



PUC • SP
COGEAE
EDUCAÇÃO CONTÍNUA
DESDE 1983



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

COGEAE – PUC/SP

RICHARD FLOR

CONTRATO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR PRIVADO

SÃO PAULO

2015



PUC • SP
COGEAE
EDUCAÇÃO CONTINUADA
DESDE 1983



RICHARD FLOR

CONTRATO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR PRIVADO

Monografia entregue à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Contratual, sob orientação da Profa. Dra. Sandra Ligian Nerling Konrad

SÃO PAULO

2015



RESUMO

O presente trabalho aborda o contrato previdenciário complementar privado, tema de grande relevância, considerando a situação fática em que se encontra a previdência social, como também a insegurança econômica decorrente da diminuição da capacidade laboral e financeira com o passar dos anos, evidenciando-se a importância de programas de educação financeira e previdenciária focados à necessidade da congregação de esforços entre o Estado e a sociedade civil para a prospecção de se garantir ao indivíduo que entra na inatividade a manutenção de padrão de vida equivalente ao que se tinha enquanto inserto no mercado trabalho, demonstrando, através da análise da legislação pertinente, dos agentes envolvidos, dos elementos contratuais, dos princípios norteadores e das características da relação, o fundamental respeito ao contrato previdenciário de modo a permitir e assegurar a consecução de sua finalidade. É nesse sentido que a abordagem de considerações históricas com o registro da legislação pátria aplicável à previdência complementar, tanto para entidades abertas como fechadas mereceram destaques de modo a permitir o balizamento do tema estudado, em que se buscou trazer também as questões relacionadas ao contrato previdenciário com suas peculiaridades em relação aos atores dessa relação jurídica e suas características, enumerando-as e destacando suas especificidades diante do assentamento constitucional, dada a sua contratualidade e complementariedade, autonomia em relação a previdenciária social e a facultatividade da adesão junto ao sistema complementar privado, mediante obediência ao custeio e o equilíbrio atuarial do plano previdenciário, obedecendo sempre a transparência e informação ao público alvo, sem esquecer da mutabilidade contratual com o respeito ao direito adquirido do participante, e ainda, dos princípios da função social e boa-fé que se encontram insertos na criação do liame contratual existente sob o enfoque legal e fático, com o temperamento protecionista da legislação específica, antecedente ao próprio Código de Defesa do Consumidor, com a análise, inclusive, de sua aplicação específica.

Palavras chave: CONTRATO PREVIDENCIÁRIO. COMPLEMENTAR PRIVADO.



ABSTRACT

This paper discusses the complementary private pension contract, highly relevant topic, considering the very factual situation that is social security as well as economic insecurity due to lower labor and financial capacity over the years, indicating the importance of need for financial and social security education programs allying the pooling of efforts between the state and civil society for the exploration of ensuring the individual entering the downtime to maintenance standard of living equivalent to that had as insert in the labor market demonstrating, through the analysis of relevant legislation, of the agents involved, the contractual elements of the guiding principles and relationship characteristics, the fundamental respect for the pension contract in order to enable and ensure the achievement of its purpose. That is why the approach of historical considerations with the registration of country legislation applicable to the pension for both public companies and closed deserved highlights in order to allow the issue of marking studied, which sought often bring also the issues related to social security agreement with its peculiarities in relation to the actors of this legal relationship and their characteristics. Applying the same supplementary pension, he tried to enumerate them with their specific before the constitutional settlement given its contractuality and complementarity, autonomy from social welfare and facultativity of accession with the complementary private system by obedience to funding and the actuarial balance of the pension plan, always obeying the transparency and information to the target audience. Without forgetting the contractual mutability with respect vested right to the participant, and also of the principles of social function and good faith who are inserts in the creation of the contractual bond under the legal and factual approach, with protectionist temperament of the specific legislation, prior to own the Consumer Protection Code, the analysis even of your specific application.

Keywords: SOCIAL SECURITY AGREEMENT. ADDITIONAL PRIVATE



SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 PREVIDÊNCIA PRIVADA	
2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E MARCOS REGULATÓRIOS.....	8
2.1 O CONTRATO.....	18
2.1.1 FIGURAS.....	20
2.1.2 CARACTERÍSTICAS.....	23
3 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	
3.1 CARACATERISTICAS E PRINCÍPIOS PRÓPRIOS.....	28
3.1.1 COMPLEMENTARIEDADE.....	29
3.1.2 AUTONOMIA EM RELAÇÃO À PREVIDÊNCIA OFICIAL.....	30
3.1.3 FACULTATIVIDADE.....	34
3.1.4 CUSTEIO E EQUILÍBRIO ATUARIAL.....	37
3.1.5 TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO.....	40
3.1.6 CONTRATUALIDADE.....	43
3.1.7 ADESÃO.....	45
3.2 MUTABILIDADE CONTRATUAL E DIREITO ADQUIRIDO.....	49
3.3 PRINCÍPIOS	
3.3.1 FUNÇÃO SOCIAL.....	54
3.3.2 BOA FÉ.....	57
3.4 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	60
4 CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS.....	70



1 INTRODUÇÃO

O sistema previdenciário viabiliza a prevenção, sobretudo sob o aspecto econômico-financeiro, de determinadas situações ou transtornos sociais indesejados para o indivíduo na terceira idade, através da proteção de iniciativa Estatal ou Privada, assegurando-se, quando não mais presente a força de trabalho hábil a manter o nível e qualidade de vida semelhante ao da vida laboral ativa.

No Brasil, o regime previdenciário oficial é obrigatório para todos os trabalhadores, seja na iniciativa privada (regime geral), seja no setor público (regime próprio).

A previdência privada, que se subdivide em aberta e fechada, no entanto, é de caráter complementar e autônomo em relação ao regime oficial, sendo de adesão voluntária e facultativa, como assentado constitucionalmente.

Ou seja, depende de expressa manifestação de vontade do pretendido participante para que este passe efetivamente a integrar o regime, celebrando o contrato previdenciário que se aperfeiçoará com a concessão do benefício, quando reunidas as condições de elegibilidade previstas em norma regulamentar específica, diante da obediência das normas aplicáveis ao contrato previdenciário ora em foco.

Talvez por esta razão, já que a inércia é inerente ao ser humano, a previdência privada não receba a merecida atenção. Afinal, em linhas gerais, não está em nossa cultura a preocupação com situações futuras e incertas.

E é aí que a previdência privada ganha grande relevância em termos de desenvolvimento social, pois busca promover e despertar o interesse dos indivíduos para a necessidade de uma educação financeira e previdenciária, capacitando-os para planejar e estruturar suas finanças para o futuro, com vistas a garantir a manutenção do padrão de vida vivenciado na ativa, e, coletivamente, a convivência equilibrada e harmoniosa entre todos os atores sociais (jovens, velhos, enfermos, ativos e inativos, etc...) de modo a não deixá-los ao desalento social ou até mesmo familiar.

Como será visto, no entanto, o sucesso desse mecanismo de proteção social, voluntário e contributivo, sobretudo para as entidades fechadas de previdência complementar, que não possuem finalidade lucrativa, depende de estrita observância



das cláusulas regulamentares que compõem o contrato previdenciário de modo a garantir a sua própria existência e efetividade, sendo este o ponto crucial do presente estudo, que abordará os liames dessa relação jurídica, passível de modificação ao longo do tempo, sem prejuízo de se obedecer o direito adquirido do participante, dada a própria transparência e informação sempre observadas com o foco de se resguardar não só custeio integral do benefício contratado como ainda do equilíbrio atuarial do plano previdenciário administrado por entidades de previdência complementar, abertas ou fechadas.

Esta análise será feita à luz da legislação específica aplicada à relação havida entre a entidade de previdência privada (aberta ou fechada) e o participante, tendo em conta ainda os limites da observância do Código de Defesa do Consumidor.



2 PREVIDÊNCIA PRIVADA

2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E MARCOS REGULATÓRIOS

Como mencionado, a previdência constitui precaução ou cautela em relação a algo a que todos nós estamos sujeitos, pois, com o passar dos anos ficamos mais expostos aos infortúnios que podem causar a morte ou invalidez, como bem ressaltam Betty Lilian Chan, Fabiana Lopes da Silva e Gilberto de Andrade Martins:

Moreira e Lustosa (1977, p. 15) lembram que “A História da Humanidade descreve os homens, através dos tempos, reunidos em grupos (tribos, clãs, sociedade), para mais adequadamente se protegerem. Em qualquer desses grupos pode ser vista sempre uma forma de amparo”. A previdência foi apenas mais um dos instrumentos criados pelo homem para amenizar as adversidades inesperadas e promover tranquilidade num período em que a sua capacidade laboral é limitada.¹

Identifica-se, pois, que em seu nascedouro a proteção coletiva viabilizou a segurança contra todo o tipo de agressor, tanto provenientes da natureza como contra grupos antagônicos, justificativas mais do que sensatas para a busca no conjunto a proteção individual.

Tais fatores endógenos (situações adversas inter-relacionais de grupos *latu sensu*) e exógenos (problemas da natureza) propiciaram a constatação de que através da solidariedade e do mutualismo² podem ser construídas fortes barreiras que podem proteger coletivamente os indivíduos de determinado grupo contra infortúnios de todas as espécies.

Oportuno, pois, destacar o que Luis Carlos Cazetta anota:

¹ MOREIRA; LUSTOSA apud CHAN, Betty Lilian; SILVA, Fabiana Lopes da; MARTINS, Gilberto de Andrade. **Fundamentos da Previdência complementar**: da atuária à contabilidade. São Paulo: Atlas; FIECAFI/USP, 2006, p. 1.

² CAZETTA, Luis Carlos. **Previdência privada**: o regime jurídico das entidades fechadas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 116.



Tanto as entidades quanto os planos de benefícios resultam de atos de vontade unilateral do patrocinador, que estabelece em favor de universo fechado de possíveis interessados (os seus empregados, em regra) elenco de benefícios que a eles poderão ser atribuídos, se e quando manifestarem vontade de aderir ao regime de custeio e de outorga e gozo desses mesmos benefícios. Por sua iniciativa, o patrocinador nada aufere no âmbito da relação contratual. Frui, apenas, os resultados positivos da maior satisfação daqueles com quem se relaciona por vínculo trabalhista ou associativo. Ocorre que esse ganho intangível não se materializa no âmbito do contrato, não constituindo, por isso mesmo, elemento capaz de alterar a natureza graciosa da transferência de riqueza a que correspondem as suas contribuições, realizadas sem contraprestação econômica no âmbito de execução do contrato. Essas disposições gratuitas realizadas pelo patrocinador concretizam-se sob a forma de transferência de riqueza a terceira pessoa, a entidade fechada de previdência, que, constituída especificamente para tanto, assume, sem finalidade econômica própria, o encargo de recolher daqueles que se interessarem pela fruição dos benefícios de natureza complementar as contribuições deles exigíveis (quando devem contribuir), promovendo a administração dos recursos arrecadados e dando execução aos planos de benefícios, mediante a atribuição de direitos previdenciários aos que implementam as respectivas condições de gozo”. Por esta razão é que, mais adiante, o autor, diferenciando entidades fechadas de entidades abertas de previdência complementar, diz que “embora também se encarreguem da quantificação atuarial dos custos dos benefícios dos planos que operam, mediante o uso de metodologias e critérios definidos, monitorados e fiscalizados por órgãos governamentais, diversamente do que ocorre com as entidades abertas e seguradoras, não assumem compromissos que denotem a substituição de riscos, uma vez que a execução exata dos planos que administram presume (i) o equilíbrio entre a atribuição de benefícios e o respectivo custeio, sob pena de necessária reformulação de suas características; (ii) o efetivo aporte de contribuições, normais e extraordinárias, e (iii) a adequada evolução patrimonial dos direitos e obrigações correspondentes a cada plano. Não há, nessa espécie de atuação previdenciária, a toda evidência, a substituição, pela entidade fechada, da titularidade dos riscos próprios aos benefícios assegurados, cuja consecução permanece na dependência do concurso da patrocinadora e dos participantes, no regime de cotizações de encargos (distribuição dos respectivos custos entre os patrocinadores e os participantes dos planos, nos casos desses últimos por meio de mecanismos técnico-jurídicos que os especialistas denominam mutualismo).³

Nesse sentido, Dante Scolari e Carlos Alberto Pereira da Silva idealizaram a previdência:

Incapazes de produzir tudo o que necessitavam os homens entenderam que deviam viver em comunidades. Inicialmente associaram-se na busca de proteção mútua contra os elementos agressores da natureza ou contra grupos antagônicos. Eram movidos pelo princípio da solidariedade, que foi a

³ CAZETTA, 2006, p. 116



base da construção dos regimes de cobertura das contingências sociais (fome, doença, velhice, cargas familiares, morte, situações imprevisíveis e guerras). A poupança individual é a mais rudimentar forma de cobertura dessas contingências, mas não se pode dizer que a origem da previdência social tenha como marco inicial o estoque de alimentos para consumir no dia seguinte. Isso é apenas poupança na sua forma rudimentar por excelência. A previdência social, embora ligada à ideia de poupança, não é um mero sistema de acumulação de reserva para o dia de amanhã, pois tem como pano de fundo o princípio universal da solidariedade entre os homens.⁴

Do que se vê, a preocupação com as vicissitudes da vida se apresenta como força motriz desde os tempos remotos, a possibilitar que o homem, individual ou coletivamente, adapte suas atitudes de modo a diminuir os efeitos de todas aquelas adversidades enfrentadas, doenças, fome, velhice, desemprego, entre outros.

Atento a essa sistemática de mutualismo e solidariedade, o sistema previdenciário brasileiro desenvolveu-se sob o foco de uma estrutura tripartite, combinante entre a iniciativa estatal e a privada, pois, o próprio Estado, pautada na premissa do atendimento básico aos mais carentes, abrindo-se um campo privado ao acolhimento das expectativas que o extrapolem, mesmo que de reconhecida relevância do próprio ente estatal.⁵⁶

Sobre esse aspecto Paola Olivelli e Roberto Pessi afirmam:

Em outras palavras, que desejam fazer uma especificação subsequente, que foi realçado a existência de um sistema constituído por vários círculos concêntricos; os primeiros círculos que tocam em três tipos de necessidades

⁴ TOMASINI, Andrea. **Manual do Conselheiro das entidades fechadas de previdência complementar**. Brasília: Ceres Fundação de Seguridade Social, 2010, p. 15.

⁵ MESSINA, Roberto Eiras. **Lei da previdência complementar anotada**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15

⁶ “(...) In altre parole, volendo operare una successiva specificazione, è stata evidenziata l’esistenza di un sistema costituito da più cerchi concentrici; i primi cerchi toccano tre tipologie di bisogni socialmente rilevanti: a) il bisogno, soggettivamente esistente ed oggettivamente accertato, del c.d. minimo vitale, riferito e riferibile a tutti i cittadini; b) il bisogno, soggettivamente esistente ed oggettivamente accertato, di un trattamento minimo per un’esistenza libera e dignitosa, riferito e riferibile a tutti i lavoratori; c) il bisogno presunto del mantenimento del tenore di vita raggiunto durante l’occupazione, riferito e riferibile a tutti i lavoratori (pensioni retributiva). In passato, come già si è detto, questi tre cerchi sono stati spesso occupati dalla previdenza pubblica; anche là dove questa occupazione non era integrale il sistema si poneva in tensione per occuparli; ora, al contrario, il sistema dichiara esplicitamente di voler ridurre la propria presenza nel terzo cerchio, ritenendo che la miglior utilizzazione delle risorse disponibili si realizzi perfezionando gli standards e, quindi, ampliando il diametro dei primi due cerchi.” OLIVELLI, Paola; PESSI, Roberto. **La previdenza complementare nella Comunità Europea**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 23.



socialmente fundamentais: a) a necessidade, as actuais subjetiva e objetivamente avaliada, o cd mínimo de subsistência, e supostamente se refere a todos os cidadãos; b) A necessidade, existente subjetiva e objetivamente avaliada, de uma pensão mínima para uma livre e digna, referido e refere-se a todos os trabalhadores; c) a alegada necessidade de manter padrões de vida alcançadas durante a ocupação, relatados e refere-se a todos os trabalhadores (pagamento de pensões). No passado, tal como já foi dito, estes três círculos foram muitas vezes ocupado por o bem-estar geral; mesmo que esta ocupação não era todo o sistema é colocado em tensão para preenchê-las; Agora, pelo contrário, o sistema de manifestar expressamente a sua vontade de reduzir a sua presença no terceiro círculo, acreditando que o melhor uso do recurso disponível é realizado através da melhoria das normas e, assim, expandir o diâmetro dos dois primeiros círculos. (tradução nossa)

A primeira figura de relevância social, corresponde ao regime geral de previdência social, representada pelo INSS (autarquia de direito público) com a premissa de uma filiação obrigatória para todos os trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, consoante regras de financiamento e concessão devidamente normatizadas no artigo 201 da Constituição Federal de 1988, como ainda nas Leis nº 8.212/91 (custeio da seguridade social) e da Lei nº 8.213/91 (benefícios da seguridade social).

Há também o regime próprio, específico para os servidores públicos titulares de cargo efetivo, tendo regras não só de funcionamento como características expressas no artigo 40 da Constituição Federal e em leis específicas.

E, por fim, vê-se a terceira figura, correspondente às entidades de previdência complementar, norteadas em regras privadas, através de liame contratual em face de participante, tendo como cerne deste trabalho o próprio contrato previdenciário originário.

Referida relação tem por base o artigo 202 da Constituição Federal/88, com sua redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e regulamentada pelas Leis Complementares 108 e 109, de 2001.

Afigura-se, pois, o tripé previdenciário brasileiro, composto pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de caráter obrigatório, pelo Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), destinado aos servidores públicos, e pela Previdência Complementar (aberta e fechada), com seu caráter facultativo, para os trabalhadores



cuja capacidade de poupar possa extrapolar a previdência social⁷, inclusive no regime próprio, a exemplo da Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais, criada pela Lei 12.618, de 30 de abril de 2012, contribuindo para a desoneração do RPPS e, por consequência, da sociedade.

