68. O direito adquirido e a Resolução CGPAR nº 25

Sebastião Bergamini Junior (*)[1]

A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (item XXXVI, Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil)

Este artigo tem o objetivo de avaliar a determinação da CGPAR no sentido de desvincular o pagamento dos benefícios aos assistidos do Plano Básico de Benefícios – PBB do reajuste salarial dos participantes ativos. Esta análise preliminar é feita à luz do direito adquirido e do ato jurídico perfeito e suplementa o artigo "Resolução CGPAR e a paridade de benefícios", publicada na Coluna Previdenciária nº 64 do jornal APALAVRA nº 226, de setembro de 2020, disponível em www.apa.org.br/publicacoes.

1. Direito Adquirido e Ato Jurídico Perfeito

A validade de um negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei. Cumpridos estes requisitos temos um ato jurídico perfeito, ou seja, aquele já realizado, acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, por ter preenchidos os requisitos legais para gerar a plenitude de seus efeitos. Sua importância para o Direito é a proteção dada à pessoa da imutabilidade da situação jurídica. O conceito de direito adquirido tem por fundamento o Princípio da Segurança Jurídica, tornando o ato jurídico protegido de futuras mudanças legislativas. A efetiva adesão a este Princípio é uma das bases da preservação da ordem social e econômica de um país civilizado.

2. Resolução CGPAR nº 25

Em 6/12/2018 a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União - CGPAR emitiu a Resolução nº 25 estabelecendo diretrizes para as empresas estatais patrocinadores de planos de benefícios de previdência complementar. No Artigo 4º desta Resolução estão elencadas as alterações que devem ser promovidas nos regulamentos dos planos de benefícios mantidos pelas empresas estatais, se destacando para esta análise aquelas que determinam, respectivamente, a desvinculação do reajuste dos benefícios dos assistidos do reajuste concedido pelo patrocinador aos seus empregados; e a vinculação do reajuste dos benefícios dos assistidos a um índice de atualização monetária, que passaria a ser o "índice do plano" (incisos V e VI do Artigo 4º).

A implementação das duas medidas acima, se adotada, provavelmente implicarão na provável redução do valor dos benefícios auferidos pelos assistidos do PBB, como o passado recente denota: nos últimos dez anos o reajuste acumulado dos salários dos participantes ativos foi de 86,3%, enquanto o Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA teve variação de 72,1% no mesmo período. A diferença de 8,23% em dez anos constituiu um ganho real que foi repassado aos benefícios previdenciários dos assistidos, conforme determinado no Artigo 38 do Regulamento do PBB, salientando que esta regra existe desde a criação do Plano há 47 anos.

A Resolução CGPAR nº 25 tem em seu bojo dois aspectos polêmicos: a validade da aplicação de uma medida infraconstitucional que, em tese, fere o direito adquirido de beneficiários das entidades fechadas de previdência complementar – EFPC; e a validade na aplicação de uma determinação exarada por uma comissão governamental sobre a gestão interna de uma EFPC, que é uma organização de direito privado. Estes pontos provocaram o recente ingresso, como interveniente indireto neste processo, do Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, que é o órgão regulador das EFPC.

3. Resolução CNPC nº 40

Em 31/03/2021 o CNPC emitiu a Resolução nº 40, publicada no DOU em 26/04/2021 e com vigência a partir de 01/05/2021, dispondo sobre normas e procedimentos para a formalização de processos de estatutos, regulamentos de planos de benefícios, convênios de adesão e suas

[1] Aposentado do BNDES, certificado pela ANBIMA e pelo ICSS. As opiniões emitidas pelo autor são de sua responsabilidade e não representam a posição oficial da APA- Associação dos Participantes da FAPES.

alterações. Note que esta Resolução teve o objetivo de respaldar as determinações contidas na Resolução CGPAR nº 25, embora não fosse esse a sua finalidade declarada.

