

PARECER

I — INTRODUÇÃO

1. Consulta-nos a PRECE — Previdência Complementar sobre aspectos da decretação de *intervenção* em entidade fechada de previdência privada.

1.2. Em atenção à solicitação formulada, passamos a proceder à análise dos tópicos que cremos relevantes sobre a matéria.

II — A LIBERDADE ASSOCIATIVA E O PRINCÍPIO DA NÃO-INTERFERÊNCIA ESTATAL

2. Se à dignidade da *peessoa física* são ínsitos o *direito à vida* e aquele à liberdade, também tem a *peessoa jurídica*, do *setor privado*, *direito à existência* e à *não-interferência estatal*.

2.1. Nesta linha, garante a *Constituição Federal*, em seu art. 5º, incisos XVII, XVIII e XIX, que

“*é plena a liberdade de associação para fins lícitos*”, e que

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

bem como, ainda, que

“*as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades*

suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”.

3. Induvidosamente, a vigente *Carta Magna Nacional* foi muito mais incisiva, abrangente e profunda, na matéria, do que *as anteriores*.

3.1. Com efeito, os *textos constitucionais precedentes* cifravam-se na *liberdade de associação* e na *garantia de dissolução apenas judicial*.

3.2. Assim, temos o seguinte quadro:

“1) 1. CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL, omissa. II. CONSTITUIÇÃO DE 1891, art. 72, § 8º (antes, sob o § 27): “A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente” III. CONSTITUIÇÃO DE 1934, art. 113, 12): ‘É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária’. IV. CONSTITUIÇÃO DE 1937, art. 122, 9: ‘A liberdade de associação, desde que os fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes’. V. CONSTITUIÇÃO DE 1946, art. 141, § 12: ‘É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária’. VI. CONSTITUIÇÃO DE 1967, art. 150, § 28: ‘É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial’. VII.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 1969, art. 153, § 28: 'É assegurada a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser dissolvida senão em virtude de decisão judicial'.

3.3. Alguns pontos merecem realce, no regime constitucional vigente, e que, conforme salientado, o distinguem, nitidamente, dos pretéritos:

a) a adição, do adjetivo 'plena', à locução 'liberdade de associação', a significar a vedação a qualquer espécie de cerceamento;

b) a proibição de exigência de qualquer forma de autorização para a criação (e, portanto, para a deflagração, o desenvolvimento e a consumação do respectivo procedimento), de associações, para o seu nascimento no mundo do direito;

c) a ressalva, expressa — com exclusão, portanto, de qualquer outra —, da necessidade de autorização, nos termos da lei, especificamente quanto à criação de cooperativas;

d) enquanto, nas Constituições anteriores, o exercício da liberdade de associação dizia respeito, exclusivamente, à criação da entidade associativa — reforçada, agora, essa liberdade criativa, pela exclusão, explícita, de exigência de autorização — já, na CF de 1988, esta liberdade também é protegida, não só quanto à dissolução, mas igualmente no que tange ao funcionamento, à sua atividade:

1) pela garantia da necessidade de decisão judicial, não só para a extinção compulsória da associação, mas igualmente para a suspensão de suas atividades, que pode, no entanto, ser cautelarmente determinada pelo Judiciário, exigindo-se, porém, para a dissolução, a coisa julgada;

2) e, o que nos interessa, de modo especial, no presente estudo, pela vedação de interferência estatal no funcionamento da entidade associativa.

4. Esses direitos e garantias, fazendo, como fazem, parte do 'Bill of Rights' Brasileiro, representado pelo art. 5º, e respectivos incisos e parágrafos, da CF; sendo direitos e garan-

tias, individuais e coletivas — e, por isso, abrangem, também, as pessoas coletivas — de caráter fundamental, informam eles todo o texto da Carta Magna, do que resulta que, mesmo havendo, em nível constitucional, alguma limitação de exercício dessas liberdades, essa restrição tenha de receber interpretação e aplicação restritas; e nunca poderão os procedimentos exegéticos e de concretização jurídica conduzir ao esvaziamento, à nihilização dos referidos direitos e garantias.

4.1. Afortiori, diante da analisada alteração, expressiva, do quadro constitucional precedente, é de ser considerada, com extrema cautela, a legislação infraconstitucional anterior, em termos de recepção, e que diga respeito à criação, funcionamento e extinção de associações: cf. art. 18 e 21, III, do Código Civil; e art. 2º do Decreto-lei nº 9.085, de 25.03.46.

III — AS EFPP'S ASSOCIATIVAS E A FISCALIZAÇÃO GOVERNAMENTAL

5. Uma das configurações que uma entidade de previdência privada, sem fins lucrativos, pode assumir é a associativa, sob a forma de sociedade civil, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 6.435, de 15.07.77¹

5.1. A PRECE — Previdência Complementar é uma EFPP associativa — e não fundacional —, sob a modalidade de sociedade civil, consoante o disposto no art. 1º de seu Estatuto, sendo

"membros do Quadro Social da PRECE as Patrocinadoras dos Planos de Benefícios mantidos pela Entidade".

6. É competência da União, na moldura do art. 21, VIII, da CF,

"fiscalizar as operações' de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência 'privada'

6.1. Trata-se, portanto, de fiscalização, e não de controle — esse sim, envolvendo a

1 Revogada, supervenientemente, pela Lei Complementar nº 109, de 29.05.01 (art. 79), que repete a disposição anterior, em seu art. 31, § 1º.

ingerência na atividade controlada —; e *fiscalização* quanto ao *funcionamento*, às operações.

6.2. Pelo contexto do dispositivo, vê-se que a *previdência privada* não tem

“natureza financeira”,

a qual é especificada, no preceito em tela, como abrangente das *operações*

“de crédito, câmbio e capitalização”;

enquanto, em enumeração separada — fazendo-se a diferenciação pelo uso da *locação prepositiva* ‘bem como’-, figuram

“as de seguros e de previdência privada”.

6.3. O art. 192 da CF trata do sistema financeiro nacional.

6.3.1. Não obstante, estatui que a *lei complementar*, que o *regulará*, disporá sobre

“autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador” (art. 192, II, com a redação da Emenda Constitucional nº 13/96).

6.3.2. É certo que se mantém a *identidade própria da previdência*, em termos de instituição ‘estabelecimentos’ — e de operação — ‘funcionamento’ —, em face das entidades de *índole financeira* (cf. inciso I do art. 192), inclusive capitalização, e daquelas de *seguros* (inciso II).

6.3.3. Na hipótese, exige-se *autorização para funcionamento* (cf. citado inciso I do art. 192); e, diante do que se salientou quanto aos *direitos e garantias* assegurados pelos citados incisos do art. 52 da CF, trata-se de *Direito Estrito*, a exigir, em sua formatação, interpretação e aplicação, a fidelidade a essa sua natureza.

6.3.4. O art. 202 da CF cuida, especificamente, do regime da *previdência privada*, a ele também se referindo como *objeto de lei complementar*.

6.4. Nem a *lei complementar do sistema financeiro nacional*, nem a do regime de *previdência privada* foram editadas, estando o projeto da segunda em tramitação no Congresso Nacional.

6.4.1. É certo que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao apreciar a questão levantada quanto à *incidência* da regra do § 3º do art. 192 da CF, sobre o limite de doze por

cento para a taxa de juros reais, decidiu que não há, na hipótese, *auto-aplicabilidade*, sendo pressuposto daquela *incidência* a promulgação da referida *lei complementar* sobre o sistema financeiro nacional: STF — Pleno, ADIn 04, RDA, 195:85; v. MI 361-1, RDA 197:198.

6.4.2. Nesta linha, mesmo considerada, como o fez o STF, nas decisões citadas, *eficaz a legislação ordinária anterior* sobre instituições financeiras e de *previdência privada*, o novo quadro constitucional impõe um *cuidado especial* na sua atual *hermenêutica e aplicação*.

7. De qualquer modo, já a Lei nº 6.435, de 15.07.77, que dispôs sobre as entidades de *previdência privada*, pós a *tônica da atuação*, do órgão fiscalizador, na *autorização* e na *fiscalização do funcionamento*, das operações: cf. art. 35, II, c e d; e Seções III e IV do Capítulo III.