Diversas são as diferenças entre os regimes previdenciários público e privado, podendo-se, de pronto, destacar que o primeiro, por ser obrigatório, é custeado por contribuições de toda a sociedade, em regime de caixa ou de repartição simples, visando a formação de renda destinada àqueles autorizados pela Lei. Trata-se de um pacto de solidariedade entre toda a sociedade e entre gerações, pois as contribuições vertidas destinam-se imediatamente ao pagamento dos benefícios vigentes, como ensina Adacir Reis:

No regime geral de previdência social há o que os especialistas chamam de “pacto entre gerações”, ou seja, os atuais trabalhadores ativos e os empregados recolhem contribuições previdenciárias que são aproveitadas para o imediato pagamento de benefícios dos atuais aposentados, daí se falar num regime financeiro de caixa ou de repartição simples.⁸

Decorre dessa sistemática a crise que o sistema previdenciário, tanto no Brasil como em outros Países, vem enfrentando, como destaca Ricardo Cesari:

“[...] em um Estado social moderno, a finalidade assistencial não pode ser abandonada, mas deve resultar em ajudar o Estado a libertar o cidadão e não como uma situação genérica de necessidade, mas a partir de uma situação real de pobreza, que determina onde há “incapacidade para o trabalho” e, portanto, não têm “o necessário para viver”. Os custos da assistência social, dado seu objetivo de redistribuição de renda em favor dos menos afortunados, só pode ser suportado pelos impostos, com o concurso de todos os cidadãos, “em razão de sua capacidade contributiva” (art. 53 da Constituição). Ao mesmo tempo, o fim da proteção dos trabalhadores de segurança social devem ser prosseguidas, como regra, com critério assecuratório, com proporcional desempenho às contribuições pagas por cada segurado, pelo menos parcialmente anulado e não fez nenhuma

⁷ SILVA, Devanir da. **Fundos de pensão e ABRAPP: histórias de lutas e vitórias: a construção da previdência complementar no Brasil**. São Paulo: ABRAPP, 2014, p. 46.

⁸ REIS, Adacir. **Curso Básico de Previdência complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 17.



melhoria através de seu investimento de longo prazo no mercado financeiro (regime de capitalização).” (tradução nossa)⁹

Diferentemente, a previdência privada tem caráter complementar e autônomo em relação ao regime geral de previdência social, fundamentado na relação civil contratual, fruto de vontade do participante, baseado na constituição prévia de reservas que garantam o benefício contratado a ser concedido no futuro, como preceitua a atual redação do artigo 202 da CF/88:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º Vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicará-se, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

⁹ “[...] in un moderno welfare state il fine assistenziale non può essere abbandonato ma deve tradursi nell’aiuto dello Stato per liberare il Cittadino non da una generic situazione di bisogno ma da una concreta situazione di miseria, che si determina dove c’è “inabilità al lavoro” e quindi mancanza “dei mezzi necessari per vivere”. Il finanziamento dell’assistenza sociale, dato il suo fini di redistribuzione del reddito a favore dei più sfortunati, non può che essere a carico della fiscalità generale (le imposte), col corso di tutti i cittadini “in ragione della loro capacità contributiva” (art. 53 della Costituzione). Nello stesso tempo il fine previdenziale di protezione dei lavoratori deve essere perseguito, di regola, com critério assecutativi, com prestazioni commisurate ai contributi versati da ciascun assicurato, almeno in parte accantonati e fatti fruttare attraverso il loro investimento pluriennale sul mercato finanziario (regime a capitalizzazione).” CESARI, Ricardo. **TRF e fondi pensione**. Società editrice il Mulino. BOLOGNA 2007. p. 23



§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º dest e artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Pois bem, é de se constatar que a previdência complementar é o veículo oferecido àqueles que estejam dispostos a assegurar outra fonte de renda quando na inatividade.

Desta feita que é de suma importância a conscientização acerca da necessidade de se privar do consumo imediato para construir, mês a mês, um planejamento financeiro para o futuro, de tal forma que, num determinado momento planejado, ou ocorrendo o evento morte ou invalidez, encontre-se proteção, ou se possibilite agraciar seus beneficiários, com uma renda adicional ao valor da aposentadoria paga pelo regime geral de previdência social.

Tais premissas, importantíssimas para a finalidade da própria previdência complementar, são esclarecidas por Roberto Eiras Messina da seguinte forma:

O plano de previdência complementar é, pois, um *porto seguro* para o exercício dessa opção de retirada, por parte do trabalhador.

E, bem observado, os recursos acumulados pelo trabalhador, além do auxílio do empregador, que com ele dividiu a percepção da importância da iniciativa, resultam de um esforço de redução de consumo durante a vida laboral. Mesmo sem haver direta correlação entre salário e benefício, considerando até a possibilidade de incremento de contribuições esporádicas, acentua-se esse caráter de renúncia ao consumo imediato, para consumo futuro, sendo certo que se poupa o que se economiza.

Essa circunstância da renúncia ao consumo presente também ocorre quando se cuida da previdência complementar instituída, tratada entre profissionais de uma mesma atividade ou integrantes de uma categoria econômica ou de uma associação. Em todos esses casos, inclusive na previdência aberta, impera o motivo a justificar a renúncia ao consumo: a possibilidade de acumular recursos para custear a existência no porvir.

A renúncia ao consumo implica uma proporção.

[...] Assim, a primeira ideia que remete à *previdência complementar* é, sem dúvida, a de renúncia ao consumo atual. E isso é intuitivo, porquanto não se pode imaginar acumulação sem o esforço inicial de contenção de consumo.¹⁰ (itálico no original)

¹⁰ MESSINA, 2011, p. 18



O acúmulo, portanto, é também a chave da previdência complementar, como destacado em matéria publicada no jornal francês *Le Figaro*:

Por que fazer contribuições para fundos de pensões complementares? Quando um empregado recebe sua pensão completa servido pelo Fundo Nacional de Seguro de Velhice ou o MSA (regime de base), que irá afetar, na melhor das hipóteses, o equivalente a metade de seus melhores salários (a média de seus melhores 25 anos). Fazer contribuições para fundos de pensões complementares podem acumular pontos que, eventualmente, dar origem a uma pensão complementar para além do regime de base de pensões. Para os executivos, os pagamentos previstos pelos fundos adicionais podem ser a parte mais importante da sua futura aposentadoria.¹¹ (tradução nossa)

Oportuno, ademais, destacar que a previdência complementar, conforme atual legislação que se lhe aplica, pode ser representada por entidades de previdência complementar, fechadas ou abertas, podendo estas últimas terem ou não finalidade lucrativa, enquanto que na primeira a ausência de lucratividade é obrigatória.

Pontua-se também as figuras do patrocinador e instituidor, este último como sendo uma pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que oferece aos seus associados ou membros, planos de benefícios de natureza previdenciária, operado por entidades fechadas de previdência complementar, sem finalidade lucrativa, enquanto que o primeiro caracteriza-se por ser uma empresa (o próprio empregador do participante) privada ou estatal, ou o ente público (União, Estados, Distrito Federal ou Município), que patrocina o plano de previdência complementar para seus empregados ou servidores.

¹¹ "Pourquoi cotiser aux caisses de retraite complémentaire? Lorsqu'un salarié bénéficie de sa retraite à taux plein servie par la Caisse nationale d'assurance vieillesse ou la Mutualité sociale agricole (régimes de base), il ne touchera au mieux que l'équivalent de la moitié de ses meilleurs salaires (la moyenne de ses 25 meilleures années). Cotiser aux caisses de retraite complémentaire permet d'accumuler des points qui à terme donnent droit à une retraite complémentaire qui s'ajoute à la pension du régime de base. Pour les cadres, les versements assurés par les caisses complémentaires peuvent être la partie la plus importante de leur future retraite." Acesso em 28 de outubro de 2015. Disponível em <<http://www.lefigaro.fr/retraite/2010/02/19/05004-20100219ARTFIG00641-retraites-complementaires-comment-ca-marche-.php>>



Sabe-se que as entidades fechadas de previdência complementar são também conhecidas como Fundos de Pensão não só no Brasil, como em outros Países¹². São entidades sem finalidade lucrativa, constituídas sob a forma de fundações cíveis como esclarece Adacir Reis, ao destacar que:

O regime de previdência complementar diferencia-se dos demais regimes de previdência em razão da facultatividade, da capitalização de recursos e de sua natureza privada. Tal regime é operado pelas entidades abertas de previdência complementar ou seguradoras, cujos planos são acessíveis a quaisquer pessoas físicas que queiram fazer uma poupança previdenciária, e pelas entidades fechadas de previdência complementar, acessíveis a públicos específicos.¹³

Oportuno destacar que a previdência complementar está em crescente regulamentação, sendo, inclusive, alçada ao nível constitucional, a partir da Emenda Constitucional nº 20, como destaca Luís Carlos Cazetta, ao discorrer sobre o histórico da Previdência Privada no Brasil, identificando seus marcos regulatórios:

Até a edição da Lei n 6.435, de 15 de julho de 1977, o direito brasileiro não dispunha de norma abrangente, de cunho sistemático, destinada a regular relações jurídicas correspondentes a planos de previdência complementar. Antes dela, identificam-se na legislação nacional apenas diplomas esparsos, voltados à regulação de regimes previdenciários embrionários, de alcance limitado, tanto no que diz respeito à extensão de benefícios quanto ao universo de participantes. É o caso das leis que disciplinaram os montepios e as caixas de previdência de determinadas categorias de trabalhadores. Por essa circunstância, material e formalmente, coube à Lei no 6.435, de 1977, estabelecer a estrutura e o regime jurídico daquilo que veio a configurar o primeiro estágio verdadeiramente abrangente do sistema de previdência

¹² “O " fundo de pensão " é uma ferramenta que, portanto, pode e deve ser um pilar com o qual os italianos irão formar a sua própria longevidade. Desde os anos oitenta até hoje os italianos estão acostumados a lidar com títulos públicos, obrigações, títulos de participação e gestão de ativos, tais como os fundos de investimento; a diferença entre eles e as ferramentas principalmente para pensões é, contudo, bastante significativo e requer alguns cuidados, tanto pelo fundo de pensões por parte dos investidores. ”. (tradução nossa). “Il “fondo pensione” è uno strumento che, dunque, può e deve costituire uno dei pilastri con i quali gli italiani costituiranno la propria longevità. Dagli anni Ottanta ad oggi gli italiani sono ormai abituati a confrontarsi con titoli di Stato, obbligazioni, azioni e strumenti del risparmio gestito quali i fondi comuni di investimento; la differenza tra questi e gli strumenti a prevalente destinazione pensionistica è tuttavia del tutto rilevante e richiede alcune cure sia da parte del fondo pensione che da parte dei risparmiatori.”. SORGI, Sergio. FONDI PENSIONI. Perché servono, come funzionano, come sceglierli. MILANO. Studio Allegri-Vaccher. 2009. Pag. 40.

¹³ REIS, 2014, p. 50.



complementar brasileiro, sistema que foi implementado, a partir da Lei, por meio da atuação de entidades constituídas com o fim específico de operar planos de benefícios previdenciário.

Com esse objeto, a Lei nº 6.435, de 1971, vigorou, com pequenas alterações, por mais de vinte anos, somente vindo a ser revogada pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, editada em atendimento à exigência veiculada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.¹⁴

Oportuno também destacar os apontamentos de Andrea Tomasini e Manoel Moacir Costa Macedo:

Embora se registre historicamente a criação de Montepios e caixas de Previdência desde a época do império, a Lei n.6.435, de 15 de julho de 1977, cujo objetivo era tratar das chamadas “entidades de previdência privada” dá início à regulamentação da previdência complementar. Em seu Art. 1º as entidades de previdência privada foram definidas como

as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.¹⁵

Diante da Emenda Constitucional nº 20/98, que elevou o regime de previdência complementar ao patamar constitucional, viabilizou-se ao legislador pátrio impor a regulamentação de referido regime mediante duas Leis Complementares, promulgando-se as de nº 108 e 109, de 29/05/2001. A primeira aplicável às entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por empresas estatais e a segunda destinada ao sistema de previdência privada como um todo.

Como será melhor explicitado adiante, referidas normas constituem a regulamentação especial que rege o sistema e as relações jurídicas nele inseridas, ou seja, o contrato previdenciário, de modo que as normas do Código Civil brasileiro somente se aplicam a esta relação em caráter subsidiário e desde que não conflitante com referida legislação especial, que comporta ainda outras normas hierarquicamente inferiores, através das quais se possibilita a evolução da legislação diante do próprio dinamismo decorrente das relações jurídicas estabelecidas.

¹⁴ CAZETTA, 2006, p. 50.

¹⁵ TOMASINI, 2010, p. 42



Nesse sentido, para as entidades fechadas de previdência complementar tem-se, com base no artigo 5º da Lei Complementar 109, o Conselho Nacional de Previdência Complementar - CNPC, como órgão regulador vinculado ao Ministério da Previdência Social, criado em substituição do antigo Conselho de Gestão da Previdência Complementar CGPC.¹⁶

Já para a fiscalização das entidades fechadas foi criada a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira, com patrimônio próprio e também vinculada ao Ministério da Previdência Social, com autorização legal para a emissão de Instruções Complementar às Resoluções emitidas pelo citado CNPC.¹⁷

De outro lado, para as entidades abertas, o órgão regulador é o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP tendo como órgão fiscalizador a Superintendência de Seguros Privados – Susep, autarquia federal com sua autonomia administrativa e financeira, sendo, ambos, criados e regulamentados pelo Decreto-lei 73/66.¹⁸

Pois bem, diante da normatização já destacada, que bem delimita a legislação norteadora da previdência complementar, podemos ingressar ao ponto central do presente trabalho.

2.2 O CONTRATO

Como identifica Luis Carlos Cazetta, o contrato de previdência complementar se configura através *da operação econômica a que corresponde o processo de reunião antecipada de recursos para o oportuno pagamento de benefícios previdenciários aos destinatários da execução dos planos de benefícios de caráter complementar ao regime geral de previdência social*¹⁹, podendo ser conceituado, nas palavras de Manuel Sebastião Soares Póvoas, como:

¹⁶ BARROS, Allan Luiz Oliveira. **Previdência complementar**. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 61

¹⁷ BARROS, 2014. p. 61

¹⁸ BARROS, 2014. p. 63

¹⁹ CAZETTA, 2006, p. 111-112.



Contrato previdenciário é o ato jurídico bilateral pelo qual uma pessoa – o participante, querendo garantir-se e aos seus contra as consequências da materialização de certos riscos sociais, acorda com uma pessoa legalmente autorizada a efetuar, no domínio privado, a compensação desses riscos – a entidade, mediante o pagamento (único ou continuado) de uma importância – a contribuição, receber, por ele ou pelas pessoas que designou como beneficiário a respectiva compensação ou reparação, na forma de benefícios pecuniários ou de serviços previdenciários.²⁰

Ivy Cassa identifica sobre o tema:

Vários autores buscaram indicar a significação precisa do contrato de previdência privada. Destacamos, a seguir, algumas definições.

“Un plan de pensiones es un contrato especial de estructura compleja mediante el cual unas personas – participes y, en su caso, promotores, se comprometen a realizar determinadas aportaciones a una cuenta de capitalizacion, con la finalidad de garantizar a los propios participes o a terceras personas beneficiarios – la percepcion de prestaciones economicas cando se produzcan acaicimientos o contingencias pensionavloes, es decir, susceptibles de cobertura econômica mediante ina pensio o renta peiodoca de lago plano. Estas confiencias son elm las sociedade actiales la jubilicio, la invalides o incapacidade permanente.” [21]

[...] “É o contrato pelo qual uma pessoa denominada participante se obriga a pagar contribuições periódicas a uma entidade de previdência privada, aberta ou fechada, que, por sua vez, se compromete a conceder benefícios previdenciários aos próprios participantes ou aos seus beneficiários, na medida em que forem sendo cumpridas as condições estabelecidas no regulamento do plano de benefícios aprovado pelo órgão público competente.”²²

Podemos, assim, caracterizar o contrato previdenciário privado como um acordo de vontades entabulado não só entre o participante (procurando proteger-se em face de riscos sociais) e a entidade de previdência privada (fechada ou aberta), como ainda, participe dessa relação uma pessoa jurídica – patrocinadora (no caso das entidades fechadas)/instituidora ou seguradora (no caso das entidades abertas) de forma que, o regulamento, com aprovação do próprio Poder Público serve como balizador das normas e regras aplicáveis no desenlace da relação.

²⁰ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 274.

²¹ Costa, Eliane Romeiro *apud* CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP, 2009, p. 103.

²² WALT, Arnaldo, **Obrigações e contratos**, 14^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 647.



Como destaca Adacir Reis²³:

Para cada plano de benefícios, independente de sua modalidade, há um regulamento, isto é, um contrato.

Assim, o regulamento do plano de benefícios é o que chamamos de contrato previdenciário.

O regulamento do plano, para entrar em vigor, depende de prévia e expressa autorização da Superintendência Nacional da Previdência Complementar – Previc, órgão federal de supervisão das entidades fechadas de previdência complementar. Qualquer alteração que venha a ser feita no conteúdo desse regulamento também depende da chancela prévia da Previc. É o que prevê o art. 33 da LC 109/2001.

Tal fato é muito importante, pois, embora o regulamento do plano (contrato previdenciário) regule direitos e obrigações entre particulares (patrocinador, participante e assistidos), sua vigência está condicionada ao crivo do Estado. [...] O vínculo contratual com o fundo de previdência distingue-se do contrato de trabalho, pois o trabalhador (participante) adere ao plano de previdência ou nele permanece por meio de ato específico de vontade.

Logo, trata-se de uma relação civil autônoma, conforme preceitua o § 2º do art. 202 da CF/1988.

Do que se tem, pois, fácil notar que o contrato em tela não só normatiza a relação existente entre o participante, entidade de previdência complementar como ainda a própria patrocinadora (para o caso de planos fechados) a obedecerem ao regulamento do plano previdenciário, como ainda se mostra como forma vinculante a atender os anseios de todos aqueles que figuram na relação jurídica jurídica.

2.2.1 FIGURAS

Como dispõe a própria norma constitucional (artigo 202), são três os sujeitos de obrigações e deveres que se originam do contrato previdenciário: o patrocinador ou instituidor; a entidade de previdência privada; e o participante.

