrito a uma coletividade de participantes, como ocorre com as entidades de multiplano.

Também por isso não se devem confundir as obrigações veiculadas nos distintos planos, como bem adverte Rafael la Casa Garcia¹⁴:

“Por lo que toca a la Entidad Promotora, no aclara el precepto, a diferencia del número anterior, si se refiere a la del mismo Fondo o a la de los Planes, o a ambas. Ciertamente, en relación a la Entidad Promotora del Fondo, dada su escasa relevancia, no existe mayor problema en afirmar que de sus deudas el Fondo no responde. Con mayor rigor se expresa, en cambio, la LPPF en relación a los promotores de los Planes, para el caso de que vengan obligados a efectuar aportaciones. La irrevocabilidad de éstas (art. 5.1.c) LPPF] y la atribución de la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada Plan a partícipes y beneficiarios (art. 8.4 LPPF) manifiestan el tajante principio de separación existente. Los Fondos de Pensiones quedan configurados como fondos externos de las e entidades que los promuevan, con lo que se evita ligar la suerte de aquéllos a la de éstas.”

Logo, sob pena de sermos conduzidos à disfunção das relações jurídico-patrimoniais subsumidas no âmbito das EFPC, é forçoso concluir pela inexistência de qualquer forma de afetação inter-patrimonial, em caso de déficit, entre os diferentes planos de benefícios operados por uma entidade de multiplano.

É essencial para os contratos previdenciários a assunção exclusiva e proporcional, por parte dos sujeitos reunidos em cada plano, dos efeitos deficitários decorrentes das alterações que sofrerem suas bases econômicas, financeiras e atuariais. Não se concebe que um plano recorra a outro para o efeito de compensar os desajustes com que vem a defrontar-se.

A imposição de comunicação patrimonial entre planos ou fenômeno de efeito similar, quando a natureza do negócio não tomou como pressuposto da operação, significaria afrontar não só as circunstâncias próprias do negócio, como também a ordem legal que estabelece o princípio inverso, e até mesmo o sentido das normas acerca da matéria, como veremos nos próximos itens.

2.3-CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRESSUPOSTO DA CONSTITUIÇÃO DAS RESERVAS

A responsabilidade do Estado no que toca às operações de previdência privada, decorre do art. 21, VIII da CF¹⁵.

13 CALERO, F. Sánchez, RODRÍGUEZ, L. de Angulo, DOMINGUEZ, J. Duque, SUÁREZ, F. J. Tirado, SÁNCHEZ, M. Vérgez, FERNÁNDEZ-HONTORIA, J. Aguilar, SÁNCHEZ, L. F. Castresana, GARCÍA, F. Mansilla, Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones, 2ª edición, Editorial Española de Seguros, Madrid, p. 54

14 GARCIA, Rafael la Casa. Monografías Jurídicas – Los Fondos de Pensiones. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 273.

15 Compete ao Estado: (...) 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 (n.g.)

Seu papel consiste em zelar pela segurança do sistema e, conseqüentemente, pela higidez dos planos, respeitando os compromissos nos exatos termos estabelecidos em seus respectivos Regulamentos. E, para tanto, não pode ignorar seu pressuposto básico: a independência patrimonial entre tais planos, sob pena de comprometer a saúde financeira do sistema.

O próprio art. 202 da CF estabelece:

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

Assim sendo, depreende-se que é imprescindível que seja observada a mencionada constituição de reservas que garantam o benefício contratado, sem a qual não há viabilidade para execução do plano.

Trata-se de desdobramento do princípio da fonte de custeio, que se aplica tanto à previdência pública quanto à privada. Os participantes constituem suas reservas com o objetivo de atingir o benefício contratado. Na hipótese dos recursos serem insuficientes, não há razão que justifique a utilização das reservas de outros planos para lhes garantir os benefícios.

2.4-LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E DISTINÇÃO ENTRE ENTIDADE E PLANO

Partindo para análise da legislação específica, nota-se que o legislador evoluiu sua concepção ao longo das décadas que separam os dois normativos (Lei nº 6.435/77 e LC nº 109/01), apercebendo-se do risco a que se poderia sujeitar o sistema caso se tratasse todo e qualquer déficit como sendo da entidade, e não do plano específico que lhe deu causa.

É fato que a Lei nº 6.435/77 já fazia a distinção entre os planos executados no âmbito de uma mesma entidade, revelando sua independência uns com relação aos outros. Exemplo disso é o que dispõe o inciso II do artigo 3º:

“A ação do Poder Público será exercida com o objetivo de determinar padrões mínimos adequados de segurança econômico-financeira, para preservação da liquidez e da solvência dos planos de benefícios, isoladamente, e da entidade de previdência privada, em seu conjunto.” (n.g.)

Contudo, nota-se que a Lei anterior havia descurado, aparentemente, da distinção entre os planos e as entidades, impressão essa que se pode colher do art. 46:

“Nas entidades fechadas o resultado do exercício, satisfeitas todas as exigências legais e regulamentares no que se refere aos benefícios, será destinado: a constituição de uma reserva de contingência de benefícios até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da reserva matemática; e, havendo sobra, ao reajustamento de benefícios acima dos valores estipulados nos §§ 1º e 2º do artigo 42, liberando, se for o caso, parcial ou totalmente as patrocinadoras do compromisso previsto no § 3º do mesmo artigo.” (n.g.)

Ou seja, o legislador de outrora que, por um lado, no art. 3º destacava a ação do Estado com relação à solvência de cada um dos planos, isoladamente, não teve o mesmo cuidado, no art. 46, ao referir-se ao resultado do exercício da entidade, não individualizando cada plano.

A mesma distinção na Lei vigente (LC 109), ao contrário, foi enfatizada. É o que se vê no art. 20 e seus §§ 1º e 2º:

“O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, (...) será destinado à constituição de reserva de contingência (...)

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

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

Além dos exemplos acima, reafirma a idéia de que a LC 109 é ainda mais profícua nessa distinção o art. 22:

“Ao final de cada exercício, (...) as entidades fechadas deverão levantar as demonstrações contábeis e as avaliações atuariais de cada plano de benefícios (...)” (n.g.)

Poder-se-ia, ainda assim, argumentar que o caput do art. 21 da LC 109 veio negar a separação patrimonial entre os planos ao possibilitar que uns e outros se afetassem reciprocamente quando verificado déficit na entidade. Isto porque essa norma, na sua literalidade, prevê que *“o resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar”*.

A regra acima trata de resultado deficitário “nos planos ou nas entidades”, assim como refere a “dano ou prejuízo à entidade”, o que poderia levar à falsa impressão de que no âmbito da entidade confundir-se-iam os interesses subjacentes ao conjunto dos planos nela contidos. A dúvida se avoluma quando verificamos que o § 1º não atribui, literalmente, a cada plano a carga para o equacionamento da defasagem:

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

Entretanto, examinando-se os §§ 2º e 3º do mesmo artigo nº 21, verificamos que o legislador, na verdade, refere-se, sim, aos planos, ao prever que o “acréscimo ocorrido” se dará “em razão da revisão do plano” e que os resultados advindos da mencionada ação de regresso serão aportados em favor do plano e não da entidade em si:

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

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

Não poderia ser outra a disciplina legal, já que técnica e atuarialmente os recursos previdenciários de um dado plano, mesmo dentro de uma entidade de multipiano, estão circunscritos ao universo de interesses de seus respectivos participantes e patrocinadoras.

Afinal, uma das regras essenciais da atuação das entidades fechadas consiste, nas palavras de Luís Carlos Cazetta¹⁶, no “*dever de apurar e segregar, por plano de benefícios, os respectivos direitos e obrigações*”, obrigação este que o autor denomina “*dever de segregação e afetação de direitos e obrigações por planos de benefícios*” e por força do qual a entidade deve “*atribuir a cada plano, e exclusivamente a ele, as correspondentes obrigações, contribuições e reservas (os seus passivos e ativos previdenciais)*”, pois, do ponto de vista técnico “*o objetivo dessa segregação é tornar viável a verificação (e a almejada obtenção) do equilíbrio atuarial e econômico-financeiro entre os ativos e passivos de cada plano de benefícios, de forma a permitir o gerenciamento, pela entidade fechada, das situações concretas ou potenciais de déficit ou de superávit atuarial dos planos que administra, atribuindo aos respectivos sujeitos de direitos e obrigações os correspondentes ganhos ou responsabilidades*”. (n.g.)

Este dever de segregação justifica-se à medida que cada plano atende a premissas, riscos distintos, possui critérios de custeio específicos (destinado à atribuição de benefícios a pessoas determinadas), constituindo, necessariamente, um patrimônio autônomo. Logo, os elementos patrimoniais de cada plano têm, além de uma separação contábil, também uma separação de responsabilidade¹⁷.

Sendo assim, resta evidenciado que o legislador, com relação à legislação específica, teve o cuidado de diferenciar plano de entidade, e reconheceu que mesmo que uma entidade apresente déficit, seu equacionamento será realizado nos termos da medida da responsabilidade de cada plano e dos participantes a ele adstritos.

2.5-ENTIDADES DE MULTIPLANO

Mais especificamente com relação às entidades de multipiano, que são as verdadeiras afetadas por este tema, foi ainda mais explícito o legislador, no art. 34, inciso I da LC 109/01:

“As entidades fechadas podem ser qualificadas da seguinte forma, além de outras que possam ser definidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

I - de acordo com os planos que administram:

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

b) com multipiano, quando administram plano ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial; (...)” (n.g.)

Logo, além da diferenciação a que acima nos referimos, entre o déficit da entidade e de cada plano individualmente, observa-se claramente que não resta qualquer dúvida com relação à independência patrimonial dos planos das entidades de multipiano.

16 CAZETTA, Luís Carlos. Regime Jurídico das Entidades Fechadas. Rio Grande do Sul: Sérgio Antonio Fabris, 2006. Pp. 130 e 131.

17 Como salienta Rafael la Casa García op. Cit, p. 274: “asimismo, ha de darse por supuesto, en consonancia con lo antes señalado, que, aunque la LPFP no lo formule nitidamente y con independencia de la existencia de deudas comunes a todos los Planes, los elementos patrimoniales de cada Plan de Pensiones tienen una separación no puramente contable, sino también de responsabilidad.”

Em outras palavras, em quaisquer entidades de multiplano, sejam elas singulares ou multipatrocinadas, não há de se cogitar da utilização de recursos de um plano para assumir quaisquer compromissos de outro, já que os planos possuem independência patrimonial.

Muito embora uma entidade de multiplano, sob uma análise externa, apresentem-se como uma única entidade, ela é composta, internamente, por um grupo de planos independentes entre si.

É de extrema importância que se ressalte esta independência, pois cada plano possui identidade própria, é disciplinado por Regulamento, Nota Técnica Atuarial e Plano de Custeio específicos, os quais delineiam sua estrutura, seus aspectos patrimoniais, administrativos, atuariais, dentre outros. Assim, cada plano possui autonomia em relação aos demais, embora estejam todos vinculados a uma mesma pessoa jurídica – a EFPC – e a um mesmo Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ).

O CNPJ, criado pela Lei nº 4503/64, nada mais é que um cadastro geral de contribuintes, no qual, obrigatoriamente, devem se registrar as pessoas jurídicas de direito privado, apresentando as informações indispensáveis à sua identificação, localização e classificação.

Sobre o assunto, vale destacar a lição de Roberto Eiras Messina¹⁸:

“O CNPJ não possui o condão de individualizar o patrimônio de uma dada pessoa jurídica. Ele é apenas um número de identificação dessa pessoa jurídica, que se exige, que se atrela, a determinados atos que pratica, dentre eles a emissão de balanços e resultados, onde, por conta de outras regras, oriundas do direito comum, estarão expressos os registros correspondentes ao patrimônio da referida pessoa jurídica.” (grifos do autor)

Logo, o fato de os patrimônios especiais dos planos de benefícios estarem vinculados a um mesmo CNPJ não lhes atribui a mesma sorte ou destinação, mas apenas os remete à identificação da EFPC que os administra.