7.1. O órgão fiscalizador, no caso das entidades fechadas, é o Ministério da Previdência e Assistência Social, conforme o disposto nos arts. 34 e 35 da Lei nº 6.435/77; e em cuja organização se situam o Conselho de Gestão da Previdência Complementar e a Secretaria de Previdência Complementar, encimados pela *Chefia da Pasta*.

IV — A CONFIGURAÇÃO DA INTERVENÇÃO NO DIREITO DA PREVIDÊNCIA PRIVADA

8. O Capítulo IV, da Lei nº 6.435/77, tem o título ‘Da Fiscalização e Intervenção’.

8.1. Primeiramente, é de se anotar que a *fiscalização* nele prevista se apresenta sob uma forma específica: a da *designação* de um *diretor-fiscal*, que, segundo o diploma normativo em foco, pode expedir *determinações* aos administradores, conselheiros e funcionários da entidade: arts. 51 e 52.

8.2. Outrossim, distingue-se entre *fiscalização*, mesmo sob essa forma mais aguda, e *intervenção*.

9. É de questionar-se se, diante do disposto no art. 5º, XVIII, *in fine*, da CF, segundo o qual é vedada a *interferência estatal* no pró-

prio funcionamento das associações, é possível, no atual regime constitucional brasileiro, a decretação de “intervenção na Entidade de Previdência Privada”, conforme previsto no art. 55 da Lei nº 6.435/77.

9.1. A intervenção é a modalidade extrema de incursão, de ingerência nos negócios peculiares de um ente independente ou autônomo, eis que corresponde à ultrapassagem da fronteira discriminatória de competências, eis que a independência, ou mesmo a autonomia, competencial, fica atingida.

9.1.1. Como assevera José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 112 ed., 1996, p. 460), “intervenção é antítese da autonomia. Por ela afasta-se momentaneamente a atuação autônoma”.

9.2. Daí, quando há independência ou autonomia, a prevalência é do princípio da não-intervenção.

9.2.1. Trata-se, quando cabível, de medida excepcional: mesmo sendo possível a ingerência, é a regra, a normalidade, a não-intervenção, constituindo a intervenção “gritante excepcionalidade” (Pontes de Miranda, *Coms. à Const. de 1967*, São Paulo, RT, 1967, 11: 205).

9.2.2. Por isso, a CF, em seus arts. 34 e 35, empregam as cláusulas

“a União ‘não intervirá’ nos Estados nem no Distrito Federal, ‘exceto para’...;

e

“o Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando...”

9.3. Outra consequência dessa excepcionalidade é que todo ato de intervenção tem de conter, além dos pressupostos executivos, a duração, e a respectiva amplitude ou extensão, que têm de ser as menores possíveis, e dentro do absolutamente necessário, ou seja, apenas “o quanto se fizer mister”, para superar o motivo que determinou a intromissão (Pontes, op. cit., II: 257).

9.3.1. Com efeito, o art. 36, § 1º, da CF, estabelece que o ato de intervenção

“especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução”.

9.3.2. Há o dever de limitar a extensão da intervenção, no tempo e quanto aos setores da atuação da entidade, às necessidades efetivas, qualquer que seja o pressuposto para intervir.

9.3.3. Ademais, ato administrativo tão radical terá de ter motivação explícita e pertinente, fática e juridicamente.

9.4. É interessante observar que pode haver intervenção sem interventor: o citado § 1º do art. 36 acrescenta que o ato interventivo, “se couber, nomeará o interventor”.

9.5. Tópico relevante é que os poderes do interventor são exercidos em nome e por autoridade do Governo, no caso das EFPP’s, federal: as suas funções são, pois, federais, sendo que a figura do interventor não se substitui aos poderes institucionais, embora possa engastar-se no funcionamento da instituição.

9.5.1. O interventor é, pois, na hipótese, órgão do Governo federal, em cujo nome e com cuja autoridade exerce sua missão.

9.5.2. Como afirma Pontes (op. e vol. cit., p. 259), o ente em que se interveio “vive horas, dias, meses” de administração federal.

9.5.3. A União é que responde pelos danos causados pelos atos praticados pelo interventor, e não o ente no qual teve lugar a intervenção.

9.5.4. A Justiça começa a decidir, outrossim, que cabe à União arcar com os ônus da remuneração do interventor, bem como com as despesas referentes a seu transporte, estada, alimentação (STJ, Primeira Seção, MS nº 7.405/DF, Relator Ministro José Delgado, decisão liminar, DJU de 01.03.01, p. 231).

10. A própria etimologia do vocábulo intervenção evidencia que se intervém naquilo de que não se é parte. Intervenire dava a idéia de estar entre; de assistir, de ingerir-se, de intrometer-se; e até de impedir, de embarçar. Aliás, assistir provém de “ad+sistere”, que é embargar.

11. O art. 55 da Lei nº 6.435/77 prevê a intervenção, em entidade de previdência privada, como medida extrema, tendo

“como objetivo principal a recuperação da entidade” (parágrafo único), e visando a

“resguardar os direitos dos participantes” (caput do artigo).

11.1. Dizemos ‘*medida extrema*’, porque, nas funções de fiscalização (art. 35, II, b e c), e inclusive mediante ato também de ingerência, menos gravoso, consistente na nomeação de um diretor-fiscal (art. 51), o MPAS, por meio da Secretaria de Previdência Complementar, pode, igualmente, atender a esses objetivos.

11.2. O ato interventivo tem, pois, mesmo na moldura legal vigente, o caráter, que é próprio da espécie, da excepcionalidade, sendo, por isso, necessária a fixação de sua amplitude, para adequar os misteres e poderes do interventor ao fim interventivo, que é, por lei, expressa e especificamente, o de lograr ‘resguardar os direitos dos participantes, se e quando necessária, tal medida extrema, à recuperação da entidade’; e isso em face de motivos, ou seja, de antecedentes de fato e de direito, específica e taxativamente enumerados (art. 55), quais sejam:

I — atraso no pagamento de obrigação líquida e certa;

II — prática de atos que possam conduzi-la [à EFPP] à insolvência;

III — estar a entidade sendo administrada de modo a causar prejuízo aos participantes;

IV — estar a entidade em difícil situação econômico-financeira;

V — aplicação de recursos em desacordo com as normas e determinações do Conselho Monetário Nacional.”

11.3. Jamais se poderá ignorar que, por disposição, explícita e incisiva, do § 12 do art. 34 da própria Lei nº 6.435/77, a supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência privada cabe às respectivas patrocinadoras, balizada

“a fiscalização do poder público no sentido de proporcionar garantia aos compromissos assumidos para com os participantes dos planos de benefícios”.

11.3.1. A teleologia e a bitola da atribuição fiscalizadora têm, pois, sentido e alcance estritos, e deverão estar, necessariamente, orientadas para o resguardo das obrigações da EFPP em face dos participantes, razão de sua existência.

11.3.2. A intervenção, pois, tem caráter *ad iuvandum*: é a *interventio adiuuando*, embora com matiz repressivo.

11.3.3. O caráter *ad iuvandum* da intervenção está, aliás, patente, na lei, na medida em que ela pode ser decretada

“por solicitação dos administradores da própria entidade” (art. 56).

11.3.4. Por seu turno, a intervenção não tem caráter cautelar, mas repressivo-restaurador, sendo medida que só pode ser tomada, quando seja necessária à recuperação da EFPP.

11.4. O que é complementar — em relação à Previdência Social — é a atividade de previdência privada, porque o regime de colaboração entre o Poder Público e o particular é de índole objetiva: a colaboração está na atividade. O colaborador particular é um ente do setor privado, como qualquer outro.

11.4.1. Daí, a fiscalização e a intervenção serem no funcionamento, nas operações.

12. Ademais, a fiscalização há-de respeitar a natureza da espécie de entidade de previdência privada de que se trate.

12.1. Assim, no caso das fechadas, a própria Lei nº 6.435/77 distingue, nitidamente, entre, de um lado, as de índole associativa (sociedades civis); e, de outro, as fundações, aplicando-se somente a essas o disposto no art. 86:

“Art. 86. Compete exclusivamente ao Ministério da Previdência e Assistência Social velar pelas ‘fundações’ que se enquadrem no conceito de entidade fechada de previdência privada, como definido nos artigos 1º e 4º desta Lei, derogado, a partir de sua vigência, no que com esta conflitar, o disposto nos artigos 26 a 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário”.

