PREVIDÊNCIA PRIVADA E DIREITO ADQUIRIDO

CAIO TÁCITO

1. Instituições de previdência privada: abertas e fechadas. 2. Autorização administrativa: conceito. 3. Fundações de previdência privada. 4. Sistema de previdência privada. 5. Direito adquirido no plano de benefícios. 6. Eficácia de ato regulamentar.

I

Criadas, em sua origem, como pessoas jurídicas regidas pela lei civil, em sua maioria sob a forma fundacional, as instituições de previdência privada passaram, com o advento da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, a depender de autorização do Governo Federal.

A ação do Poder Público — como esclarece o art. 3º da lei — tem como objetivo, a par da proteção dos interesses dos participantes e da garantia da segurança econômico-financeira da atividade autorizada, coordenar a ação da previdência privada com a política de desenvolvimento social e econômico da União. Em razão dessa característica, a mesma lei estabelece competência de órgãos da Administração Federal no tocante às duas modalidades previstas de entidades de previdência privada:

— as entidades abertas adquirem categoria equivalente às entidades de seguro privado e sobre elas opera o órgão normativo do Sistema Nacional de Seguros Privados (arts. 8º a 10);

— as entidades fechadas consideram-se complementares do sistema oficial de previdência social e se inserem na órbita de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social, atualmente Ministério do Trabalho e da Previdência Social (arts. 34 e 35).

A vinculação assim fixada, em termos de autorização e de supervisão, não importa, porém, em que as entidades de previdência privada se tenham convertido em *pessoas administrativas*, isto é, em órgãos públicos descentralizados.

Tal como em outras atividades privadas sobre as quais opera, por força de lei, a ação de controle do Estado, no caso de previdência privada a exigência de prévia autorização e a ação normativa secundária da autoridade administrativa caracterizam o exercício do poder de polícia, mediante o qual o Poder Público disciplina a atividade privada na esfera em que coincide com a virtualidade do interesse público.

A autorização administrativa a que a lei condiciona o funcionamento da pessoa jurídica privada apenas liberta direito ou liberdade de que é titular.

O ato administrativo, no caso, habilita à prática de um direito anterior sujeito a controle preventivo. Não gera direito novo, antes possibilita a eficácia de direito preexistente que a lei condicionou ao poder de polícia administrativa, em atenção a interesses coletivos respeitáveis.

Francisco Campos apontou que, na hipótese, existe o pressuposto da presença de uma atividade que, em princípio, "é livre no sentido de que é igualmente acessível a todos os indivíduos e uma vez satisfeitas as exigências a que está subordinada a sua concessão, a liberdade de indústria ou comércio continua o seu curso, que o poder de polícia detivera até então mediante condições estabelecidas para todos, com igualdade e sem discriminação" (Direito Administrativo — vol. II, 1958, p. 170/171).

No direito italiano, "l'autorizzazione opera una remozione di limiti all' esercizio di un diritto già proprio del soggetto al quale essa é direta. Il diritto è cioè già esistente, pieno e completo nelle sue varie facoltà; e soltanto, per uno scopo di prevenzione, l'ordinamento ne subordina la facoltà di esercizio alla condizione del permesso della autorità publica" (Franchini — Le autorizzazione amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati — 1957 — p. 9).

Acentua o mesmo autor que a autorização constitui o compromisso feliz entre a liberdade e a autoridade, caracterizando-se como ato que reintegra o estado de liberdade, possibilitando que o direito do indivíduo produza seus naturais efeitos (op. cit., p. 13 e 25, nota 48).

Na doutrina alemã prospera a fórmula criada por Otto Mayer (Derecho Administrativo Alemán — trad. argentina — 1950 — tomo II, p. 59 e segs.) e acolhida pela doutrina tedesca (Fleiner, Walter Jellink, Huber) de que o poder de polícia equivale a uma interdição sob reserva de permissão (Verbot mit Erlaubnisvonbehalt).

Lembra Otto Mayer que a autorização ou permissão tem um efeito desinibitório, fazendo circular o direito até então obstado, que passa a fluir com o ato administrativo liberatório. No dizer de Fleiner, a pessoa tem direito subjetivo à autorização, nos termos da lei (Principes généraux de Droit Administratif Allemand — 1933 — p. 248/249).

