

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

BÁRBARA MENEZES MONDUZZI

PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA:
(IN)ADEQUAÇÃO AO OBJETIVO DE GARANTIA DO BENEFÍCIO CONTRATADO

BELO HORIZONTE

2016

BÁRBARA MENEZES MONDUZZI

**PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA:
(IN)ADEQUAÇÃO AO OBJETIVO DE GARANTIA DO BENEFÍCIO CONTRATADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, em desenvolvimento no curso de Mestrado.

Linha de Pesquisa: **Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.**
Projeto Estruturante: **Desenvolvimento e Mercado no Contexto da Sociedade Globalizada.** Projeto Coletivo: **Desenvolvimento e Empresa no Mercado.**
Área de Estudo: **Empresa no Mercado.**

Orientador: Marcelo Andrade Féres.

Belo Horizonte

2016

M741p Monduzzi, Bárbara Menezes
Previdência privada fechada: (in)adequação ao objetivo de
garantia do benefício contratado / Bárbara Menezes Monduzzi.
- 2016.

Orientador: Marcelo Andrade Féres
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito - Teses 2. Previdência privada 3. Fundos de pensão
I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 368.4

Dissertação defendida e aprovada em _____ pela banca
examinadora composta pelos professores:

Professor Doutor Marcelo Andrade Féres – Orientador

Professora Doutora Rúbia Carneiro Neves

Professor Doutor Élcio Nacur Rezende

RESUMO

O presente trabalho pretende identificar o regime jurídico aplicado à previdência privada fechada, verificar se ele está em consonância com o objetivo de garantir o benefício contratado, nos termos do art. 202 da Constituição da República Federativa do Brasil e diagnosticar aqueles caracteres que representam risco a esse objetivo e, por conseguinte, ao princípio da proteção da confiança.

A pesquisa tem caráter interdisciplinar, com investigações no campo do direito, a partir de uma vertente jurídico-dogmática. Toma por marco teórico a teoria dos sistemas e o princípio da proteção da confiança, interpretada segundo a doutrina de Claus-Wilhelm Canaris. Pretende-se concluí-la com abrangência geral, extensível a todas as partes componentes do sistema.

A presente dissertação é resultado de pesquisa desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como condição para obtenção do título de mestre em Direito.

Palavras-chave: Previdência privada fechada. Fundos de Pensão. Garantia. Teoria dos Sistemas. Confiança.

ABSTRACT

The present work aims to study the legal regime of closed private pension funds and verify if it was built accordingly to the objective of securing the pension to the beneficiaries, pursuant to article 202 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, signaling what could represent a risk to that objective and, therefore, to the principle of protection of trust.

The research has a multidisciplinary approach, with investigations in the field of Law, following the legal-dogmatic aspects of the issue. Takes as theoretical framework the studies developed for Claus-Wilhelm Canaris about the systems theory applicable to the Law and the principle of protection of trust. The conclusions are intended to be comprehensive, applicable to all relevant parts of the system.

The present research was developed as a condition to obtain the title of Master of Law for the Federal University of Minas Gerais (Brazil).

Palavras-chave: Private Pension Funds. Warranty/Lien/Safeguard. Systems Theory. Trust.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Diagrama I – Estrutura Organizacional: P. 30

Diagrama II – Relações Jurídicas: P. 48

Diagrama III – Relações Jurídicas (continuação): P. 49

LISTA DE TABELAS

Tabela I – Estrutura Normativa: P. 35

Tabela II – Características dos Regimes Financeiros: P. 71

Tabela III – Limites de investimento por emissor: P. 99

Tabela IV – Elementos do Contrato de Seguro: P. 148-149

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRAPP: Associação Brasileira de Entidades Fechadas de Previdência Complementar

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Ag.: Agravo

AgRg.: Agravo Regimental

ANAPP: Associação Nacional da Previdência Privada

Apel.: Apelação

Art.: Artigo

Arts.: Artigos

Bacen: Banco Central do Brasil

Centrus: Fundação Banco Central de Previdência Privada

CNPB: Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar

CGPC: Conselho Gestor de Previdência Complementar

CNPC: Conselho Nacional de Previdência Complementar

CMN: Conselho Monetário Nacional

CPI: Comissão Parlamentar de Inquérito

CVM: Comissão de Valores Mobiliários

c/c: Combinado com

DJ: Diário da Justiça

DJe: Diário da Justiça Eletrônico

ED: Embargos de Declaração

EFPC: Entidade Fechada de Previdência Complementar

EFPC: Entidades Fechadas de Previdência Complementar

EC: Emenda Constitucional

ed.: Edição

Etc.: Et cetera

FGC: Fundo Garantidor de Créditos

INPS: Instituto Nacional de Previdência Social

INSS: Instituto Nacional do Seguro Social

j.: julgado em

LEXSTJ: Lex-Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

LOPS: Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/1960)