13. Dois tópicos importantes.

13.1. O primeiro é que, neste quadro, e confrontando-se os motivos fática e juridicamente hábeis para a nomeação de diretor-fiscal (art. 51) e os da decretação de intervenção (arts. 55, e parágrafo único, e 57), a segunda medida só se legitima, se houver necessidade para a recuperação do funcionamento ou da aplicação de um plano seu.

13.1.1. Por isso, a *duração da intervenção* (art. 57) está relacionada com a

“*adoção de medidas destinadas à sua recuperação*”.

13.1.2. Explicam-se, deste modo, outrossim, as *conseqüências drásticas* que a *intervenção* pode acarretar para a entidade; para os direitos de terceiros em relação a ela; e para os bens de administradores e conselheiros.

13.1.3. Pela própria literalidade da lei, pode concluir-se que a *intervenção* só cabe quando o *funcionamento da entidade*, em seu todo, ou, um *plano seu, específico*, em sua *globalidade*, exigi-la para a sua *recuperação*; e, daí, os *relevantes reflexos do ato interventivo*, como se lê do disposto no art. 58, e seu *parágrafo único*; e no art. 71, e §§, da Lei nº 6.435/77:

“Art. 58. A ‘*intervenção produzirá*’, desde a data da publicação do ato de sua decretação, os seguintes efeitos:

I — *suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas*;

II — *suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas*.

Parágrafo único. A intervenção não acarretará a interrupção da concessão de benefícios, ou dos pagamentos devidos pela entidade aos participantes dos planos de benefícios, podendo, no entanto, o interventor, tendo em vista as dificuldades financeiras da entidade, determinar a redução dos pagamentos devidos, durante o tempo que for necessário à recuperação da entidade, ficando, entretanto, a parte não paga como passivo pendente, a ser liquidado após o período de intervenção, em conformidade com o plano de liquidação que vier a ser estabelecido.

.....
Art. 71. Os administradores e membros de conselhos deliberativos, consultivos, fiscais ou assemelhados, das entidades de previdência privada ‘*sob intervenção*’ ou em *liquidação extrajudicial*, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até *apuração e liquidação final de suas responsabilidades*.

§ 1º *A indisponibilidade prevista neste arti-*

go decorre do ato que decretar a intervenção ou a liquidação extrajudicial, e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos 12 (doze) meses anteriores ao mesmo ato.

§ 2º *Por proposta do órgão fiscalizador, aprovada pelo Ministro de Estado a que estiver subordinado, a indisponibilidade, prevista neste artigo, poderá ser estendida aos bens de pessoas que, nos últimos 12 (doze) meses, os tenham adquirido, a qualquer título, das pessoas referidas no ‘caput’ e no § 1º deste artigo, desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência e com o fim de evitar os efeitos desta Lei.*

.....
13.1.4. Assim, só será *lícita a intervenção*, se o “atraso no pagamento de obrigação líquida e certa” denunciar a necessidade daquela para a *recuperação da atuação da EFPP*. Deste modo, a existência de *déficit*, por si só, não justifica nem a *direção-fiscal*, nem a *intervenção*.

13.1.5. Daí, outrossim, o mesmo motivo (“*aplicação inadequada das reservas*”: arts. 51 e 55, V) servir, tanto para a *direção-fiscal*, como para a *intervenção*, conforme o caso.

13.1.6. O art. 54, por seu turno, bem evidencia essa *distinção*: o *diretor-fiscal* busca *regularizar*, e, o *interventor*, *recuperar*.

13.1.7. Nesta linha, há uma *gradação* e uma *progressão* nas duas medidas: constatado, pelo *diretor-fiscal*, que não basta, sua atuação, para a *regularização do funcionamento da entidade* ou de um de seus planos, porque a hipótese é de *recuperação*, propõe ele a *intervenção* (art. 54); e se a entidade, em sua operação, ou o plano, na sua aplicação, for *irrecuperável*, o *interventor* proporá a sua *liquidação*.

13.2. O segundo ponto diz respeito à cláusula

“*à critério do órgão fiscalizador*”, que figura nos textos dos arts. 51 e 55 da Lei nº 6.435/77, como elemento do *substrato jurígeno do ato administrativo de intervenção*.

13.2.1. Não precisamos recordar que o *administrador público não é livre*; os atos, como

aqueles de que se está cuidando, não podem ser praticados *ad libitum*.

13.2.2. Destarte, a cláusula em questão só pode ser interpretada como referente à *aferição*, sempre *objetiva* — e *criterosa* —, da realidade que se apresenta ao órgão fiscalizador, sendo *imprescindível a motivação, expressa e adequada, do ato interventivo*, ou mesmo de *nomeação de diretor-fiscal*,

14. Não podemos tampouco olvidar que, quando a *Lei n° 6.435/77* foi editada, a configuração típica era a de *cada entidade fechada corresponder um plano de benefícios*.

14.1. Mas já o seu *art. 3º, II*, aludia, expressamente, à *liquidez e solvência dos planos de benefícios, isoladamente e da entidade de Previdência Privada, em seu conjunto*.

14.1.1. A evolução foi, de fato, no sentido da *pluralidade de planos*; e, assim, quando a lei fala de *'recuperação da entidade'*, pode tratar-se, em verdade, de apenas de um dos seus *planos*, não se justificando a *intervenção no ente, como um todo*.

14.1.2. As disposições do *art. 58 da Lei n° 6.435/77* não conduzem, efetivamente, a que a *intervenção* tenha de ser na *entidade* em sua *integralidade*, e não possa — e não deva — ser na *operacionalização de um plano específico*.

14.1.3. Com efeito, a *cada plano previdenciário privado* corresponde um *patrimônio especial — separado — que o garante*, e que, nesta condição, tem seu *ativo e responde por passivo próprio*.

14.2. Assim, a disposição do *art. 56*, in fine, segundo a qual terá o *interventor*

"plenos poderes de administração e gestão",

há-de ser tomada em sua *devida mensuração*: poderá o *interventor* ter, *se necessário*, essa *completude de atribuições*, inclusive com *afastamento dos administradores*; mas nem sempre isso haverá de ocorrer, e nem

poderá ocorrer, em razão da *natureza e da menor amplitude do problema*.

14.3. Tudo isso leva a que a figura do *diretor-fiscal* seja *menos invasiva*, do que a do *interventor*, e, não obstante, atenda a *situações de gravidade*, como se lê no *art. 51 da Lei*:

"Art. 51. Sempre que ocorrer insuficiência de cobertura, ou inadequada aplicação das reservas técnicas, fundos especiais ou provisões, ou anormalidades graves no setor administrativo de qualquer entidade de previdência privada, a critério do órgão fiscalizador, poderá este nomear, por prazo determinado, um diretor-fiscal com as atribuições e vantagens que, em cada caso, forem fixados pelo órgão normativo."

14.4. Ademais, tem ele *poder mandamental*, o que o habilita a *colaborar na solução* de problemas de grande alcance.

14.5. O *interventor* tópico, parcial, é, pois, o *diretor-fiscal*.

14.6. Na linha do sustentado no presente estudo, a *Lei n° 9.656, de 03.06.98*, alterada pela *Medida Provisória n° 2.097-38, de 27.03.01*¹, e que dispõe sobre os *planos privados de assistência à saúde*, não prevê a figura da *intervenção*, mas sim a do *regime de direção fiscal ou técnica (art. 24)*.

14.6.1. Outrossim, o *afastamento de diretores, administradores, gerentes e membros do conselho fiscal, da operadora* sob o referido *regime*, se dá, sempre, por *ato devidamente motivado (art. 24, cit., § 2º)*.

15. O *Projeto da Lei Complementar* prevista no *art. 202 da CF*, em curso no Congresso Nacional (*PLP 10/99*, na Câmara; *PLC 63/99*, no Senado²) — embora ainda com muitas falhas, é, no entanto, mais pertinente, em vários pontos da matéria de que estamos tratando, como quando contempla, expressamente, a *designação de administrador especial* — embora, erroneamente, às expensas da entidade —,

1 Alterações ulteriores, pela *Lei n° 10.223, de 15.05.2001*, e pela *Medida Provisória n° 2.177-44, de 24.08.01*.

2 Sancionado, deu lugar à *Lei Complementar n° 109, de 29.05.01*, com a mesma numeração dos artigos citados no texto.

“com o objetivo de sanear plano de benefício específico” (art. 42).