Havendo a atribuição de qualquer obrigação a algum plano de previdência privada, seus limites estarão restritos ao próprio plano que originou aquele dever, não se podendo sequer cogitar da possibilidade do comprometimento de outros, ainda que da mesma entidade.

Tal entendimento, por óbvio, aplica-se não apenas às entidades singulares (que possuem um único patrocinador ou instituidor), mas também às multipatrocinadas (que congregam mais de um patrocinador ou instituidor).

Com relação a estas segundas, vale lembrar que não existe qualquer lógica na utilização dos recursos vertidos por uma patrocinadora aos seus empregados ou administradores para a equalização de eventuais insuficiências que se verificarem em planos instituídos para os empregados de outra empresa, a não ser que se estabeleça, em convênio de adesão, condição excepcional de solidariedade entre elas.

Nesta lógica, constata-se que a independência dos planos de benefícios representa verdadeira segregação de riscos e proteção patrimonial a cada grupo de participantes, conferindo maior segurança jurídica à relação e funcionando como estímulo à utilização da mesma estrutura administrativa (a entidade de multiplano) com todas as vantagens inerentes a este tipo de instituição.

18 Independência patrimonial dos planos de benefícios, Op. cit, p. 151.

2.6-NORMATIVOS INFRALEGAIS E A SEGREGAÇÃO PATRIMONIAL DOS PLANOS

Também na regulamentação infralegal, encontramos disposições que atestam a constituição dos planos de benefícios como núcleos patrimoniais separados no interior da entidade previdenciária.

Tais dispositivos não deixam margem a dúvidas quanto à constituição de núcleos patrimoniais, destacados no âmbito de uma mesma pessoa jurídica, tendo por base a teoria da afetação.

2.6.1- CNPB

Reforçando o entendimento exposto nos tópicos anteriores, a extinta Secretaria de Previdência Complementar¹⁹, por meio da Resolução CGPC n° 14/04, criou o Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das Entidades de Previdência Complementar – CNPB, visando garantir a fácil individualização e distinção de cada plano com relação aos demais, evitando-se a confusão patrimonial quando da execução de uma obrigação.

Confirmando a total segregação, o normativo, no seu art. 3º, estabeleceu que:

“Cada plano de benefícios possui independência financeira patrimonial em relação aos demais planos de benefícios, bem como identidade própria quanto aos aspectos regulamentares, cadastrais, atuariais, contábeis e de investimentos”. (n.g.)

Para que não restasse qualquer dúvida, o § 1º desse artigo reiterou:

“os recursos de um plano de benefícios não respondem por obrigações de outro plano de benefícios, operado pela mesma EFPC”. (n.g.)

Destarte, se antes já era evidente a independência patrimonial dos planos, a criação do CNPB só veio reforçar este entendimento.

2.6.2- NORMAS CONTÁBEIS

Do ponto de vista contábil, também é evidente a segregação de recursos entre planos, como se pode depreender da Instrução Normativa n° 34/09.

No título que trata dos procedimentos operacionais, a IN estabelece: *“A contabilidade da EFPC deve ser elaborada por plano, formando um conjunto de informações consistentes e transparentes, com objetivo de caracterizar cada uma das atividades realizadas.” (n.g.)*

O anexo B da Resolução CGPC n° 28, de 26 de janeiro de 2009, que regulamenta a planificação contábil das entidades fechadas, também não deixa dúvidas ao explicitar que as Demonstrações Contábeis serão por plano.

E não poderia ser de outra forma. Afinal, a função da contabilidade é formatar os registros numéricos que reflitam a situação econômico-financeira de cada relação jurídica em referência a um patrimônio.

¹⁹ Atualmente substituída pela PREVIC.

Como estamos tratando de uma forma especial de constituição patrimonial – o patrimônio separado –, não se poderia cogitar da generalização dos números dos planos, sendo imprescindível segregá-los, a fim de identificar a real situação econômico-financeira de cada um, e a corresponsabilidade entre seus ativos e passivos. Só assim será possível retratar a situação de déficit ou superávit de cada plano.

2.6.3- NORMAS ATUARIAIS

Do ponto de vista atuarial, mais uma vez o modelo se repete. A Instrução Normativa nº 9/10, que estabelece os procedimentos para o preenchimento das demonstrações atuariais (DA) determina:

“As informações contidas nas DA deverão refletir de forma individualizada todos os planos de benefícios mantidos pela entidade e aprovados pelo órgão competente, na data de referência da avaliação atuarial.” (n.g.)

Além disso, a Resolução CGPC nº 26/08, bem como a IN nº 28/08, as quais dispõem sobre as condições e procedimentos a serem observados pelas EFPC em caso de desequilíbrio, tratam, ao longo de todo o seu teor, da utilização de superávit e do equacionamento de déficit no plano de benefícios, destacado seu caráter individual, não generalizando nem confundindo os valores de diferentes planos para fins de apuração de resultados.

2.6.4- NORMAS RELATIVAS A INVESTIMENTOS

Por fim, a Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.121/03 (revogada pela Resolução CMN nº 3.792/09), que estabelecia as diretrizes pertinentes à aplicação dos recursos dos planos de benefícios de Entidades Fechadas de Previdência Privada, dispunha que *“os recursos dos planos de benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar devem ser discriminados, controlados e contabilizados de forma individualizada para cada plano de benefícios”*.²⁰ (n.g.)

O normativo que a substituiu não foi tão explícito como o anterior, mas ainda assim destacou:

“Art. 11. A EFPC deve adotar regras, procedimentos e controles internos, observados o porte, a complexidade, a modalidade e a forma de gestão de cada plano por ela administrado, que possibilitem que limites, requisitos, condições e demais disposições estabelecidos nesta Resolução sejam permanentemente observados.” (n.g.)

Ou seja, até mesmo com o objetivo de estabelecer a política de investimentos, a EFPC deverá levar em conta a individualização de cada plano.

2.7. CONSEQUÊNCIAS DO DESRESPEITO À INDEPENDÊNCIA PATRIMONIAL DOS PLANOS

Diante de todo o exposto, verifica-se que é clara e transparente, não só nos termos da legislação e regulamentação aplicável, mas pela própria lógica do sistema previdenciário

20 “Regulamento anexo”, capítulo I, seção I – da alocação; art. 2º.

privado, a independência patrimonial dos planos de benefícios.

Demonstra-se, em decorrência disso, completamente estapafúrdia qualquer forma de sujeição patrimonial que configure confusão entre os recursos de diferentes planos, ainda que dentro de uma mesma entidade de multiplano, registrados em um mesmo CNPJ.

Além de configurar desrespeito aos atos administrativos dos órgãos reguladores e fiscalizadores (CNPJ e PREVIC, respectivamente), e de causar prejuízos de inestimável montante, do ponto de vista da responsabilidade civil aos participantes e assistidos, a inobservância do caráter individualizado dos planos tem ainda repercussões criminais: configura crime de apropriação indébita, previsto no art. 168 do Código Penal.

Conforme o magistério de Judith Martins Costa e Miguel Reale Júnior²¹: *“Podemos afirmar, sem sombra de dúvidas que cometeria o crime de apropriação indébita o administrador do Fundo que desviasse ativos do plano de uma patrocinadora para cobrir insuficiência de recursos ou situação atuarial desequilibrada de um outro plano de benefícios, instituído por outra patrocinadora. (...) A alocação de recursos de um plano de benefícios para outro, constitui, portanto, um desvio da finalidade que legitima a posse desses recursos por parte da Sociedade, utilizando-se indevidamente em favor de terceiro o ativo constituído pelos participantes e patrocinadora com vistas à concessão de benefícios exclusivamente a estes participantes.”*

Por consequência, a equivocada utilização dos recursos de um plano para equacionamento de déficit de outro, seja por determinação judicial, seja por decisão da entidade, condenando os participantes e assistidos na assunção de obrigações que lhes são completamente estranhas, além de caracterizar apropriação indébita, colocaria em xeque todo o sistema previdenciário privado.

Seria quase tão absurdo quanto permitir que os titulares de cadernetas de poupança tivessem de arcar com as perdas dos quotistas de fundo de investimento, ainda que da mesma instituição financeira. Um verdadeiro despropósito!

Caso decisões como estas se tornassem corriqueiras, outro não seria o resultado que não fosse uma verdadeira corrida às entidades de previdência privada, com cada participante buscando reaver seus recursos, causando o colapso de um sistema que representa quase vinte por cento do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.

²¹ Parecer sobre solidariedade em plano de previdência, disponível no site do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS), www.ibds.com.br, acessado em julho de 2011.

3-DIREITO ADQUIRIDO, DIREITO ACUMULADO E EXPECTATIVA DE DIREITO: CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS

3.1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objeto deste capítulo é o estudo dos efeitos do direito intertemporal com relação a relação jurídica de longa duração.

O tema é intimamente ligado à segurança jurídica, pressuposto fundamental de um sistema como o da previdência privada, cujo objetivo é apenas um: proteger as pessoas com relação aos riscos sociais que as acometam ao longo da vida. Sem credibilidade e segurança, não há como fomentá-lo.

Por outro lado, considerando que estamos abordando uma relação que se prolonga no tempo, é um verdadeiro desafio conciliar a estabilidade e a segurança jurídica com a própria dinâmica do contrato, que reflete as mudanças de seu tempo.

Sendo assim, como acompanhar a evolução sem ferir as pretensões dos participantes? Sem engessar o contrato, como garantir a preservação de seus direitos?

Estamos diante de uma polêmica que diz respeito, principalmente, a um novo modelo de relação: os contratos que se protraem no tempo.

Antes, grande parte das relações se resolvia em um único ato, tal como em uma simples compra e venda. Prevalcia o princípio do *pacta sunt servanda*, de onde se depreendia que o contrato deveria ser cumprido tal como havia sido concebido em sua origem, não havendo preocupação com a superveniência de fatos que pudessem alterar tal relação, já que a mesma não se prolongava no tempo.

Afinal, o fundamento do vínculo jurídico reside num critério de vontade, ou seja, de que um contrato foi celebrado de determinada maneira porque as partes assim o quiseram, e daquela forma deverá ser cumprido.

Com a evolução, as relações jurídicas foram ganhando complexidade e novos contornos. Tornaram-se cada vez mais comuns os contratos de longa duração, tal como os seguros de vida, planos de saúde e a própria previdência complementar, em que os participantes, em regra geral, aderem a um plano com a intenção de permanecer a ele vinculados por longo período.

Assim, é natural que, com o passar dos anos, surjam circunstâncias que possam afetar o equilíbrio contratual, criando, portanto, a necessidade de revisão do Regulamento do plano, ou até mesmo a demanda por lei nova, que venha a suportar a atual realidade fática. Isso porque, é sabido que o mundo dos fatos caminha em velocidade superior à do mundo do Direito, razão pela qual se justifica a evolução legislativa que o acompanhe.

Não estamos, portanto, tratando de contratos engessados, mas sim de tipos especiais que acompanham a evolução dos tempos. Não se trata mais do rigor do *pacta sunt servanda*, mas sim da flexibilidade da cláusula *rebus sic stantibus*, entendida como aquela que permite a revisão das condições do contrato de execução sucessiva, em caso de ocorrência de fato superveniente que altere substancialmente o equilíbrio contratual.

A própria história da previdência complementar ilustra essa dinâmica: embora a pri-

meira entidade tenha surgido em nosso país (e, portanto, no mundo dos fatos) em 1835²², somente foi regulamentada em 1977 (mundo do Direito), pela Lei n° 6435. Despontou como matéria constitucional apenas em 1998, com a Emenda Constitucional n° 20²³, e sua regulamentação mais recente, a Lei Complementar n° 109, é de 2001.

A legislação de 1977 representou um grande avanço para a época, mas após vinte anos da sua publicação carecia de revisão. Assim, veio a Lei Complementar n° 109/01, que mais uma vez trouxe suas inovações. Contudo, não há de se espantar se daqui a algum tempo a própria LC 109 tiver de ser reformada, a fim de se adequar a uma nova realidade. Esse movimento faz parte, portanto, dessa dinâmica das modernas relações contratuais.