Na Itália, o tema tem sido largamente tratado, desde o clássico estudo de Ranelletti (Teoria delle autorizzazioni e concessioni amministrativi — Parte I — Concetto e natura — 1894).

A autorização — ensina Aldo Sandulli — consiste, essencialmente, em "rimovere un limite all'esercizio di un potere" (Il procedimento amministrativo — 1959 — p. 67, nota 16) ou, como adverte Renato Alessi, "conferisce simplicemente al privato la giuridica potestà di esercizio di un diritto del quale per l'addietro il privato stesso era già titolare, rimovendo gli ostacoli e i limite giuridici posta della legge all'esercizio del diritto stesso in defetto di autorizzazione" (Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano — 1953 — p. 290).

Para Vignocchi, "l'autorizzazione é un atto autonomo, una manifestazione giuridica di voluntà con funzione non costitutiva di un diritto nuovo, ma consistente in una rimozione di limiti all'esercizio di un diritto preesistente" (Gustavo Vignocchi — La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa — 1944 — p. 13).

O particular é, em suma, legítimo e prévio titular de um direito, mas não dispõe da faculdade de exercê-lo, até que seja autorizado. A autorização vitaliza o direito que a precede, tornando plena e íntegra a eficácia do direito pré-constituído.

A autorização atribui a uma situação determinada "la necessaria base juridica para producir los efectos pretendidos" (Fernando Albi — Tratado de los modos de gestion de las Corporaciones Locales — Madri — 1960 — p. 673).

O efeito liberatório da autorização que torna operantes os poderes virtuais do direito individual o consolida, permitindo o regular exercício da atividade autorizada.

A permissão do exercício da atividade privada e, mais ainda, sua complementaridade em relação à atividade estatal correspondem à figura de entes de colaboração que objetivamente aditam a ação da Administração Pública, sem que, no entanto, subjetivamente, se convertam em pessoas paraestatais.

As fundações de previdência privada continuam a ser, em suma, pessoas jurídicas de direito privado que se não confundem com os órgãos da Administração Pública indireta, nada obstante o caráter complementar que assumem em referência ao sistema da previdência social, oferecida pela União.

A atual Constituição reconhece a existência do sistema de previdência privada distinto e autônomo em confronto com previdência social de caráter estatal.

Assim o § 8º do art. 201 veda a subvenção em auxílio do Poder Público "às entidades de previdência privada com fins lucrativos".

E ao fazê-lo está, de forma implícita, porém inequívoca, a dizer que as entidades de previdência privada estão fora do sistema público de previdência ou assistência social.

A regulamentação instituída em benefício de interesse público relevante é — repita-se — forma típica do poder de polícia, a que se subordinam as atividades privadas que a lei distingue como de utilidade pública em sentido lato.

A limitação que deste modo se impõe ao livre exercício da liberdade de associação não inibe a que, nos lindes traçados pela lei, possa a iniciativa privada se organizar segundo sua própria conveniência.

A competência administrativa que sobre ela recai não tem a latitude que é própria da organização dos serviços públicos.

A liberdade que é peculiar à pessoa privada exige, como restrição, norma legal expressa que a condicione à intervenção da autoridade administrativa como das normas por esta emitidas. Ao Poder Público não é válido aplicar limitações outras que não tenham como fonte direta lei material e formal que permita o condicionamento da atividade privada.

II

A Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, complementada pela Lei nº 6.462, de 9 de novembro de 1977, traçou diretrizes para o sistema de previdência privada, reconhecendo-lhe caráter complementar à previdência social prestada pelo Estado.

A liberdade em princípio assegurada às entidades de previdência privada para a estruturação de seus planos de benefícios — como pessoas privadas aptas a contratar com os que delas participem — está unicamente limitada na medida em que o legislador preestabeleça princípios e critérios a serem por elas observados.

Cumpridos tais ditames obrigatórios *de lege*, a liberdade de auto-organização faculta àquelas entidades pactuar com os participantes os direitos e deveres que a conveniência de seus próprios serviços recomendar.