15.1. A finalidade *ad adiuvandum*, da intervenção, está, outrossim, patente, no art. 44, quando, precedendo à enumeração dos motivos hábeis para a decretação daquela, explicita que o fim do ato e do processo interventivo é

“resguardar os direitos dos participantes e assistidos”.

15.2. Por sua vez, a dicção das disposições que elencam os motivos da intervenção é mais expressiva:

I — irregularidade ou insuficiência na constituição das reservas técnicas, provisões e fundos, ou na sua cobertura por ativos garantidores,

II — aplicação dos recursos das reservas técnicas, provisões e fundos de forma inadequada ou em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos competentes;

III — descumprimento de disposições estatutárias ou de obrigações previstas nos regulamentos dos planos de benefícios, convênios de adesão ou contratos dos planos coletivos de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar,

IV — situação econômico-financeira insuficiente à preservação da liquidez e solvência de cada um dos planos de benefícios e da entidade no conjunto de suas atividades,

V — situação atuarial desequilibrada;

VI — outras anormalidades definidas em regulamento.”

15.3. O mesmo art. 44 e os arts. 45 e 46 evidenciam, uma de vez mais, que a intervenção, inclusive sob a forma de nomeação administrador especial — que é uma de suas modalidades —, há ser a mais restrita possível, estabelecendo, o ato,

“as condições, os limites e as atribuições” (‘art. 42 parágrafo único’)

do nomeado; bem como o

“prazo necessário ao exame da situação da entidade e encaminhamento do plano destinado à sua recuperação” (art. 45).

15.4. Mas postura vigilante é necessária no processo de edição da legislação que se encontra em fase de gestação, e que conforme adiantamos, tem *erronias*.

15.4.1. Assim, continua ela a preceituar que o *interventor*, não só tenha “amplos poderes de administração e representação” (art. 54) — que pode não ser pertinente, conforme antes analisado —, mas estatui ainda, que a intervenção determina, *ipso iure*,

“a perda do mandato dos administradores membros dos conselhos estatutários das entidade sejam titulares ou suplentes”,

o que constitui uma *conseqüência radical* e uma *generalização indiscriminada*, que pode não afeiçoar-se ao caso individualizado.

V — A INTERVENÇÃO E A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

16. Observações fundamentais devem ser formuladas quanto ao conteúdo e alcance do conteúdo do art. 52, LIV, da CF, segundo o qual

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

16.1. A primeira anotação é a de que a privação pode ser definitiva ou provisória; punitiva, ou não, e, no primeiro caso, repressiva ou preventiva; extintiva, caducificante ou suspensiva.

16.2. Outrossim, bens está em sentido amplo, como objeto de direitos, poderes, faculdades, e não, apenas, no de coisas, de objeto de direitos reais, ou mesmo de direitos pessoais obrigacionais. E podemos exemplificar, facilmente, com o pátrio-poder.

16.2.1. De maneira compreensiva e pertinente, e de modo técnico, podemos afirmar que a privação é de qualquer situação jurídica; e, quer quanto à sua própria titularidade, quer no que concerne ao exercício, à fruição do respectivo conteúdo. Isso resulta claro, mercê da comparação com a privação da liberdade, de que trata o mesmo dispositivo constitucional.

16.2.2. *In casu*, três espécies de situações jurídicas, com seu conteúdo de direitos, poderes e faculdades, e do respectivo exercício, estão em consideração: (a) a de membro da sociedade civil, e, portanto, a de sócio ou associado, e, em conseqüência, de membro da própria pessoa jurídica e de seu órgão máxi-

mo, que é a *assembléia geral*; (b) a de *integrante dos demais órgãos institucionais*, quer os de *administração*, quer os de *deliberação superior*, e, ainda, os de *fiscalização* e os de *aconselhamento*; e (c) a de *titular — se administrador ou conselheiro da EFPP — de direitos econômicos, de valor pecuniário*, cujo *direito de disposição tem seu exercício suspenso*, conforme analisaremos adiante.

16.2.2.1. Calçados mais na *formatação fundacional*, e esquecendo-se, muitas vezes, de que ela própria admite a *configuração societária ou associativa*, a *Lei nº 6.435/77* e o *Projeto PLP 10/99-PLC 63/99*¹ cuidam da *intervenção* como se esta atingisse, tão-somente, a *situação jurídica de administradores e conselheiros*, quando, em verdade, ela alcança a dos *sócios*, a dos *associados*; e ao *órgão máximo de toda pessoa jurídica de índole corporativa*, que é a *assembléia geral*, que tem, por *membros*, aqueles *sócios*, aqueles *associados*.

16.3. O certo é que, se há *privação*, sob qualquer dessas *formas*, de quaisquer *bens*, impõe-se o *prévio devido processo e legal*, por força do *preceito constitucional* em tela.

16.4. Por seu turno, a *individualização das situações* é *inarredável*, porque também *garantia ínsita ao due process of law e ao Direito Punitivo*, em geral, não apenas no campo *penal*, mas também no campo *administrativo* (*CF, art. 5º XLVI, 1ª parte*).

16.5. Outro ponto básico é que o *devido processo é legal*, ou seja, estabelecido por *lei formal*.

16.5.1. Como a *Lei nº 6.435/77* é *omissa*, incidem, em sua *plenitude*, as *normas da Lei nº 9.784, de 29.01.99*, que regula o *processo administrativo* no âmbito da *Administração Pública Federal*.

16.5.2. Aliás, mesmo quando está *legalmente previsto processo administrativo específico*, ela aplica-se *subsidiariamente* (*art. 69*).

17. Um primeiro tópico fundamental, nesta área, é a *previêdade da atuação*, do *interessado*, em relação à *decisão administrativa*.

17.1. Com efeito, é *direito do administrado*

“*formular alegações e apresentar documentos ‘antes da decisão’, os quais serão objeto de consideração pela órgão competente*” (*art. 3º, III, da Lei nº 9.784/99*)”.

17.2. Outrossim, “*as atividades de instrução*” são “*destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão*”, sendo “*direito dos interessados*” o

“*de propor atuações probatórias*” (*art. 29, § 1º*).

17.3. O *art. 38* aduz que

“*o interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo*”.

17.4. Por seu turno, o *art. 41* determina que “*os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização*”.

Mais ainda (*art. 44*):

“*Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.*”

17.5. E, somente “*em caso de risco iminente*”, é que “*a administração pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras, sem a prévia manifestação do interessado*” (*art. 45*);

sempre respeitado o *contraditório* e a *ampla defesa*, como no *processo judicial cautelar*, conforme antes acentuado.

17.6. Quanto à *inflicção de sanções*, é *presuposto de sua validade* que seja

“*assegurado sempre o direito de defesa*” (*art. 68*).

17.7. Como *princípio geral*, que traduz esse *conjunto de direitos e de garantias*, estatuí o *parágrafo único, inciso X, do art. 2º da Lei nº 9.784/99* que, nos *procedimentos extrajudiciais*, inclusive aqueles iniciados *de ofício*, será, *obrigatoriamente*, observado o *critério de*

“*garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos*

1 Lei Complementar nº 109/01.

processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”.

17.8. Aliás, é *direito primeiro do administrado*

“ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas” (art. 3º, II).

17.9. Nesta moldura, a *intervenção política* (CF, art. 36) depende sempre, ou de *requisição motivada por Poder Político (Incisos I e II)*, ou de *provimento de representação judicial (arts. 35, IV, e 36, III e IV)*, inclusive com *controle legislativo* ulterior (§§ 1º a 3º). Há, pois, a inafastabilidade do *devido processo legal, prévio e sucessivo*.

17.10. O mesmo ocorre, no caso das *concessões de serviços públicos*, em que a *intervenção* é, com efeito, na *concessão*, no *serviço* — que é *público* —, e não na *concessionária*, que é, em geral, do *setor privado*: *Lei nº 8.982, de 13.02.95, art. 32*.

17.10.1. No regime desta lei, a *intervenção* deverá basear-se em específicas *causas determinantes* (ligadas à *prestação do serviço*, cuja *adequação e regularidade a intervenção* busca assegurar), apuradas segundo o *due process of law*, e que serão *re-aferidas*, em *procedimento administrativo* no qual será, uma vez mais, assegurada a *ampla defesa* (art. 33), e que deverá concluir-se no prazo de até cento e oitenta dias (§ 2º).