É evidente que toda mudança tem seus impactos, e que o que se busca nas relações travadas, em última instância, é segurança e estabilidade, sem as quais o setor não teria condições de prosperar²⁴. Mas é notório também que não estamos nos referindo a mudanças pífiás, por mero capricho do legislador.

Especialmente em matéria de previdência complementar, em que é evidente o interesse coletivo, haja vista que se trata de atividade de caráter social, do particular agindo em estreita colaboração com o Poder Público²⁵, é ainda maior a cautela ao se tratar do tema.

Portanto, é fundamental discorrer a respeito do direito adquirido, da expectativa de direito e do direito acumulado, a fim de que se possa desvendar as reais situações dos participantes, assistidos ou beneficiários dos planos previdenciários. Afinal, a relação da previdência deve ser guiada pela clareza e transparência na divulgação das informações, de modo que cada um tenha conhecimento do seu verdadeiro direito.

Assim sendo, pretende-se esclarecer os limites das eventuais alterações que podem ocorrer em um contrato de longa duração, como é o de previdência privada, tendo em vista a evolução da legislação, a variação das condições contratuais e a habitual necessidade de adequação e aderência entre as receitas e despesas das entidades, assegurando a todos os participantes o pagamento do benefício contratado, que é o objeto do contrato previdenciário.

Este último tópico, portanto, será desenvolvido a partir da seguinte lógica: os direitos dos participantes não são imutáveis, mas o ordenamento jurídico lhes confere proteção e segurança, ainda que com diferentes nuances.

22 Montepio Geral dos Servidores do Estado (MONGERAL), entidade aberta de previdência complementar sem fins lucrativos.

23 Até então, o texto original da Constituição Federal somente referia-se textualmente à previdência privada em três dispositivos (art. 21, VIII, art. 192, II e art. 201, parágrafo 8°) e, mesmo assim, de maneira bastante discreta, não havendo dispositivo específico que tratasse do tema.

24 Destacamos, sobre este tema, o pensamento de Valmir Pontes Filho (Direito Adquirido ao Regime de Aposentadoria – O princípio da segurança das relações jurídicas, o direito adquirido e a expectativa de direito. In Revista Trimestral de Direito Público, n° 38. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 57.) Não é demasiado lembrar, além disso, que não pode haver progresso, notadamente social e econômica, sem permanência e estabilidade nas relações jurídicas, é dizer, que nenhum país do mundo avançou, social e tecnologicamente, sem que a liberdade e a democracia estivessem garantidas por uma ordem jurídica estável, infensa aos caprichos dos eventuais detentores do poder (que na verdade, não passam de meros exercentes de competências juridicamente definidas).

25 Neste sentido é a doutrina de Daniel Pulino: Também na área de previdência social pode-se vislumbrar, a exemplo do que vimos ocorrer na saúde – e na assistência social (...), a atuação de sujeitos particulares tanto em estreita colaboração com o Poder Público desempenhando atividades, senão em nome do Estado, pelo menos investidos em função pública e, nesta medida, agindo em lugar deste – vale dizer, para conceder prestação que a ele, Estado, competiria entregar –, quanto em exploração da atividade econômica em regime de direito privado – ainda que submetido, é certo, a especial, a mais estreita disciplina de intervenção estatal –, com fins lucrativos ou não. (grifos do autor). *Previdência Complementar – Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 71.

3.2-DIREITO ADQUIRIDO: CONCEITO E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Com a intenção de garantir a ordem, certeza e tranqüilidade jurídica, nosso ordenamento adotou como princípio a preservação do direito adquirido.

Conceituá-lo é uma tarefa um pouco ingrata. Afinal, como alerta Elival da Silva Ramos²⁶, *ao se avançar um pouco mais no detalhamento conceitual, o que se ganha em precisão de significado se perde em termos de amplitude de proteção. Não há, pois, como se vislumbrar com toda clareza o que é um direito adquirido, senão à luz de situações específicas, sem prejuízo de poder apontar, em linhas gerais, quais são os seus traços essenciais.*

Sendo assim, passaremos a discorrer a respeito do tema, procurando, por meio de seus elementos, alcançar seu verdadeiro sentido.

A origem do direito adquirido, conforme a doutrina de Matos Peixoto²⁷, remonta aos séculos XIII e XIV, tendo sido observado que já na Idade Média existia a oposição entre “direito solidamente e realmente adquirido” e “direito existente em expectativa, não ainda firmemente adquirido”, embora tal distinção ainda não tivesse muito rigor.

No ordenamento jurídico brasileiro, a cláusula de limitação à eficácia temporal das leis civis constou de todas as Constituições, à exceção da carta de 1937, base normativa do “Estado Novo”²⁸.

Na Constituição Federal de 1988, ao direito adquirido foi conferido o status de Direito Fundamental, nos termos do art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Buscou-se, com isso, garantir estabilidade nas relações jurídicas, protegendo as relações jurídicas consumadas com a limitação da retroatividade da lei.

Tal proteção encontra amparo também no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil:

“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

(...)”

Dada a sua íntima relação com os princípios do Estado de Direito, é ainda insuscetível de

26 Op. Cit, p. 183.

27 Limite temporal da lei in Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 173:459-85. Apud Elival da Silva Ramos, A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

28 Pode-se afirmar que o fato de tal limitação não constar da Constituição de 1937 corrobora a afirmativa de que se trata de norma formal e materialmente constitucional, estreitamente ligada à principiologia inerente à noção de Estado de Direito. Ainda a respeito da segurança das relações jurídicas e a relação com o Estado de Direito, é a lição de Valmir Pontes Filho (op. cit, p. 57): o princípio da segurança das relações jurídicas e a obrigatoria submissão de todos, governantes e governados, à lei e à jurisdição, constituem o substrato do Estado Democrático de Direito. De regime democrático de governo, afinal, só se pode falar quando a ordem normativa tem origem popular, quando a vontade da lei prevalece sobre a dos administradores e, principalmente, quando o próprio organismo estatal se sujeito, tanto quantos os cidadãos comuns, á decisões judiciais.

afastamento mediante emenda à Constituição, nos termos do art. 60, § 4º, IV:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.”

É importante ressaltar, desde logo, que não é qualquer direito que pode ser considerado adquirido, o que significa que não estamos nos referindo a mera aquisição de direito, mas a um “direito subjetivo vinculado ao seu titular, de maneira tão próxima e acentuada, que mesmo os efeitos de uma nova legislação não poderiam obstar sua fruição.”²⁹,

Considera-se adquirido, portanto, aquele direito que fica submetido à ocorrência de algum termo ou condição preestabelecida para que possa ser exercido. Somente a partir da data pré-fixada é que ele se materializa, devendo ser respeitado como concebido originalmente.

A partir do momento que o direito se solidifica, cumprindo os requisitos legais, passa a incorporar o patrimônio jurídico e material da pessoa humana, de modo que se podem reconhecer nele dois elementos: um de ordem fática e outro de natureza material ou normativa.

É importante notar também que o direito adquirido não se confunde com o direito consumado. Para que se considere um direito como adquirido, ele não pode estar exaurido em todos seus efeitos antes da entrada em vigor de nova lei. Trata-se de direito que ainda não foi inteiramente esgotado.

Além disso, o direito adquirido deve ter caráter patrimonial, sendo que este caráter não tem a concepção habitual de conjunto de bens e direitos de natureza econômica, significando, neste contexto específico, o conjunto de direitos de conteúdo econômico, político, social, moral, dentre outros, que estejam vinculados ao indivíduo de modo próximo e intenso que dele não se possa desvincular.

Sobre este assunto, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia³⁰ vão ainda além. Defensores da teoria do direito adquirido social, os autores entendem que “o direito adquirido não é apenas aquele que incorporou ao patrimônio jurídico do seu titular, em vista da incidência da norma aplicável à época do fato (o que se passa a denominar direito adquirido individual). Deve ser considerado, também, a partir da perspectiva da sociedade, como tudo o que incorporou o patrimônio jurídico desta, em vista da luta diária pela aquisição de seus direitos. (...) Na verdade, muito mais do que apenas os direitos sociais, todos os direitos fundamentais que incorporaram o patrimônio jurídico de certo povo, como conquista civilizatória incontestada deste, devem ser preservados no plano constitucional.”

A importância do direito adquirido se revela, assim, intimamente ligada à segurança jurídica.

Conforme ensina Sérgio Pinto Martins³¹: *“o que se pretende proteger no direito adquirido não é o passado, mas o futuro, de continuar a ser respeitada aquela situação já incor-*

29 RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 179.

30 Curso de Direito da Seguridade Social. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86.

31 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito adquirido e reforma previdenciária in Revista de Previdência Social, ano 23, n. 222, p. 453-457. São Paulo, maio 1999.

porada ao patrimônio jurídico da pessoa. Não cumprir um comando pretérito representa intranquilidade social, desordem social e perda de confiança na eficácia do sistema, pois as leis devem ser respeitadas pela população.” (n.g.)

Portanto, a proteção do direito adquirido tem por função dar unidade e confiabilidade ao sistema jurídico, garantindo que as relações jurídicas estabelecidas durante a vigência de determinada norma não percam sua validade com o advento de um novo regime, ainda que a primeira norma venha a ser revogada.

Afinal, por mais dinâmicos que sejam os fatos e a realidade social, o sistema jurídico deve salvaguardar os direitos subjetivos já constituídos, razão pela qual se justifica a relevância desde assunto.

3.3-EXPECTATIVA DE DIREITO

Já a expectativa de direito consiste em outra situação jurídica, menos privilegiada que o direito adquirido. Isso porque, enquanto o indivíduo não cumpre os requisitos necessários para incorporar um direito ao seu patrimônio, ele tem somente uma expectativa, que, absolutamente, não se confunde com um direito solidificado.

Wladimir Novaes Martinez³², a respeito da diferença entre as duas situações, esclarece: “Não se confunde com a expectativa de direito, que é uma esperança, uma possibilidade de vantagem que poderá, ou não, existir. O direito adquirido já é existente. Desse modo, nem mesmo com o direito futuro se confunde, seja este deferido ou não deferido. Na expectativa não há direito nem mesmo futuro; há simples possibilidade de futura aquisição de direito. É o estado ou a situação de quem espera (esperança) adquirir alguma coisa.”

Na expectativa de direito o que se observa é que estão presentes apenas as normas de direito, assim entendidas como situações objetivas abstratas, mas ainda não se verificou a situação fática que constituiria o pressuposto de sua incidência, ou seja, o elemento concreto.

Em outras palavras, sem a ocorrência dos fatos, não há de se falar em direito adquirido, sendo que não configura direito adquirido o direito à permanência das normas positivas (o que significaria o verdadeiro engessamento do ordenamento).

Portanto, expectativa de direito não é apenas a existência de uma simples norma. Para que seja caracterizada, é necessário que o fato jurídico que com a norma se relaciona esteja em desenvolvimento, ainda que não tenha se completado.

Conforme a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira³³, “enquanto o direito adquirido é a consequência de um fato aquisitivo que se realizou por inteiro, a expectativa de direito, que traduz uma simples esperança, resulta de um fato aquisitivo incompleto.” (grifos do autor)

Assim, neste raciocínio, podemos destacar três situações com diferentes nuances de direitos: (i) mera previsão legal, em abstrato, que consiste na faculdade legal; (ii) em nível intermediário, o desencadeamento de pressuposto fático, sem que tenha se aperfeiçoado completamente e (iii) a verificação do fato aquisitivo por completo, originando finalmente o direito adquirido.

A situação intermediária, logo, corresponde à expectativa de direito.

32 MARTINEZ, Wladimir Novaes. Direito Adquirido na Previdência Social. São Paulo: LTr, 2000, p. 50.

33 Instituições de direito civil, 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.1. Apud Elival da Silva Ramos, op. Cit.

3.4-DIREITO ADQUIRIDO, EXPECTATIVA DE DIREITO E PREVIDÊNCIA

Por ser o direito previdenciário uma relação de longa duração, conforme se vem destacando ao longo deste trabalho, está nele assentado o direito de mudanças, que consiste na possibilidade de transformações, desde que fundamentadas, necessárias e com o objetivo de adequação dos planos aos seus objetivos, respeitado, obviamente, o direito adquirido.