Tal como esclarece Luiz Carlos Cazetta

Constituída de forma autônoma em relação ao contrato de trabalho e ao regime geral de previdência social, a relação jurídica que se estabelece no âmbito de entidades fechadas de previdência complementar tem natureza

²³ REIS, 2014, p. 65-66.



contratual, de direito privado, e compreende três sujeitos de obrigações e direitos: (i) o *patrocinador*, pessoa jurídica que institui (ou adere a) plano de previdência destinado a complementar os benefícios do regime geral de previdência social, (ii) a *entidade de previdência*, pessoa jurídica a qual se atribui a operação de planos de previdência baseados no regime da prévia constituição de reserva, e (iii) o *participante*, pessoa física que, aderindo a regime previamente estabelecido, assume, com o concurso do patrocinador, obrigações relativas à formação das reservas necessárias à oportuna aquisição de direito ao gozo de benefícios previdenciários a serem financeiramente apurados no momento da implementação das condições definidas para a sua fruição.²⁴

Trata-se, portanto, de um contrato em que figuram, numa relação tripartite, a entidade de previdência, a empresa patrocinadora, e o participante.

A vinculação entre entidade de previdência, constituída na forma de sociedade civil ou fundação, consoante artigo 31, II, § 1º, da LC 109/2001, através de um Estatuto, e a empresa patrocinadora, se dá por meio de um convênio de adesão, instrumento jurídico pelo qual se definem as regras básicas de administração, nos termos do artigo 13 da LC 109/2001 e da Resolução do CGPC nº 8, de 19 de fevereiro de 2004.

A relação se completa com a vinculação do participante, mediante o termo de adesão com o qual, de acordo com seus termos, anui com as normas do regulamento do plano previdenciário administrado pela entidade de previdência, constituindo-se, assim, o contrato previdenciário na forma de ato jurídico perfeito.

O Estatuto da EFPC, o convênio de adesão pelo qual a patrocinadora se vincula àquela, na qualidade de mantenedora do plano de benefícios, e o regulamento deste, constituem os instrumentos jurídicos regulamentados pela Resolução nº 8, de 19 de fevereiro de 2004, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC), pelos quais se rege o contrato previdenciário, ressaltando-se que a EFPC, que não tem finalidade lucrativa por imperativo legal, é mera gestora e administradora dos recursos aportados ao plano e dos benefícios concedidos.

Como se vê, essa relação jurídica tem início e se desenvolve através de sucessivos eventos conexos, mas que expressam manifestações de vontades autônomas, como registra o mencionado autor:

²⁴ CAZETTA, 2006, p. 43-44.



O primeiro deles corresponde à *instituição da entidade de previdência e dos planos de benefícios* que ela irá operar, ou, no caso de existência prévia da entidade - quando já instituída por outro patrocinador -, à *adesão, pelo patrocinador, a regime jurídico previdenciário de natureza complementar já em execução*.

O segundo se consubstancia *na adesão, por interessado, a plano de benefícios instituído* no momento da criação da entidade ou disponível a partir da assunção, pela patrocinadora, da relação de patrocínio.

O terceiro evento corresponde ao *regime de cumprimento pelas partes (patrocinador, participante e entidade) de suas respectivas obrigações*, de acordo com critérios que, durante toda a execução do contrato, expressem (ou se destinem a assegurar) a correspondência entre os benefícios contratados e os recursos arrecadados e por arrecadar para o pagamento desses mesmos benefícios.

O quarto evento diz respeito à *execução dos planos* perante aqueles que já adquiriram direito ao gozo de benefícios.

Os dois primeiros eventos correspondem ao que se pode denominar período de formação da relação jurídica previdenciária. Os outros dois, à fase de execução do contrato de previdência privada fechada.²⁵

Também na previdência privada aberta se verifica a pluralidade de sujeitos na relação jurídica, como leciona Maria da Glória Chagas Arruda:

Na relação jurídica de previdência privada aberta, existe a pluralidade de sujeitos. A primeira parte a figurar na relação jurídica é a entidade de previdência privada aberta, sujeito que oferece os planos previdenciários abertos a qualquer interessado. Ao lado de tal figura existem os contratantes, ou seja, a pessoa física (planos individuais) ou a pessoa jurídica (planos coletivos). Integram, também, a relação jurídica, os participantes, que podem coincidir com a própria pessoa física que contratou o plano individual, ou os colaboradores da pessoa jurídica, se o plano for coletivo. Por fim, podem participar, ou não, da relação jurídica de previdência privada aberta os beneficiários indicados pelos participantes.²⁶

Oportuno o destaque para o minudente esclarecimento das partes/figuras do contrato previdenciário feito por André Studart Leitão, Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo:

²⁵ CAZETTA, 2006, p. 44.

²⁶ ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência privada aberta como relação de consumo**, São Paulo: LTR, 2004, p. 123.



O vínculo jurídico de previdência privada interliga sempre o participante e seu beneficiário e a entidade de previdência privada. No caso de previdência privada fechada, teremos ainda a presença da figura do patrocinador ou do instituidor. Na previdência privada aberta, na hipótese de plano de benefício coletivo, teremos a presença da pessoa jurídica instituidora ou averbadora. São, portanto, sujeitos da relação jurídica de previdência privada: os participantes e seus beneficiários, as entidades de previdência privada fechada e aberta, o patrocinador e instituidor da entidade fechada de previdência privada e a pessoa jurídica instituidora ou averbadora de plano coletivo de previdência privada aberta.

Participante, segundo o art. 8º, inciso I, da Lei Complementar 109/2001, é a pessoa física que aderir aos planos de benefícios. Corresponde à figura do segurado. Cumpre realçar que há planos de benefícios em que a contribuição fica toda a cargo da empresa patrocinadora da entidade fechada de previdência privada ou da pessoa jurídica instituidora do plano de benefício coletivo. Nessas hipóteses, não há que se falar em obrigação contributiva do participante. A definição legal do participante leva em conta, coerentemente, a adesão ao plano de benefício, não exigindo qualquer obrigação contributiva para qualificá-lo.

Beneficiário é a pessoa indicada pelo participante ou regulamento do plano de benefício para ter direito à prestação previdenciária, normalmente na hipótese de morte do participante. O beneficiário, a rigor, não celebra contrato com a entidade de previdência privada. Não é, portanto, parte do contrato de previdência privada. Trata-se, neste caso, de estipulação em favor de terceiro. Mas, uma vez verificado o evento coberto pelo plano previdenciário, o beneficiário passa a ter direito subjetivo em face da entidade de previdência privada. A Lei Complementar 109/2001 não define expressamente beneficiário, preferindo fazer a distinção entre participante e assistido. Participante, como visto, é a pessoa física que aderir aos planos de benefícios (art. 8, inciso I). Assistido, por sua vez, é o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada (art. 8º, inciso II).²⁷

2.2.2 CARACTERÍSTICAS

Como destacam André Studart Leitão, Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo, as características da relação jurídica de previdência privada podem ser enumeradas da seguinte forma:

- a) complexa - a relação jurídica previdenciária é complexa, uma vez que estabelece direitos e obrigações para ambos os sujeitos. A entidade de previdência privada tem o dever de realizar as prestações e, em contrapartida, o direito ao recebimento das contribuições; o participante, o patrocinador e a pessoa jurídica instituidora de plano de previdência têm o dever de verter as contribuições, isoladamente ou em conjunto, e,

²⁷ LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Nova previdência complementar do servidor público**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 69-70.



- como contraprestação, o participante e seu beneficiário têm direito à percepção das prestações previdenciárias, de acordo com o plano de benefício;
- b) onerosa - a relação jurídica onerosa pressupõe prestações de ambas as partes e correspectividade, equivalência ou equilíbrio entre elas, no ponto de vista das partes. A relação jurídica de previdência privada é onerosa, visto que à assunção do dever de realizar as prestações pela entidade de previdência privada corresponde o direito de exigir o pagamento do prêmio (contribuição) e ao dever de pagamento do prêmio corresponde o direito à segurança advinda da proteção previdenciária;
 - c) aleatória - a relação jurídica diz-se aleatória quando a vantagem esperada pode ser desproporcional ao sacrifício ou pode não vir. Na relação jurídica de previdência privada, o participante e seu beneficiário podem nunca ter direito à proteção previdenciária em decorrência da não realização do evento previsto no plano de benefício durante o seu período, de vinculação contratual ou, ao contrário, logo no início de sua vida contributiva já ter direito à citada proteção, nos casos de planos de benefícios que oferecem prestações por risco imprevisível;
 - d) de trato sucessivo ou de duração - relação jurídica de trato sucessivo ou de duração é aquela em que o vínculo jurídico se protraí no tempo. A relação jurídica de previdência privada acompanhará o participante enquanto estiver contribuindo (ou alguém por ele) para o plano de benefício ou percebendo a proteção previdenciária;
 - e) consensual- a relação jurídica de previdência privada se aperfeiçoa com a simples adesão do participante ao plano de benefício;
 - f) de adesão – “A teoria do contrato de adesão esclarece que o vínculo jurídico funda-se na vontade interessada dos inscritos no contrato, no assentimento do texto padrão ou modelo elaborado pelo outro contraente, sem a possibilidade de alteração do conteúdo do contrato pela outra parte. No contrato de adesão, há as cláusulas gerais fixadas previamente em que o participante assente simplesmente e as cláusulas específicas e negociáveis”²⁸. As cláusulas do contrato de previdência privada são fixadas unilateralmente pela entidade de previdência privada, cabendo ao participante aderir ou não a ele;
 - g) formal - o contrato de previdência privada tem forma escrita.²⁹

Importante ressaltar que as entidades fechadas de previdência complementar apenas administram e executam planos previdenciários, no interesse do patrocinador e dos participantes e assistidos, não havendo discussão, portanto, em relação às competências e acometimentos de cada qual em uma relação de previdência complementar fechada até porque a questão relativa ao nível de benefício que faz jus um participante, em regra, guarda relação direta com a dos demais participantes que

²⁸ *Apud* Eliana Romeiro Costa, *Previdência complementar na seguridade social, o risco velhice e a idade para a aposentadoria*, São Paulo: LTr, 2003, p. 110.

²⁹ LEITÃO; DIAS; MACÊDO, 2012, p. 69-70.



se encontrem na mesma situação, sendo certo que todos eles, juntamente com o patrocinador, são implicados em qualquer mudança que quanto àquele se promova. Diante de tais fatos, verifica-se que o benefício pago pelo plano guarda relação exatamente com o propósito que uniu patrocinador e participantes em torno de sua instituição: o pagamento de benefícios previdenciários com fundamento em um pacto de intrageracional estabelecido entre os agentes da relação.

Nesse sentido discorre Raoul PISANI:

O sistema é baseado em um acordo entre as gerações renovável. O acordo prevê que cada geração transfere bens ou serviços ao anterior e ao mesmo tempo torna-se o direito de receber um tratamento semelhante a partir da próxima sequência [...]. Ao contrário da avaria, o sistema de capitalização depende em vez de um acordo entre as gerações, renováveis apenas através de uma expressão explícita de vontade e de acordo com o que cada geração durante a vida activa, mudou-se parte de sua renda vitalícia a idade da reforma. Ao contrário do que foi observado no caso de avaria, não há, portanto, nenhuma criação de responsabilidades com pensões. A transferência em causa é feita através de um processo de investimento dos montantes alocados via a taxa real cotadas nos mercados financeiros.”³⁰ (tradução nossa)

Com precisão acerca do pacto citado, Manuel Sebastião Soares Póvoas aponta que:

Contrato previdenciário é ato jurídico bilateral pelo qual uma pessoa – o participante - querendo garantir-se e aos seus contra as consequências da materialização de certos riscos sociais, acorda com uma pessoa legalmente autorizada a efetuar, no domínio privado, a compensação desses riscos – a entidade, mediante o pagamento (único ou continuado) de uma importância – a contribuição, receber, por ele ou pelas pessoas que designou como beneficiário a respectiva compensação ou reparação, na forma de benefícios pecuniários ou de serviços previdenciários [...]. A bilateralidade tem sido

³⁰ “[...] Il sistema a ripartizione si fonda su un accordo intergenerazionale tacitamente rinnovabile. Tale accordo prevede che ciascuna generazione trasferisca beni o servizi alla precedente e contemporaneamente acquisisca il diritto a ricevere un analogo trattamento da quella successiva [...]. A differenza della ripartizione, il sistema a capitalizzazione si fonda invece su un accordo intragenerazionale, rinnovabile solo attraverso una esplicita manifestazione di volontà e in base a quale ciascuna generazione, nel corso della vita attiva, trasferisce parte del proprio reddito vitale all’età pensionabile. A differenza di quanto è stato osservato nel caso della ripartizione, non si há quindi alcuna creazione di debito previdenziale: il trasferimento in oggetto avviene attraverso un processo di investimento delle somme via accantonate al tasso reale quotato sui mercati finanziari.” PISANI, Raoul. **I Fondi Pensione Aziendali: Tipologie e Gestione Finanziaria**. Milano: EGEEA, 1992, p. 12-13.



objeto de especulação intelectual, pois se afirma que, como em muitos casos, só o sujeito ativo tem sempre obrigações, o contrato não é bilateral. Em nosso entender, a bilateralidade é *sui generis* e está em harmonia com a qualidade *sui generis* dele; se o fundamento da instituição seguradora é a compensação dos riscos a que um conjunto de pessoas está sujeito, compensação essa que é feita por uma organização específica, com personalidade jurídica, chamada entidade, a obrigação desta, não tem qualquer equivalência com a obrigação do sujeito ativo. Ambos os sujeitos têm direitos e obrigações, só que o direito do sujeito ativo, só se objetiva com a materialização do risco, ou mais explicitamente no caso do contrato previdenciário, com a verificação do evento que, nos termos contratuais, dá ao sujeito ativo o direito de receber o benefício, e ao sujeito passivo a obrigação de o proporcionar. **Em nossa opinião, toda a especulação sobre o assunto cai, se se considerar que é a comunidade dos segurados que define a expressão dos direitos e obrigações das partes, não em termos de equivalência individual dos direitos e obrigações de uma contra a outra, mas em termos de equivalência conjunta.**³¹ (grifo nosso)

Oportuno destacar que no Brasil, assim como em outros Países³² (observadas as respectivas peculiaridades), existem, basicamente, dois tipos de planos de

³¹ POVOAS, 2007, p. 274-275

³² “Existem dois principais tipos de plano de aposentadoria. No âmbito do plano de pensões de benefício definido tradicional, o empregador promete-lhe um benefício mensal específico na aposentadoria, com base em uma fórmula que considera geralmente tempo de serviço e quantidade de ganhos. Muitas vezes, estes planos são o resultado da negociação entre empregadores e sindicatos. Uma fórmula comum é baseado em seus anos de serviço, multiplicado por uma percentagem, multiplicado pela média de sua última três (ou talvez cinco) salário years’. Por exemplo, se você recebeu dois pontos percentuais por cada ano de serviço e trabalhou trinta e três anos, você teria direito a 66 por cento do seu salário médio durante seus últimos três anos de emprego. No entanto, a lei não requer a utilização de qualquer fórmula particular. [...] Em um plano de contribuição definida, como plano de participação nos lucros ou (k) plano 401, nenhuma quantidade benefício específico é prometido na aposentadoria. Em vez disso, o dinheiro é contribuiu para a sua conta individual, seja por você, seu empregador, ou ambos. Em muitos planos, você contribuem com fundos para o plano e seu empregador corresponde você contribuição, ou contribui com uma porcentagem conjunto de seus ganhos. Estas contribuições são investidas, deixando o seu benefício para variar dependendo de quão bem eles são investidos, Em cima da aposentadoria, seus benefícios são baseados na quantidade total que você contribuiu, além de investimentos ganhos, menos perdas de investimento. Seu benefício total vai depender de quão bem os seus valores contribuídos investidos fazer.” (tradução nossa). “There are two major kinds of retirement plan. Under the traditional defined-benefit pension plan, an employer promises you a specific monthly benefit at retirement, based on a formula that generally considers length of service and amount of earnings. Often these plans are the result of bargaining between employers and unions. A common formula is based on your years of service multiplied by a percentage, multiplied by the average of your last three (or maybe five) years’ salary. For example, if you received two percentage points for each year of service and worked thirty-three years, you would be entitled to 66 percent of your average salary during your last three years of employment. However, the law does not require the use of any particular formula. [...] In a defined-contribution plan, such as profit-sharing plan or a 401 (k) plan, no specific benefit amount is promised at retirement. Instead, money is contributed to your individual account, either by you, your employer, or both. In many plans, you contribute funds to the plan and your employer matches you contribution, or contributes a set percentage of your earnings. These contributions are invested, leaving your benefit to vary depending on how well they are invested, Upon retirement, your benefits are based upon the



previdência privada fechada: Benefício Definido (BD) – aquele em que o benefício complementar é estabelecido no momento da adesão do participante com base em valores pré-fixados ou em fórmulas de cálculo previstos em regulamento, e Contribuição Definida (CD) – aquele em que o benefício complementar é estabelecido apenas no momento da sua concessão, com base no montante das contribuições previamente fixadas e vertidas ao plano durante a fase contributiva. Existe ainda o plano constituído na modalidade de Contribuição Variável (CV), que se assemelha ao CD, mas não pressupõe regularidade no valor das contribuições, bem como periodicidade definida, de modo que o participante efetua os aportes de acordo com a sua conveniência.³³

Já para a previdência aberta, existem duas modalidades de planos, com características próprias, quais sejam: o PGBL e o VGBL. Entretanto, como este não é o tema do presente trabalho, registra-se apenas que o primeiro, Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), caracteriza-se por um plano CV onde não há garantia de rentabilidade, ou seja, se positiva, o participante, ganha, se negativa, ele perde, e o segundo, Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL), caracteriza-se como um seguro de vida com cobertura de sobrevivência.

total amount you contributed, plus investments earnings, minus investment losses. Your total benefit will depend on how well your invested contributed amounts do.” Sabatino, Charles P. The American Bar Association, legal Guide for Americans over 50. Random House reference. 2006. p.52-53

³³ CONDE, Newton. Modalidades e características dos planos de benefícios. In: GOES, Wagner de (Coord). Introdução à Previdência Complementar. São Paulo, ABRAPP, 2005. p. 87-96.