17.10.2. Observe-se, neste passo, que na mesma moldura, a *intervenção*, no campo da *Previdência Privada*, se dá, com obediência a todos os *pressupostos e requisitos* apontados, no tocante ao resguardo dos *direitos dos participantes* (*Lei nº 6.435/77, art. 55*), e, portanto, ao seu *funcionamento*, às *operações* ligadas às suas *prestações e serviços*.

17.10.3. Mas, desde logo, o *ato interventivo em concessão*

“conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida” (art. 82, parágrafo único, da Lei nº 8.982/95).

17.10.4. É *inválida a intervenção*, em *concessão*, que não observa “os *pressupostos legais e regulamentares*”, sendo o *serviço* de-

volvido à *concessionária*, ‘sem prejuízo de seu direito à indenização’ (§ 1º).

17.11. O *processo administrativo* alcançou, portanto, com a *CF de 1988* e com a *Lei nº 9.784/99* (apesar de ainda conter essa última algumas falhas), o *ápice de sua nobreza* e do *respeito à garantia do due process of law*.

17.11.1. Os *princípios e preceitos constitucionais e legais* têm de ser, portanto, efetivamente *respeitados e concretizados*, sob pena de *invalidez* do *processo* desenvolvido.

17.11.2. Esses *princípios e preceitos* não são *meramente decorativos*; ao contrário, são, numa linguagem mais coloquial, ‘para valer’; e, portanto, constituem *requisitos de higidez processual* e, em consequência, de *efetivação do próprio direito material*. Aliás, é *curial* que a *cláusula do devido processo legal* tem, não somente *conteúdo adjetivo*, mas igualmente *substantivo*.

17.11.3. E o *processo administrativo* tem de se submeter à *vinculação à CF e à lei*, tal como o *processo judicial*.

17.11.4. Destarte, se o *ato interventivo* não obedecer a essas *diretrizes*, a *AP* terá de *anulá-lo*, nos termos do *art. 53 da Lei nº 9.784/99* e dos enunciados das *Súmulas STF nºs 346 e 473*.

18. A *Lei nº 9.784/99* contém, em seu *art. 2º*, e *respectivo parágrafo único*, rico *elenco principiológico*, desenvolvido em *critérios*, formando *conjunto* substancialmente *relevante* para o presente estudo.

18.1. Somam-se *princípios jus-administrativos clássicos* e vários que se destacaram *mais recentemente*.

18.2. Na linha do que vimos desenvolvendo, três *princípios* dizem respeito a *garantias processuais* — com sua *coгнаção material* — do *administrado* quanto ao *due process of law*: o da *ampla defesa*, o do *contraditório* e o da *segurança jurídica*.

18.3. Por outro lado, o da *legalidade*, que *preside e baliza*, *inafastavelmente*, a atuação do público administrador, e que traduz a *vinculação à Constituição e à lei*; correspondendo à *obrigação de cumpri-las estritamente*, quer sob o ângulo *procedimental*, pela “*observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados*” (pa-

rágrafo único, nº VIII) e pela “adoção de formas simples suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados” (nº IX); quer de fundo, mediante a imperativa “atuação de acordo com a lei e o direito” (parágrafo único, nº I).

18.4. No desdobramento, o princípio da motivação, a impor que tenha de ser expresso o conjunto das razões determinantes da intervenção, as quais, por sua vez, hão de constituir antecedentes de fato (a realidade factual), e de direito (causas legalmente hábeis), pertinentes e necessários, no caso concreto, à higidez do ato interventivo, o que exige a “indicação dos pressupostos de fato e de direito”, competentes, que determinaram a decisão (parágrafo único, nº VII).

18.4.1. E explicita o art. 50, § 1º, que “a motivação deve ser explícita, clara e congruente.

18.5. Na mesma linha, o princípio da finalidade, porque a intervenção decretada tem de revestir-se do caráter *ad adiuvandum* que lhe é próprio, tendo de ser justificável o seu embasamento repressivo, pois, só assim, se caracterizará a validade do ato administrativo. Sem contrariedade, ademais, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na exata mensuração da atuação administrativa, mercê da rígida adoção do critério de “adequação entre meios e fins” e da prevalência da vedação “de imposição de sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (parágrafo único, nº VI), dado o caráter invasivo da intervenção e a decorrente indisponibilidade de bens de administradores e conselheiros.

18.6. Conjugadamente, destarte, não pode quedar-se maltratado o princípio do interesse público, interesse este que tem de estar presente, em um de seus segmentos, na finalidade do ato, o qual há de ser atendido com objetividade (parágrafo único, nº III), pois que a medida interventiva não pode corresponder a

uma ingerência abusiva e desnecessária no funcionamento da EFPP, sendo imperativo que corresponda, portanto, à consecução de alguma faceta do interesse público ou geral, ligado à recuperação dos direitos dos participantes.

18.7. Na raiz do desatendimento ao fim de interesse público, pode estar a adoção da medida interventiva, por exegese equivocada da legislação, de modo que se contrarie o critério legal (parágrafo único, nº XIII) da interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público”.

18.8. Interfere, também, com o caso em estudo, o disposto no art. 47 da Lei nº 9.784/99, eis que, como a SPC não é competente para emitir a decisão final interventiva; ela, como órgão da instrução, tem de elaborar relatório, com o conteúdo das fases do procedimento e a formulação da proposta de decisão, objetivamente justificada; e, só então, poderá ter lugar o encaminhamento do processo ao Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, que é, na hipótese, a autoridade competente para decidir, a final, e praticar o ato de intervenção.

VI — A INDISPONIBILIDADE DE BENS DE ADMINISTRADORES E CONSELHEIROS

19. Outro efeito, *ope iuris*, da intervenção, quer no regime vigente (Lei nº 6.435/77, art. 71, § 1º), quer no projetado (art. 59, § 1º)¹, é a indisponibilidade dos bens dos administradores e membros de conselhos da entidade de previdência privada atingida.

19.1. De qualquer modo, segundo a Lei nº 6.435/77 (art. 71, § 5º), e o PLP 10/99-PLC 63/99² (art. 59, § 5º), há exceção, que fica para a hipótese de, na liquidação extrajudicial — não há, porém, razão, para afastar-se a ressalva para o caso de intervenção —, cons-

1 Lei Complementar nº 109/01.

2 Idem.

tatar-se que a entidade deixou de ter condições de funcionar, por motivos totalmente desvinculados da atuação, de administradores e conselheiros, o que terá de ser apreciado pelo órgão interventor.

19.2. Nesta linha, pela Lei nº 9.656/98 sobre planos de saúde, a indisponibilidade de bens, na hipótese de adoção do regime de direção fiscal, poderá, por decisão do órgão fiscalizador (art. 24-A, § 2º), não ser adotado, dependendo dos elementos do caso concreto.

19.3. Isso mostra que se reconhece que *ine-**xiste possibilidade de haver a indisponibilidade* inteiramente *ex vi legis*, sem antes atender-se ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º cit., nº LV), para que seja apreciada a situação concreta. O Direito em tese é meio Direito: e, em cada caso, hão-de ser analisados todos os elementos materiais e circunstanciais.

19.3.1. Em verdade, a intervenção, qualquer que seja o campo, não pode ter uma formatação única, mas há-de afeiçoar-se às peculiaridades e estritas necessidades da situação real.

19.3.2. Inviável, portanto, a indisponibilização automática, sem a necessária individualização.

19.4. Com efeito, a garantia constitucional de que

“ninguém será privado ... de seus bens sem o devido processo legal”, abrange, como salientamos, não só a perda definitiva, como a privação cautelar, de quaisquer bens.

19.4.1. Na indisponibilidade de bens, a cautelariedade tem a função de garantir a reparação; e, assim, insere-se no contexto punitivo, o que impõe a efetividade do due process of law e das garantias, asseguradas pela CF, para o processo administrativo, do “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

19.4.2. Para que possa ser decretada, sem a prévia manifestação do interessado, é medida que, mesmo sob sua faceta cautelar, exige o pressuposto do ‘risco iminente’ e a motivação completa, plenamente justificadora: art. 45 da Lei nº 6.435/77.