Contudo, por estarmos imersos no estudo de tema tão relevante - a previdência - maior ainda é a preocupação a respeito da segurança jurídica.

Como ensinam Marcus Orione e Érica Paula Barcha³⁴: *“em matéria de direito previdenciário, há um pacto entre o poder público e a população que, se quebrado por contingências meramente circunstanciais (como eventuais desculpas de sistemas deficitários, decorrentes em especial de incúria na gestão, ou mesmo provenientes de uma suposta insuficiência de recursos), pode gerar verdadeira ruptura na sustentação de um sistema público de previdência. Não há como pretender a agregação voluntária de pessoas a um sistema de previdência que, constantemente, ludibria os seus segurados, sob a escusa de que, não havendo sido adquirido determinado direito, nada ou pouco lhe é devido. Este raciocínio causa ruptura no pacto de fidejussão que é fundamento para qualquer sistema previdenciário. (...) Mesmo em um regime de filiação obrigatória, a confiança no sistema é importante, sob pena de as pessoas buscarem meios de se colocar, ainda que por vias não legais, fora do sistema. Logo, a previdência, mesmo a pública obrigatória, deve, na sua essência, constituir sistema de atração – e não sistema de traição.”*

Portanto, o legislador tem, com relação ao direito previdenciário, um permanente desafio, que é o de conciliar, de um lado, os interesses coletivos, a evolução legislativa e a aderência entre receitas e despesas, e, de outro, os interesses individuais dos participantes deste sistema, que constituem direitos sociais – seja quando prestados por pessoas de direito público, seja por sujeitos privados.

Quando o participante de um plano privado adere a um Regulamento, desde logo vem ao mundo, para as partes, o cumprimento de obrigações recíprocas, que constituem o sinalagma da relação. Entretanto, neste momento há apenas uma esperança para este participante, de que receberá seu benefício nos termos pactuados. Em outras palavras: desde o ingresso no plano e durante toda a execução do contrato, o participante terá uma expectativa de direito que, como vimos, é uma situação intermédia – nem tão desprotegida quanto a mera previsão legal, nem tão resguardada como o direito adquirido.

A partir do momento em que preencher qualquer dos requisitos para elegibilidade a um benefício, tal como invalidez ou aposentadoria, pode-se afirmar que surge efetivamente um direito adquirido, ou seja, os fatos de sua vida se integraram ao mundo jurídico, representado pelas normas do Regulamento, pela legislação específica ou os normativos infralegais, razão pela qual ele se considera protegido.

E não poderia ser diferente: afinal, aquele participante fez, em dado momento, uma opção em sua vida: aderir a um plano previdenciário privado. Cumpriu com as condições que lhe foram estabelecidas, de modo que é imperioso conferir-lhe, em homenagem à sua própria dignidade, a prerrogativa de traçar planos para o futuro, especialmente após a ina-

34 OP. Cit, pp.89 e90.

tivação almejada, como destaca Valmir Pontes Filho³⁵.

Sobre este assunto, Fernando Nunes Simões e Manoel Moacir da Costa Macedo³⁶ lecionam que a lei previdenciária que respeita o direito adquirido é aquela que preserva o equilíbrio do plano, é moralmente sustentável e previdenciariamente legítima. Se um segmento da sociedade põe em risco o equilíbrio do regime porque recebe valores muito acima do normal, ainda que legais, tais valores serão ilegítimos do ponto de vista da coletividade e deverão ser revistos, adequando-se ao aludido equilíbrio.

A previsão do direito adquirido não constava da Lei nº 6.435/77, mas veio estampada no §1º do art. 68 da LC 109/01:

“Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.”

É relevante frisar que fica a critério do participante o momento de exercer este direito, o qual não se perderá com o passar do tempo.

O mesmo sentido contém o disposto no parágrafo único do art. 17 da mesma LC 109/01, que assegura ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção a algum benefício, a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível ao benefício.

O caput deste artigo trata da possibilidade de alterações nos Regulamentos, que se aplicam a todos os participantes (desde que aprovadas pelo órgão fiscalizador), mas o legislador resguardou o direito fundamental adquirido pelo participante que já se tornou elegível a um benefício, como não poderia ser diferente.

3.5-DIREITO ACUMULADO

O direito acumulado pode ser considerado uma peculiaridade trazida pela LC 109.

Definido no parágrafo único do art. 15, *“o direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável.”*

Não se trata de um conceito propriamente jurídico, como esclarece Wagner Balera³⁷: *“a expressão ‘direito acumulado’ não é juridicamente aceitável. Esse direito refere-se às reservas ou valores acumulados e não propriamente a um direito, mesmo porque o termo direito, é sintática, semântica e pragmaticamente impreciso, não forma nenhum liame significativa com a palavra “acumulado”. O direito não é acumulável, haja vista que não é coisa.”*

Cuida-se de uma forma de aquisição progressiva de direito, a qual é feita gradativamente, já que a aquisição de direitos nem sempre é instantânea.

Neste ponto, percebe-se uma distinção entre a previdência pública e a complementar, já que, naquela, o direito só se incorpora ao patrimônio individual quando o segurado implementa todas as condições exigidas para o benefício e nesta, desde a adesão ao plano, cria-se um direito incorporável ao patrimônio jurídico do participante, mês a mês, a cada novo aporte.

A consequência prática da existência deste direito acumulado é que, por se tratar de

35 Op. Cit, p. 61.

36 O Direito Acumulado dos Participantes dos Fundos de Pensão. Goiânia: Scala Gráfica e Editora, 2006

37 Comentários à Lei de Previdência Privada. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 114.

direito em aquisição, os valores acumulados pelo participante são apurados nos exatos termos das regras vigentes à época da respectiva acumulação. Ocorrendo mudança legislativa ou regulamentar, os valores acumulados a partir da mudança passarão a ser regidos pelas novas regras.

A menção ao direito acumulado aparece algumas vezes, de maneira esparsa, na LC 109/01, tal como no art. 14, II:

“Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador: (...)”

II - portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano; (...)”

Referido artigo foi regulamentado no âmbito infralegal pela Resolução CGPC n° 6/03, que definiu:

“Art. 15. O direito acumulado pelo participante no plano de benefícios originário, para fins de portabilidade corresponde:

I - nos planos instituídos até 29 de maio de 2001, ao valor previsto no regulamento para o caso de desligamento do plano de benefícios, conforme nota técnica atuarial, observado como mínimo o valor equivalente ao resgate, na forma definida no Capítulo III desta Resolução;

II - nos planos instituídos a partir de 30 de maio de 2001:

a) em plano cuja modelagem de acumulação do recurso garantidor do benefício pleno programado seja de benefício definido, às reservas constituídas pelo participante ou reserva matemática, o que lhe for mais favorável, na forma regulamentada e conforme nota técnica atuarial do plano de benefícios, assegurado no mínimo o valor do resgate nos termos desta Resolução;

b) em plano cuja modelagem de acumulação do recurso garantidor do benefício pleno programado seja de contribuição definida, à reserva matemática constituída com base nas contribuições do participante e

do patrocinador ou empregador.

§ 1º Em plano que, na fase de acumulação do recurso garantidor do benefício pleno programado, combine alternativamente características das alíneas “a” e “b” do inciso II deste artigo, a reserva matemática corresponderá ao maior valor que resultar da aplicação das regras previstas nas alíneas “a” e “b”.

§ 2º Em plano que, na fase de acumulação do recurso garantidor do benefício pleno programado, combine cumulativamente características das alíneas “a” e “b” do inciso II deste artigo, a reserva matemática corresponderá à soma dos valores resultantes da aplicação isolada das regras previstas nas alíneas “a” e “b”.

§ 3º Para fins de aplicação da alínea “a”, do inciso II deste artigo, entende-se por reserva constituída pelo participante o valor acumulado das contribuições vertidas por ele

ao plano, destinadas ao financiamento do benefício pleno programado, de acordo com o plano de custeio, ajustado conforme o regulamento do plano de benefícios.

§ 4º O regulamento do plano de benefícios poderá prever outros critérios para apuração do direito acumulado pelo participante que resultem em valor superior ao previsto neste artigo, sempre respeitando as especificidades do plano de benefícios.

§ 5º Os critérios e a metodologia de apuração do direito acumulado pelo participante, para fins de portabilidade, considerando eventuais insuficiências de cobertura do plano de benefícios, deverão constar do regulamento e da nota técnica atuarial do plano de benefícios.”

Observa-se que a regra acima transcrita estabelece dois momentos distintos para definição do direito acumulado: antes da LC 109/01, e depois da sua vigência, já que a legislação anterior não previa a portabilidade.

A norma distingue, ainda, com relação aos planos posteriores à LC 109, a modelagem de acumulação entre “benefício definido” e “contribuição definida”. Constata-se, daí, a preocupação do órgão regulador em respeitar as características de cada plano, atribuindo-lhes diferentes repercussões consoante a estruturação técnico-atuarial de cada um.

Outra menção ao aludido direito acumulado está presente no caput do art. 17 o qual menciona, ao se referir às modificações no regulamento, que deverá ser observado o direito acumulado de cada participante.

Tal dispositivo reflete a preocupação do legislador com a progressividade da aquisição dos direitos a que anteriormente nos referimos, o que significa que os cálculos referentes aos valores acumulados pelos participantes durante a vigência de determinada norma – seja ela jurídica ou regulamentar – obedecerão às regras vigentes à época de sua acumulação.

Do exposto, extrai-se que o direito acumulado reveste-se de caráter pecuniário e está diretamente relacionado com as condições contratuais incorporáveis à reserva matemática acumulada.

Se as regras para concessão dos benefícios não incorporam o patrimônio jurídico do participante, o mesmo não há de se dizer dos aportes. As primeiras podem ser modificadas, mas o valor acumulado não pode ser lesado.

Não é demais repetir, por fim, que o direito acumulado não equivale à expectativa de direito, nem tampouco se confunde com o direito adquirido. Trata-se, contudo, de uma espécie de proteção conferida pelo legislador aos participantes, no sentido de proporcionar alguma estabilidade com relação aos cálculos das reservas, atrelando-as ao tempo que regeu o ato de sua acumulação.

3.6-ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Com o propósito de justificar, do ponto de vista prático, a relevância deste capítulo, destaca-se algumas decisões jurisprudenciais que versam sobre os conceitos e sobre os temas a respeito dos quais aqui nos debruçamos.