3 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

3.1 CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS PRÓPRIOS

Ivy Cassa, ao destacar as características específicas e os princípios que norteiam a previdência complementar, inicia em sua análise sobre o tema com o seguinte registro:

Princípios são fundamentos, noções básicas que conferem unidade, que estruturam uma ciência. No caso do direito, um saber normativo, e não apenas descritivo. Os princípios são também mandamentos, “normas”, embora não necessariamente positivas nem sempre escritas em texto legal ou constitucional. Para o direito, concebido modernamente como sistema dotado de coerência interna, a sua importância é decisiva: seu papel é de harmonizar a coexistência de ramos e normas de direito potencialmente antinômicos, contraditórios entre si, e de oferecer critérios mínimos ao juiz nos chamados “casos difíceis”, em que o direito posto e específico parece insuficiente e lacunoso.³⁴

Como já destacado acima, da atual redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 para o artigo 202 da Constituição Federal de 1988, é possível extrair as prescrições e características básicas conferidas pelo legislador constitucional à Previdência Complementar enumeradas a seguir:

- (i) caráter complementar,
- (ii) autônomo em relação aos regimes de previdência oficial,
- (iii) facultatividade,
- (iv) contratualidade,
- (v) baseada na formação de reservas garantidoras dos benefícios,
- (vi) marcada pela necessidade especial de transparência na gestão,
- (vii) juridicamente autônoma, desvinculada da relação de trabalho do participante e, formalmente,

³⁴ CASSA, 2009, p. 60.



(viii) deve ser regulamentada em nível imediatamente infraconstitucional por lei complementar.

Passamos, então, à análise de cada qual.

3.1.1 COMPLEMENTARIEDADE

Esse princípio está diretamente interligado ao obrigatório papel do Estado de assegurar a cobertura das necessidades sociais tidas como básicas, consoante artigo 194 da CF/88: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Nesse sentido, Daniel Pulino pontua:

*A complementariedade do regime de previdência privada significa, em primeiro lugar, que não lhe compete a cobertura das necessidades sociais tidas como básicas, as quais ficarão a cargo, em nosso sistema, necessariamente, dos regimes públicos de previdência social, de vinculação obrigatória para os que trabalham.*³⁵

Não significa, portanto, que a previdência complementar substitua a previdência social, pois, como dito, estando a cargo do Estado a proteção básica dos trabalhadores, seu papel é de complementariedade, tal como exposto também pelo citado Daniel Pulino:

Portanto, de acordo com nossa atual Constituição, o fato de qualquer trabalhador ter-se vinculado (sempre facultativamente, como logo veremos) a plano de benefícios operado por entidade de previdência complementar regularmente autorizada a funcionar não produz efeito liberatório do regime de previdência pública, obrigatória e básica a que tal sujeito deverá estar vinculado *ope legis*, em função do exercício de seu trabalho. Desse modo, nenhum trabalhador – um autônomo ou empresário, digamos – teria direito de não contribuir para o regime geral administrado pelo INSS sob o pretexto

³⁵ PULINO, Daniel. **Previdência Complementar, Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2001, p. 244



de já ter-se filiado a plano de benefícios privado perante uma entidade fechada associativa ou uma entidade aberta, num plano individual. [...] como a *complementariedade* significa, *logicamente*, complementação de algo, de um nível de cobertura anterior, esse nível não pode ser outro senão, sistematicamente, aquele a que o trabalhador está sujeito pelo regime básico e público a que esteja, obrigatoriamente, vinculado (RGPS ou RPPS). Afinal, a própria ideia de complementação aponta para este sentido: se há complemento, há algo a ser complementado.³⁶

Considerando-se, assim, a própria complementariedade da previdência privada, emana-se a ideia central da mesma como sendo autônoma em relação à previdência básica e pública.

3.1.2 AUTONOMIA EM RELAÇÃO À PREVIDÊNCIA OFICIAL

Diante da complementariedade, como acima exposto, extrai-se o fato de que o Regime de Previdência Complementar, nos exatos termos do artigo 202, da CF/88, é autônomo e independente em relação ao Regime Oficial (RGPS e RPPS), o que significa dizer que as normas que regulamentam a Previdência Social podem – e não devem, obrigatoriamente - ser utilizadas como parâmetros a serem observados na previdência complementar, desde que não importem em afetação do equilíbrio econômico-atuarial dos planos de previdência complementar, como mais adiante melhor explicado.

Tal autonomia se dá até mesmo porque o custeio da Previdência Oficial é muito mais amplo que o do Sistema de Previdência Complementar, notadamente o fechado, porquanto os planos de previdência complementar já têm pré-estabelecida a sua forma de custeio, que é basicamente a poupança, regular, proporcional e ininterrupta da mensalidade de seus participantes, mais a correspondente participação das patrocinadoras, diferentemente da Previdência Oficial, que pode criar outras fontes de fomentar o sistema.

Inclusive a normatização de ambos os sistemas possui origens diversas, pois enquanto que para o INSS o Congresso Nacional pode ou não alterar sua

³⁶ PULINO, 2001, p. 246-251



normatização, para as entidades fechadas as normas cabíveis são oriundas de legislação infraconstitucional, estatutárias e regulamentares.

Nesse sentido, oportuno o destaque feito por Roberto Eiras Messina, ao comentar o artigo 1º, da Lei Complementar n. 109/2001:

O art. 1º da Lei Complementar n. 109/2001 basicamente repete o texto do art. 202, *caput* da Constituição Federal, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 20/98. Entretanto, é interessante notar a riqueza de comandos que dele podem ser extraídos com facilidade.

- a) a previdência privada é regime autônomo em relação ao da previdência social, ainda que o complemento;
- b) o ingresso no sistema de previdência privado é facultativo;
- c) o sistema de previdência privada assenta-se na constituição de reservas que garantam o benefícios³⁷

[...] Também relava nota ter a Constituição Federal definido que o regime da previdência privada é autônomo em relação ao regime da previdência social. Ao assim fazer, desvinculou a relação de consequência que imperava no ordenamento jurídico quando da vigência da lei nº 6435/77 e de seu Decreto Regulamentar nº 81.240/78. Não há dúvidas, pois, que a concessão do benefício da previdência complementar independe da concessão do benefício da previdência social. Apenas disso, vigendo o conceito de que a previdência complementar tem por objetivo atenuar a *queda* de rendimento do trabalhador que passa a inatividade laboral, é natural que os planos de benefícios contratados na modalidade de benefício definido continuem a utilizar o parâmetro da soma de rendas da previdência social com a da previdência complementar, de modo que o benefício não ultrapasse o rendimento da ativa, o qual se busca substituir. Dessa forma, não sendo o participante apenado pelo regime de previdência social, é perfeitamente possível que se extraia um valor virtual correspondente aquele benefício ao qual faria jus o participante desta, para calcular o que lhe é devido na previdência complementar. Nos planos de benefícios que seguem a modalidade de contribuição definida, essa circunstância não possui maior relevo, visto que o participante terá direito apenas à transformação de seu saldo de conta de poupança previdenciária em renda vitalícia ou por prazo determinado.³⁸

Traz também esclarecimentos Daniel Pulino quanto a autonomia do regime de previdência complementar:

A autonomia do regime de previdência complementar significa que ele não se acha *necessariamente* atrelado ao regime de previdência público e básico, ainda que lhe seja complementar.

³⁷ MESSINA, 2011, p. 35.

³⁸ MESSINA, 2011, p. 37.



Deve haver, noutras palavras, desvinculação, independência jurídica, entre a configuração do plano de benefícios da previdência social pública (que é, no caso do RGPS, veiculado pela Lei nº 8.213, de 1991, como deixa claro sua epígrafe) e aquela dada pelo regulamento dos planos de benefícios de previdência complementar.

São precisas as lições de Sérgio de Andréa Ferreira a respeito do tema: Básico é realçar que as EPCs situam-se no setor privado, sendo que a afirmação, pelo artigo 202 da CF, de sua autonomia e de sua índole complementar, lhe confere a denotação de entes particulares (e não, apenas, de direito privado). A complementariedade, em face do regime previdenciário geral, não afeta essa realidade, porquanto 'complementar' não é 'completar', nem 'suplementar', mas **aditar com identidade própria**. Nessa linha, não se pode pretender reduzir a previdência social, fazendo com que a complementar supra suas deficiências. *A previdência privada não tem caráter ancilar ou subalterno.*³⁹ (itálico e grifo do autor)

Bem se vê que as regras para concessão de benefício oferecidos pelas entidades (fechadas e abertas) de previdência complementar não dependem da concessão do benefício do regime geral de previdência social, pois tais regimes organizam-se de forma autônoma, e como dito acima, obviamente, tendo como regra e norma de atendimento apenas o quanto constante do regulamento do plano, o benefício complementar só dependerá do benefício oficial se tal exigência estiver convencionada no regulamento do plano de benefícios.

Marcus Orione Gonçalves Correia e José Correa Villela destacam também que:

Outra distinção que se faz frente ao regime de previdência geral e a autonomia na organização da previdência privada. A separação entre os dois sistemas de previdência já se configura na redação dos arts. 201 e 202 da Constituição Federal, dedicados, respectivamente, ao regime geral de previdência privada. Segue-se nesta dicotomia a regulamentação legislativa, sendo o regime geral de previdência social regulamentada pelas leis nº 8212 e nº 8213, ambas de 1991, enquanto a regulamentação do regime de previdência privada está abarcada por esta lei complementar n. 109 de 2001.⁴⁰

Destaca-se, de outro lado, que embora se verifique intensa atuação estatal na regulamentação da previdência complementar, não se descaracteriza a autonomia do

³⁹ PULINO, ano, p. 264-265.

⁴⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; VILLELA, José Correa. **Previdência privada: doutrina e comentários à Lei complementar nº 109/201**. São Paulo: LTr, 2004, p. 125-126.



regime privado em relação ao público, como ressaltado em acórdão proferido perante a C. 4ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça:

- [...] 1. 'Embora as regras aplicáveis ao sistema de previdência social oficial possam, eventualmente, servir como instrumento de auxílio à resolução de questões relativas à previdência privada complementar, na verdade são regimes jurídicos diversos, com regimentos específicos, tanto de nível constitucional, quanto infraconstitucional'.
2. Enquanto a previdência social adota o regime de repartição simples, que funciona em sistema de caixa, no qual o que se arrecada é imediatamente gasto, sem que haja, por regra, um processo de acumulação de reservas, a previdência complementar adota o de capitalização, que pressupõe a acumulação de recursos para que possam, efetivamente, assegurar os benefícios contratados num período de longo prazo. Por isso, é descabida a invocação de norma própria do sistema de previdência oficial para afastar aquelas que regem o regime de previdência complementar.⁴¹

Não se mostra por outra razão que o próprio STJ, destaca em sua ementa:

PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DO PLANO, ADMINISTRADO POR ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA FECHADA, COM PRÉVIA E FORMAL ANUÊNCIA DO ÓRGÃO PÚBLICO FISCALIZADOR, COM VISTAS A ASSEGURAR O EQUILÍBRIO ATUARIAL. SISTEMA DE CAPITALIZAÇÃO, BUSCANDO ASSEGURAR O CUSTEIO DOS PLANOS POR LONGO PRAZO. PILAR DO REGIME DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. CONTRATO DE TRABALHO E CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. VÍNCULOS CONTRATUAIS DISTINTOS, SUBMETIDOS À NORMATIZAÇÃO E PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA RELAÇÃO CONTRATUAL, ALHEIA AO EQUILÍBRIO ATUARIAL DO PLANO DE BENEFÍCIOS, AO FUNDAMENTO DE QUE AS REGRAS DA AVENÇA DEVEM PERMANECER INALTERADAS OU OBSERVAR A MAIS RECENTE, SE MAIS FAVORÁVEL AO PARTICIPANTE. DESCABIMENTO. DEVER DO ESTADO DE RESGUARDAR OS INTERESSES DOS DEMAIS PARTICIPANTES E ASSISTIDOS DO PLANO DE BENEFÍCIOS.

1. A constituição de reservas no regime de previdência privada complementar, necessária para garantia dos benefícios contratados, deve ser feita por meio de cálculos embasados em estudos de natureza atuarial, que prevejam as despesas e garantam, em período de longo prazo, o respectivo custeio.
2. A relação contratual mantida entre a entidade de previdência privada administradora do plano de benefícios e o participante não se confunde com

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 814.465/MS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 maio 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1061096&num_registro=200600200485&data=20110524&formato=PDF> Acesso em: 28 out. 2015.



a relação trabalhista, mantida entre o participante obreiro e a patrocinadora. Desse modo, é descabida a aplicação pura e simples de princípios, regras gerais e disposições normativas próprias do direito do trabalho - alheia às peculiaridades do regime de previdência privada.

3. Os planos de previdência complementar são de adesão facultativa e baseados em cálculos que, conforme o artigo 23 da Lei Complementar n. 109/2001, ao final de cada exercício, devem ser reavaliados, de modo a garantir o equilíbrio atuarial do plano de benefícios, prevenindo ou mitigando prejuízos aos participantes e assistidos.

4. No caso, concedida a aposentadoria em 1997 e ocorrida a alteração do plano em 8 de outubro de 1993, com vistas ao reequilíbrio atuarial, promovida com a prévia e formal anuência do órgão fiscalizador - nos moldes do previsto nos arts. 3º, 7º e 21 da Lei Complementar 109/2001 -, é descabida a pretendida intervenção do Poder Judiciário na relação contratual mantida pelas partes; pois, como o sistema de capitalização constitui pilar do regime de previdência privada, evidentemente a eventual inobservância ao equilíbrio atuarial colocará em risco os interesses de terceiros.

5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.⁴²

Diante dessas características, Daniel Pulino conclui que “presta-se o princípio da desvinculação ou autonomia das relações contratuais de previdência e de trabalho também a assegurar, no fundo, a autonomia privada e, mais particularmente, a liberdade contratual, que alicerçam regime de previdência complementar.”⁴³

3.1.3 FACULTATIVIDADE

Segundo assinala Allan Luiz Oliveira Barros:

O vínculo jurídico de previdência complementar depende da manifestação de vontade das partes da relação jurídica (participante, entidade de previdência complementar, patrocinador e instituidor). A filiação não é automática, como nos regimes públicos, mas se origina da anuência do participante aos termos do contrato de adesão previdenciário disciplinado pelo regulamento do plano de benefícios.⁴⁴

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1176617-RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, data do julgamento: 10 de setembro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico** 14/10/2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1262863&num_registro=201000117799&data=20131014&formato=PDF> Acesso em: 28 de outubro de 2015.

⁴³ PULINO, 2011, p. 299.

⁴⁴ BARROS, 2014, p. 27.



Wagner Balera com detalhes aponta:

Nesse momento, vale sublinhar a segunda característica do negócio previdenciário privado, que também se encontra estampada no citado art. 202 da Constituição emendada.

Trata-se da facultatividade

Essa envolve o poder de que os interessados são revestidos pelo ordenamento jurídico para fazerem ou deixarem de fazer alguma coisa.

Conteste, a faculdade, no exercício de um direito cujo título se renova constantemente, como assinala BARTOLO.

Aliás, SANTI ROMANO define que o exercício dessa faculdade, em assunto como o que se estuda aqui, pertence à categoria dos poderes normativos das partes, ao esclarecer: “*los poderes normativos, tanto de los entes públicos y el primero de ellos el Estado, como de los particulares en cuanto son sujetos de autonomía: mediante tales poderes, se constituyen, se modifican y se extinguen, sobre la base de un ordenamiento jurídico, nuevas normas jurídicas, o hasta otros ordenamientos jurídicos enteros, esto es, instituciones;*” [45] (*in Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Bueno Aires, AJEA, 1964, tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin, p. 307).

Cuida-se, aqui, da liberdade – de que todos dispõem, na previdência privada – de obrigar-se, conforme os termos do negócio jurídico proposto aos patrocinadores e participantes.

Eis, no domínio que examinamos, o signo distintivo do **princípio da autonomia privada**. A força dos normativos internos, que conformam o contrato, deriva da costura inicial que o instituidor (impropriamente denominado patrocinador, em termo imprestável, pela traição à isonomia entre partes que há de existir em tal negócio) lhe dá, costura essa que encontra ressonância junto à massa de participantes.⁴⁶ (grifo do autor)

Perceptível que a facultatividade é uma característica nos planos de previdência aberta ou fechada, pois a própria lei destaca a ausência de vinculação do participante à adesão, caracterizando-a como pura manifestação de vontade, de forma facultativa e voluntária, ainda que, como sabido, permeia-se na relação de entidades fechadas a ideia de que aquela adesão é decorrente da contratação empregatícia, já que a própria Lei Complementar 109/2001, no parágrafo único do artigo 68 registra que *as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos*

⁴⁵ “os poderes reguladores, entidades públicas e o primeiro do estado, assim como indivíduos como sujeitos de autonomia: através de tais poderes, constituem, modificadas e extintas, com base em um ordenamento legal, novo sistemas jurídicos, ou outras normas legais ao todo, isto é, as instituições” (tradução nossa)

⁴⁶ BALERA, Wagner. **Comentários a Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 20-21.



estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integra o contrato de trabalho dos participantes, assim como, a exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

Daniel Pulino quando trata da facultatividade da adesão ao contrato de previdência complementar destaca que:

Cuida-se de característica oposta ao caráter obrigatório, imperioso, dos regimes básicos de proteção previdenciária (RGPS ou qualquer RPPS), relativamente ao trabalhador, em nosso sistema previdenciário, considerado em sua totalidade.

[...] É possível enxergamos o princípio da facultatividade sob, pelo menos duas perspectivas diversas de análise: de um lado, a do participante ou assistido, e de outro, a da patrocinadora ou instituidor do plano e benefícios. Vejamos primeiro a facultatividade para o participante.

Para o participante, o princípio sindical que é sempre a ele, e somente a ele, que compete decidir a respeito da adesão, ou não, ao plano de benefícios que porventura lhe tenha sido oferecido por seu empregador (plano de patrocinadora) ou por associação ou entidade de caráter classista, setorial ou profissional a que pertença (plano de instituidor ou de previdência associativa)

Ademais, uma vez tendo o participante decidido ingressar no plano, sujeitando-se às regras estabelecidas no respectivo regulamento, que é justamente o contrato que vincula a entidade fechada de previdência complementar, também haverá de caber somente a ele a decisão de retirar-se do plano, estando isso também comportado na ideia de facultatividade para o participante.