O poder de polícia que incide sobre a atividade privada autorizada a funcionar tem como expressão de seu alcance a norma de lei limitativa do direito individual, dentro de cujo âmbito pode operar.

A ordem jurídica se estrutura em princípios fundamentais da igualdade perante a lei e da liberdade de agir, salvo obrigação imposta em lei, que, na Constituição atual se inscrevem no *caput* e no item II do art. 5º, em continuidade à tradição do regime democrático.

A regra da isonomia repele tanto na lei como no procedimento administrativo a conduta discriminatória entre situações jurídicas idênticas.

E o princípio da reserva legal não tolera restrição de direito a não ser pela via do ato legislativo.

Em função desses princípios cardiais se qualifica a garantia de imutabilidade de ato jurídico perfeito e do respeito ao direito adquirido (art. 5º, nº XXXVI), igualmente de nossa tradição jurídica, a importar na regra de irretroatividade da lei nova em face de situações jurídicas pré-constituídas.

Quando, portanto, a Constituição vigente faculta à União fiscalizar operações de previdência privada (art. 21, nº VII) ou inclui no objeto de lei complementar sobre o sistema financeiro nacional a autorização e funcionamento dos estabelecimentos de previdência (art. 192, nº II) a edição de leis com esse fundamento ou a recepção do direito anterior, assim como o exercício de competência que delas decorre, terão obrigatoriamente como parâmetro as referidas garantias básicas do sistema constitucional.

Qualquer limitação de direito à liberdade individual de agir — que é elementar no Estado democrático de Direito — somente a lei material e formal pode validamente impor. Este o sentido precípuo do princípio da reserva legal.

De outra parte, os atos constitutivos de direito e as relações jurídicas legitimamente consolidadas não podem ser atingidos em sua continuidade, como em sua eficácia, pela superveniência de lei nova restritiva de direito.

III

À luz desses princípios inafastáveis deve ser interpretada a Lei nº 6.435 e a que a alterou, Lei nº 6.462, ambas de 1977.

Até a vigência desses diplomas legais, as entidades de previdência privada livremente podiam oferecer, em seus estatutos e regulamentos internos, a modalidade de prestação de benefícios a serem atribuídos aos que aderissem à sua proposta.

Aceita a oferta, consolidavam-se situações jurídicas impositivas de recíprocos direitos e deveres, nascidos do consenso que se aperfeiçoara com apoio na liberdade de contratar.

O advento da Lei nº 6.435/77 (com vigência a partir de 1º de janeiro de 1978, *ex vi* do art. 4º da Lei nº 6.462) encontrou, assim, situações de direito geradoras de direitos, cuja eficácia no tempo dependia apenas de situações de fato de ocorrência futura.

O direito adquirido a prestações de benefícios, tal como reguladas nos estatutos e regulamentos internos — à luz dos quais se formalizava a inscrição dos participantes — não podia ser atingido por lei nova e somente a vontade das partes poderia alterá-lo.

Conseqüentemente, a limitação sobrevinda com o § 5º do art. 42 da Lei nº 6.435 — como a nova redação atribuída aos §§ 5º e 6º do mesmo preceito pela Lei nº 6.462 — não pertinia aos participantes já inscritos nas entidades fechadas de previdência privada.

O art. 2º da Lei nº 6.462 em parte reconheceu a ultratividade do direito pré-constituído, restringindo-a, porém, aos que já tivessem "preenchido os requisitos necessários ao gozo do benefício, cujo direito poderá ser exercido a qualquer tempo" (§ 10 acrescido ao art. 42 da Lei nº 6.435).

Para os demais, implantou critério misto: no cálculo do benefício seria reconhecida a eficácia do plano anterior em proporção do tempo decorrido, a ser completado, na data da concessão, com observância do limite instituído na lei nova.

Aparentemente equânime, a distinção feita ofende, no entanto, a essência do direito adquirido a um *status* determinado pela adesão à oferta de um plano de benefício certo e específico.

Não cabe confundir a aquisição do direito ao benefício, que, à vista do Regulamento da entidade, operava imediatamente pela inscrição, consolidada pela continuidade das contribuições dos participantes, com a eficácia futura do direito, uma vez ocorridos os pressupostos de fato da obrigação de fazer assumida pela entidade de previdência privada.