MC: Medida Cautelar

MP: Medida Provisória

Min.: Ministro

MPS: Ministério da Previdência Social

MTPS: Ministério do Trabalho e Previdência Social

MS: Mandado de Segurança

nº: número

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

P.: Página

Petros: Fundação Petrobrás de Seguridade Social

Previ: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil

Previc: Superintendência Nacional de Previdência Complementar

RADCOASP: Revista Adcoas Previdenciária – editada pela Editora Esplanada Ltda. –
ADCOAS

RDDP: Revista Digital de Direito público

Reex. nec.: Reexame necessário

RE: Recurso Extraordinário

Rel.: Relator

RESP: Recurso Especial

RJTAMG: Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais

R\$: Reais

RSSTJ: Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça

RSTJ: Revista do Superior Tribunal de Justiça

RT: Revista dos Tribunais

SPC: Secretaria de Previdência Complementar

SPPC: Secretaria de Políticas de Previdência Complementar

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJMG: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJSP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Vol.: Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO TEÓRICO METODOLÓGICA	5
DELIMITAÇÃO DO TEMA	14
1 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA E SEGURIDADE SOCIAL	15
1.1 Cultura de prevenção do risco social.....	15
1.2 No Brasil.....	20
1.3 Sistema constitucional.....	28
1.4 Sistema normativo da previdência privada fechada	31
1.5 Previdência privada e o sistema financeiro nacional.....	36
2 PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA: ESTRUTURA E ANÁLISE SISTEMÁTICA.....	43
2.1 Aspectos gerais.....	43
2.2 Estrutura de funcionamento da previdência privada fechada.....	44
2.3 Natureza Jurídica da EFPC.....	50
2.4 Classificação e estrutura das EFPCs	54
2.5 Modalidades de planos de benefícios.....	57
2.6 Plano de custeio, as reservas garantidoras dos benefícios, os fundos e as provisões.....	60
2.7 Regimes Financeiros. Repartição simples, repartição de capitais de cobertura e capitalização. Compreensão da solidariedade	65
2.8 Benefício proporcional diferido (<i>vesting</i>), autopatrocínio, portabilidade e resgate ...	71
2.9 Superávits e equacionamento dos déficits.....	73
2.10 Retirada de patrocínio	77
2.11 O que representa o direito acumulado pelo participante?	81
2.12 Gestão do risco: regulação quantitativa <i>versus</i> regulação prudencial.....	85
2.13 Balizas para o investimento dos recursos aportados no plano	92
3 PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA: ANÁLISE JURÍDICA DOS LIMITES DA FORMAÇÃO DO SISTEMA.....	102
3.1 Compreensão do regime jurídico da previdência privada fechada como um sistema e seus desafios	102
3.2 Caráter institucional <i>versus</i> caráter contratual	106

3.3	Propriedade ou crédito? O estado da arte com relação à controvérsia	117
3.4	Propriedade ou crédito? Conclusões	133
3.5	Patrimônio de afetação	142
3.6	Previdência privada fechada e seguro privado	147
3.7	Previdência privada fechada: rede de contratos ou contratos coligados?	158
3.8	Relações contratuais <i>stricto sensu</i> : natureza das obrigações assumidas	161
3.8.1	Relação entre o participante e o instituidor ou patrocinador	162
3.8.2	Relação jurídica entre o instituidor ou patrocinador e a EFPC	170
3.8.3	Relação jurídica entre os participantes e a EFPC	172
3.9	Direito à restituição e as Súmulas nº 289 e 290 do STJ	181
3.10	Aplicabilidade ou inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor?	189
3.11	Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às EFPCs instituídas	201
4	GARANTIAS E MECANISMOS DE PROTEÇÃO	212
4.1	Garantias <i>versus</i> obrigações de garantia (garantias <i>stricto sensu</i>)	212
4.2	As reservas técnicas e matemáticas podem ser entendidas, juridicamente, como modalidade de garantia?	215
4.3	Resseguro	218
4.4	Fundo de solvência	221
4.5	Garantia prestada pelo patrocinador ou pelo instituidor	222
4.6	Garantia prestada pelo Fundo Garantidor de Créditos	225
4.7	A controvérsia acerca da garantia do Fundo Garantidor de Créditos	230
4.8	Responsabilidade dos administradores	237
4.9	O regime da previdência privada fechada oferece garantias suficientes?	239
	CONCLUSÕES	242
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	247
	REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	265