A Resolução CNPC nº 40 inovou enormemente ao dispor, no parágrafo 2º do Artigo 4º, que o critério de atualização dos benefícios poderá ser modificado, inclusive para benefícios concedidos (grifos nossos), mediante quatro requisitos: (I) elaboração de estudo técnico que demonstre a necessidade de mudança de critério de atualização, bem como a adequação econômica, financeira e atuarial do índice proposto; (II) ampla divulgação aos participantes e assistidos, com antecedência mínima de cento e oitenta dias do envio da proposta ao órgão estatutário competente da EFPC; (III) aprovação do órgão estatutário competente da EFPC; e (IV) autorização do órgão da Superintendência Nacional de Previdência Complementar.

4. Fundamentos decisórios

As duas Resoluções são disposições infraconstitucionais que, em tese, violam o preceito constitucional do direito adquirido dos participantes dos planos de benefícios com relação à manutenção da paridade de seu benefício com o aumento salarial do participante ativo. No caso do PBB apresenta ainda "inconvenientes" legais: sua aplicabilidade a futuros deferimentos de benefícios aos atuais participantes ativos que pode ser legalmente defensável sob o argumento da existência de expectativa de direito, mas que carece de legitimidade por constituir indesejável discriminação contra este grupo de beneficiários do Plano. Por outro lado, a extensão de sua aplicabilidade aos assistidos constitui clara revogação de um direito adquirido, o que em tese tornam ilegais os termos desta revogação constantes das ditas Resoluções. Note que tal ilegalidade surge ao serem incluídos também os benefícios concedidos e só não é mais flagrante na Resolução CNPC nº 40, a qual determina que o critério de atualização "poderá ser modificado", numa orientação que transfere o ônus de uma decisão possivelmente ilegal para o "órgão estatutário competente".

No PBB a previsão de desvinculação da atualização do benefício do assistido com relação ao reajuste salarial do participante ativo entrou no dia 1º de junho na fase de ampla divulgação aos participantes ativos e assistidos pelo prazo de 180 dias. Esta divulgação tem o objetivo de embasar amplo debate, o qual deve ser realizado no âmbito da Mesa FAPES, salientando que o órgão estatutário competente para deliberar sobre o assunto é o Conselho Deliberativo da FAPES. Este Colegiado está numa situação delicada, pois nos termos da Resolução CNPC nº 40 terá o ônus de decidir sobre o tema, assumindo correspondentes responsabilidades civis objetivas dela decorrentes.

5. Questões que remanescem

O embasamento desta decisão será polêmico e uma adequada apreciação técnica depende da avaliação de fundamentos jurídicos e técnicos que esclareçam, de forma cabal, dúvidas cruciais como: (1) uma avaliação jurídica pode comprovar que a "paridade salarial entre ativos e inativos" constitui o mesmo instituto de "reajuste de benefícios", estando sujeito às determinações contidas na Resolução CGPAR nº 25? (2) uma avaliação jurídica pode demonstrar, de forma indiscutível, que a alteração do critério de atualização dos benefícios é constitucional? (3) um estudo técnico prospectivo, conforme exigido no item III do parágrafo 2º do Artigo 4º da Resolução CNPC nº 40, poderá demonstrar, sem sombras de dúvidas, a efetiva necessidade de mudança de critério de atualização dos benefícios? (4) na medida em que a Resolução CNPC nº 40 não determina a alteração do critério de atualização do benefício, mas a coloca como sendo possível de ser feita (parágrafo 2º do Artigo 4º, grifado acima), existirá autonomia administrativa suficiente da Fundação, que é uma entidade de direito privado, para formar juízo de forma estritamente técnica, imparcial e independente, tomando uma decisão sem interferências espúrias?

O prazo de cento e oitenta dias começou a fluir e novos elementos serão adicionados para o exame dos beneficiários do Plano e dos patrocinadores do Plano. Este prazo parece ser suficiente para se obter os elementos técnicos essenciais para fundamentar uma boa decisão por parte da Administração da FAPES.

(*) Publicado na Coluna Previdenciária - jornal APAlavra nº 233, de 31.05.2021.