Em alguns casos, observa-se que os participantes pleiteiam direitos que efetivamente podem ser reconhecidos como direitos adquiridos, eis que já tinham preenchido as condições que lhes foram estabelecidas para terem direito a um benefício. Vejamos:

A respeito da violação do direito adquirido, já se manifestou a jurisprudência:

“Assim, em que pese toda a argumentação dos réus no sentido de que não houve prejuízo aos participantes das novas regras implantadas na Portaria n° MPS/SPPC/DETEC n° 2.846, a mesma não merece prosperar, uma vez que as aludidas inovações foram aplicadas com caráter pretérito, violando o direito adquirido daqueles participantes que haviam ingressado no plano de previdência anteriormente a 31 de maio de 2009.” (TJ-SP, Apelação n° 0025971-82.2009.8.26.0224)

CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. DIREITO ADQUIRIDO. PREFERÊNCIA. Tem direito adquirido a participar, com preferência, do rateio realizado pela entidade de previdência privada em liquidação extrajudicial, aquele que, nas peculiaridades da espécie, implementou todas as condições necessárias para perceber a aposentadoria antecipada proporcional, embora não tivesse desfrutando do benefício. Recurso conhecido e provido. (STJ, Recurso Especial n° 1996/0025543-1)

PREVIDÊNCIA PRIVADA. PREVI. Ação de obrigação de fazer c/c cobrança. Pretensão de restabelecimento de anterior índice de reajuste dos benefícios previdenciários. Modificação do regulamento que atrelou o reajuste dos benefícios ao INPC afastando o IGP-DI. Impossibilidade de aplicação do novo índice aos que já recebem o complemento de previdência privada. Direito adquirido. Violação da segurança jurídica. Inteligência dos arts. 201, §4º (anterior §2º) da CF, 3º par. ún. da LC n° 108/01, 17 parágrafo único e 68 §1º da LC n° 109/01. Precedentes do TJRJ. Manutenção da sentença. Desprovimento do recurso. (TJ-RJ, Apelação n° 0111794-09.2009.8.19.0001)

Em outros, participantes tentam pleitear o status de direito adquirido a meras previsões legais ou regulamentares, ou a simples expectativas de direito, o que, como vimos, não é legítimo:

Ação Declaratória c.c. cobrança. Complementação de aposentadoria. Petrobrás. Manual de aposentadoria que nunca foi implementado. Expectativa de direito. Enunciado 332 do TST. Normas de caráter programático. Ausência de direito adquirido. Apelação improvida. (TJ- SP, Apelação n° 0114462-97.2005.8.26.0000)

Previdência Privada – Fundação CESP - Suplementação de aposentadoria - Pretendido reajuste em maio de 1.996 com base no IPQ1BGE Inadmissibilidade - índice extinto pela lei 8.880/94 - Inexistência de direito adquirido - Sentença de improcedência mantida - Recurso improvido. (TJ-SP, Apelação n°9088417-05.2002.8.26.0000)

PREVIDÊNCIA PRIVADA. Contrato de rescisão ajustado com o PREVI-BANERJ. Pretensão de ver declarada a nulidade e condenação ao pagamento do suplemento. Ausência de direito adquirido à fruição da suplementação quando ainda não cumpridos os requisitos para obter a aposentadoria. Precedentes. Desprovimento.1. A admissão data de 1982, vindo o afastamento com a restituição dos valores vertidos para o plano em 2003, certo que a presente só foi ajuizada em 2010. 2. Apelante que à época da assinatura do termo de quitação, ainda não contava com tempo suficiente para aposentadoria, vindo a se aposentar pelo INSS apenas em 2010. 3. Não se pode falar em aquisição do direito à fruição da suplementação quando ainda não cumpridos os requisitos para obter a aposentadoria. 4. Precedentes deste Órgão. 5. Apelo improvido. (TJ-RJ, Apelação n° 47970-50.2010.8.19.0001)

3.7-CONCLUSÕES

Ao longo deste capítulo, pretendeu-se destacar a importância de se encontrar um ponto de equilíbrio entre a segurança jurídica e a dinâmica renovação dos padrões normativos de conduta, frequentes em relações de longa duração, tais como a da previdência privada.

Aproveitando o pensamento de Elival da Silva Ramos³⁸ *“o ponto de equilíbrio entre o impulso renovador e as necessidades impostas pela segurança jurídica parece residir, efetivamente, na adequada compreensão da categoria do direito adquirido, que, de um lado, não se pode converter em obstáculo inamovível à transformação jurídico-social e, de outro, não pode ter a sua aplicação restringida aos domínios das normas dispositivas e dos interesses predominantemente privados, de índole econômica, já que as ameaças mais agudas à segurança jurídica individual provêm das mudanças impostas pelas chamadas leis de ordem pública, aí abrangida a novação constitucional.”*

As modificações realizadas neste context, devem sempre procurar harmonizar os interesses coletivos com os privados, nunca deixando de levar em consideração o direito adquirido e acumulado por cada participante. Especialmente por ser a previdência complementar submetida à intervenção estatal, pela sua função social, e pela relevância do papel que desempenha.

Por fim, vale fazer uma breve reflexão: embora não detenha a expectativa de direito o status de direito adquirido e, portanto, ficando de certa forma desprotegida, mais uma vez é preciso chamar a atenção para o fato de que estamos tratando de tema impregnado de caráter social – a previdência privada.

Sendo assim, mesmo que não se constitua direito adquirido, é evidente que algumas mudanças ocorridas durante a execução de um contrato afetam diretamente as pessoas a ele vinculadas.

Não se pode desprezar os efeitos que uma retirada de patrocínio ou a migração de um plano de benefício definido para um de contribuição definida podem impactar, ainda que subjetivamente, para cada indivíduo.

Mas também é preciso analisá-las com cautela: situações como as que mencionamos acima, ainda que tenham impacto emocional ou causem alguma desilusão, devem ser calçadas no sentido de justiça e equilíbrio, aplicável a todas as partes envolvidas na relação.

Não se pode constranger a patrocinadora a permanecer vinculada a um plano, quando sua situação econômica não o permite, por exemplo. Também não se pode deixar de alertar os participantes a respeito dos riscos de um plano de benefícios definido, sob a alegação de frustração de uma expectativa de direito.

É preciso balizar os entendimentos de cada uma das partes, que não podem ser compelidas a se relacionar nas mesmas condições ad eternum. A certeza que deve permanecer, seja qual for o rumo que uma relação possa tomar, é de que os participantes terão seus direitos preservados – seja os adquiridos, seja os acumulados – e as partes deverão dialogar para chegar à melhor alternativa, tendo sendo em vista o objetivo maior da relação previdenciária, que é a proteção do indivíduo.

38 Op. Cit, p. 270 e 271.

4- SOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM VERSUS JUDICIALIZAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS

4.1-OS CONFLITOS COMO ELEMENTOS INERENTES À CONDIÇÃO HUMANA

Dois fatores antagônicos permeiam a existência humana: a existência de conflitos, e a frequente busca pela paz social – um verdadeiro desafio. Desde já, é importante sublinhar que não há de se cogitar da eliminação dos conflitos. Sua existência é inerente à condição humana, pois, para sobreviver, precisamos nos adaptar às mudanças do meio em que vivemos. Tal adaptação ocorre através da nossa própria evolução e dos conflitos que são superados ao longo de nossa vida.

O conflito pode ser entendido, de acordo com a doutrina³⁹, em três dimensões: (i) no plano objetivo como um incidente relacionado com a escassez dos bens ou a imposição de encargos; (ii) no plano comportamental, como uma contraposição de condutas entre dois sujeitos e (iii) no plano anímico ou motivacional, como o reflexo de percepções diferentes a respeito do modo como tratar um problema.

Embora a palavra “conflito” traga, por si só, uma carga negativa, não representa, necessariamente, um mal. Quando bem administrado pelas partes, pode fortalecer a relação entre elas já que, por meio de um diálogo eficaz, não só é possível resolvê-los, como também prevenir problemas futuros.

Um conflito bem gerido pode libertar uma relação de mal-entendidos e ressentimentos, proporcionando às partes a possibilidade de conhecer melhor a si mesma e à outra. Logo, um conflito bem trabalhado pode significar importante meio de conhecimento, amadurecimento e, conseqüentemente, aproximação.

Como aponta Tania Almeida⁴⁰: *“a tendência mundial de privilegiar a atitude preventiva e a celeridade na solução de desacordos contribui para que ratifiquemos como negativa e indesejável a experiência da resolução de divergências por meio da litigância. Em seu lugar, o diálogo ganha importância na composição de diferenças. O lugar de destaque dos diálogos somente pode advir depois que o homem precisou abandonar a idéia de certeza e necessitou tornar tênues as fronteiras entre as culturas. Ele não pode mais abrir mão de soluções e ações corporativas, sob pena de ameaçar a própria sobrevivência.”* (n.g.)

Portanto, neste trabalho partiremos da concepção moderna de conflito, assim entendido como um processo inerente à condição humana, mas com o enfoque de um problema que pode ser resolvido, trazendo oportunidades e incentivando mudanças.

39 Antonio Rodrigues de Freitas Jr. Mediação em relações de trabalho no Brasil. In CASELLA, Paulo Borba e SOUZA, Luciane Moessa de, Mediação de conflitos – Novo paradigma de acesso a justiça. Belo Horizonte, 2009. P. 187.

40 ALMEIDA, Tania. Século XXI: A mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias. Resultado – Revista de Mediação e Arbitragem Empresarial, v. 2, n. 18, p. 9-11. Apud Luciane Moessa de Souza, in CASELLA, Paulo Borba e SOUZA, Luciane Moessa de (org). Mediação de conflitos – Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 69.

4.2-O PAPEL DO ESTADO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Estado detém importante papel na solução dos conflitos. É seu poder-dever apreciar e julgar as causas que lhe são submetidas, pois *“tais conflitos de interesse configuram situações de desequilíbrio nas relações intersubjetivas existentes na sociedade, representada por violação a lei ou a contrato, ou pretensa violação, ou ainda, ameaça a direitos. A persistência desses desequilíbrios, espécie de patologia social, cria situação de grande insegurança na vida dos membros da sociedade, inclusive sob o aspecto econômico, razão pela qual é consensual e pacífica a noção de que estes devem ser solucionados”*.⁴¹ (n.g.)

Assim, a jurisdição constitui uma das mais relevantes atividades do Estado, sendo desempenhada preponderantemente pelo Poder Judiciário, sendo admitido, contudo, o seu exercício pelo Poder Legislativo e Executivo, em situações extraordinárias.

No entanto, assim como ocorre em outros Estados modernos, o Poder Legislativo conferiu também aos particulares o poder de julgar, em determinadas situações e acerca de algumas matérias. Assim, coexistem em nosso ordenamento jurídico dois mecanismos de solução de conflitos: estatal (desempenhado pelo Poder Judiciário) e particular (representado pela arbitragem).

4.3-DEFICIÊNCIAS DO PODER JUDICIÁRIO

Em que pese a atuação brilhante de alguns juízes no desempenho de suas funções, não se pode fechar os olhos para algumas deficiências do Poder Judiciário para lidar com alguns dos conflitos que lhe são submetidos.

Isso pode ser justificado por diversos fatores. Em primeiro lugar, merece destaque o grande número de ações ajuizadas anualmente.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça⁴² (CNJ), só no ano de 2009 foram instaurados na Justiça Estadual brasileira mais de dezoito milhões de processos. Naquele ano existiam mais de cinquenta milhões de processos aguardando decisões.

Responsáveis por este número assustador de processos temos no Brasil cerca de seis magistrados para cada cem mil habitantes, número este considerado abaixo da média, quando comparado a outros países. De acordo com o Relatório European Judicial Systems⁴³, em, 2008 a Espanha possuía 10,1 magistrados por cem mil habitantes, a Itália possuía onze, a França 11, 9 e Portugal possuía 17,4 magistrados.

Está, assim, numericamente comprovado o congestionamento do Poder Judiciário brasileiro.

Como consequência, não é de surpreender a morosidade com que são julgados os casos que lhe são submetidos. Em 2009, a taxa de congestionamento da Justiça Estadual brasileira foi de 80%, o que significa que de cada cem processos instaurados por ano, apenas 20 são finalizados.

Seguindo este panorama caótico, também não é de se espantar que os julgamentos acabem sendo realizados em série, como uma espécie de “linha de montagem”, sem que haja,

41 José Cretella Neto, Curso de Arbitragem, Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 21.

42 Site do Conselho Nacional de Justiça, www.cnj.jus.br, acessado em julho de 2011.

43 Mencionado no site do CNJ, p. 110.

muitas vezes, o cuidado necessário com as peculiaridades de cada caso.

Deve-se destacar, ainda, o fato de existir número muito expressivo de matérias de alta complexidade, que envolvem atividades consideradas recentes em nosso mercado, a respeito das quais se exige conhecimento técnico peculiar. Embora sejam os juízes submetidos a rígido exame de admissão, é humanamente impossível que conheçam as particularidades de cada uma das operações que lhes são submetidas.

Não tendo tempo sequer para dar conta de suas atribuições corriqueiras, e com o número de processos que se avoluma a cada dia, torna-se um desafio para esta classe manter sua produtividade aliada a um programa constante de atualização e aprimoramento acerca de novos temas.

Ademais, há matérias de caráter tão específico que apenas um profissional que efetivamente opere naquela área tem condições de compreendê-la.

Como alguém que nunca trabalhou em um asset poderia, por exemplo, compreender a complexidade de uma operação com derivativos, contratos de hedge e swap? Ou, sem ter atuado na área de seguros, como conhecer as especificidades de um seguro de D&O, ou de E&O?