INTRODUÇÃO TEÓRICO METODOLÓGICA

A previdência privada fechada é um tema que desperta muito interesse para o Direito, tendo em vista a complexidade das relações jurídicas travadas no seu âmbito e a sua relevante influência no desenvolvimento do mercado de capitais. Conquanto mais amplamente estudadas ao ângulo da economia e das ciências atuariais, a previdência privada fechada ainda apresenta inúmeros desafios à ciência do Direito, especialmente quanto ao aprofundamento em seus aspectos jurídicos mais basilares.

De acordo com o art. 202 da Constituição da República, o regime de previdência privada deve ser regulado por lei complementar, sendo caracterizado (i) por sua autonomia com relação ao regime geral; (ii) pela facultatividade; (iii) por estar baseado na constituição de reservas que garantam o benefício. De forma bastante simplificada, a previdência privada fechada baseia-se na formação de planos de benefícios, organizados e oferecidos por pessoas jurídicas a seus empregados, administradores ou pessoas com vínculo institucional (sindicalizados, cooperados, associados, etc.), mediante o aporte de recursos pelo participante – que nada mais é do que a pessoa natural que adere aos planos de benefícios – e, eventualmente, pelo patrocinador – que nada mais é do que o empregador do participante –. Esse plano é gerido por uma Entidade Fechada de Previdência Complementar (EFPC), com personalidade jurídica própria, de forma a garantir, no futuro, atendidas as condições estabelecidas no plano, o pagamento de pensão ou pecúlio para o assistido, que corresponde ao participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada¹.

Nesse cenário, os holofotes são alocados sobre o instituto em dois ângulos diversos, ressaltando, de um lado, seu caráter protetivo e, de outro, os seus riscos.

O primeiro desses enfoques é proveniente tanto da literatura jurídica quanto da jurisprudência. A literatura jurídica, focada em seus aspectos protetivos, encontra-se majoritariamente no âmbito do direito previdenciário. Concentra em tecer um paralelo entre esse instituto e o regime geral de previdência social, transportando para aquele, quando cabível, princípios aplicáveis a este.

Seguindo esse raciocínio, Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub ressalta o caráter protetivo da previdência complementar privada, o que deve necessariamente ser

¹ “Art. 8º. Para efeito desta Lei Complementar, considera-se:
I - participante, a pessoa física que aderir aos planos de benefícios; e
II - assistido, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.”

refletido na postura do legislador, já que “[m]esmo sendo privada, porém, ela não perde jamais seu traço distintivo constitucional de elemento de proteção social”². E completa, tecendo interessante comentário sobre o quanto o valor jurídico da segurança é essencial à contratação de um plano previdenciário privado:

Para resguardar a essência da proteção social inerente, notemos que o fundamento dos planos de Previdência Privada não é o enriquecimento da pessoa por meio de aplicações. Se o indivíduo quiser auferir riqueza, invista na Bolsa de Valores. Os planos previdenciários privados visam permitir uma continuidade no padrão de vida da pessoa, complementando ou não uma aposentadoria oficial.³

No mesmo sentido, a jurisprudência reconhece o caráter protetivo da previdência privada fechada. Tome-se, por exemplo, a Súmula nº 289 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que diz que “a restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”. Ao assim fazer, o STJ acabou por estabelecer uma garantia mínima para os participantes de planos previdenciários fechados, não obstante a lei nada dizer a esse respeito.