19.4.2.1. Há-de, em tal hipótese, estar con-

figurada a extrema gravidade da situação do funcionamento da entidade ou da operação de um plano seu; com fortes indícios da culpabilidade, individualizada, de cada administrador ou conselheiro a ser atingido pela medida. E sempre assegurados o contraditório e a ampla defesa, como no processo cautelar judicial.

VII — O LEGÍTIMO INTERESSE JURÍDICO DA PATROCINADORA

20. Ponto relevante é que, pelo sistema da Lei nº 9.784/99, é obrigatória a participação, no processo administrativo, dos interessados no mesmo, como se vê no art. 26, sendo certo que “devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrições ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza de seu interesse” (art. 28).

20.1. Ora, são considerados interessados, e, portanto, com legitimidade ativa e passiva, “aqueles que, sem terem iniciado o processo [que pode ser deflagrado, ‘ex officio’ art. 5º], têm ‘direitos’ ou ‘interesses’ que possam ser afetados pela decisão a ser adotada” (‘art. 9º, II’).

20.2. Destarte, nenhum processo administrativo que objetive uma eventual intervenção em EFPP pode desenvolver-se, sem que a patrocinadora seja intimada para dele participar, como lúdima interessada que é.

20.3. De fato, conforme já citado, compete às patrocinadoras a supervisão das entidades fechadas (art. 34, § 1º, da Lei nº 6.435/77), e isso, por si só, já as põe na posição de processualmente interessadas.

20.3.1. A propósito, o art. 60 do Estatuto da PRECE prevê que “a Diretoria da Patrocinadora-instituidora, sempre que julgar necessário, poderá promover, através de seus órgãos especializados, ou de terceiros, inspeções ou sindicâncias sobre as atividades da PRECE”.

20.4. Mas muitos outros são os fatores que impõem a participação processual cogente da patrocinadora, como o de ser a EFPP um

braço da *política de recursos humanos das empresas e entidades cujos empregados são participantes*; estando, segundo a própria CF (art. 202, § 2º), embora com *identidade, interligados*, de alguma forma, os *contratos de previdência privada e os contratos de trabalho*.

20.5. No caso da PRECE, sua *patrocinadora*, a CEDAE foi sua *instituidora* (art. 1º do Estatuto), sendo, juntamente com a *Caixa de Assistência da CEDAE — CAC, membro de seu Quadro Social* (arts. 8º e 9º), contribuindo para a *constituição do patrimônio associativo* (art. 12, II).

20.6. Ademais, as *patrocinadoras* compõem a *Assembléia, órgão estatutário máximo da PRECE* (art. 22), sendo que

“até que outras *patrocinadoras* que não façam parte do grupo da *Patrocinadora-instituidora* venham a ter convênios com a PRECE, ‘cabará à CEDAE’ as decisões da competência do Plenário da *Assembléia das Patrocinadoras*, sendo dispensada sua realização formal” (‘art. 23, § 2º’).

20.7. Veja-se quão importante o papel da CEDAE, que, ocupa um *órgão* da PRECE. Órgão a que cabe *aprovar* (art. 23) as *alterações estatutárias, (nº I); a destituição de Conselheiros (nº II); a destinação do patrimônio*, em caso de extinção da PRECE (nº III).

20.8. Além disto, a CEDAE compõe o *1º Ofício*, um dos segmentos da *Assembléia das Patrocinadoras* (art. 24, § 2º), a que compete (art. 24, II) a *aprovação dos planos de benefícios, e respectivas alterações*, bem como os correspondentes *planos de custeio (letra a); e a dos planos de aplicação de bens patrimoniais (b)*; assim como de outras matérias de suma relevância para a entidade (*letras c e d*).

20.9. Ainda mais: cabe à CEDAE designar *administradores e conselheiros* da PRECE (arts. 30, §§ 3º e 4º; 35, § 1º, a, e § 2º; e 50, §§ 1º e 2º).

20.10. É, também, *obrigação estatutária da Patrocinadora* fornecer *meios e condições materiais e financeiros*, bem como o *pessoal, necessários ao funcionamento* da PRECE (art. 56).

20.11. Mas uma das mais importantes disposições do *Estatuto da PRECE*, que tem pertinência com os *direitos, obrigações e in-*

teresses da CEDAE, é a contida no respectivo art. 58, segundo o qual “a *Companhia Estadual de Águas e Esgotos — CEDAE*, na qualidade de *Patrocinadora-instituidora, responde solidariamente pelas obrigações* contraídas pela PRECE em relação aos participantes da instituidora que forem seus servidores”.

20.12. Pelo que se vê, é todo um *conjunto*, amplo e relevante, de *direitos, poderes, deveres, obrigações, responsabilidades e interesses*, da CEDAE, que, ostensiva e inquestionavelmente, são atingidos por uma *intervenção* na PRECE, o que faz com que, não só seja ela, como *interessada, participante obrigatória* de qualquer *procedimento* de que possa resultar *intervenção na EFPP*, como *legítima a Patrocinadora-instituidora* para a utilização das *medidas impugnativas*, competentes, inclusive *judiciais*.

20.13. Lembremos que os *interessados têm direito de participar da fase instrutória do processo administrativo*, e isso, em *antes da tomada da decisão*” (art. 38), podendo juntar documentos e pareceres; requerer diligências e perícias; e, o que é igualmente fundamental, *aduzir alegações*, elementos todos estes que *deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão*.

VIII — A PORTARIA MPAS Nº 825/01

21. O *ato de intervenção* na PRECE, substanciado na *Portaria nº 825, de 07.03.01, do Ministro, interino, da Previdência e Assistência Social*, é manifestamente *inválido*.

21.1. *Formalmente*, não atende à *solenidade*, em termos de *motivação*, eis que se limitou, *insuficientemente*, a referir-se, no respectivo *preâmbulo*, ao ‘disposto no art. 56 da Lei nº 6.435, de 15.07.77’ (competência do Chefe da Pasta para nomear interventor); e seu único *considerando* mencionou, simplesmente,

“que a situação da entidade está ao alcance dos incisos I e II do art. 55 do mesmo diploma legal.”

21.2. Ora, os citados dispositivos tipificam *motivos interventivos específicos, que exigem a descrição, minuciosa e precisa, dos fatos que se subsumem na moldura legal*.

21.2.1. Qual a *obrigação líquida e certa* cujo pagamento não se teria dado *oportuno tempore* (inciso I do art. 55)?

21.2.2. 4Que atos teriam sido praticados e que pudessem conduzir a EFPP à *insolvência* (inciso II)?

21.3. Observamos que, segundo a declaração da Atuária Externa da entidade, MARÍLIA VIEIRA MACHADO DA CUNHA CASTRO, representando a ATUAS ATUÁRIOS ASSOCIADOS LTDA., com relação ao PLANO PRECE I — um dos dois planos mantidos pela instituição —, ‘na época da avaliação atuarial, o plano de benefícios foi equilibrado’ (expediente CT-0597/2001, de 20.02.01); e quanto ao PLANO PRECE II (CT-0598/2001, de 20.02.01), ‘na época da avaliação atuarial, o plano de benefícios encontrava-se equilibrado’.

21.4. Do noticiário da imprensa constaram referências a *débitos* da CEDAE para com a PRECE.

21.4.1. A propósito, reportando-se às providências que a *Direção da EFPP* tomou, assim se manifestou essa, em face da Notificação, a seguir mencionada:

“*Foram firmados instrumentos de confissão de dívidas pelos quais a Patrocinadora-Instituidora reconhece as parcelas em atraso e assume responsabilidade pelo pagamento, sendo que não existem parcelas vencidas referentes a contribuições para os planos de benefícios com prazo superior a 90 dias.*”

Cabe ressaltar que a Patrocinadora-Instituidora vem dando demonstração cabal de seu propósito de manter em dia os seus compromissos com a PRECE. Prova disso são os pagamentos realizados pela CEDAE desde o início do ano de 2001, que montam a mais de R\$ 27 milhões, conforme planilhas anexas.”

21.4.2. Não se vislumbra, pois, a caracterização de *motivo típico de intervenção*.

21.5. Adite-se que se encontrava em desenvolvimento o *procedimento* decorrente da *Notificação de Fiscalização nº 42/2001*, que, recebida em 16.02.01, tinha trinta dias para ser respondida, o que veio a ser feito, *tempestivamente*, em 19.03.01, após, porém, a *decretação da intervenção*, que, destarte, foi efetivada *precipitadamente*, em dissonância com

o *devido processo legal*, conforme amplamente analisado no presente estudo.