Em suma, liberdade para saber se e quando entrar e sair do plano de benefícios.⁴⁷

A facultatividade, portanto, tem caráter marcante no contrato previdenciário complementar, inclusive para diferenciá-lo do próprio contrato de trabalho pois, obviamente, tem-se liberdade do empregado de contratar, ou não, um plano de previdência privada patrocinado pela empresa empregadora.

Nesse sentido, “o vínculo contratual com o fundo de previdência distingue-se do contrato de trabalho, pois o trabalhador (participante) adere ao plano de previdência ou nele permanece por meio de ato específico de vontade”, tal como registrado por Adacir Reis⁴⁸.

⁴⁷ PULINO, 2011, p. 274 e 277.

⁴⁸ REIS, 2014, p. 65.



O mesmo autor, acentuando a característica da relação civil afirma que “*é importante assinalar que a facultatividade, como mencionado, é um traço característico do regime de previdência complementar em relação aos demais regimes*” até porque, como se sabe, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei (art. 5º, II da CF/88), de maneira que, aplicando-se tal norma na própria previdência complementar, destaca que: “ninguém é obrigado a ingressar num plano de previdência complementar ou nele permanecer. Isso vale tanto para o patrocinador ou instituidor como para os seus participantes”.⁴⁹

Roberto Eiras Messina também reafirma a impossibilidade de se considerar a previdência complementar, como passível de se discutir no âmbito do direito do trabalho, pois, além do fato de que não se verificar a própria hipossuficiência do trabalhador – aqui referenciado como participante aderente facultativamente ao plano fechado – tem-se que:

E resta dizer que a facultatividade de adesão por parte do participante, empregado ou membro de entidade associativa, é justamente o traço mais marcante da conformação da previdência complementar ao direito privado, que a exclui do âmbito do direito laboral ao certificar a independência em relação ao contrato de trabalho, que é impositivo, ou ao contrato associativo que, em determinados segmentos, também o é.

[...] E o motivo fundamental para entender-se que a matéria de previdência complementar escapa à esfera da relação laboral centra-se na circunstância de que embora classicamente possa-se identificar sua origem em meio a ações de sindicatos, como decorrência da luta por melhores condições de trabalho, após sua estruturação legal passou a ganhar um espaço próprio, demandando o desenvolvimento de conceitos que não se limitam àqueles aplicáveis na seara da relação laboral.

[...] Não necessita o participante, pois, ser protegido como se *hipossuficiente* fosse – coisa que impõe o estatuto laboral – pois diante da legislação regedora da previdência complementar essa caracterização não é a mais apropriada. Ao contrário, nela o participante é estimulado a assumir cada vez mais uma posição de partícipe de seu futuro, na construção da previdência complementar, sendo também convidado a aperfeiçoar seus conhecimentos na gestão de benefícios previdenciários na medida em que lhe cabe supervisionar as atividades praticadas por aqueles que em seu nome atuam.⁵⁰

3.1.4 CUSTEIO E EQUILÍBRIO ATUARIAL

⁴⁹ REIS, 2014, p. 67.

⁵⁰ MESSINA, 2011, p. 73-175.



Como já dito, tratando de um contrato do qual constam inúmeras obrigações e deveres de todas as partes envolvidas, a própria forma de cálculo e custeio do benefício também ali deve constar.

Isto porque, a própria norma constitucional insere no seu artigo 202 a clareza de que a prévia constituição de reservas é que vai garantir o benefício contratado vindo a confirmar a essência do regime de capitalização, que caracteriza a previdência complementar brasileira, distinguindo-se do regime de caixa ou repartição simples, como se disse no início deste trabalho, características marcantes do RGPS e RPPS, delineados como dito no pacto das gerações.

Pois bem, importantíssimo considerar que a contribuição ao plano previdenciário, como fonte de custeio, é condição essencial como garantia do direito aos benefícios decorrentes daquele, que somente com o pagamento das contribuições pactuadas é que poderão ser implementados.

Como se sabe, a contribuição do participante é uma das principais fontes de custeio do benefício, sendo seu aporte exigência *sine qua non* para assegurar o direito às prestações colocadas à disposição do mesmo.

Wladimir Novaes Martinez, corroborando o posicionamento supra, deixa assente que “não efetivada e inexistentes contribuições, o empregado está afastado do sistema e não tem os direitos inerentes”⁵¹.

A contribuição do participante, portanto, somada à da empresa (no caso da fechada, e quando o regulamento do plano assim estipula), forma a reserva matemática visando garantir as obrigações assumidas com os participantes do plano.

Não se mostra por outra razão que a própria Lei Complementar nº 109/201, em seu artigo 19, estabelece que “*as contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios.*”

Sobre a reserva matemática, ensina Manuel Sebastião Soares Póvoas:

51 MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996, p. 134.



Na sua forma mais simplificada, podemos conceituar a reserva matemática, como o fundo que a entidade tem que possuir para poder cumprir integral e pontualmente os compromissos que assumiu para com a massa dos seus participantes. Este fundo é formado com a parte das contribuições que a entidade, de harmonia com regras determinadas pelo cálculo atuarial, guarda e capitaliza.⁵²

Certo, como dito, que os estatutos e regulamentos das entidades previdenciárias preveem cálculos das obrigações presentes e futuras, em face dos benefícios concedidos como ainda relacionados aos a conceder, com reservas a serem constituídas, para que se verifique não só sua própria solvência como a possibilidade de se cumprir seu comando institucional, tratando-se, pois, da reserva matemática. Logo, a proteção dos participantes, dos assistidos e dos beneficiários depende da preservação do equilíbrio econômico-financeiro.

E, isso já foi devidamente definido pelo STJ:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDÊNCIA PRIVADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ALTERAÇÃO REGULAMENTAR. INSTITUIÇÃO DO DENOMINADO 'INSS HIPOTÉTICO' PARA O CÁLCULO DO BENEFÍCIO. ATINGE TODOS AQUELES PARTICIPANTES QUE NÃO SÃO AINDA ELEGÍVEIS AO BENEFÍCIO. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DE DIREITO ADQUIRIDO ÀS NORMAS DO REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA VIGENTE NA OCASIÃO DE SUA ADESÃO À RELAÇÃO CONTRATUAL. DESCABIMENTO. PLEITO QUE NÃO TEM NENHUM SUPEDÂNEO NA AB-ROGADA LEI N. 6.435/1977 NEM NA VIGENTE LEI COMPLEMENTAR N. 109/2001. SÓ HÁ DIREITO ADQUIRIDO AO BENEFÍCIO - NOS MOLDES DO REGULAMENTO VIGENTE DO PLANO - NO MOMENTO EM QUE O PARTICIPANTE PASSA A TER DIREITO AO BENEFÍCIO COMPLEMENTAR DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. EMBARGOS COM FITO DE PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER PROTELATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA. SÚMULA 98/STJ.

1. Na previdência privada, o sistema de capitalização constitui pilar de seu regime - baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado -, adesão facultativa e organização autônoma em relação ao regime geral de previdência social. Nessa linha, os planos de benefícios de previdência complementar são previamente aprovados pelo órgão público fiscalizador, de adesão facultativa, devendo ser elaborados com base em cálculos matemáticos, embasados em estudos de natureza atuarial, e, ao final de cada exercício, devem ser reavaliados, de modo a prevenir ou mitigar prejuízos aos participantes e beneficiários do plano (artigo 43 da ab-rogada Lei n. 6.435/1977 e artigo 23 da Lei Complementar n. 109/2001).

⁵² PÓVOAS, 2007, p. 180.



2. Os regulamentos dos planos de benefícios evidentemente podem ser revistos, em caso de apuração de déficit ou superávit, decorrentes de projeção atuarial que no decorrer da relação contratual não se confirme, pois no regime fechado de previdência privada há um mutualismo, com explícita submissão ao regime de capitalização.

3. Os desequilíbrios verificados, isto é, a não confirmação de premissa atuarial decorrente de fatores diversos - até mesmo exógenos, como por exemplo a variação da taxa de juros que remunera os investimentos -, resultando em eventuais superávits ou déficits verificados no transcurso da relação contratual, repercutem para o conjunto de participantes e beneficiários.

4. Dessarte, os vigentes arts. 17, parágrafo único e 68, § 1º, da Lei Complementar 109/2001 dispõem que as alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão público fiscalizador, só sendo considerados direito adquirido do participante os benefícios a partir da implementação de todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento vigente do respectivo plano de previdência privada complementar. Precedentes.

5. Recurso especial provido.⁵³

3.1.5 TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO

É certo que por envolver uma massa de seres humanos (todos os atores envolvidos na relação previdenciária) importa resguardar as possibilidades de interesses antagônicos de maneira a mostrar a lisura com que a administração do bem comum ocorre.

Mais certo ainda que o entrelaçamento de interesses faz nascer a necessidade de que não só o próprio contrato celebrado entre o participante e a entidade se faça de forma transparente, como ainda a própria gestão dos ativos do plano assim se dê.

Não é por outra razão que o legislador constitucional no parágrafo 1º do artigo 202 consigna a garantia da transparência e pleno acesso às informações por todos envolvidos, tal como esclarece Ligya Avena:

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.184.621-MS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, data do julgamento: 24 de abril de 2014. Diário da Justiça Eletrônico: 09 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1316701&num_registro=201000417091&data=20140509&formato=PDF> Acesso em: 28 de outubro de 2015.



Tão importante é esse princípio que o mesmo vem consagrado na própria Constituição Federal, nos termos do art. 202, § 1º, a seguir transcrito:

“art. 202 – [...] § 1º - **A lei complementar** de que trata este artigo **assegurar**á **ao participante** de plano de benefícios de entidade de previdência privada o **pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.**”

[...] Em linha com o princípio de transparência, diversas informações são periodicamente disponibilizadas pelas EFPC aos seus participantes, tais como, quando do seu ingresso no plano, o Estatuto, o Regulamento, cartilha explicativa em linguagem clara com a síntese do seu contato previdenciário, certificado de participante, posteriormente a política de investimentos, balanços, balancetes, saldo de reserva, rentabilidade do plano, alterações regulamentes, estatutos, entre outras informações relevantes.

[...] Essa mesma transparência deve se refletir nos regulamentos dos planos de benefícios que constituem os contatos entre os participantes e as suas entidades previdenciárias. Na medida em que neles é estabelecido o conjunto normativo de direitos e obrigações das partes que nortearão a sua operacionalização, é fundamental que as suas normas, as condições contratuais, sejam redigidas com clareza e precisão, prevenindo assim interpretações divergentes das finalidades para as quais foram inseridas e que, se confirmadas, poderia suscitar indesejáveis litígios ou passivos judiciais.⁵⁴

É certo que a transparência na administração está diretamente relacionada com a comunicação e informação dada pelas entidades de previdência complementar para que seja dado pleno conhecimento a todos os envolvidos na relação jurídica de modo a fomentar e incentivar o desenvolvimento de programas de educação financeira e previdenciária, até porque é de grande interesse do Estado a desoneração da Previdência Social, que já há muito tempo vem dando sinais de que não tem, por si só, condições de prover benefícios previdenciários que garantam, com exclusividade, o sustento digno da população brasileira por ele amparada, como também para aqueles que já se encontram insertos no sistema privado possam sentir-se seguros da lisura e higidez com que seu dinheiro (poupança previdência) se mostra administrada.

Em termos regulamentares, mercê de ações do Estado, sobretudo da PREVIC, a comunicação com os participantes e assistidos começa a deixar de se limitar aos aspectos formais de fornecimento de informações e passa a buscar a efetiva compreensão de seu conteúdo e aferição do conhecimento apreendido, visando dar

⁵⁴ AVENA, Lygia. **Fundamentos Jurídicos da previdência complementar fechada**. São Paulo: CEJUPREV, 2012, p. 28.



efetividade aos mecanismos de interação, esclarecimento e participação dos interessados e da sociedade.

Nesse sentido, caminha bem a legislação ao se preocupar com a transparência e adequação da comunicação às características de seu público alvo, e não simplesmente abarrotar os participantes e assistidos de informações estritamente técnicas sobre o plano de benefícios que de nada servirão, a menos que se esteja tratando com pessoas habituadas com assuntos econômicos, financeiros e atuariais, como ensina Richard Saul Wurman:

O segredo para processar informação é limitar seu campo de informação dentro do que é relevante para sua vida, isto é, escolher cuidadosamente que tipo de informação merece seu tempo e sua atenção. A tomada de decisões se torna mais crítica à medida que aumenta o volume de informação. Muitos encaram as decisões com apreensão, porque elas implicam eliminar possibilidades.⁵⁵

Por tais razões é que, o legislador estabeleceu, por exemplo, a obrigatoriedade da divulgação aos participantes, em periodicidade anual, de informações sobre as demonstrações contábeis e atuariais dos planos de benefício, além do atendimento às solicitações por eles formalizadas (artigos 22 e 24 da LC 109/2001).

Diversos normativos tratam do tema, ou ao menos o tangenciam, destacando-se a Resolução do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) nº 13, de 1º de outubro de 2004, que, norteando as práticas de governança nas EFPC's, ao tratar da divulgação e dos sistemas de informações, estabeleceu, em seu artigo 17, que:

Art. 17. Sem prejuízo do disposto em normas específicas, a comunicação com os participantes e assistidos deve ser em linguagem clara e acessível, utilizando-se de meios apropriados, com informações circunstanciadas sobre a saúde financeira e atuarial do plano, os custos incorridos e os objetivos traçados, bem como, sempre que solicitado pelos interessados, sobre a situação individual perante o plano de benefícios de que participam. Parágrafo único. A divulgação dos custos a que se refere o caput deve

⁵⁵ WURMAN, Richard Saul. **Ansiedade de informação**. 5. ed. Tradução Virgílio Freire. São Paulo: Cultura Editores Associados, 1995, p. 339.



abranger os gastos referentes à gestão de carteiras, custódia, corretagens pagas, acompanhamento da política de investimentos, consultorias, honorários advocatícios, auditorias, avaliações atuariais e outras despesas relevantes.

Com efeito, trazer conhecimento sobre a matéria, não com o rigor técnico exigido de seus operadores profissionais, mas de maneira que se faça entender por seus destinatários finais (os participantes e assistidos dos planos de benefícios, bem como a própria sociedade), contribui positivamente e de forma eficaz para o desenvolvimento do sistema, na medida em que o conhecimento traz confiabilidade e afinidade com o plano previdenciário, como destaca Leonardo André Paixão:

O principal patrimônio de um fundo de pensão, na qualidade de gestor de recursos de terceiros, é a credibilidade. Para que um fundo de pensão alcance e mantenha um grau de confiabilidade elevado junto aos participantes, assistidos, patrocinadores e demais partes relacionadas, é fundamental que abrace entusiasmadamente princípios e mecanismos como transparência para o participante, prestação de contas (accountability) aos interessados e ao poder público, profissionalismo na gestão dos investimentos e do passivo atuarial, elevados padrões de governança corporativa, administração competente dos riscos e adoção de mecanismos eficientes de controles internos. Os esforços nesse sentido são notórios, e tem trazido resultados para a maioria esmagadora dos fundos de pensão.⁵⁶

3.1.6 CONTRATUALIDADE

Como já dito, o regime de previdência complementar é fundamentado na autonomia da vontade exprimida pela liberdade contratual para firmar o instrumento que rege a relação, destacando Daniel Pulino que:

Assim como o regime administrativo está para o desenvolvimento das relações jurídicas de previdência pública, o regime de direito privado (baseado na autonomia privada) está para as relações que se formam no âmbito da previdência privada (aberta ou fechada, tanto faz), possuindo então importância fundamental na matéria – embora não exclusiva para a

⁵⁶ PAIXÃO, Leonardo André. A previdência complementar no Brasil e o capitalismo social. In: GOES, Wagner de. (Coord.). **Papel dos Fundos de Pensão na formação da economia brasileira/capitalismo social**. São Paulo: ABRAPP; ICSS; SINDAP, 2007, p. 62-63.



configuração da autonomia privada (como veremos a breve trecho) a liberdade contratual.

[...] Em suma, diferentemente do regime de previdência oficial, para o qual impera o princípio da legalidade estrita, na previdência complementar os direitos, deveres e obrigações das partes devem estar estabelecidos, por elas próprias, sobretudo pelo instrumento do contrato. Cuida-se de característica fundamental para a compreensão do setor... [...]

[...] Mas *decorre* da autonomia privada e particularmente do princípio da contratualidade, evidentemente, a *seriedade* e a *forma obrigatória* dos compromissos ajustados pelas próprias partes (o *pacta sunt servanda*, na consagrada expressão latina). Por isso, aliás, há intensa preocupação com a garantia do cumprimento dos contratos firmados na área, obrigando-se até, por mandamento expreso da Constituição, a prévia constituição de reserva suficientes para garantir os benefícios em separado, após este item).⁵⁷

Fazendo-se alusão ao julgamento do STF, por seu Pleno, no RE 586.453/SE, que dirimiu controvérsias acerca da previdência complementar (dentre a própria competência da justiça comum para dirimir questões correlatas ao invés da então considerada justiça do trabalho), Adacir Reis aponta:

É o regulamento do plano previdenciário que define o elenco de benefícios, o nível de cobertura, as fontes de custeio, idade mínima, tempo de contribuição e a forma de reajuste da aposentadoria.

Em face de qualquer conflito judicial relativo à previdência complementar, a *bíblia* da relação jurídica é o regulamento do plano de benefícios, pois é esse instrumento que regulamento o arsenal de obrigações e direitos previdenciários no âmbito de uma entidade fechada de previdência complementar.⁵⁸ (itálico no original)

No mesmo sentido, Lygia Avena estabelece que:

A exemplo das demais características antes analisadas, o caráter contratual do regime de Previdência complementar vem expressamente mencionado no caput do art. 202 da Constituição Federal ao mencionar 'benefício contratado'. Também o art. 68 da Lei complementar 109 reitera a contratualidade do vínculo estabelecido entre participantes, entidades e suas patrocinadoras.

No mesmo sentido, o art. 202, § 2º da C.F ao dispor sobre a desvinculação trabalhista dos planos de benefícios faz a seguintes referência expressa: "[...] **condições contratuais** previstas nos estatutos, regulamentos e planos de

⁵⁷ PULINO, 2011, p. 282 e 284.