Importante mencionar também os julgados que levaram à edição da Súmula nº 321⁴ do STJ, que estabelecia ser o Código de Defesa do Consumidor “aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”⁵, sem distinguir as entidades fechadas das abertas. Apesar de cancelada em sessão do dia 24 de fevereiro de 2016 e substituída pela Súmula nº 563⁶ – que firmou o entendimento de que o referido código somente seria aplicável às entidades abertas –, é possível inferir que, mesmo se tratando de uma atividade regulada, alguns abusos já foram perpetrados pelas EFPCs em desfavor de seus participantes. Ao serem tais participantes socorridos pelo Judiciário⁷, este, consequentemente, reafirmou a necessidade de sua proteção.

² WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 81.

³ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 76.

⁴ Súmula nº 321, STJ: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes. STJ, Súmula nº 231. Segunda Seção. DJe 05/12/2005. Cancelada em sessão de 24 de fevereiro de 2016, DJe 29/02/2016.

⁵ Na mesma linha da Súmula nº 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

⁶ “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas”. STJ, Súmula nº 563. Segunda Seção. Sessão de 24 de fevereiro de 2016. Publicada no DJe de 29 de fevereiro de 2016.

⁷ Como, por exemplo, o caso de um dos arestos paradigmas para a edição da súmula que trata da cobrança de juros em contratos de empréstimo realizados por EFPC:

"Recurso especial. Entidade de previdência privada. Contrato de abertura de crédito. Instituição financeira. Taxa de juros. Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte.

Por fim, tome-se igualmente a polêmica em torno da titularidade da garantia prestada pelo Fundo Garantidor de Créditos: seria da própria EFPC, ou do participante/assistido? O caso também foi parar no Judiciário, em hipóteses de quebra de instituições financeiras. Em aproximadamente 50 (cinquenta) demandas, cerca de 30 (trinta) delas deram ganho de causa para o Fundo Garantidor de Créditos⁸, em prevalência à tese de que a garantia, hoje no valor de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), deve ser paga uma única vez à EFPC, e as demais – e mais recentes – resultaram em ganho de causa para as EFPCs, que alegam ser administradoras de recursos de terceiros, estes sim titulares da garantia prestada pelo Fundo Garantidor de Créditos. Esse assunto foi inclusive explorado por Felipe Fernandes Ribeiro Maia, em sua tese de doutoramento, publicada sob o título *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*⁹.

O segundo enfoque, ao revés, caracteriza a previdência privada fechada como instrumento de investimento. Exemplo disso pode ser encontrado na literatura econômica, em que seus autores enfatizam a relevância do papel das EFPCs, tendo em vista que “[o]s Fundos de Pensão são o maior instrumento de poupança voluntária do mundo, com ativos que superam a casa dos US\$ 20 trilhões”¹⁰. E completam, com previsões de tendências, dizendo que “[n]as economias desenvolvidas, o valor dos seus ativos representam cerca de 70% a 120% do PIB dos respectivos países. Em 2008, o patrimônio dos fundos, no Brasil, representava 17% do PIB brasileiro”¹¹.

“1. Segundo o disposto no art. 29 da Lei nº 8.177, de 1º.3.1991, vigente à época da celebração do contrato, as entidades de previdência privada são equiparadas às instituições financeiras” (REsp no 235.067/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 1º7/04).

2. Na linha da jurisprudência da Segunda Seção, afasta-se a limitação da taxa de juros imposta pelo Tribunal de origem no presente caso. É que não se pode dizer abusiva a taxa de juros e limitá-la desconsiderando todos os aspectos que compõem o sistema financeiro e os diversos componentes do custo final do dinheiro emprestado, tais como o custo de captação, a taxa de risco, os custos administrativos (pessoal, estabelecimento, material de consumo, etc.) e tributários e, finalmente, o lucro do banco. Com efeito, a limitação da taxa de juros em face de suposta abusividade somente tem razão diante de uma demonstração cabal da excessividade do lucro da intermediação financeira.

3. "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (Súmula nº 297/STJ) e às entidades de previdência privada, já que caracterizada relação de consumo.

4. Recurso especial conhecido e provido, em parte.” STJ. RESP nº 591.756 (2003/0164413-5 - 21/02/2005), Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª turma, j. 07/10/2004, DJ 21/02/2005, p. 176, RSSTJ vol. 26, p. 297.

⁸ MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 232-241.

⁹ MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

¹⁰ FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2011, p. 636.

¹¹ FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2011, p. 636.