A inscrição dos participantes era, em suma, ato jurídico perfeito e acabado, inalterável pela lei nova incapacitada de limitar o direito adquirido à realização de seus efeitos.

Temos, assim, como demonstrado que todos os participantes inscritos na instituição consulente antes de 1º de janeiro de 1978, e quites em suas contribuições, não estão alcançados pelo teto imposto no art. 42 da Lei nº 6.435 (com a redação da Lei nº 6.462), regendo-se o cálculo da complementação pelo ato interno contemporâneo à formação do vínculo.

IV

Não se conteve na legislação referida a fixação de valores máximos às prestações da previdência privada.

Sob invocação do poder regulamentar, foram baixados sucessivos decretos executivos limitando direitos à fruição das complementações aos benefícios da previdência social.

A título de regulamentar a Lei nº 6.435, com respeito às entidades fechadas de previdência privada, o Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, em seu art. 31, estabeleceu normas a serem observadas na elaboração de planos de benefício, estipulando limites para a respectiva concessão.

Para a complementação a ser paga em aditamento ao benefício da previdência social, estipulou-se que o auxílio-doença não excederia à média das remunerações percebidas pelos participantes nos 12 últimos meses (no que se manteve fiel ao critério adotado no § 5º do art. 42 da Lei nº 6.435 para renda vitalícia).

Contudo, para as aposentadorias por tempo de serviço, criou direito novo. A complementação (a que chamou de remuneração) não poderia ser superior a 3 vezes o teto estabelecido para as contribuições à previdência social (art. 31, nº IV).

Outro ato regulamentar — Decreto nº 87.091, de 12 de abril de 1982 — ampliou a limitação a todo o regime de benefícios da previdência privada, determinando que o salário de participação nos benefícios das entidades fechadas de previdência privada "não poderá ultrapassar o equivalente a 3 (três) vezes o maior valor-teto do salário de benefício de previdência social" (art. 2º). E o limite aplicar-se-ia automaticamente, inclusive nas instituições já autorizadas a funcionar, obrigadas à imediata revisão de seus planos de benefício e custeio (art. 3º).

Esta última norma impositiva veio a ser revogada expressamente pelo art. 2º do Decreto nº 93.239, de 8 de setembro de 1986, que, ademais, introduziu, na redação do citado art. 2º do Decreto nº 87.091, de 1982, a regra de sua incidência tão-somente sobre as instituições fechadas de previdência privada "que tenham como patrocinadoras empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pela União".

Com a última dessas disposições, quebrava-se a igualdade de tratamento entre as entidades fechadas de previdência privada, discriminando-se em favor das que tivessem como patrocinadoras empresas privadas.

E com a adoção de novo valor-teto para os benefícios a serem auferidos não somente se modificava o critério da lei então vigente (fundado no limite de complementação até a média dos 12 últimos meses de salário de atividade) como se inovava o regime legal, limitando, por via regulamentar, os direitos dos participantes.

V

O regulamento é, na hierarquia das normas, fonte secundária de direito, submissa à supremacia da lei que visa a executar, assim como esta deve respeito ao preceito constitucional, que lhe é superior.

Deve o regulamento, conforme a lição de Clóvis Bevilacqua, "desenvolver-se dentro do círculo traçado pelo pensamento expresso na lei" (*Teoria Geral de Direito Civil* — 4ª edição — 1972 — p. 13).

O regulamento opera *secundum legem*, dando execução à lei ou a esta complementando, desde que não a contrarie em sua letra ou seu espírito, respeitoso da finalidade que dela emana.

O poder regulamentar transita dentro das fronteiras da lei que visa a desenvolver e executar.

Como ensina Hermes Lima em obra de excelência didática, contemporânea do curso jurídico que então iniciávamos, "o poder regulamentar tem a sua esfera, o seu alcance predeterminado na lei. Assim, o governo não pode regulamentar relações novas, estranhas à lei que se está executando" (Hermes Lima, *Introdução à Ciência do Direito*, 2ª edição, 1934, p. 118; 5ª edição, 1949, p. 87).