O mesmo se diga com relação à previdência privada. É razoável exigir dos nobres juízes, atolados de serviço, que conheçam detalhadamente os processos de portabilidade, retirada de patrocínio, as diferenças entre o regime regressivo e progressivo de tributação ou as cláusulas de vesting? A própria nomenclatura específica da área já é, por si só, um entrave.

Somado a tudo isso – como se já não fosse bastante –, outra crítica que pode ser feita é a burocracia e o formalismo exagerados que permeiam o Judiciário.

Sintetizando tudo que foi exposto, são bem adequadas as palavras de Castelar Pinheiro⁴⁴: *“no que se refere ao caso brasileiro, é consensual que as deficiências do Judiciário decorrem de causas profundamente arraigadas (...) os problemas decorrentes dessa matriz histórica são acentuados pela instabilidade do arcabouço jurídico do país, pelo arcaísmo e formalismo excessivo dos códigos de processo e pela má formação de boa parte da magistratura e de todos aqueles que, mais amplamente, se poderia designar como “operadores do direito” (...) a lentidão e o caráter pesadamente burocrático e formalista de seu funcionamento teriam hoje a permanência praticamente de um traço cultural, com baixa probabilidade de mudança com base em fatores endógenos. Uma conseqüência da aceitação quase fatalista desse alegado traço cultural pelos magistrados e operadores do Direito seria o excessivo recurso a argumentos processuais, em detrimento de decisões substantivas sobre o mérito das questões – tendência esta que reforça a descrença de grande parte da sociedade quanto a resolver seus conflitos pela via judicial.” (n.g.)*

Ou seja, estamos diante de um problema de grande complexidade e relevância: o acesso à justiça, assim entendido como o acesso a um processo e a uma decisão justas, em tempo razoável, acaba por ser violado em nosso país.

Além de o cidadão ter de suportar os elevados custos de um processo judicial, lidar com a burocracia que o acompanha e com toda a morosidade para o seu julgamento, ao término do processo muitas vezes não se obtém a justiça pretendida, seja porque o julgamento foi equívocado quanto ao mérito, seja porque com o decorrer do tempo a situação modificou-se de tal modo que já não faz mais sentido o efeito útil da ação. Entrar com uma ação judi-

44 Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados, p. 5. Apud. Luciane Moessa de Souza, op. Cit, p. 61.

cial, assim, acabou se tornando um jogo de paciência e sorte, o que, definitivamente, não se coaduna com a noção de justiça, tal como definida em um Estado de Direito.

Na esfera da previdência privada o assunto é ainda mais grave, pois estamos tratando do desempenho de uma atividade impregnada de caráter social.

Um participante em fase de receber seu benefício, seja pela aposentadoria, seja por invalidez, que pleiteie algum direito relacionado com seu plano de benefícios, poderá ficar sujeito à espera, por décadas, de uma decisão. Em alguns casos, participantes acabam por falecer sem ter conseguido exercer seu direito em vida.

Se, por um lado, é de se louvar todo o avanço pelo qual a previdência privada passou nas últimas décadas, por outro, demonstra-se imprescindível que sejam oferecidos meios eficientes para que os indivíduos possam ter acesso à verdadeira justiça.

4.4-PRINCIPAIS EQUÍVOCOS COMETIDOS PELOS MAGISTRADOS EM MATÉRIA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

Ilustraremos neste tópico algumas decisões jurisprudenciais equivocadas, que demonstram a necessidade de especialização do julgador em matéria de previdência privada.

A jurisprudência em matéria de previdência privada não é assaz rica – possivelmente pelo fato de legislação ser relativamente jovem e, conseqüentemente, de ainda não ter havido tempo para grandes reflexões sobre o assunto.

Das decisões jurisprudenciais em matérias de fundos de pensão, são dois os temas de maior relevância: (i) aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e (ii) condenação no pagamento de expurgos inflacionários.

Para que não nos distanciemos do tema objeto deste capítulo, ainda que a matéria seja de suma importância, restringiremo-nos apenas a breves comentários a respeito de cada um.

A respeito da aplicação do CDC, a doutrina é uníssona⁴⁵ ao afirmar que não há cabimento no que tange às entidades fechadas, já que, pela sua natureza, não se configura relação de consumo.

Contudo, a jurisprudência não é unânime e o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da Súmula nº 321, estabeleceu que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes” não distinguindo, assim, as entidades fechadas das abertas.

Trata-se de enorme equívoco, pois as reservas dos planos das EFPCs, como vimos, são totalmente comprometidas com as obrigações estabelecidas em Regulamento. Eventual decisão que determine interpretação mais benéfica em favor de um participante, sem que o

45 “pelas características específicas da associatividade, atuação efetiva do participante, ausência de finalidade lucrativa, grupo restrito de beneficiários, etc – não pode tal atividade ser comparada com aquelas prestadas em âmbito no mercado, seguindo a lógica da perseguição do lucro, em que a atividade empresarial em busca da remuneração do capital pode ser proporcional ao risco envolvido na iniciativa.” (MESSINA, Roberto Eiras. Da não submissão da atividade de prestação de serviços assistências de saúde das Entidades Fechadas de Previdência Complementar ao Código de Defesa do Consumidor. In Revista do 22º Congresso dos Fundos de Pensão – ABRAPP. Espírito Santo: 2001. PP. 174-184.)

“o Código de Defesa do Consumidor está intimamente vinculado à comercialização de produtos e serviços, ao seu fornecimento e à sua distribuição no mercado de consumo com finalidade lucrativa, o que definitivamente não ocorre com as entidades fechadas.” (CASSA, Ivy. Op. Cit, p. 240.)

“O Código de Defesa do Consumidor tem suas peculiaridades no tratamento legal entre consumidor e fornecedor de produtos e serviços na cadeia econômica. Tal legislação não se coaduna com as especificidades próprias do ordenamento jurídico específico aplicável às entidades fechadas de previdência complementar, voltado para o equilíbrio dos planos de custeio dos planos de benefícios, calcados em rígidas bases atuariais e considerando a sua adequada operacionalização.” (AVENA, Lygia. As entidades fechadas e o Código de Defesa do Consumidor in REIS, Adacir, Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais, 2ª Ed. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2009. P. 81)

respectivo valor tenha previsão nas regras regulamentares teria um só efeito: desequilibrar o plano previdenciário, prejudicando, por consequência, toda a massa de participantes em detrimento de uma única pessoa.

Sobre a questão dos expurgos inflacionários, a Súmula do STJ n° 289 consolidou o entendimento de que *“a restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”*.

Tal entendimento, assim como ocorre no exemplo acima, afronta a natureza dos planos das entidades fechadas.

Como bem descreve Paulo Ferreira da Costa Júnior⁴⁶, *“a superveniência do citado enunciado aumentou a aflição dos participantes que permanecem vinculados aos planos de benefícios e que estão a arcar com o enriquecimento ilícito dos ex-participantes.”*

Isso porque o plano de custeio dos planos das EFPCs é fundado em cálculos financeiros e atuariais, nos termos exatos previstos no respectivo Regulamento. Quando o Poder Judiciário determina o absurdo desembolso, por parte dos planos, de quantias elevadas sem a correspondente fonte de custeio, é inevitável o desequilíbrio dos mesmos, cujos principais atingidos são os próprios participantes, assistidos e beneficiários.

Estes dois exemplos aqui relatados ilustram alguns deslizos cometidos pelo Poder Judiciário, e sinalizam para a necessidade de utilização de pessoal técnico especializado para apreciar questões previdenciárias privadas, sob pena de se causarem graves prejuízos ao sistema.

4.5-MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTOS DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Um dos fatores essenciais para que uma nação possa se desenvolver economicamente é a existência de meios eficientes para a solução de seus conflitos.

Luciane Moessa de Souza⁴⁷, sobre este tema, traça interessante correlação entre desenvolvimento institucional e atividade econômica. Citando Richard Messick⁴⁸, menciona que os projetos do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) relacionados à reforma do sistema judiciário dos países, geralmente estão focados em quatro objetivos gerais:

- a) *Garantir a independência do Poder Judiciário, assegurando que as decisões sejam devidamente isoladas de influências impróprias;*
- b) *Acelerar a tramitação dos processos;*
- c) *Aumentar o acesso a mecanismos alternativos de solução de litígios; e*
- d) *Investir em treinamento dos magistrados e demais operadores jurídicos. (n.g.)*

Segundo a autora, uma economia de alta performance se caracterizaria por um número significativo de contratos de longo prazo, os quais, para que tenham segurança, dependem

46 Os expurgos inflacionários e as EFPC. In *Gestão de Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos*. São Paulo: ABRAPP, 2006. P. 94

47 Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In CASELLA, Paulo Borba e SOUZA, Luciane Moessa de, *Mediação de conflitos – Novo paradigma de acesso a justiça*. Belo Horizonte, 2009. P. 52.

48 Judicial reform and economic development: a survey of the issues. *The World Bank Research Observer*. V. 14, n. 1, PP. 118-119.

de sistemas jurídicos eficientes.

O acesso à justiça, assim, não significa apenas a mera possibilidade, em abstrato, de reclamar pela violação de um direito, mas a certeza de que a apreciação deste direito será realizada de forma ágil, justa e satisfatória.

Em nosso país, pode-se afirmar que, culturalmente, a solução dos conflitos quase sempre remeteu para a via contenciosa, apesar de todas as deficiências acima apontadas, não se notando ainda grande investimento na formação e treinamento de profissionais para a utilização de outros métodos alternativos.

Neste contexto, merecem ser estudados, aplicados e desenvolvidos os meios alternativos de solução de conflitos, como instrumentos que podem impactar favoravelmente tanto na eficiência de tempo para a prestação jurisdicional, quanto na qualidade da resolução do conflito.

Passaremos, a seguir, a discorrer brevemente sobre cada um destes meios: a conciliação, a mediação e a arbitragem.

4.6-CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Pelo fato de terem características semelhantes, optamos por iniciar tratando da conciliação e da mediação no mesmo tópico para, a seguir, diferenciá-las.

Ambas são mecanismos que contêm a construção de acordos, permitindo a solução de conflitos por meio de composição amigável entre as partes, não submetendo o julgamento da questão a um terceiro.

São consideradas meios singelos e eficazes de solução pacífica de conflitos, que podem ou não ser prestados no próprio Judiciário.

De maneira bastante sucinta, podemos compará-las utilizando a definição de Tania Almeida⁴⁹: *“tanto a mediação quanto a conciliação têm por objetivo auxiliar pessoas a construir consenso sobre uma determinada desavença. A conciliação tem nos acordos o seu objetivo maior e, por vezes, único. A mediação não tem na construção de acordos a sua vocação maior e, de maneira alguma, seu único objetivo. (...) privilegia a desconstrução do conflito e a conseqüente restauração da convivência pacífica entre pessoas.”* (n.g.)

E continua a mesma autora⁵⁰: *a mediação propõe uma mudança paradigmática no contexto da resolução de conflitos: sentar-se à mesa de negociações para trabalhar arduamente no atendimento das demandas de todos os envolvidos no desacordo. Na conciliação, as partes sentam-se à mesa em busca, exclusivamente, do atendimento de suas demandas pessoais.* (n.g.)

Das lições acima transcritas, é possível depreender os principais traços característicos de cada meio: na conciliação, a busca pela defesa dos interesses pessoais, e o papel do conciliador como sujeito ativo que propõe um acordo. É um modelo paternalista, baseado na ideia de que um terceiro, com maior conhecimento ou poder, encarrega-se de solucionar as desavenças entre aqueles que não conseguiram fazê-lo por conta própria.

Na mediação, por sua vez, a busca é pela desconstrução do conflito, visando atender os interesses de todos os envolvidos. O papel do mediador também é diferente: ele não deve

49 Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In CASELLA, Paulo Borba e Souza, Luciane Moessa (org.). Mediação de conflitos – Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 94.

50 Op. Cit, p. 95.

oferecer sugestões ou propostas de acordo. Sua atuação consiste na arte de perguntar, com o objetivo de gerar informações para as partes, as quais, elas próprias, serão as autoras das soluções.

4.6.1- CONCILIAÇÃO

A conciliação está prevista no Código de Processo Civil brasileiro, nos artigos 447 a 449:

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

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

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

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

Está prevista também na Lei de Arbitragem nacional, no art. 21, parágrafo 4º:

“Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. (...)