Além disso, por captar recursos de terceiros, a previdência complementar integra o sistema financeiro nacional. Não escaparam aos olhos dos juristas, portanto, a análise dos riscos em determinados planos previdenciários oferecidos por entidades fechadas¹², ou mesmo a utilização dos chamados fundos de pensão como instrumentos de atuação do Estado na economia¹³.

Conforme bem lembrado por Eduardo Fortuna, confirmando essa percepção:

A essência de um Fundo de Pensão está na captação de recursos dos participantes e das empresas que o patrocinam, para investi-los em ativos financeiros de forma diversificada, com o objetivo de prover aposentadorias e pensões aos seus membros. A diversificação é regulamentada por meio da instituição de vários tipos de restrições a instrumentos ou classes de ativos, com a finalidade de garantir a sua solvência, evitando que os mesmos incorram em riscos excessivos. O objetivo de um Fundo de Pensão não está na otimização da rentabilidade da sua carteira de ativos, mas, sim, na garantia de que as obrigações referentes ao pagamento das aposentadorias e das pensões aos seus membros sejam rigorosamente cumpridas.¹⁴

Além disso, por força do art. 14 da Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) nº 3.792, de 28 de setembro de 2009, é obrigatória a contratação, pela EFPC, de pessoa jurídica registrada na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para prestar o serviço de custódia, realização dos fluxos de pagamentos e recebimentos relativos às operações realizadas pela entidade, bem como pela guarda e verificação da existência dos títulos e valores mobiliários, o que evidencia tratar-se de um instrumento de investimento.

A questão do risco também é tratada pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, promulgada em atenção ao art. 202 da Constituição, em dois momentos.

Primeiramente em seu art. 11¹⁵, que faculta às EFPCs a contratação de operações de resseguro. Em seguida, em seu art. 14, parágrafo único, inciso II¹⁶, que possibilita a

¹² OLIVEIRA, Marcelo Alves. *Riscos em planos de capitalização de contribuição definida na previdência complementar*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Marcus Orione Gonçalves Correia).

¹³ SOUZA, Silas Cardoso de. *As entidades fechadas de previdência complementar enquanto instrumentos de atuação do estado na economia*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Luiz Fernando Massoneto).

¹⁴ FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro*. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2011, p. 637.

¹⁵ Art. 11. Para assegurar compromissos assumidos junto aos participantes e assistidos de planos de benefícios, as entidades de previdência complementar poderão contratar operações de resseguro, por iniciativa própria ou por determinação do órgão regulador e fiscalizador, observados o regulamento do respectivo plano e demais disposições legais e regulamentares.
Parágrafo único. Fica facultada às entidades fechadas a garantia referida no caput por meio de fundo de solvência, a ser instituído na forma da lei.

¹⁶ Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.
Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:
I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

instituição de contribuições extraordinárias para fazer frente a déficits, e, de forma mais relevante, o art. 21¹⁷, que estabelece a necessidade de o resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas ser equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, o que poderia resultar, inclusive, na redução do valor dos benefícios a conceder, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo.

Percebe-se, a partir daí, a efetiva inexistência de garantia quanto ao pagamento dos benefícios. Os recursos aportados são, na realidade, objeto de investimento, em carteira diversificada e, por isso, chamada conservadora, mas também submetida a riscos.

O que se verifica, na prática, é que não existe conexão alguma entre um e outro enfoque dado à questão. Enquanto, de um lado, os autores de direito previdenciário, com o respaldo da jurisprudência sumulada do STJ, ressaltam o caráter protetivo da previdência privada fechada, de outro, toda a preocupação da doutrina econômica, nacional e estrangeira, volta-se para a gestão do risco decorrente do cervo patrimonial por ela administrado, o que evidencia ter sido a estrutura normativa da previdência fechada construída a partir de um mecanismo, ou instrumento¹⁸, de investimento privado.

Tal conclusão torna ainda mais perturbadora a Súmula nº 289 do STJ¹⁹, que confirma o direito dos participantes de ter restituídas as parcelas pagas a plano de previdência privada, acrescidas de “correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”. Ora, se os fundos administrados pela EFPC sofreram perdas, quem será o responsável pela restituição ao participante? Os recursos restituídos serão deduzidos dos próprios fundos coletivos? E sendo esse mesmo o caso – já que o termo utilizado pelo STJ foi “restituição” – a redução de recursos de um plano já deficitário fará com o que os demais

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

¹⁷ Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

§ 1º O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º A redução dos valores dos benefícios não se aplica aos assistidos, sendo cabível, nesse caso, a instituição de contribuição adicional para cobertura do acréscimo ocorrido em razão da revisão do plano.