⁵⁸ REIS, 2014, p. 66.



benefícios das entidades de previdência privada não integral o contato de trabalho dos participantes.”.

Tais contratos são consubstanciados nos regulamentos dos planos de benefícios os quais os participantes aderem, de forma opcional, sendo observadas as regras dos estatutos das entidades, além da legislação específica aplicável ao Sistema de previdência complementar.⁵⁹ (grifo do autor)

Certo, portanto, que a exemplo das demais características antes analisadas, o caráter contratual do regime de previdência complementar vem expressamente mencionado no *caput* do art. 202 da Constituição Federal ao mencionar “benefício contratado”. Também o art. 68 da Lei complementar 109 reitera a contratualidade do vínculo estabelecido entre participantes, entidades e suas patrocinadoras.

3.1.7 ADESÃO

De fato, como vimos, o vínculo jurídico estabelecido entre os participantes e as entidades de previdência complementar é contratual, volitivo, de natureza civil-previdenciária e se aperfeiçoa quando da adesão daqueles aos planos pelos últimos administrados, formando o denominado ato jurídico perfeito, constituído por meio de contratos de adesão.

Certo que os contratos de adesão são aqueles que existem a partir da liberdade de convenção, onde se excluem a possibilidade de debates e transigência entre as partes tal como bem assinalam Silvio Rodrigues e Orlando Gomes, respectivamente:

Contrato de adesão é aquele no qual as cláusulas são todas previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral fraca e na necessidade de contratar não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações no esquema proposto. O aderente aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro.⁶⁰

O contrato de adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja pré-estabelecido por uma das partes, eliminando a livre discussão que precede normalmente a formação dos contratos, mas até este seu traço distintivo continua controverso. No contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos. O

⁵⁹ AVENA, 2012, p. 16.

⁶⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 45.



consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica.⁶¹

Desta feita que no contrato de adesão um dos contratantes se limita a aceitar cláusulas e condições previamente redigidas, existindo aí uma adesão à situação contratual já pré-definida em todos os seus termos, ficando ao arbítrio exclusivo de uma das partes, de forma que o contratante não possui mínimas possibilidades de discutir ou modificar o teor do contrato ou suas cláusulas. Reduz-se, por óbvio, a vontade de uma das partes à mera anuência com proposta da outra.

Isso tudo acontece também no contrato celebrado junto à entidade de previdência complementar, mas com distinções que permitem concluir de forma diversa para um mesmo conceito, ou seja, a adesão ao contrato junto à entidade fechada de previdência complementar é diversa da adesão do contrato celebrado com a aberta.

Para o primeiro caso, a adesão ao contrato em face da entidade fechada de previdência complementar soa como vínculo precedente de uma estrutura protecionista ao próprio participante, porque, nos termos da legislação aplicável, como destacado no presente trabalho (item 3.4), permite-se concluir não se encontrar em condição de hipossuficiência ou vulnerabilidade, tendo em vista que todas as decisões tomadas no âmbito da entidade são realizadas com a participação de todos os seus associados, participantes e assistidos, e das patrocinadoras, nos termos de seu Estatuto e da Lei (art. 35 LC 109/20101).

As atividades relacionadas aos planos previdenciários administrados pelas entidades fechadas, são definidas por legislação específica (p.ex: LC 109/2001), que disciplina integralmente as relações entre a entidade e seus participantes e patrocinadores, e que dispõe inclusive sobre os direitos e as normas protetivas aos próprios participantes.

Não existe, pois, fundamento para que se aplique uma legislação extravagante, tal como o Código de Defesa do Consumidor, como mais adiante será trabalhado, se o sistema de previdência complementar conta com regramento específico e especial, nos termos do artigo 202, da CF/88, como já se pronunciou o C STJ:

⁶¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 86.



Logo, a relação jurídica existente entre os fundos de pensão e seus participantes é de caráter estatutário, sendo regida por leis específicas (Leis Complementares nºs 108 e 109/2001) bem como pelos planos de custeio e de benefícios, de modo que, apenas em caráter subsidiário, aplicam-se a legislação previdenciária e a civil, não podendo incidir normas peculiares de outros microsistemas legais, tais como o CDC e a CLT.⁶²

Nesse sentido, Luiz Carlos Gazetta destaca que:

De acordo com a definição da lei, considera-se participante a pessoa física que adere, por ato formal, a plano de benefícios administrado por entidade fechada de previdência complementar.

Essa realidade não se mostra presente no caso das relações jurídicas que se formam no âmbito do sistema fechado de previdência complementar. Para elas, não é próprio falar-se em vulnerabilidade ou hipossuficiência, mas tão somente em assimetria de informações, na medida em que as entidades exercem as atividades próprias ao seu objeto no interesse exclusivo dos participantes.

Não parece correto, por isso, considerar presente na assunção e execução das obrigações próprias aos contratos de previdência complementar formalizados no âmbito do sistema fechada o exercício empresarial (ou civil) destinada a colocar à disposição de interessados, contra o pagamento de preço, produtos ou serviços de caráter previdenciário, e, por isso mesmo, a caracterização das relações contratuais por eles assumidas como relações de consumo.⁶³

Para o mesmo autor, esclarecendo a questão acima por nós destacada quanto ao fato de que as consequências interpretativas do “contrato de adesão” podem levar a duas circunstâncias distintas, tem-se:

Obviamente, o mesmo não se dá no âmbito das relações mantidas entre as entidades abertas e os participantes de seus planos de benefícios, uma vez que, nesse caso, o interessado ocorre a oferta comercial voltada ao fornecimento de produto previdenciário estruturado com fim lucrativo, que, juridicamente, compreende a prestação de serviços e a entrega futura de

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.421.951. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, data do julgamento. 25 de novembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**: 19 dez. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1370247&num_registro=201303948220&data=20141219&formato=PDF.>

⁶³ CAZETTA, 2006, p. 65.



produto (renda), contra o pagamento de preço, a compreender, no âmbito da contribuição vertida ao plano não só a verba a título de prêmio atuarialmente calculado para a composição das reservas necessárias ao pagamento do benefício previdência contratado (renda) como parcela de receita operacional própria destinada a remunerar a atividade empresarial exercida pela seguradora ou entidade aberta de previdência complementar.⁶⁴

Certo que, Manuel Sebastião Soares Póvoas, quando trata da adesão ao plano de previdência complementar, destaca:

Não é pacífica a consideração do contrato de seguros como contrato de adesão. No caso do contrato previdenciário e sempre um contrato de adesão. Na verdade, a natureza técnico-operacional da previdência privada, leva os respectivos órgãos normativos e executivo a definir as bases técnicas a que as entidades tem de obedecer na elaboração de um plano de benefícios, e a exigir depois a sua aprovação, pelo que a pessoa interessada em se beneficiar desse plano, tem que inscrever-se nele, aceitando a sua composição através de formulários uniformes – as propostas de inscrição – que, como já vimos contêm o respectivo regulamento que se confunde com o clausulado geral do contrato previdenciário que será celebrado se a entidade verificar que proponente satisfaz as condições exigidas para a entrada no plano. Por estas razões, o contrato previdenciário é sempre de adesão.⁶⁵

Ivy Cassa identifica os detalhes da necessária denominação do ato pelo qual o participante ingressa no sistema de previdência complementar, sem retirar o seu intuito de inequívoca expressão de vontade, pois:

Se o contrato de adesão, num primeiro momento, parece uma afronta aos princípios da liberdade contratual, da equidade, do equilíbrio entre as partes, esse tipo de anormalidade é plenamente justificável pela modernidade [...]. E isso vale para a grande maioria dos contratos que celebramos em nosso dia-a-dia, tal qual o contrato de transportes, de consumo no supermercado, de luz e água, o plano de saúde e, aqui chegamos finalmente, o contrato de previdência privada.⁶⁶

A mesma autora, mais adiante aponta:

⁶⁴ CAZETTA, 2006, p. 69.

⁶⁵ PÓVOAS, 2007,

⁶⁶ CASSA, 2009, p. 291



Isso porque, conforme ensina Arthur Weintraub ^[67], seria inviável para a disseminação social se fosse feito por meio de contratos individuais. Seria juridicamente e economicamente inviável o negócio da previdência privada se cada um dos participantes pudesse discutir livremente os termos do regulamento, impondo as condições que melhor lhe aprouvessem num universo de milhares de pessoas. E mais inviável ainda do ponto de vista da entidade, que teria de manter um controle de milhares de contratos com cláusulas diferentes, cada fundamentado em um tipo determinado de condições, cada qual com suas especificações. Daí a necessidade de adotar esse padrão de contrato de adesão, sendo que cada participante aceita as condições propostas pela entidade em bloco.

Tanto nas entidades fechadas, quanto nas entidades abertas, o conteúdo contratual não é estabelecido unilateralmente pela entidade; quem impõe determinadas cláusulas é o Poder Público, eis que o contrato tem por base o regulamento do plano que é aprovado pelo órgão regulador.

Embora, ao lado dessas normas gerais, que não são passíveis de alteração, exista uma faixa de liberdade deixada aos contratantes, como, por exemplo, escolher os benefícios previdenciários que desejam dentre os previstos no plano, período de diferimento, dentre outras particularidades, o participante não dispõe de liberdade contratual para discutir os termos dos planos oferecidos. Possui apenas duas opções: recusar e deixa de contratar o plano, ou aceitar o contrato e aderir às condições previamente elaboradas.⁶⁸

Assim, como verdadeiro contrato de adesão – mas não de consumo -, seus participantes aderem às cláusulas predefinidas, mas que, obviamente, como dito acima, embora não tenham o poder de alterar ou modificar suas cláusulas, há quem atue como seus representantes na defesa de seus interesses.

3.2 MUTABILIDADE CONTRATUAL E DIREITO ADQUIRIDO

Cuidando-se de contrato que tem por norte longa duração, como é o contrato previdenciário celebrado quer junto às entidades fechada ou aberta, tem-se aspecto que merece especial atenção: a possibilidade de mutação de suas regras, sem que se configure afronta ao direito adquirido.

Na conceituação de direito adquirido, Rubens Limongi França assevera que é “a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo;

⁶⁷ WEINTRAUB, Arthur *apud* CASSA, 2009, p. 291-292

⁶⁸ CASSA, 2009, p. 291-292



consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer ante vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.”⁶⁹

Embora considerado como ato jurídico perfeito, para o contrato previdenciário, amolda-se o artigo 17, da Lei Complementar nº 109/2001, que assim dispõe:

Art. 17 – As alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participantes.

Parágrafo único. Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria.

Isto porque as alterações regulamentares processadas se aplicam a todos os participantes, assegurando-se aquele que tenha cumprido os requisitos para a obtenção dos benefícios previstos no regulamento do plano a aplicação das disposições regulamentares vigentes quando atingida a elegibilidade.

No mesmo sentido, dispõe o § 1º, do artigo 68, da LC 109/2001: “os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano”.

Portanto, mesmo diante da possibilidade de alterações regulamentares ao longo do período contributivo do participante, não há que se falar em violação ao direito adquirido, pois este somente se aperfeiçoa quando reunidos os requisitos de elegibilidade ao benefício. Nesse sentido, registra-se ainda o entendimento pacífico no C. STJ sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO ASSISTIDO.

⁶⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 208.



[...] 3. No tocante ao normativo aplicável ao participante do plano de previdência privada para fins de cálculo da renda mensal inicial do benefício previdenciário complementar, a jurisprudência do STJ é no sentido de que o direito adquirido a determinado regime regulamentar somente se perfaz com o preenchimento dos requisitos para sua percepção. Incidência da Súmula 83/STJ.⁷⁰

Veja-se ainda acórdão oriundo do Egrégio Superior Tribunal De Justiça que demonstra rigorosa compreensão das peculiaridades do sistema de previdência, ao ser destacada a aplicação do mencionado § 1º do artigo 68 da Lei 109/2001:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PATROCINADOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA SUPLEMENTAR. REQUISITOS. CESSAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ADESÃO AO PLANO DE BENEFÍCIOS. CONDIÇÃO INEXISTENTE. DIREITO ADQUIRIDO. AFASTAMENTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. EXIGÊNCIA INSTITUÍDA POR LEI. CARÁTER COGENTE. NORMAS APLICÁVEIS AO TEMPO DO CUMPRIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO.

[...] 5. Seja sob a égide da Lei nº 6.435/77 ou das Leis Complementares nºs 108/2001 e 109/2001, sempre foi permitida à entidade fechada de previdência privada alterar os regulamentos dos planos de custeio e de benefícios como forma de manter o equilíbrio atuarial das reservas e cumprir os compromissos assumidos diante das novas realidades econômicas e de mercado que vão surgindo ao longo do tempo.

Por isso é que periodicamente há adaptações e revisões dos planos de benefícios a conceder, incidindo as modificações a todos os participantes do fundo de pensão após a devida aprovação pelos órgãos competentes (regulador e fiscalizador), observado, em qualquer caso, o direito acumulado de cada aderente.

6. Não há falar em direito adquirido, mas em mera expectativa de direito do participante, à aplicação das regras de concessão da aposentadoria suplementar quando de sua admissão ao plano, sendo apenas assegurada a incidência das disposições regulamentares vigentes na data em que cumprir todos os requisitos exigidos para obtenção do benefício, tornando-o elegível.

Ademais, à luz da ab-rogada Lei n. 6.435/1977 e da Lei Complementar n. 109/2001, é bem de ver que a legislação de regência, visando ao resguardo do equilíbrio financeiro e atuarial do plano de custeio, sempre previu a possibilidade de alteração do regulamento do plano de benefícios, inclusive dos valores das contribuições e benefícios; por isso, a teor do

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.395.219/DF. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, data do julgamento. 4 de dezembro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 04 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26209775&num_registro=201100120363&data=20130204&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 28 de outubro de 2015



parágrafo único do art. 17 e do § 1º do art. 68, ambos da Lei Complementar n. 109/2001, **só há falar em direito adquirido na ocasião em que o participante preenche todas as condições para o recebimento do benefício (torna-se elegível ao benefício).**

De outra parte, os vigentes arts. 17, parágrafo único e 68, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001 dispõem expressamente que as alterações processadas nos regulamentos dos planos de benefícios aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, **só sendo considerados direito adquirido do participante os benefícios, a partir da implementação de todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.**

[...] 6. Assim, o pleito inicial é, a meu juízo, manifestamente improcedente, pois o autor pactuou transação, sendo assistido do plano de benefícios para o qual migrou, nem mesmo cogitando na exordial em restituir/dispensar as vantagens advindas da pactuação. Com o acolhimento da tese recursal acerca da impossibilidade de invocação do regulamento do plano primevo, em vista da migração transacionada, fica prejudicada a apreciação da tese de ocorrência da prescrição para revisão do benefício complementar, relativo ao plano de benefícios para o qual migrou o ora recorrido.

7. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, estabelecendo custas e honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

É como voto.⁷¹ (grifo nosso)

Releva chamar atenção para a análise do direito adquirido em planos de previdência complementar, pois obviamente, tratando-se de uma coletividade de participantes, se as alterações nos regulamentos dependessem apenas do concurso de vontade de cada um, seriam aplicadas somente àqueles que com elas concordassem, criando soluções distintas para situações idênticas, o que implicaria tratamento anti-isonômico entre os participantes.

Tais fatos são esclarecidos por Adacir Reis:

Além disso, ao final de tal processo, o plano de benefícios teria duas massas distintas de participantes, os que aceitaram e os que não aceitaram as mudanças, situação incompatível com o conceito de universalidade de

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.172.929/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, data do julgamento. 10 de junho de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 01 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1329149&num_registro=200902468238&data=20140801&formato=PDF>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.



direitos e obrigações inerente aos planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar.⁷²

Esclarece ainda Roberto Eiras Messina:

O dispositivo em tela [artigo 17, da LC 109/2001] possui o mérito de expressar uma regra geral importante para o sistema de previdência complementar, a qual aponta o marco inicial a partir do qual devam ser consideradas válidas as alterações promovidas nos regulamentos dos planos de benefícios. Também possui o mérito de expressar em seu parágrafo único o respeito àquilo que o ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente contempla, que é o direito adquirido.

A esse propósito, convém lembrar exaustivamente que o ambiente das relações jurídicas da previdência complementar é o do direito privado, razão pela qual o parágrafo único assegura a observância de uma situação jurídica para os participantes que tenham atingido a elegibilidade, mas não obsta, por evidente, que através de ato de vontade validamente expresso, optem pelas alterações procedidas em conformidade com o *caput*.⁷³

Simplesmente por tais razões, que a característica da mutabilidade decorre da necessidade de preservação do equilíbrio atuarial do plano previdenciário que, em última análise, significa a preservação do equilíbrio contratual entre as partes, que, justamente por se tratar de relação de longa duração, sujeita-se a eventos futuros e incertos, aplicando-se a teoria da imprevisão, pela qual todo contrato deve atender à sua função social, cláusula legal ainda mais adequada no caso de previdência privada, diante do contexto acima exposto.

Além disso, há muito reconhecida na jurisprudência e hoje contemplada na lei, todo contrato pode ser objeto de revisão (“*rebus sic stantibus*”), quando houver um nítido desequilíbrio entre as partes contraentes, bastando para tanto, apenas a título ilustrativo, verificar a dicção dos artigos 318 e 478 do Código Civil.

⁷² REIS, 2014, p. 69.

⁷³ MESSINA, 2011, p. 74.



3.3 PRINCÍPIOS

3.3.1 FUNÇÃO SOCIAL

Conforme destaca Ivy Cassa:

O princípio da função social do contrato foi elaborado por Heller, em 1920, em seu livro *A Função Social dos direitos* e foi tido como uma limitação à liberdade contratual.

No início do século XX, o contrato era visto como conciliador de interesses colidentes, um pacificador dos egoísmos em luta, verdadeiro modo de afirmação da individualidade humana (autonomia para governar os próprios interesses).

No mundo contemporâneo, as relações jurídicas são cada vez mais marcadas pela contratação em massa e as grandes empresas procuram impor de maneira cada vez mais agressiva seus produtos aos consumidores. Consequentemente, tornou-se necessário um maior intervencioneis estatal, justamente para equilibrar este tipo de relação, com o fim último de alcançar a justiça.⁷⁴

Dessa forma, é possível enxergar no contrato de previdência complementar respeito à função social na medida em que se viabiliza a dignidade da pessoa humana em detrimento da própria desoneração do Estado na sua inerente função de se buscar promover o bem-estar social.

