

Por Laís Guerra (*)



Reflexões sobre a autonomia da vontade e a regulação normativa

No dia 1º de junho deste ano, foi promulgado o Decreto nº 11.543[1], que instituiu grupo de trabalho com a finalidade de elaborar propostas de revisão da regulação do segmento fechado de previdência complementar. E dentre os assuntos na pauta estão a retirada de patrocínio e rescisão unilateral de convênio de adesão.

Os especialistas do setor veem esta iniciativa sob uma ótica positiva[2], de modo que se revela uma oportunidade para simplificar a regulamentação, descentralizando a fiscalização e concedendo mais autonomia aos entes privados para negociarem entre si.

De um lado a autonomia privada deve ser preservada para que as partes envolvidas no negócio jurídico (Entidade Fechada de Previdência Complementar, participantes e, em alguns casos, a

Patrocinadora) tenham mais liberdade para escolher os rumos da entidade e dos planos de benefícios de acordo com suas particularidades.

Por outro lado, a atuação do Estado também deve ser observada para que os seus deveres de fiscalizar, fomentar, supervisionar, garantir padrões de segurança econômico-financeiro e atuarial, proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios, possam ser exercidos - conforme artigo 3ª da LC 109/2001.[3]

Neste cenário é possível perceber a existência de duas forças: autonomia privada e a regulação normativa.

Para compreender um pouco melhor a regulamentação normativa é importante contextualizar este conceito com a hierarquia das normas jurídicas. Segundo Hans Kelsen existe uma hierarquia entre as normas, que é ilustrada por meio de uma pirâmide. No topo está a norma com maior força, seguida pelas demais que devem ser aplicadas, validando a norma superior.

Segundo essa lógica, a hierarquia de normas no Brasil pode ser ilustrada pela pirâmide: i) Constituição Federal, ii) Emendas Constitucionais, iii) Leis Complementares, iv) Leis Ordinárias e Medidas Provisórias, v) Decretos, vi) Resoluções, Instruções Normativas, Portarias.

Ainda segundo Hans Kelsen, no positivismo jurídico “somente o direito posto por seres humanos é direito positivo, não havendo normas justas ou injustas, mas válidas ou inválidas”. Em outros termos, o direito é visto como uma ciência exata, de onde as normas são apenas aquelas postas em lei.

Já a autonomia privada, se manifesta no mundo jurídico pela autonomia da vontade das partes, que são livres para dispor sobre seus interesses por meio de negócios jurídicos, geralmente formalizados por contratos - principal fonte de obrigações entre as partes.

A autonomia privada não é ilimitada e ela deve ser exercida observando as restrições previstas no próprio ordenamento jurídico, como por exemplo a proibição de negociar objeto ilícito, proteção à dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Interpretando essas duas forças, sob a ótica dos modelos de ordenamento jurídicos *commom law* e o *civil law*, exsurge uma reflexão interessante.

Resumidamente, o *commom law* é o sistema de justiça cuja fonte primária do Direito são as decisões judiciais e acolhe as leis como fonte do Direito. Enquanto no *civil law* a lei escrita é a fonte primária do Direito e atribui à vontade a função de fonte normativa.

No Brasil, chamamos o conjunto de decisões judiciais de jurisprudência. Estas decisões são proferidas pelos desembargadores ou ministros que as elaboram interpretando e aplicando as leis.

Atualmente, o Brasil se encontra em um movimento de convergência entre os modelos acima.[4] Isto porque, mesmo sendo um país em que há uma ampla gama de fontes escritas do direito (Leis, Decretos, Instruções Normativas), estas fontes são utilizadas pelos operadores do Direito e os julgadores. Os julgadores, por sua vez, interpretam as referidas normas e são materializadas por meio das decisões judiciais, com força normativa.

Vale observar que as decisões judiciais, mesmo que inicialmente tenham validade somente entre as partes do processo, também podem ser utilizadas como referência (precedentes) para fundamentar futuras decisões de casos semelhantes. Ou seja, no Brasil, as decisões judiciais também possuem o caráter de fonte do Direito.

No que diz respeito à retirada de patrocínio e rescisão unilateral do convênio de adesão, é possível perceber a importância do trabalho a ser desenvolvido pelo grupo de trabalho iniciado sob a ótica das forças entre autonomia da vontade e a regulação normativa, bem como sob a perspectiva do

commom law e civil law.

É salutar ter em mente a conciliação dos interesses entre os patrocinadores, entidade e participantes, pois eles são os particulares que se valeram da sua autonomia. Observando as leis positivadas para celebrar o contrato previdenciário.

O contrato previdenciário é, em regra, um contrato de longa duração, pois tem por fim chegar ao benefício de aposentadoria. Essa característica do contrato traz implicações que podem não ser previsíveis desde o início. Afinal, quem tem o conhecimento de todos os possíveis eventos que podem acontecer durante um contrato de 20, 30, 40 anos? E mais, durante este longo contrato tanto as leis quanto a jurisprudência podem ser alteradas e/ou atualizadas.

Embora a Lei Complementar 109/2001 preveja a possibilidade dos institutos da retirada de patrocínio e a rescisão unilateral do contrato (direito já positivado), a regulamentação desses institutos fica a cargo das normas infralegais. E é neste momento que pode acontecer a sinergia entre os modelos de justiça.

Por um lado, a ausência de regulamentação pode gerar insegurança às partes que, sabendo da existência do direito, não sabem ao certo qual caminho seguir para exercê-lo. Por outro lado, a regulamentação pormenorizada pode significar um ponto negativo para as pessoas que estão avaliando celebrar o contrato, que ao conhecer as minúcias se sentem repelidos.

Independente de qual caminho seguir, se ocorrer algum evento não previsível durante o contrato previdenciário, ou se a lei não for clara sobre qual caminho deve ser adotado diante eventual conflito, há grande chance de a situação chegar ao judiciário.

Os debates sobre estes institutos são importantes pois propõem fazer uma reflexão sobre as implicações da desregulamentação, levando em consideração que a vontade das partes deve ser preservada de modo a não fomentar ainda mais a judicialização.

A reestruturação da regulamentação é uma oportunidade para buscar o equilíbrio dos modelos de justiça, observando a lei posta e evitando a proliferação de decisões judiciais que podem ser conflitantes, já que podem comportar diferentes interpretações pelos operadores do direito.

[1] Decreto nº 11.543 de 1º de junho de 2023.

[2] Vide:

<https://blog.abrapp.org.br/blog/artigo-grupo-que-analisa-normas-de-fundos-de-pensao-e-oportunidade-para-rever-leis-por-flavio-martins-rodrigues-e-larissa-vieira-bosco/>

<https://blog.abrapp.org.br/blog/momento-impar-para-desonerar-simplificar-e-fomentar-por-jarbas-antonio-de-biagi/>

[3] Lei Complementar nº 109 de 29 de maio de 2001.

[4] Precedentes Judiciais Vinculantes. Potencialidades e desafios. Cauã Baptista Pereira de Resende. Editora Dialética. 2020.

(*) **Laís Guerra** é advogada e membro do Grupo de Privacidade da Previdência Usiminas. Atuante no ramo da previdência complementar (EFPC) desde 2019. Membro das Comissões de Direito Securitário e Previdência Complementar, Direito para Startup e Mediação da OAB/MG. Faz atualização em Previdência Complementar pelo ICDS desde 2023, Especialista em Mediação e Solução de Conflitos pela PUC Minas, Mestre em Direito Público pela Fumec e Pós-graduada em Direito Ambiental pela UNA.

27.07.2023