§ 3º Na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit previsto no caput deste artigo, em consequência de apuração de responsabilidade mediante ação judicial ou administrativa, os respectivos valores deverão ser aplicados necessariamente na redução proporcional das contribuições devidas ao plano ou em melhoria dos benefícios.

¹⁸ Os termos “mecanismo” ou “instrumento” estão, corretamente, sujeitos a crítica. Sua utilização, entretanto, não pôde ser evitada neste momento em razão da imprecisão da doutrina atual quanto à sua correta caracterização jurídica, o que será objeto de investigação específica.

¹⁹ Súmula nº 289, STJ: A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.

participantes e assistidos arquem com o prejuízo, nos termos do art. 21 da Lei Complementar nº 109/2001?

Tome-se, igualmente, a afirmação da Fundação Banco Central de Previdência Privada Centrus, EFPC vinculada aos funcionários do Banco Central do Brasil, quando ainda eram celetistas²⁰, de que “em razão de sua natureza jurídica de fundação, destinada a propiciar complementação de aposentadoria, as entidades fechadas de previdência privada têm gerido patrimônio próprio e não de terceiros, sendo incabível, portanto, a prestação de contas”²¹. Tal interpretação, aparentemente inofensiva nos autos de um processo que discutia tão somente o direito de prestação de contas pleiteado por um participante, é o germen que possibilitou com que parte das decisões de primeira instância na falência de instituições financeiras entendesse que somente a EFPC, e não os seus participantes, seriam titulares de garantia oferecida pelo Fundo Garantidor de Créditos (FGC).

No caso em tela, o ministro relator refutou a interpretação da EFPC²². A polêmica sobre o titular da garantia paga pelo FGC, no caso de falência de instituições financeiras, entretanto, permanece²³, conforme anteriormente mencionado.

Inexiste, outrossim, qualquer coerência ou sistematização em torno da natureza das relações jurídicas travadas em torno de um plano de previdência privada administrado por uma EFPC. Se, por um lado, há quem refute o caráter securitário dos planos de previdência privada fechada²⁴, há quem defenda que tais planos têm, ao mesmo tempo, caráter de contrato

²⁰ “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. BANCO CENTRAL DO BRASIL: AUTARQUIA: REGIME JURÍDICO DO SEU PESSOAL. Lei 8.112, de 1990, art. 251: INCONSTITUCIONALIDADE. I. - O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição, do regime jurídico da Lei 8.112, de 1990. II. - As normas da Lei 4.595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidas, pela CF/88, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no art. 192, IV, da Constituição. III. - O art. 251 da Lei 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional. IV. - ADIn julgada procedente.” (STJ. ADIN nº 449, Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno. DJ 22/11/1996, P. 45683, EMENT VOL-01851-01 P. 60, RTJ VOL-00162-02, P. 420)

²¹ STJ. REsp 600.744 (2003/0187717-1), Min. Castro Filho, 3ª turma. DJ 24/05/2004, p. 274, RJTAMG, vol. 97, p. 372, RSSTJ, vol. 26 p. 301.

²² “A assertiva de que essas entidades administrariam recursos próprios e não de terceiros não vingará, pois, a despeito de a fundação ter patrimônio próprio, ela também administra parcela da contribuição paga por seus beneficiários, tanto assim que, desligando-se da empresa patrocinada, têm os participantes o direito de serem reembolsados pelo montante adimplido. Nesse passo, é de lhes ser reconhecida a prestação de contas na forma do artigo 914 do estatuto processual civil.” (STJ. REsp 600.744 (2003/0187717-1), Min. Castro Filho, 3ª turma. DJ 24/05/2004, p. 274, RJTAMG, vol. 97, p. 372, RSSTJ, vol. 26 p. 301.)

²³ MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

²⁴ “O seguro privado possui até uma existência paralela à Previdência Privada, como nos casos das entidades abertas de previdência complementar que mantêm, além dos planos previdenciários privados, seguro de vida.” WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 71.

plurilateral²⁵ e securitário²⁶, havendo inclusive pronunciamentos jurisprudenciais a esse respeito²⁷. Há, ainda, discussão sobre o caráter contratual ou institucional desses planos²⁸, sem haver explicações de quais seriam as consequências de uma ou outra qualificação.