Sem deixar de lado as funções básicas de assistência e previdência social, é cediço que o Estado não tem condições de atender satisfatoriamente às necessidades da população nesses aspectos, de modo que a previdência privada contribui positivamente na complementação desses insumos, cumprindo àquele, então, zelar pela segurança e equilíbrio deste tipo de relação. Nesse sentido, aponta a mesma autora:

Aplicando-se esse princípio à previdência privada, podemos afirmar que sua função social é prover benefícios assemelhados à previdência social,

⁷⁴ CASSA, 2009, p. 89.



protegendo os indivíduos em situações de adversidade. Qualquer desvirtuação dessa função acaba por desnaturar o contrato como tal.⁷⁵

Certo, pois, que os termos do artigo 421, do Código Civil/2002, que consagra o princípio da função social do contrato ao estabelecer que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” se aplica integralmente ao contrato previdenciário, que deve ser analisado à luz de um sistema de proteção grupal, tanto em relação aos participantes do plano como dos próprios patrocinadores, cujos interesses devem ser sempre convergentes, conforme apontado por Roberto Eiras Messina:

Os primeiros buscam a segurança que lhes possibilita um sistema privado ao auxiliar na proteção contra riscos previdenciários, da longevidade à invalidez e morte. Os segundos pela perspectiva de atração de melhores quadros de trabalhadores e recuperação do posto de trabalho mediante mecanismo facilitador da renovação do quadro (no caso de Patrocinadores) ou de reforço institucional, mediante o amparo grupal (no caso dos Instituidores propriamente ditos). A função social do contrato previdenciário, no segmento fechado, é de sua própria essência, portanto. Além disto, é necessário reconhecer que mediante uma estruturação de grupo para obtenção de vantagens em escala na aplicação de recursos (contribuições) formadores do fundo previdenciário que será, ao final, destinado individualmente à cada qual, há a necessidade de reconhecer a interdependência das ações de cada qual, de modo que não existe uma contraposição específica entre a figura do participante e do patrocinador ou instituidor do contrato previdenciário, em lados distintos, mas sim uma comunhão de interesses que deve ser tratada de forma harmônica sob pena de violação do pacto visto grupalmente.⁷⁶

Claudio Luiz Bueno de Godoy destaca citando Gustavo Tepedino e Massimo Bianca:

[...] Vale a lição de Tepedino, que vê, decorrente do princípio da dignidade, verdadeira cláusula geral de tutela de personalidade, segundo a qual ‘a validade dos atos jurídicos por força de cláusula geral de tutela da personalidade, está condicionada à sua adequação aos valores constitucionais e à sua funcionalização ao desenvolvimento e realização da pessoa humana. De outra banda, há o princípio da solidariedade social,

⁷⁵ CASSA, 2009, p. 91.

⁷⁶ MESSINA, Roberto Eiras. Função social do contrato previdenciário. **MML MESSINA, MARTINS, LENCIONI Advogados Associados**, 2009. Disponível em: <<http://www.mmladvogados.com.br/artigo03.asp>>. Acesso em: 02 set. 2015, às 8:23hs.



também integrativo do conceito de função social a que o contrato deve voltar-se, e de que, segundo Massimo Bianca, a igualdade substancial é também uma expressão, a lhe dar conteúdo, aqui de forma a garantir o reconhecimento estatal do ato de autonomia privada enquanto não importe num obstáculo que limite concretamente a liberdade dos indivíduos, portanto sua igualdade de fato, material, que se contém no princípio de igualdade jurídica [...].⁷⁷

Adriano Cardoso Henrique esclareceu acerca do tema que:

A natureza eminentemente social do contrato previdenciário é posto em destaque mais ainda pela própria topologia do tema no bojo da Carta Magna. A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que deu nova redação ao artigo 202 e parágrafos, inseriu a previdência privada no capítulo da seguridade social, dentro da “Ordem Social”. Destarte, a previdência complementar, anteriormente prevista no “Título VII – Da Ordem Econômica Financeira”, passa então a ter uma regulamentação constitucional própria e detalhada, se comparada à disposição constitucional anterior. Portanto, podemos notar que o princípio da função social do contrato encontra ambiente propício para seu desenvolvimento e constitucionalmente albergado no que diz respeito à previdência complementar. Ademais, não resta demasiado ressaltarmos que os contratos de previdência complementar, cujo objeto imediato é a proteção social, abrange não apenas um indivíduo isolado, mas sim uma coletividade de cidadãos com direitos homogêneos, que se orientam por fins de solidariedade e justiça social.⁷⁸

Certo, pois, que a doutrina enxerga a natureza contratual da relação previdenciária privada, a qual não pode se distanciar de seus princípios vetores, notadamente a justiça contratual e solidariedade social.

Não podemos deixar de analisar tais princípios para o contrato previdenciário privado (estatutos, regulamentos, convênios de adesão e outras avenças) pois, devem sempre guardar observância obrigatória para com a garantia do bem-estar social e da justiça social dos contratantes ainda mais quando “criado” o mencionado contrato para garantir tranquilidade no momento da vida que mais se necessita de segurança e calma.

⁷⁷ GUSTAVO, Tepedino e BIANCA, Massimo *apud* GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato** – Os novos princípios Contratuais, Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 124/125.

⁷⁸ HENRIQUE, Adriano Cardoso. Aspectos Contratuais na Previdência Complementar Fechada. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 05 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44272&seo=1>>. Acesso em: 18 set. 2015, às 22:35hs.



Pelo mesmo motivo é que as cláusulas contratuais que de alguma forma onerem desproporcionalmente uma das partes ou lhe retirem direitos injustificadamente devem ter afastadas a sua aplicação de imediato, buscando-se de tal sorte, na solidariedade, a observância da função social do contrato no âmbito da previdência complementar.

3.3.2 BOA FÉ

O Código Civil/2002, em seus artigos 421 e 422, trouxe importantes balizadores para a análise de todo e qualquer contrato, quais sejam: a função social e a própria boa-fé, como princípios de observância obrigatória nas relações contratuais.

Quanto ao tema, Roberto Eiras Messina, também aponta para o fato de que:

[...] o novo ordenamento jurídico civil, estabelecido a partir da Lei 10.406/02, trouxe importantes avanços a incrementar um novo enfoque, mais equilibrado, em face das relações contratuais estabelecidas na multiplicidade complexa de relações jurídicas que permeiam a sociedade, sendo seus símbolos as disposições dos artigos 421 e 422, inserindo os parâmetros da função social e dos princípios de probidade e boa-fé nos contratos e em sua execução.⁷⁹

Embora não se trate de uma relação de consumo, como mais adiante será visto, quanto ao princípio da boa-fé, é certo que este tem sua mutabilidade constante considerando ter sua conceituação estreita ligação com os princípios morais e éticos vigentes na sociedade em determinado período.

Torna-se certa a percepção do conceito de boa-fé nos contratos quando verificamos quais as condutas que ensejam sua configuração.

A boa-fé contratual pode ser, basicamente, representada pela atitude das partes contratantes ao se pautarem por uma conduta de lealdade, confiança, ética, honestidade, clareza nas intenções e objetivos contratuais, razoabilidade, decência,

⁷⁹ MESSINA, 2011, p. 177.



afastamento de condutas abusivas que importem desrespeito para com a outra parte, dentre outras, seja na vigência do contrato, como nas fases pré e pós contratual.

Nesse sentido, Messina registra:

A propósito da boa-fé, há uma percepção moderna deste importante conceito. anota que ‘Diferentemente a concepção da boa-fé no seu aspecto objetivo. Tem-se, agora, não mais um estado de espírito do agente, mas uma regra de conduta nas suas relações jurídicas, especialmente as negociais, pertinentes ao Direitos das Obrigações e dos Contratos. Impõe a boa-fé objetiva uma conduta parceira, colaboradora e ética entre os contratantes. Pode-se dizer tratar-se da juridicização do antigo preceito cristão ‘amai ao próximo como a si mesmo’, numa variável para ‘tratar ao próximo como a si mesmo.’ Esse princípio foi expressamente normatizado pelo Código Civil de 2002, como se lê no art. 422: ‘Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.’ O cumprimento dessa regra de conduta é exigível – e aferível – caso a caso, segundo as peculiaridades de cada negócio, e abrange todas as fases do relacionamento entre as partes: pré-negocial, negocial e pós-negocial.’ (op. cit, p. 84). João Baptista também alude a Judith Martins-Costa, especialista no tema, para quem resultam daí consequências práticas: ‘[...] otimização de comportamentos contratuais; [...] manutenção do equilíbrio contratual; [...] e limitação ao exercício de direitos’, com o que conclui: ‘Da feliz sistematização oferecida pela Prof. Judith Martins-Costa pode-se perceber a importância da boa-fé objetiva para o operador do Direito. Afinal, ‘é a boa-fé o cerne em torno do qual girou a alteração da nossa Lei Civil, da qual destaco dois artigos complementares: o de nº113 [...] e o de nº 422 [...]. Como se vê, a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências. Daí a necessidade de ser ela analisada como *conditio sine qua non* da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisprudencial e negocial.’⁸⁰

Demonstrado, assim, o próprio conceito da boa-fé contratual, como ainda sua importância especificamente no campo da previdência complementar, é de suma importância a reflexão de que o próprio participante assume o risco do contrato ao não “administrá-lo”/“direcioná-lo”/“executá-lo” com lisura e honestidade, porquanto se ele não agir com boa fé, estará certamente prejudicando não só a si como toda a massa de participantes, tratando de entidade fechada.

É o caso, por exemplo, do participante que demanda indevidamente contra o plano, pleiteando a concessão ou majoração de benefícios sem o devido respaldo

⁸⁰ MESSINA, 2011, p. 178.



regulamentar, sem perceber que desta forma afetará o equilíbrio atuarial do plano previdenciário em prejuízo de todos os demais participantes, e, em última análise, dele próprio.

Da mesma forma, deve o patrocinador do plano previdenciário honrar os compromissos assumidos, e a entidade de previdência administrar corretamente os recursos à ela confiados, cumprindo seu dever fiduciário para a garantia de consecução da finalidade do contrato, que é a concessão e manutenção de benefícios.

Sobre este ponto, oportuno registrar a função Estatal de orientação, supervisão e fiscalização das Entidades Fechadas de Previdência Complementar assumida pela PREVIC, inclusive com a possibilidade de responsabilização pessoal dos dirigentes em caso de verificação de ato irregular de gestão, nos termos da legislação pertinente (artigo 63, LC 109/2001).

No âmbito do contrato previdenciário complementar, pois, a boa-fé contratual é princípio inafastável, em face do caráter social e solidário que permeiam tais relações, cumprindo sempre lembrar que apesar da autonomia da vontade que decorre da natureza contratual, os integrantes do sistema de previdência complementar possuem metas e objetivos convergentes, os quais devem ser respeitados e preservados sob pena de impossibilidade da execução do quanto pactuado.



3.4 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Nesse tópico, deve-se fazer uma diferenciação inicial acerca das características básicas entre entidades abertas e entidades fechadas de previdência complementar, de modo que se possa compreender a questão trabalhada.

As entidades abertas, como já dissemos, são instituições de direito privado, organizadas sob a forma de sociedade anônima, com finalidade lucrativa, comercializando produtos e serviços relacionados à previdência complementar para o público em geral.

No âmbito das entidades abertas, portanto, tem-se a figura do consumidor e fornecedor de serviços nos exatos termos do Código de Defesa do Consumidor pois, o primeiro (consumidor/participante), adquire produto ou serviço como destinatário final dos planos de benefícios, não tendo a possibilidade de elaborar ou confeccionar o contrato oferecido no mercado de consumo pelo segundo (fornecedor/entidade aberta), que mediante remuneração e de forma habitual buscam o lucro, como objeto social, desfrutando, assim, de alguma vantagem, mesmo que indireta, como dispõe Ivy Cassa:

Dessa forma, percebem-se presentes os elementos principais da relação de consumo: o consumidor (participante), o fornecedor (entidade aberta) e o objeto da relação de consumo (benefícios e serviços previdenciários). Portanto, num contrato previdenciário firmado com entidade aberta, está-se diante de uma relação de consumo, razão pela qual se aplica o Código de Defesa do Consumidor.⁸¹

Trata-se, pois, de verdadeira relação de consumo, tanto que o C. STJ sumulou o entendimento de que: “Súmula 321. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

No entanto, o mesmo entendimento não pode ser aplicado às entidades fechadas de previdência complementar.

⁸¹ CASSA, 2009, p. 243.



Embora haja entendimento contrário, da análise das normas do Código de Defesa do Consumidor, é possível se verificar que a relação jurídica existente entre participantes e entidades fechadas de previdência complementar não possui as características nele previstas, o que vem sendo majoritariamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência.

Assim se afirma, pois, diante da ausência de finalidade lucrativa e direcionamento de suas atividades a um público restrito, não há como inserir as entidades fechadas no conceito de fornecedor. De outro lado, os participantes, que mutuamente reúnem esforços e participam ativamente da administração do patrimônio do plano previdenciário, que é integralmente deles próprios, não podem ser inseridos no conceito de consumidor.

Além disso, como já ressaltado, as entidades fechadas de previdência complementar são organizadas na forma de lei complementar específica que disciplina integralmente as relações entre as entidades e seus participantes e patrocinadores, dispendo inclusive sobre o sistema protetivo aos participantes.

Assim, não há fundamento para que, inexistentes os elementos que caracterizam a relação de consumo, se aplique uma legislação extravagante se o sistema de previdência complementar fechado, que conta com regramento específico e especial nos termos do artigo 202, da CF/88.

Nesse sentido, destaca-se o parecer elaborado por Ada Pellegrini Grinover, para a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP:

Note-se que, a prevalecer o teor da Súmula n. 321 aos entes de previdência fechados, abertas estarão as portas para o desequilíbrio da relação entre os diversos filiados. Ou seja, a pretexto de se proteger um dos partícipes, a pretexto de que seria hipossuficiente, na verdade se está prejudicando toda a coletividade restante. Isso é justo? A resposta só pode ser negativa. Portanto, por todos argumentos expendidos, conclui-se que as relações que se estabelecem entre Fundos de Previdência Privada Fechada e respectivos participantes não podem ser qualificadas como relações de consumo e, assim, não são e não devem ser regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, não prevalecem os fundamentos que levaram à edição do enunciado n. 321 da Súmula dominante de jurisprudência do Superior



Tribunal de Justiça, que merece ser revisto, para que se excluam de seu âmbito de incidência as entidades fechadas.⁸²

Também para Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub não há que se falar em enquadramento da relação jurídica entre participante e EFPC no CDC, tendo em vista que os fundos de pensão não figuram como fornecedora de produtos ou serviços, mesmo porque o público-alvo dos planos de benefícios são pessoas com vínculo estabelecido com patrocinador ou instituidor. Neste caso, segundo o autor, a relação ocorre fora do chamado mercado de consumo:

Fundos de pensão não são fornecedores de serviços de consumo. O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor conceitua serviços de consumo (proporcionado por fornecedores) com atividade fornecida no mercado. Os fundos de pensão não ofertam seus planos no mercado, até porque deve haver vinculação do participante com patrocinador ou instituidor para ingresso no plano fechado.⁸³

Paulo Sérgio Cavezzale descreve a diferenciação da natureza jurídica e finalidades tanto das entidades abertas como fechadas de previdência complementar, afastando, de certa forma, a compreensão acerca da incidência do CDC nos contratos celebrados com entidades fechadas:

Estas (EAPC), como assinalamos, são empresas comerciais que atuam com intuito de lucro. Aquelas (EFPC), ao contrário, não possuem natureza mercantil, não visam à obtenção de lucros, têm por fim último, em face da insuficiência dos serviços previdenciários estatais, complementar, através de uma ação subsidiária, os programas previdenciários oficiais e dar assistência a determinados grupos de pessoas. Por outras palavras: as empresas abertas de Previdência Privada têm caráter comercial, não são órgãos previdenciários, e tampouco são entidades assistenciais. As instituições fechadas, ao contrário, têm fins mutualistas – embora organizadas com sofisticação própria de nossa época – não visam fins lucrativos⁸⁴

⁸² GRIVOVER, Ada Pelegrini. **A Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar**. São Paulo: ABRAPP; CEJUPREV, 2013, p. 28-69

⁸³ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. **Previdência privada: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 163-164.

⁸⁴ CAVEZZALE, Paulo Sérgio. EFPC: sua correta natureza jurídica e decorrências. In: GOES, Wagner de (Coord.). **Gestão de fundos de pensão: aspectos jurídicos**. São Paulo: ABRAPP, 2006, p. 13-21



Verifica-se, assim, que a não sujeição das entidades fechadas aos termos do Código de Defesa do Consumidor está muito bem apreciada pela doutrina, configurando-se indevida e incabível a aplicação de qualquer princípio previsto no sistema, notadamente a inversão do ônus da prova e a interpretação mais favorável ao participante, mesmo porque, prevalecendo, no caso, regras de Direito Civil, a teor do disposto no artigo 114, do Código Civil de 2002, as regras benéficas devem ser interpretadas restritivamente.

Perante o Judiciário, o entendimento tem sido o mesmo, como se verifica da transcrição de decisão proferida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça abaixo:

Em se tratando de previdência privada, que não é uma simples empresa, quando um associado se dispõe a demandar em desfavor dela, na verdade, sua demanda se dirige aos demais associados, pois a decisão favorável a ele pode vir a desequilibrar o próprio plano, mormente se impuser obrigação que fuja ao estipulado contratualmente em razão da oscilação do cálculo atuarial. Em razão disso, nestas matérias, há de se ter cuidado dobrado, não desconsiderando que, no fundo de pensão, o associado pleiteante de hoje foi quem elegeu a diretoria e o conselho, participando da administração e das respectivas assembleias. É por isso que sempre sustentei que, em se tratando de previdência privada, não cabe falar em aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pois se trata de uma associação, um fundo mútuo, em que todos participam, trabalham visando o sucesso do plano.