21.6. Por tudo isso, o *ato interventivo* teve sua *eficácia* provisoriamente *suspensa*, por *despacho liminar*, no *Mandado de Segurança nº 7.475/DF* (processo nº 2001/0047028-9), impetrado, contra aquele, pela CEDAE, e em que o Relator, Ministro JOSÉ DELGADO, decidiu:

“*Observo, em juízo de natureza rigorosamente provisória, que o ato atacado (Portaria nº 825, de 07.03.2001) tem um único fundamento.- o de que a situação da entidade está ao alcance dos incisos I e II do art. 55 da Lei nº 6.435, de 15.07.77. O mencionado dispositivo determina que:*

“*Art. 55. Para resguardar os direitos dos participantes, poderá ser decretada a intervenção na entidade de previdência privada, desde que se verifique, a critério do órgão fiscalizador*

I — atraso no pagamento de obrigação líquida e certa;

II — prática de atos que possam conduzi-la à insolvência;

.....”.

“O ato atacado não aponta que tenha sido instaurado e concluído processo administrativo com procedimentos praticados de acordo com os ditames da Lei nº 9.784, de 29.01.99, para apurar os aspectos concretos alegados como motivadores da intervenção.

A notícia existente nos autos é que a entidade, em 16.02.2001, foi notificada para apresentar defesa, no prazo de trinta dias, sobre o resultado da ação fiscal contra si ultimada.

O ato atacado foi expedido antes do término do prazo acima assinalado, sem constar, de modo detalhado e concreto, existência dos motivos descritos nos incisos I e II do art. 55 da Lei nº 6.435/77.

Diante do exposto, tenho como presentes os requisitos para a concessão da medida liminar, por entender relevante o fundamento do pedido, bem como por resultar ineficaz o mandado de segurança, caso seja deferido o pedido apenas ao final, em face dos efeitos imediatos do ato impugnado.

Concedo, conseqüentemente, a liminar para suspender a intervenção, o que implica em

afastamento imediato do interventor nomeado, restabelecendo a atuação da administração da entidade que foi destituída.”

21.7. No mesmo sentido de *suspensão de ato interventivo, pelo desrespeito ao devido processo legal*, a decisão liminar no Mandado de Segurança nº 7.405/DF, do mesmo Relator (DJU de 01.03.01, p. 231).

21.8. O ato de intervenção na PRECE veio a ter, em decorrência da liminar antes referida, seus efeitos suspensos, também por Portaria do Ministro da Previdência e Assistência Social, a de nº 1.154, de 16.04.01.

21.9. Em face do exposto, a intervenção consumada, e ora suspensa, é inválida, e assim deve ser declarada. E como não se apresentou hipótese de intervenção, não se trata de caso de convalidação; nem de refazimento do processo.

IX — ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADAPTAÇÃO AOS DITAMES DA EC Nº 20/98

A) O AJUSTAMENTO ATUARIAL AOS ATIVOS

22. O art. 62 da Emenda Constitucional nº 20/98 previu um caso específico de intervenção, em relação às EFPP's patrocinadas por entidades públicas, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista:

“Art. 6º. As entidades fechadas de previdência privada patrocinadas por entidades públicas, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, deverão rever, no prazo de dois anos, a contar da publicação desta Emenda, seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos, ‘sob pena de intervenção’, sendo seus dirigentes e os de suas respectivas patrocinadoras responsáveis civil e criminalmente pelo descumprimento do disposto neste artigo.”

22.1. O caráter repressivo avulta nesta hipótese (‘sob pena de intervenção’) a exigir, como é inafastável, o devido processo legal, o que implica na previdência deste. Com efeito, a aplicação do dispositivo exige considerações jurídicas e factuais inapartáveis.

22.2. Em 16.12.2000, encerrou-se o prazo

para as EFPP's em tela procederem à revisão de seus planos de benefícios e serviços, objetivando

“ajustá-los atuarialmente a seus ativos”.

22.3. Sublinhe-se que se trata de ajustamento atuarial, e não financeiro, aspectos que a EC nº 20/98 distinguiu, ao dar nova redação ao caput do art. 40, também em matéria de previdência de caráter contributivo.

22.4. Por outro lado, os ativos a serem considerados são aqueles existentes até 16.12.2000, fim do prazo de ajustamento.

22.5. Para tal ajuste, até essa data, legítima a assunção, pela patrocinadora governamental, do que se chama de contribuições extraordinárias, categoria que se opõe, por sua própria natureza, às contribuições normais, como pormenorizaremos adiante.

22.6. Às conclusões expostas se chega, com facilidade, confrontando-se, de um lado, as normas da EC nº 20/98, tal como promulgada esta; com, de outro, o teor da Proposta de Emenda Constitucional, do Poder Executivo, nº 21, de 1995 (Mensagem nº 306/95), que objetivou modificar o sistema de previdência social, e estabelecer normas de transição.

22.6.1. De fato, o art. 15 da Proposta difere, em muito, do art. 6º da Emenda, ao tratar da mesma matéria: “Art. 15. As entidades de previdência privada, patrocinadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista deverão rever, ‘no prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar da promulgação desta Emenda’, seus planos de benefícios e serviços, de modo a ‘ajustá-los financeiramente’ a seus ‘ativos integralizados até a data da entrada em vigor desta Emenda, não se admitindo, nestes casos, invocação de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito’.”

22.6.2. De extrema riqueza e de decisiva importância a comparação das duas prescrições, do que resulta a constatação, além da previsão, pela Proposta, de menor prazo revisional:

a) de que o ajuste, pela Proposta, seria financeiro, e não atuarial;

b) de que os ativos seriam, apenas, os já integralizados;

c) de que esses ativos integralizados seriam

aqueles existentes na data da entrada em vigor da Emenda;

d) de que não haveria *subsunção às garantias pétreas do direito adquirido e do ato jurídico perfeito* (CF, art. 5 , XXXVI), não obstante a *vedado do art. 60,   4 , IV, da Carta Magna Nacional*.

22.6.3. A *diferença radical*, entre as *disposi es projetadas*, e as que foram *promulgadas*, conduz às conclusões antes afirmadas, e mais as que se seguem.

22.7. A Emenda alude ao *ajustamento atuarial*, aos ativos, dos

“*planos de benefícios e serviços*”,

sendo de lembrar que a *Resolu o MPAS/CPC n  01, de 09.10.78*, ao estabelecer *Normas Reguladoras do Funcionamento das Entidades Fechadas de Previdência Privada*, definiu a *natureza das presta es* proporcionadas por estas, estatuinto em seu item 22:

“*As presta es em dinheiro, conforme a legisla o de previdência social, serão denominadas ‘benefícios’, recebendo as demais a denomina o genérica de ‘serviços’.*”

22.7.1. O *inciso V do subitem 23.1*, da mesma *Resolu o*, preceitua, por seu turno, que os *serviços* devem ter *custeio próprio e reserva específica*.

22.8. Não se pode olvidar que caiu, na tramita o da *Proposta de Emenda Constitucional*, a *ilegítima exclusão das garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito* (art. 5 , XXXVI, da CF), que *prevaleceram*, portanto, *plenamente*; a *manterem*, pois, *incólumes*, os *compromissos* das EFPP’s, e de suas *patrocinadoras*, e, em contrapartida, os *direitos dos participantes e beneficiários*.

22.8.1. Em verdade, a *EC n  20/98*, ao *alterar a CF*, explicitou que as *condi es* contidas nos *estatutos, regulamentos e planos de benefícios das EFPPs* são de índole *contratual* (art. 202, *caput*, e   2 ), inclusive quanto aos *benefícios* (que integram a *remunera o do participante assistido*), e as *contribui es do empregador*, que não compõem,   certo, o *contrato de trabalho*, mas fazem parte do de *previdência privada*, àquele ligado.

22.8.2. Falando de *benefício contratado*, a *CF*, na sua nova versão, evidencia que, desde

a *inscri o, no Plano, há contrato*, com denota es do *direito adquirido* e do *ato jurídico perfeito*, sendo a denominada *elegibilidade* apenas a *condi o de exercício* daquele direito.