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

Caracteriza-se, pois, de maneira bastante sucinta, como um mecanismo em que, por meio de um esforço das partes para a resolução de controvérsias e a utilização do auxílio de um conciliador, busca-se chegar a um entendimento comum.

Kazuo Watanabe⁵¹ reconhece, contudo, certo preconceito por parte dos juízes com relação à utilização da conciliação: *“o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação é a formação de nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Ou seja, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. o que se privilegia é a solução pelo critério do ‘certo ou errado’, do ‘preto ou branco’, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso.”*

O ilustre professor entende que haveria uma falsa percepção, por parte dos juízes, no sentido de que a função de conciliar seria menos nobre que a de sentenciar, o que justificaria alguma “falta de entusiasmo” pela utilização deste meio.

Verifica-se, deste modo, que não restam dúvidas com relação à importância da conciliação

51 Cultura da sentença e cultura da pacificação. In Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. YARSHELL, Luiz Flávio e MORAES, Maurício Zanoide de (coord). São Paulo: DPJ, 2005. P. 685.

como meio de solução de conflitos, mas o desafio para sua larga utilização diz respeito a uma quebra de paradigmas – a substituição da cultura da sentença pela cultura da pacificação⁵².

4.6.2- MEDIAÇÃO

A mediação, embora praticada, não possui previsão legal. Contudo, existe um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, que prevê a regulamentação deste procedimento.

Nos termos do referido projeto, é definida como *“a atividade técnica exercida por terceira pessoa que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e as orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.”*

Consiste em um mecanismo construtivo e participativo, pelo qual as partes, motivadas por um mediador, são convidadas a resolver sua disputa, estabelecendo um relacionamento cooperativo. Por meio dela, são exploradas estratégias que permitem prevenir futuras controvérsias e educam as partes para melhor compreensão recíproca, empatia e fortalecimento da relação social.

Fazendo uso das palavras de Luciane Moessa de Souza⁵³, *“o objetivo é restaurar a comunicação entre as partes, a fim de que estas percebam por si mesmas qual é a melhor solução para ambas. Trata-se, portanto, de um procedimento que, ao mesmo tempo em que resolve o litígio, restaura o relacionamento entre as partes e as educa para a resolução autônoma de seus litígios, sendo, portanto, bastante democrático e fortalecedor da cidadania.”*

Ou seja, a mediação não é uma decisão imposta por um terceiro; ela é atingida pelas partes, de forma consensual, tendo cada uma delas a oportunidade de expor seus interesses e descobrir um caminho que atenda seus objetivos.

Destacamos neste procedimento o papel do mediador, que ao invés de propor um acordo ou oferecer uma solução para o conflito, ajuda as partes a restabelecer a comunicação.

4.7- ARBITRAGEM

Instituída em nosso país por meio da lei nº 9.307/96, a arbitragem diferencia-se dos dois meios de solução de conflitos apresentados no tópico anterior porque aqui as partes convenionam submeter seus litígios ao julgamento de um particular escolhido livremente por elas.

Embora esteja a conciliação prevista na lei da arbitragem como procedimento preliminar, a função primordial do árbitro é atuar de maneira semelhante à de um juiz, de forma neutra, imparcial, intervindo no conflito com o objetivo de resolvê-lo de maneira definitiva, seja com base no direito, seja na equidade.

Este árbitro, geralmente um especialista, decide por meio de uma sentença arbitral, a qual tem força de sentença judicial transitada em julgado e é título executivo judicial

Assim, a arbitragem, de acordo com a definição de Carlos Alberto Carmona⁵⁴ é o: *“meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção*

52 Adotando as expressões utilizadas pelo Prof. Kazuo Watanabe, op. Cit.

53 Op. Cit. P. 67.

54 Arbitragem e processo – um comentário à Lei n. 9.307/96, 2ª Ed. P. 51, apud Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Doze anos da lei de arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes. P. 15 e 16.

estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis acerca dos quais os litigantes possam dispor.” (n.g.)

Sublinhamos este último aspecto: somente poderá ser utilizada em conflitos referentes a direitos patrimoniais e disponíveis, assim entendidos como aqueles interesses não quantificáveis em dinheiro, a respeito dos quais as partes tenham a liberdade de transigir.

Utilizando a definição do mesmo doutrinador,⁵⁵, *“diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim disponere, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.”*

Portanto, de maneira geral, pode-se afirmar que não são disponíveis as questões relacionadas ao direito de família (tais como o pátrio poder, casamento, alimentos, filiação), direito das sucessões, coisas fora do comércio, obrigações naturais e as relativas ao direito penal, dentre outras.

São características deste meio de solução de conflitos: (i) especialização do árbitro; (ii) celeridade; (iii) irrecorribilidade; (iv) maior informalidade e (v) sigilo (em regra geral).

Existem dois tipos de arbitragem: institucional, quando as partes escolhem um órgão institucional que irá estabelecer as regras do julgamento do litígio, e ad hoc, quando não há previsão ou referência a instituição ou regulamento institucional.

Um ponto importante a se destacar é o fato de que a arbitragem não pode ser imposta. Assim, nos contratos de adesão, caso se pretenda utilizar desse meio de solução de controvérsias, o aderente deverá manifestar sua intenção por escrito, em documento anexo ou em destaque no próprio corpo do contrato, com assinatura ou visto especialmente para referida cláusula.

Embora a arbitragem venha apresentando crescimento considerado expressivo nos últimos anos, o número ainda é ínfimo quando comparado ao de processos submetidos ao Poder Judiciário.

Isso poderia ser explicado por certo preconceito e alguns dogmas que constituem barreiras à sua compreensão e à aceitação de novos paradigmas, além de serem poucos os juristas que realmente manifestam interesse pelo tema.

Sobre este aspecto, concluímos com a lição do mestre Miguel Reale⁵⁶: *“tudo indica, por conseguinte, que será sinal de maturidade jurídica a crescente utilização da arbitragem para solução dos conflitos de direitos e interesses patrimoniais disponíveis, sem continuarmos a nos perseverar em querer resolver a Crise da Justiça lançando mão apenas de reformas de ordem legislativa estatal, sobretudo quando dependam de alterações no plano constitucional. A meu ver, a arbitragem vem abrir novo e amplo campo de ação nessa matéria, permitindo que a própria sociedade civil venha trazer preciosa contribuição, valendo-se da alteração verificada na experiência jurídica contemporânea no tocante às fontes do Direi-*

55 Op. Cit, p. 56.

56 Crise da justiça e arbitragem. In WALD, Arnaldo (coord.) Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n° 5, abr/jun 2005, p. 13 apud FRANCO, Mariulza, Nova Cultura do litígio: necessária mudança de postura in LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista, Arbitragem – estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

to, enriquecidas pelo crescente exercício do chamado poder negocial, em complemento à lei, às decisões judiciais e às normas constitucionais.”

4.8-PROPOSTA DE MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM MATÉRIA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

Como explanado nos tópicos anteriores, embora os meios alternativos de solução de conflitos já existam há algum tempo, ainda são pouco utilizados em nosso país.

No Brasil, apesar de todas as limitações do Poder Judiciário que acima foram referidas, a população ainda é receosa com relação a tais mecanismos, seja por desconfiança, seja por acreditar que outros meios seriam mais dispendiosos, seja por mero desconhecimento de existência dos mesmos.

Em matéria de previdência privada, as demandas são frequentemente levadas ao Judiciário, havendo quase nenhuma experiência a se relatar a respeito dos mencionados meios alternativos – abrindo-se, assim, um espaço importante a ser conquistado nesta seara.

Com a criação da PREVIC, em 2009, grandes mudanças atingiram as EFPCs. Especificamente com relação à solução de conflitos, a lei nº 12.154, em seu art. 2º, inciso VIII, estabeleceu dentre as competências do novo órgão, a de *“promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, bem como dirimir os litígios que lhe forem submetidos na forma da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.”*

Seguindo esta lógica, considerando (i) o papel do Estado no sentido de promover a solução pacífica das controvérsias, e que cabe à PREVIC estimular toda forma de solução consensual de conflitos; (ii) que as partes podem optar, de forma autônoma, pela via judicial ou arbitral para a resolução de eventual controvérsia e (iii) que a PREVIC possui competência legal (nos termos da legislação acima mencionada) para funcionar como instituição arbitral, ao lado dos árbitros e instituições arbitrais já existentes ou que venham a ser constituídas, foi publicada, após submissão a audiência pública, a Instrução Normativa nº 7/2010, que instalou a Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Previc – CMCA.

É claro que antes da criação desta instituição já havia a possibilidade, dentro de nosso ordenamento, da utilização de outros meios de acesso à justiça que não o Judiciário. Mas foi apenas com a recém-chegada da autarquia que o assunto veio à baila, despertando a atenção do setor, como se novidade fosse.

A respeito da CMCA, que funciona no modelo institucional, é imperioso destacar, desde já, que a Câmara não detém o monopólio da atuação na resolução de conflitos, apresentando-se, apenas, como mais uma alternativa ao Judiciário, e sem prejuízo da atividade de outras Câmaras privadas, que existam ou que venham a ser criadas.

A recém-criada instituição esmerou-se na escolha de pessoal altamente especializado para compor seus quadros, destacando para o exercício das funções o próprio Procurador-Chefe (na qualidade de presidente), os servidores em exercício na Secretaria Executiva da Comissão para atuarem como conciliadores, os advogados públicos em exercício na Procuradoria Federal para serem árbitros e os servidores da Diretoria da PREVIC para auxiliarem, como árbitros.

Procurou-se, assim, garantir um diferencial, pois tais agentes têm contato diário com as questões que permeiam a previdência privada, podendo muito agregar na solução das

controvérsias, proporcionando segurança e credibilidade aos usuários da nova Câmara.

A atuação da CMCA restringe-se às relações estabelecidas entre entidades fechadas e participantes, assistidos, patrocinadores e instituidores, incluindo a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de fundos de pensão.

O normativo, amparado pelo inciso VIII do art. 2º da lei nº 12.154/09, excluiu de sua competência os litígios com relação a prestação de serviços, relações trabalhistas e também aquelas controvérsias que versem sobre fatos que sejam objeto de processo administrativo sancionador ou de licenciamento no âmbito da PREVIC.

Também foram excluídos da competência da Câmara os conflitos que versem sobre fatos que sejam objeto de processo administrativo sancionador ou de processo de licenciamento no âmbito da Previc.

Com relação à matéria submetida à arbitragem, a CMCA obedeceu aos limites já impostos pela legislação em vigor: os direitos que a ela poderão ser submetidos são apenas os patrimoniais e disponíveis. Havendo controvérsias a respeito de outros direitos, as mesmas deverão ser submetidas ao Poder Judiciário.

Estariam, portanto, afastados da arbitragem os direitos relacionados com a governança, eleições no âmbito da EFPC, fiscalização, dentre outros, já que, além de não serem passíveis de avaliação pecuniária, também não são disponíveis.

Por outro lado, poderiam ser objeto de arbitragem por serem considerados direitos patrimoniais disponíveis: questões relacionadas à adesão ao plano, à perda da qualidade de participante, opção pela portabilidade, resgate, benefício proporcional diferido ou autopatrocínio, concessão de benefícios, cobrança de contribuições, e outras de mesma natureza.

Ainda a respeito da matéria arbitral, vale fazer uma breve comparação com a experiência norte-americana⁵⁷: a regulamentação americana sobre fundos de pensão – Employee Retirement Income Security Act (ERISA) –, de 1974, estabelece a obrigatoriedade da utilização da arbitragem para algumas matérias:

“Any dispute between an employer and a plan sponsor of a multiemployer plan concerning a determination made under Sections 4201 through 4219 shall be resolved through arbitration, conducted in accordance with fair and equitable procedures to be promulgated by the [Pension Benefit Guaranty] Corporation.”

As matérias a que se refere o artigo dizem respeito basicamente a retiradas de recursos dos planos e a aspectos atuariais:

- The determination of whether a withdrawal--complete or partial--has occurred;
- The amount of the employer's withdrawal liability;
- The schedule of withdrawal liability payments; and

The reasonableness of actuarial assumptions in the aggregate, or whether a significant error was made in applying the actuarial assumptions or methods.