Por fim, quanto à invocação do diploma consumerista, é de ser observar que “o ponto de partida do CDC é a afirmação da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros”. (REsp 586.316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, Dje 19/03/2009)

Dessarte, como regra basilar de hermenêutica, no confronto entre as regras específicas e as demais do ordenamento jurídico, deve prevalecer a regra excepcional.

Nessa toada, como bem observado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no REsp 80.036/SP, o Código de Defesa do Consumidor traça regras que presidem a situação específica de consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do direito das obrigações, todavia, “[é] certo que, no que lhe for específico, o contrato’ continua sendo regido pela lei que lhe é própria. (REsp 80.036/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/1996, DJ 25-3-1996, p. 8.586)

Essa é também a doutrina de Claudia Lima Marques, ao assentar que, como o CDC não regula contratos específicos, em casos de incompatibilidade, há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios de especialidade e cronologia. (MARQUES, Claudia Lima, Contratos no código de defesa do consumidor, 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 247)



Desse modo, data venia, evidentemente, não cabe a aplicação do CDC alheia às normas específicas inerentes à relação contratual de previdência privada complementar e à modalidade contratual de transação – negócio jurídico disciplinado pelo Código Civil, inclusive no tocante à disciplina peculiar para o seu desfazimento.

A questão da incidência do CDC, portanto, ainda que não solucionada objetivamente pelo Superior Tribunal de Justiça diante da existência da Súmula 321 (que é, certamente, aplicável ao segmento aberto de previdência complementar mas não ao fechado), deve ser avaliada com bastante mais rigor e comedimento, justamente porque no âmbito da previdência privada há de se respeitar às suas regras estruturantes, inclusive aquelas que estabelecem as formas de proteção aos participantes de modo que não se cometa o desequilíbrio da relação jurídica que envolve, ademais, os legítimos direitos titulados pelos demais integrantes dessa relação jurídica que, na previdência complementar fechada, ocupam a mesma posição hierárquica e de destinatários da proteção jurídica: os próprios participantes, os patrocinadores ou instituidores e as administradoras e gestoras dos interesses desses grupos, que são as Entidades Fechadas de Previdência Complementar.⁸⁵

Certo que inúmeras foram as razões para que a doutrina e o próprio E. STJ (como também o Poder Judiciário como um todo) não só sinalizassem para a mudança da compreensão sobre o tema, como ainda, enfaticamente, pronunciassem o afastamento do CDC para as EFPC's, tal como acima se destacou, o que pode ser verificado mediante a leitura de recentíssimo acórdão da Colenda 2ª Seção do E. STJ que, em votação unânime e com a presença dos dez Ministros que a compõem, decidiu que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica às entidades fechadas de previdência complementar, no julgamento do REsp 1.536.786/MG, cuja ementa é clara ao destacar:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. JULGAMENTO AFETADO À SEGUNDA SEÇÃO PARA PACIFICAÇÃO ACERCA DA CORRETA EXEGESE DA SÚMULA 321/STJ. INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DA ENTIDADE PREVIDENCIÁRIA (ABERTA OU FECHADA) ADMINISTRADORA DO PLANO DE BENEFÍCIOS, DEVEM SER SEMPRE OBSERVADAS AS NORMAS ESPECIAIS QUE REGEM A RELAÇÃO CONTRATUAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, NOTADAMENTE O DISPOSTO NO

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 504.022-SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, data do julgamento. 10 de setembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**: 30 de setembro de 2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1348050&num_registro=201400933671&data=20140930&formato=PDF> Acesso em: 28 de outubro de 2015.



ART. 202 DA CF E NAS LEIS COMPLEMENTARES N. 108 E 109, AMBAS DO ANO DE 2001. HÁ DIFERENÇAS SENSÍVEIS E MARCANTES ENTRE AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA E FECHADA. EMBORA AMBAS EXERÇAM ATIVIDADE ECONÔMICA, APENAS AS ABERTAS OPERAM EM REGIME DE MERCADO, PODEM AUFERIR LUCRO DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS PELOS PARTICIPANTES, NÃO HAVENDO TAMBÉM NENHUMA IMPOSIÇÃO LEGAL DE PARTICIPAÇÃO DE PARTICIPANTES E ASSISTIDOS, SEJA NO TOCANTE À GESTÃO DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS, SEJA AINDA DA PRÓPRIA ENTIDADE. NO TOCANTE ÀS ENTIDADES FECHADAS, CONTUDO, POR FORÇA DE LEI, SÃO ORGANIZADAS SOB A FORMA DE FUNDAÇÃO OU SOCIEDADE SIMPLES, SEM FINS LUCRATIVOS, HAVENDO UM CLARO MUTUALISMO ENTRE A COLETIVIDADE INTEGRANTE DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADOS POR ESSAS ENTIDADES, QUE SÃO PROTAGONISTAS DA GESTÃO DA ENTIDADE E DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS. AS REGRAS DO CÓDIGO CONSUMERISTA, MESMO EM SITUAÇÕES QUE NÃO SEJAM REGULAMENTADAS PELA LEGISLAÇÃO ESPECIAL, NÃO SE APLICAM ÀS RELAÇÕES DE DIREITO CIVIL ENVOLVENDO PARTICIPANTES E/OU BENEFICIÁRIOS E ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADAS. EM VISTA DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, A SÚMULA 321/STJ RESTRINGE-SE AOS CASOS A ENVOLVER ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. COMO O CDC NÃO INCIDE AO CASO, O FORO COMPETENTE PARA JULGAMENTO DE AÇÕES A ENVOLVER ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA FECHADA NÃO É DISCIPLINADO PELO DIPLOMA CONSUMERISTA. TODAVIA, NO CASO DOS PLANOS INSTITUÍDOS POR PATROCINADOR, É POSSÍVEL AO PARTICIPANTE OU ASSISTIDO AJUIZAR AÇÃO NO FORO DO LOCAL ONDE LABORA (OU) PARA O INSTITUIDOR. SOLUÇÃO QUE SE EXTRAÍ DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

1. Por um lado, o conceito de consumidor foi construído sob ótica objetiva, porquanto voltada para o ato de retirar o produto ou serviço do mercado, na condição de seu destinatário final. Por outro lado, avulta do art. 3º, § 2º, do CDC que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de prestação de serviços, compreendido como "atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração" - inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária -, salvo as de caráter trabalhista.

2. Há diferenças sensíveis e marcantes entre as entidades de previdência privada aberta e fechada. Embora ambas exerçam atividade econômica, apenas as abertas operam em regime de mercado, podem auferir lucro das contribuições vertidas pelos participantes (proveito econômico), não havendo também nenhuma imposição legal de participação de participantes e assistidos, seja no tocante à gestão dos planos de benefícios, seja ainda da própria entidade. Não há intuito exclusivamente protetivo-previdenciário.

3. Nesse passo, conforme disposto no art. 36 da Lei Complementar n. 109/2001, as entidades abertas de previdência complementar, equiparadas por lei às instituições financeiras, são constituídas unicamente sob a forma de sociedade anônima. Elas, salvo as instituídas antes da mencionada lei, têm, pois, necessariamente, finalidade lucrativa e são formadas por instituições financeiras e seguradoras, autorizadas e fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados - Susep, vinculada ao Ministério da Fazenda, tendo por órgão regulador o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP.



4. É nítido que as relações contratuais entre as entidades abertas de previdência complementar e participantes e assistidos de seus planos de benefícios - claramente vulneráveis - são relações de mercado, com existência de legítimo auferimento de proveito econômico por parte da administradora do plano de benefícios, caracterizando-se genuína relação de consumo.

5. No tocante às entidades fechadas, o artigo 34, I, da Lei Complementar n. 109/2001 deixa límpido que "apenas" administram os planos, havendo, conforme dispõe o art. 35 da Lei Complementar n. 109/2001, gestão compartilhada entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores nos conselhos deliberativo (órgão máximo da estrutura organizacional) e fiscal (órgão de controle interno). Ademais, os valores alocados ao fundo comum obtido, na verdade, pertencem aos participantes e beneficiários do plano, existindo explícito mecanismo de solidariedade, de modo que todo excedente do fundo de pensão é aproveitado em favor de seus próprios integrantes.

6. Com efeito, o art. 20 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que o resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das reservas matemáticas. Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será estabelecida reserva especial para revisão do plano de benefícios que, se não utilizada por três exercícios consecutivos, determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios.

7. As regras do Código Consumerista, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial, não se aplicam às relações de direito civil envolvendo participantes e/ou assistidos de planos de benefícios e entidades de previdência complementar fechadas. Assim deve ser interpretada a Súmula 321/STJ, que continua válida, restrita aos casos a envolver entidades abertas de previdência.

8. O art. 16 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que os planos de benefícios sejam oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores. O dispositivo impõe uma necessidade de observância, por parte da entidade fechada de previdência complementar, de uma igualdade material entre os empregados do patrocinador, de modo que todos possam aderir e fruir dos planos de benefícios oferecidos que, por conseguinte, devem ser acessíveis aos participantes empregados da patrocinadora, ainda que laborem em domicílios diversos ao da entidade.

9. Dessarte, a possibilidade de o participante ou assistido poder ajuizar ação no foro do local onde labora (ou) para a patrocinadora não pode ser menosprezada, inclusive para garantir um equilíbrio e isonomia entre os participantes que laboram no mesmo foro da sede da entidade e os demais, pois o participante não tem nem mesmo a possibilidade, até que ocorra o rompimento do vínculo trabalhista com o instituidor, de proceder ao resgate ou à portabilidade.

10. À luz da legislação de regência do contrato previdenciário, é possível ao participante e/ou assistido de plano de benefícios patrocinado ajuizar ação em face da entidade de previdência privada no foro de domicílio da ré, no eventual foro de eleição ou mesmo no foro onde labora (ou) para a patrocinadora.

11. Recurso especial provido.⁸⁶ (grifos nossos)

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.536.786-MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, data do julgamento. 26 de agosto de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**: 20 de outubro de 2015. Disponível em



Diante do julgamento expressado pela ementa transcrita acima, consoante normatização regimental, o que se espera é que em prazo médio, ocorra a revisão da Súmula 321, do C. STJ, para excluir da sua compreensão a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às entidades fechadas de previdência complementar, o que entendemos ser positivo ao sistema de previdência complementar fechado, pois evitará interpretações equivocadas e alheias à finalidade de suas normas, não havendo que se falar em desamparo ao participante, diante de todo o arcabouço normativo que estabelece normas protetivas de seus interesses, assegurando inclusive seu assento nos órgãos deliberativos das entidades.



4 CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se demonstrar que o contrato previdenciário celebrado, quer em face de entidades abertas de previdência complementar como junto das fechadas, torna possível assegurar a almejada proteção econômica no momento em que não mais se possa estar não só no mercado de trabalho como ainda vivo de modo a amparar seus dependentes.

De tal entendimento decorre a intensa preocupação estatal em fomentar o sistema de previdência complementar com transparência e higidez, de forma a se permitindo a conclusão não só pelo dinamismo dirigido com o foco na relação privada como pela segurança em prol dos seus participantes.

Verifica-se no contrato previdenciário a possibilidade das pessoas cuidarem de seu futuro e de seus dependentes, desde que estejam cientes de que ao aderir ao plano previdenciário, aberto ou fechado, estão anuindo com o propósito da preservação do vínculo obrigacional para assegurar a sua execução e o cumprimento da boa-fé contratual diante da sua função social.

Tais fatos são possíveis dada a certa caracterização de cada figura existente na relação jurídica criada pela adesão do participante em face da entidade de previdência complementar. Nas entidades abertas, constitui-se referido participante como único provedor do fundo a ser constituído, já nas fechadas, encontra-se o participante imerso na massa daqueles que buscam, em conjunto de suas respectivas empregadoras, ou até mesmo patrocinadoras do plano previdenciário, amealhando ao plano previdenciário suas contribuições para que em conjunto se possa viabilizar o cumprimento do objeto almejado que é o pagamento do próprio benefício.

O caminho trilhado para a consecução desse objetivo comum ampara-se em características próprias, de origem constitucional, onde restam parametrizados os limites de atuação pois assente não só a autonomia em relação a previdência social como ainda a facultatividade de sua adesão.

Dada a característica de longo prazo, o assentamento legal, permite que haja a mutabilidade do contrato desde que assegurado o próprio direito adquirido, sendo



esse somente verificado quando implementadas todas os requisitos para a elegibilidade.

Daí porque não se mostra o contrato previdenciário como regras estáticas, mas dinâmicas, com normas específicas, de modo que, para as entidades fechadas, diante de suas características, as regras impostas pela codificação consumerista não lhe se aplicam, diversamente do enfrentamento junto das entidades abertas que, por visarem lucro dentre outras especificidades, como abordadas no presente trabalho, impõe-se seu respeito.



REFERÊNCIAS

ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência privada aberta como relação de consumo**, São Paulo: LTR, 2004.

AVENA, Lygia. **Fundamentos Jurídicos da previdência complementar fechada**. São Paulo: CEJUPREV, 2012.

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

BARROS, Allan Luiz Oliveira. **Previdência complementar**. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. _____. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.395.219/DF. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, data do julgamento. 4 de dezembro de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, 04 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26209775&num_registro=201100120363&data=20130204&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 28 de outubro de 2015

_____. _____. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 504.022-SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, data do julgamento. 10 de setembro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico: 30 de setembro de 2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1348050&num_registro=201400933671&data=20140930&formato=PDF> Acesso em: 28 de outubro de 2015.

_____. _____. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 814.465/MS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 de maio de 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 24 maio 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1061096&num_registro=200600200485&data=20110524&formato=PDF> Acesso em: 28 out. 2015.

_____. _____. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1176617-RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, data do julgamento: 10 de setembro de 2013. Diário da Justiça Eletrônico 14 de outubro de 2013. Disponível em



<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1262863&num_registro=201000117799&data=20131014&formato=PDF>
Acesso em: 28 de outubro de 2015.

_____. _____. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.172.929/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, data do julgamento. 10 de junho de 2014. Diário da Justiça Eletrônico, 01 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1329149&num_registro=200902468238&data=20140801&formato=PDF>
Acesso em: 28 de outubro de 2015.

_____. _____. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.184.621-MS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, data do julgamento: 24 de abril de 2014. Diário da Justiça Eletrônico: 09 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1316701&num_registro=201000417091&data=20140509&formato=PDF>
Acesso em: 28 de outubro de 2015.

_____. _____. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.421.951. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, data do julgamento. 25 de novembro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico: 19 dez. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1370247&num_registro=201303948220&data=20141219&formato=PDF>
Acesso em 28 de outubro de 2015

_____. _____. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.536.786-MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, data do julgamento. 26 de agosto de 2015. Diário da Justiça Eletrônico: 20 de outubro de 2015. Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1422340&num_registro=201500823760&data=20151020&formato=PDF>
Acesso em: 28 de outubro de 2015.

CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP, 2009.

CAVEZZALE, Paulo Sérgio. EFPC: sua correta natureza jurídica e decorrências. In: GOES, Wagner de (Coord.). **Gestão de fundos de pensão**: aspectos jurídicos. São Paulo: ABRAPP, 2006.



CAZETTA, Luis Carlos. **Previdência privada**: o regime jurídico das entidades fechadas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

CESARI, Ricardo. **Tfr e fondi pensione**. Società editrice il Mulino. BOLOGNA 2007.

CHAN, Betty Lilian; SILVA, Fabiana Lopes da; MARTINS, Gilberto de Andrade. **Fundamentos da Previdência complementar**: da atuária à contabilidade. São Paulo: Atlas; FINECAFI/USP, 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; VILLELA, José Correa. **Previdência privada**: doutrina e comentários à Lei complementar nº 109/2011. São Paulo: LTr, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRIVOVER, Ada Pelegrini. **A Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar**. São Paulo: ABRAPP; CEJUPREV, 2013.

GUSTAVO, Tepedino e BIANCA, Massimo *apud* GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato** – Os novos princípios Contratuais, Ed. Saraiva, São Paulo, 2004

HENRIQUE, Adriano Cardoso. Aspectos Contratuais na Previdência Complementar Fechada. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 05 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44272&seo=1>>. Acesso em: 18 set. 2015, às 22:35hs.

LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Nova previdência complementar do servidor público**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996.

MESSINA, Roberto Eiras. Função social do contrato previdenciário. **MML MESSINA, MARTINS, LENCIONI Advogados Associados**, 2009. Disponível em:



<<http://www.mmladvogados.com.br/artigo03.asp>>. Acesso em: 02 set. 2015, às 8:23hs.

OLIVELLI, Paola; PESSI, Roberto. **La previdenza complementare nella Comunità Europea**. Milano: Giuffré, 1992.

PAIXÃO, Leonardo André. A previdência complementar no Brasil e o capitalismo social. In: GOES, Wagner de. (Coord.). **Papel dos Fundos de Pensão na formação da economia brasileira/capitalismo social**. São Paulo: ABRAPP; ICSS; SINDAP, 2007;

PISANI, Raoul. **I Fondi Pensione Aziendali: Tipologie e Gestione Finanziaria**. Milano: EGEA, 1992.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PULINO, Daniel. **Previdência Complementar, Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2001.

REIS, Adacir. **Curso Básico de Previdência complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SABATINO, Charles P. **The American Bar Association, legal Guide for Americans over 50**. Random House reference. 2006.

SILVA, Devanir da. **Fundos de pensão e ABRAPP: histórias de litas e vitórias: a construção da previdência complementar no Brasil**. São Paulo: ABRAPP, 2014.

SORGI, Sergio. **Fondi Pensioni**. perche servono, come funzionano, come sceglierli. MILANO. Studio Allegri-Vaccher. 2009.

TOMASINI, Andrea. **Manual do Conselheiro das entidades fechadas de previdência complementar**. Brasília: Ceres Fundação de Seguridade Social, 2010.

WALT, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. 14^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



PUC • SP
COGEAE
EDUCAÇÃO CONTÍNUA
DESDE 1983



WURMAN, Richard Saul. **Ansiedade de informação**. 5. ed. Tradução Virgílio Freire. São Paulo: Cultura Editores Associados, 1995.

_____. _____. Acesso em 28 de outubro de 2015. Disponível em <<http://www.lefigaro.fr/retraite/2010/02/19/05004-20100219ARTFIG00641-retraites-complementaires-comment-ca-marche-.php>>