Na lição clássica de Pimenta Bueno, "o Poder Executivo tem por atribuição executar, e não fazer a lei, nem de maneira alguma alterá-la", pelo que "cometeria grave abuso" na hipótese de "ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações, porquanto a faculdade lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei... para obedecer ao legislador, e não para sobrepor-se a ele" (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, 1857, 1ª parte, p. 237).

Celso Antonio Bandeira de Mello lembra que "é questão pacífica que os regulamentos executivos — únicos existentes no Direito brasileiro — nada podem dispor *contra legem, praeter legem, ultra legem* ou *extra legem*, mas tão-somente *intra legem*" (Regulamento e princípio da legalidade *in Revista de Direito Público*, nº 96, outubro-dezembro 1990, p. 45).

E, em abono da assertiva, traz à colação vozes autorizadas.

Assim, Pontes de Miranda:

"Sempre que no regulamento se inscreve o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é *nulo* por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou imbutir no sistema" (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1/69*, 2ª edição, p. 316/317).

Ou Seabra Fagundes:

"Não lhe cabe (ao regulamento) alterar situação jurídica anterior, mas apenas pormenorizar as condições de modificação originária doutro ato (lei). Se o fizer, exorbitará, significando uma invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso" (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª edição, p. 24, nota 2).

Carlos Maximiliano pondera que "é possível distinguir a lei do regulamento, desde o momento em que se note que a lei tem por objeto declarar

o direito, ao passo que o regulamento tem por objeto desenvolvê-lo e adaptá-lo à sua aplicação. Por isso, a atribuição de direitos ou a imposição de obrigações à generalidade dos cidadãos é objeto de exclusiva competência da lei."

E, louvado na invocada lição de Pimenta Bueno, repete que "o seu dever é cumprir, e não fazer a lei" (*Comentários à Constituição Brasileira,* 5ª edição, 1954, p. 227/229).

VI

Diante das considerações acima expostas, não prospera, na linha da legalidade, a imposição do limite constante do ato regulamentar em apreço.

As entidades fechadas de previdência privada e os participantes que a elas se associam firmam uma relação contratual, constituída mediante a adesão desses últimos aos planos de benefício oferecidos por aquelas, nos termos de seus estatutos e regulamentos internos.

Criada legitimamente a relação contratual, a superveniência da lei que submeta a atividade à autorização e controle do poder de polícia do Estado, não altera o vínculo obrigacional constituído, fruto de ato jurídico perfeito e geratriz de direito subjetivo do participante.

A lei nova obriga *ad futurum* e, a partir de sua vigência, novas situações jurídicas que se constituam atenderão aos princípios inaugurados, aos quais devem as entidades de previdência privada afeiçoar seus atos internos.

Desta forma, como antes assinalado, aos participantes inscritos antes de 1º de janeiro de 1978 não se aplica a limitação imposta no § 5º da Lei nº 6.435/77.

A norma legal em causa, que integra o novo regime de autorização administrativa a que ficou adstrita a atividade privada, alcança e obriga aos participantes que ingressaram na entidade de previdência privada a partir do início de vigência da lei que a instituiu.

Diversamente do que assim ocorreu, em função da obrigatoriedade da lei, a nova regra de limitação editada em ato regulamentar não tem força vinculativa sobre as situações jurídicas constituídas entre a entidade e os participantes de seus planos de benefício.

Como exposto, o regulamento não opera no sentido de limitar direito formado pela vontade das partes dentro do território fixado na lei.

A restrição do valor das complementações devidas aos participantes dos contratos de seguridade privada é impotente e a imposição que se lhes pretende impor constitui abuso do poder regulamentar.

Certamente, a liberdade de que gozam as entidades de previdência privada não as impede, como não as impedia, de acolher, em seus regulamentos internos, norma que fixasse um valor-teto para as complementações a serem auferidas pelos beneficiários de seu sistema especial de seguro social.

Mas, a assim ter ocorrido, a aplicação desse limite incorporado às normas internas da entidade, apenas se verificará *ex nunc*, ou seja, para novas relações jurídicas que se venham a constituir, mantida a validade e eficácia dos direitos anteriormente constituídos.