22.8.3. Há-de *gizar-se*, ainda, que diversos são o *reajustamento das contribui es*, dentro do regime *contratualmente* previsto; e a *altera o do custeio*, como, no caso da *Emenda*, *por fato do príncipe*, por *ato normativo*, de *autoridade*, causador das *modifica es desse custeio*, sendo, portanto, *lícito* atribuir as altera es   *patrocinadora*.

22.8.4. Não nos esqueçamos, ademais, que as EFPPs, mesmo as *patrocinadas por órgãos e organismos públicos*, são *entes particulares, do setor privado, não-governamentais*; e elas, e seus *participantes*, têm de ser tratados *isonomicamente* em rela o às *patrocinadas por pessoas civis e comerciais*.

22.8.5. O *ajustamento atuarial aos ativos* têm, em consequência, que usar mecanismos que respeitem *direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos*; e a denota o de *fato do príncipe*.

22.9. Ressalte-se, ademais, que o *prazo do art. 6  da Emenda* era para as *providências*, a cargo das EFPP’s, a serem submetidas   *SPC*.

B) A PARIFICA O CONTRIBUTIVA

23. Dispôs, outrossim, na reda o da citada *EC n  20/98*, o art. 202,   3 , da *Constitui o Federal*:

“  3 .   vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, funda es, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situa o na qual, em hipótese alguma, ‘sua contribui o’ normal poderá exceder a do segurado.”

23.1. Por seu turno, o art. 5  da própria Emenda estabeleceu:

“Art. 5 . O disposto no art. 202,   3  da *Constitui o Federal*, quanto   exigência de *paridade* entre a *contribui o da patrocinadora* e a *contribui o do segurado*, terá *vigência no prazo de dois anos a partir da publica o desta Emenda*, ou, caso ocorra

antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do mesmo artigo.”

23.2. Conforme se verifica, os dois dispositivos reproduzidos, e mais o do art. 6º da EC nº 20/98, assim devem ser caracterizados:

a) o limite paritário contributivo normal é objeto de regra permanente da CF (art. 202, § 3º), e cuja entrada em vigor somente ocorreu em 16.12.2000;

b) a prescrição do ajustamento atuarial do plano de benefícios e de serviços, mediante revisão destes, aos ativos da EFPP, é norma com conteúdo inteiramente diverso, traduzindo-se na necessidade do equilíbrio atuarial dos planos, em relação àqueles ativos, e cujos atos do processo revisional, que fossem da atribuição da entidade, deveriam estar praticados, até, também, 16.12.2000, para a sua apresentação, à SPC, até essa data.

23.3. Observe-se, outrossim, que quanto à chamada paridade contributiva, estabelecida no art. 202, § 3º, da CF, e no art. 5º da EC nº 20/98, não houve previsão de intervenção, em caso de não-ajustamento, resultando do confronto deste último dispositivo citado com o do art. 6º da mesma Emenda, o não-cabimento da medida interventiva, na hipótese de divergências quanto à adequação determinada pelo referido art. 5º.

23.4. Por outro lado, a regra constitucional do art. 202, § 3º, no tocante a exigência contributiva igualitária, diferentemente das demais disposições da Emenda, inclusive as que alteraram a CF, só entrou em vigor (não é um problema apenas de eficácia) em 16.12.2000 (já que a hipótese alternativa da publicação, precedente, da lei complementar não ocorreu), segundo o próprio art. 5º da EC nº 20/98, permanecendo vigente, até então, a legislação anterior; não prescrevendo tal exigência, até então, nem o texto constitucional, em sua versão primitiva, nem a legislação então vigente, que era a aplicável ao processo de parificação.

23.4.1. Observe-se, por seu turno, que, se a paridade se circunscreve à contribuição normal, é porque há contribuições de outras naturezas.

23.4.2. O § 1º do art. 202 da CF, projetado pela Proposta de Emenda, antes citada, dispunha de forma muito diferente:

“§ 1º. A participação, a qualquer título, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista no custeio dos respectivos planos de previdência complementar não poderá exceder a participação dos segurados.”

23.4.3. Constatou-se, à evidência, que, na versão originariamente oferecida, aquilo que estava sujeito ao limite da participação dos segurados era a participação total, da patrocinadora, a qualquer título — e reconhece-se que ela se pode dar a vários títulos, ou seja, por várias causas jurídicas.

23.4.4. Ostensivamente distinta a regra agora em vigor, que restringe a limitação à contribuição normal da patrocinadora em relação à dos segurados.

23.5. Acrescente-se que o conceito de contribuição normal é assente, em termos de Direito Previdenciário Privado.

23.5.1. Em sede de Programa Previdencial, o Anexo B da Portaria MPAS/SPC nº 4.858, de 26.11.98, referendada pela Resolução CGPC nº 01, de 11.05.99, distingue, com nitidez, entre, de um lado, as contribuições normais das patrocinadoras e participantes (Códigos nºs 3.1.1.1.01 e 3.1.1.2.01),

“referentes ao custeio normal do plano de benefícios previstas na avaliação atuarial”;

e, de outro, as contribuições amortizantes (Códigos nºs 3.1.1.1.02 e 3.1.1.2.02),

“referentes a serviço passado e/ou déficits técnicos previstos na avaliação atuarial.”

23.5.2. Além disto, cada um dos demais Programas (o Assistencial, o Administrativo e o de Investimentos) tem suas receitas próprias (Códigos 4.1.1.1 e 4.1.2, 5.1.1, 5.1.2 e 5.1.3 e 6.1).

23.5.3. Anote-se que a legislação, complementar à CF, projetada, e em tramitação no Congresso Nacional, faz bem a diferença entre as contribuições normais e as extraordinárias.

23.5.3.1. Assim o art. 19, parágrafo único, I e II, do PLP 19/99 PLC 63/99, define as contribuições destinadas à constituição de reservas para o fim de prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário:

“Parágrafo único. As contribuições referidas no ‘caput’ classificam-se em:

I — normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II — extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de ‘déficits’, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.”

23.5.4. Por sua vez, o Projeto de Lei Complementar PLP 08/99, da Câmara (cf. art. 202, §§ 3º a 6º da CF), específico para as relações entre as EFPPs patrocinadas pelos entes governamentais, e estes, e às quais se aplica a Lei Complementar Geral antes referida (art. 22º) é claro em reiterar que o limite paritário é o da contribuição normal, e quanto ao custeio dos benefícios, conforme se vê no art. 6º, e §§.

24. Em caso de alguma divergência de entendimento, entre a SPC e a EFPP, em qualquer das duas áreas (ajustamento de ativos e paridade contributiva), haverá de, antecedendo qualquer tipo de providência administrativa, se dar prazo à entidade, para justificar seu posicionamento e produzir prova, com absoluto respeito ao devido processo legal, nos completos termos da Lei nº 9.784/99; e, só após, poderá haver a deliberação definitiva do MPAS.

24.1. Qualquer procedimento diverso afronta a garantia do due process of law, inscrito no art. 5º, LIV, da CF, e já amplamente analisado neste estudo.

24.2. Especificamente quanto à intervenção, lembremos que essa, pelos princípios gerais de direito; pela própria dicção do art. 6º da EC 20/98 e pelas regras do Direito Previdenciário Privado, é penalidade de extrema gravidade, que só é passível de inflicção após o ensejo de audiência, e o franqueamento dos demais expedientes legalmente garantidos, às pessoas jurídicas interessadas, que a intervenção atinge.

24.3. Em verdade, cabe, dada a complexidade da matéria, que preceda um período de orientação e de diálogo entre a SPC e a EFPP, para que haja oportunidade de convergência na inteligência e na aplicação quanto às regras jurídicas em jogo.

25. Permito-me, outrossim, grifar que as presentes observações são feitas com ressalva dos questionamentos sobre eventuais aspectos de inconstitucionalidade da própria Emenda.

C) A POSTURA DA PRECE

26. A adequação, pela PRECE, de sua situação aos mandamentos da EC nº 20/98 deram-se, pelo que se depreende dos elementos de que dispomos, dentro da linha de entendimento desenvolvida anteriormente, em consonância com a legislação de regência.

Rio de Janeiro, 23 de abril de 2001

Sergio de Andréa Ferreira

Consultor Jurídico Externo

OAB-RJ nº 79.890 (OAB-GB nº 11.417)