Ou seja, comparando os dois modelos, verifica-se que o legislador brasileiro preservou

57 As informações foram extraídas do site da American Arbitration Association (AAA), que desenvolveu modelo de arbitragem juntamente com a International Foundation of Employee Benefit Plans (IFEBCP), a maior instituição educacional sem fins lucrativos servindo o mercado de fundos de pensão americano.

o direito do participante de optar pela arbitragem, sempre que se tratar de litígio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, ao contrário do norte-americano, que obrigatoriamente submeteu algumas matérias à utilização compulsória da arbitragem.

A regulamentação específica brasileira não dispôs a respeito da forma como o participante deve optar pela utilização dos meios alternativos. Sendo assim, deve ser aplicados o mesmo raciocínio utilizado para os demais contratos. Em se tratando de contrato por adesão, o participante deverá manifestar-se explicitamente a respeito do interesse pela utilização de tais meios, não sendo permitido impor-lhes qualquer método.

Sobre este aspecto, a legislação norte-americana estabelece um modelo de cláusula padrão, a ser inserida nos Regulamentos dos planos, para que a arbitragem possa ser instaurada, nos seguintes termos:

“We, the undersigned parties, hereby agree to submit to arbitration under the Multiemployer Pension Plan Arbitration Rules for Withdrawal Liability Disputes of the American Arbitration Association the following controversy”.

Uma diferença importante da atividade da CMCA com relação a outras instituições diz respeito ao sigilo. Pelo fato de ser a atividade da CMCA privada, mas desempenhada por um ente público, não se aplicam as regras ordinariamente aproveitam os meios alternativos. Caso as partes entendam necessária a decretação de sigilo⁵⁸, deverão comprovar tal situação, hipótese em que, caso deferida, a realização da conciliação, mediação ou arbitragem será realizada de portas fechadas.

A atividade exercida pela CMCA pressupõe a cobrança de uma tarifa, a qual não se confunde com a TAFIC (Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar), já que esta última decorre da atividade da PREVIC enquanto poder de polícia, a qual definitivamente não se confunde com a conciliação, mediação e arbitragem.

O mesmo ocorre na legislação norte-americana: *“As a nonprofit organization, the AAA shall prescribe an Administrative Fee Schedule, a Refund Schedule and a Schedule of Other Service Charges to compensate it for the cost of providing administrative services. The schedule in effect at the time of filing, refunding or service shall be applicable.”*

Por fim, destacamos os princípios que regem os meios alternativos oferecidos pela CMCA: igualdade entre as partes, da imparcialidade dos integrantes, da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, privilegiando, sempre que possível, a busca de uma solução consensual, princípios estes que são padrão, não só do modelo brasileiro, norte-americano, mas dos meios de solução de conflitos em geral.

4.9-CONCLUSÕES

Ao longo da exposição, evidenciou-se a crise pela qual vem passando o Judiciário, que abarca desde os altos custos envolvidos no processos, a morosidade no seu julgamento, a burocracia e, sobretudo, a falta de especialização dos juízes, o que vem tornando o acesso à justiça cheio de obstáculos.

De outro lado, vimos os meios alternativos (inclusive a CMCA) acenando como possibilidade mais simples, mais céleres, construtivas e especializadas de solução de conflitos.

⁵⁸ A fim de resguardar a vida privada, honra ou imagem das pessoas envolvidas, ou para proteção da sociedade ou do Estado, ou quando a divulgação prévia da controvérsia ou de documentos que instruírem os autos puderem acarretar relevante repercussão econômica, política, social ou de qualquer outra natureza.

Paradoxalmente, constatou-se que, não obstante todas as vantagens apresentadas, sua utilização ainda é muito baixa, o que desperta atenção.

Diante deste cenário, resta-nos a esperança de que este primeiro passo pado pela PREVIC, demonstrando sua disposição em auxiliar na solução de controvérsias, sirva como um convite aos participantes do sistema previdenciário privado, no sentido de procurarem outras formas para resolver seus litígios, seja por meio da utilização da CMCA, seja por outra câmara ou até por outros meios informais.

Com o diálogo e a desconstrução dos conflitos, será possível atender prontamente aos anseios dos participantes, evitando decisões equivocadas, que levem ao desequilíbrio do sistema.

A conciliação, mediação e arbitragem, assim, devem ser vistos não como modismo ou falácia, mas como procedimentos que *“se inserem perfeitamente no estágio atual de desenvolvimento da sociedade, contribuindo, em pequena escala, com a Paz Social, eliminando, de forma célere, a tensão que no processo judicial se mantém por longo tempo. Contribui, também, com a evolução do Direito, pela possibilidade de buscar-se e revelar-se a melhor solução no Direito vivo, distanciando-se das regras estratificadas do Direito posto.”*⁵⁹

Não se pretende, por óbvio, eliminar a atuação do Poder Judicial, mas sim estimular a difusão do conhecimento a respeito da conciliação, mediação e arbitragem em matéria de previdência privada, para que possam coexistir institucionalmente com aquele, proporcionando o melhor que se possa esperar em termos da verdadeira justiça.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE OS TRÊS TEMAS

Diante de todo o exposto, é dispensável cansar o leitor com a repetição daquilo que já se sintetizou ao final de cada um dos capítulos.

Constatado que a previdência privada, por ser impregnada de forte caráter social, haja vista que seus benefícios se assemelham aos da previdência pública, presta relevantíssimo serviço à sociedade, cabe apenas, de modo global – e aqui, amarrando todos os temas objeto deste trabalho, concluir com um alerta:

O fato de ser assemelhada à previdência social, em absoluto submete a previdência privada às regras daquela. No campo privado, não se cogita da justiça social ou da repartição de riquezas, que são aplicáveis no âmbito público.

Assim, deve ser afastado qualquer entendimento, seja dos participantes, assistidos, beneficiários, juízes ou quaisquer outras pessoas, que pressuponha paternalismo das entidades com relação às pessoas a elas relacionadas.

Qualquer atribuição de direito que não seja legítima, e não tenha respaldo na legislação ou no regulamento do plano, ao privilegiar um indivíduo, ameaça toda a coletividade vinculada àquele plano ou entidade.

Fazendo uso da linguagem popular, quando se paga a um participante ou beneficiário mais recursos do que ele teria direito, é como fazer cortesia com o chapéu alheio – no caso, os recursos de todos os participantes que tiveram de arcar com aquele ônus.

Fica, assim, a esperança de que nosso sistema previdenciário privado, tão jovem na sua legislação, mas que já se afigura como um gigante nos recursos acumulados, possa amadu-

59 Mariulza Franco, Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura. Op. Cit, p.113..

recer do ponto de vista conceitual nos próximos anos, por meio do estímulo à pesquisa e difusão do conhecimento.

Contribuirá também para a prosperidade deste setor a utilização de meios alternativos de solução de conflitos, os quais possibilitarão melhores condições de acesso da população à justiça e maior credibilidade no sistema.

O desenvolvimento do setor, conseqüentemente, funcionará como um atrativo, fomentando a poupança interna e desonerando o sistema público – participantes, beneficiários, assistidos, empresas patrocinadoras, instituidores, o Poder Público e a população como um todo serão beneficiados.

6- BIBLIOGRAFIA

AVENA, Lygia. As entidades fechadas e o Código de Defesa do Consumidor in REIS, Adacir, Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais, 2ª Ed. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2009.

BALERA, Wagner. Comentários à Lei de Previdência Privada. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CALERO, F. Sánchez, RODRÍGUEZ, L. de Angulo, DOMINGUEZ, J. Duque, SUÁREZ, F. J. Tirado, SÁNCHEZ, M. Vérguez, FERNÁNDEZ-HONTORIA, J. Aguilar, SÁNCHEZ, L. F. Castresana, GARCÍA, F. Mansilla, Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones, 2ª edición. Madrid: Editorial Española de Seguros.

CASELLA, Paulo Borba e SOUZA, Luciane Moessa de (org). Mediação de conflitos – Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CASSA, Ivy. Contrato de Previdência Privada. São Paulo: MP, 2009.

CAZETTA. Luis Carlos. Regime Jurídico das Entidades Fechadas. Rio Grande do Sul: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de Direito da Seguridade Social. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Judith Martins e REALE JÚNIOR, Miguel. Parecer sobre solidariedade em plano de previdência, disponível no site do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS), acessado em julho de 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo Ferreira da Os expurgos inflacionários e as EFPC. In Gestão de Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos. São Paulo: ABRAPP, 2006.

CRETELLA NETO, José. Curso de Arbitragem, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A liquidação extrajudicial de entidade fechada de previdência complementar. In Revista Forense, v. 360. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRANCO, Mariulza, Nova Cultura do litígio: necessária mudança de postura in LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista, Arbitragem – estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAS JR. Antonio Rodrigues de. Mediação em relações de trabalho no Brasil.

In CASELLA, Paulo Borba e SOUZA, Luciane Moessa de, *Mediação de conflitos – Novo paradigma de acesso a justiça*. Belo Horizonte, 2009.

GARCIA, Rafael la Casa. *Monografías Jurídicas – Los Fondos de Pensiones*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

HERMIDA, Alberto J. Tapia. *Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*. 2ª Ed. Barcelona: Cálamo, P. 303.

LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista, *Arbitragem – estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares*, In *Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Direito Adquirido na Previdência Social*. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito adquirido e reforma previdenciária* in *Revista de Previdência Social*, ano 23, n. 222, p. 453-457. São Paulo, maio 1999.

_____, *Direito da Seguridade Social*. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Messick, Richard. *Judicial reform and economic development: a survey of the issues*. *The World Bank Research Observer*. V. 14, n. 1.

MESSINA, Roberto Eiras. *Da não submissão da atividade de prestação de serviços assistências de saúde das Entidades Fechadas de Previdência Complementar ao Código de Defesa do Consumidor*. In *Revista do 22º Congresso dos Fundos de Pensão – ABRAPP*. Espírito Santo: 2001.

_____. *Independência patrimonial dos planos de benefícios*. In *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. 2ª Ed. São Paulo: ABRAPP, ICSS, SINDAPP, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, V.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966, v. 1.

PONTES FILHO, Valmir. *Direito Adquirido ao Regime de Aposentadoria – O princípio da segurança das relações jurídicas, o direito adquirido e a expectativa de direito*. In *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 38. São Paulo: Malheiros, 2002.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência Privada – filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica*. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

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

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. *Crise da justiça e arbitragem*. In WALD, Arnaldo (coord.) *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, nº 5, abr/jun 2005, p. 13

REIS, Adacir (Org.) *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*, 2ª Ed. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2009.

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. Previdência Privada – Lei da Previdência Complementar Comentada. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2004.

SIMÕES, Fernando Nunes e MACEDO, Manoel Moacir Costa. O Direito Acumulado dos Participantes dos Fundos de Pensão. Goiânia: Scala Gráfica e Editora, 2006.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In CASELLA, Paulo Borba e SOUZA, Luciane Moessa de, Mediação de conflitos – Novo paradigma de acesso a justiça. Belo Horizonte, 2009.

TÔRRES, Maurício Corrêa Sette e BECHARA FILHO, Ivan Jorge. Independência patrimonial dos planos de previdência complementar. Disponível no site do Ministério da Previdência e Assistência Social, www.mpas.gov.br, acessado em julho de 2011.

YARSHELL, Luiz Flávio e MORAES, Maurício Zanoide de (coord). São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. YARSHELL, Luiz Flávio e MORAES, Maurício Zanoide de (coord). São Paulo: DPJ, 2005.

Sites consultados:

American Arbitration Association (AAA): www.adr.org

Conselho Nacional de Justiça: www.cnj.jus.br

Instituto Brasileiro de Direito do Seguro: www.ibds.com.br

Ministério da Previdência e Assistência Social: www.mpas.gov.br

Superior Tribunal de Justiça: www.stj.jus.br

Tribunal de Justiça de São Paulo: www.tjsp.jus.br

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: www.tj.rj.jus.br