Os problemas acima apresentados são resultado, em parte, do desconhecimento acerca do complexo regime jurídico aplicável à previdência complementar privada e fechada no Brasil, e, em outra parte, das imprecisões e incoerências desse regime, especialmente no que

²⁵ “Mas a posição do participante é contratual, decorrente de um contrato que é sempre plurilateral, definindo-se, em cada momento, os direitos e as obrigações recíprocas dos inscritos e da entidade, apenas com a mudança no suporte do custeio, respeitante aos seus benefícios, se o inscrito deixa de ser empregado da instituidora.” PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada*, filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 235.

²⁶ “... do ponto de vista lógico legal, no momento em que se inscreveu num plano de entidade fechada, o empregado da patrocinadora ganha a qualidade de participante, idêntica a de um segurado que tem os seus planos de seguros pagos por terceira pessoa e, por isso, a relação jurídica estabelecida entre ele e a entidade é de natureza idêntica à securitária. Se o plano em que está inscrito apresentar déficit técnico, ele não pode ser afetado por isso, mas será a patrocinadora que terá que resolver o problema dentro do estatuído no estatuto da entidade sancionado pelo órgão executivo do sistema; no caso da patrocinadora não ter possibilidade de o fazer, por estar, por exemplo, em situação falimentar, o órgão executivo do sistema determinará o caminho a seguir, podendo ser o da liquidação da entidade, mas passando, sem dúvida, por soluções como a da redução de benefícios, o que significa que não haverá participantes sacrificados em benefício dos restantes, mas soluções equitativas para todos.” PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada*, filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 233-234.

²⁷ “A participação no plano oferecido pela previdência privada ocorre com a celebração do contrato previdenciário. Através deste negócio jurídico o participante transfere à entidade certos riscos sociais ou previdenciários, mediante o pagamento de contribuições, a fim de que, ocorrendo determinada situação prevista contratualmente, obtenha da entidade benefícios pecuniários ou prestação de serviços. A obrigação da entidade previdenciária, portanto, é atividade de natureza securitária.

Nesse prisma, a caracterização do participante de plano de previdência privada fechada como consumidor não oferece obstáculos, pois certamente trata-se de pessoa que adquire prestação de serviço como destinatário final, ou seja, para atender à necessidade própria, na conceituação de José Geraldo Júnior.

Ademais, segundo aquele autor, a vulnerabilidade econômica é um traço do consumidor, e, no caso em exame, nota-se facilmente a posição economicamente mais fraca do contribuinte em relação à entidade de previdência privada. A situação vulnerável do participante é acentuada ainda pelo fato de que os contratos previdenciários celebrados com a entidade privada são de adesão, em que o aderente não tem qualquer possibilidade de participar da estipulação das cláusulas.

De outro lado, também pode-se enquadrar a entidade de previdência privada no conceito de fornecedor de serviços do art. 3º, do CDC.

É fornecedor de serviços aquele que os presta no mercado de consumo.

(...)

Essa entidade (fechada, quando a participação no plano é limitada a uma categoria de pessoas, ou aberta, quando acessível a qualquer interessado) presta o serviço mencionado no art. 3º, § 2º, do CDC, pois objetiva, como anteriormente exposto, a realização de atividade securitária.

Dessa forma, o vínculo jurídico entre o participante e a entidade de previdência privada é relação de consumo, aplicando-se, assim, os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 306.155/MG, DJ 25/02/2002, (Rela. Mina. Nancy Andrighi), julgado em 19/01/2001, publicado em

²⁸ “Apesar de haver total liberdade contratual em vigor no regime previdenciário complementar, justamente a acessoriedade constitucional acaba por submeter o modelo particular (imbuído pelos institutos jurídicos de direito privado) às provisões e mudanças impostas pelo governo. É a dicotomia polêmica entre o caráter contratual versus caráter institucional.” WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 72.

tange à sua estrutura organizacional (natureza jurídica das partes envolvidas e das relações jurídicas), e às garantias oferecidas.

Não obstante, sabe-se que, muito embora seja impossível alcançar a perfeição de um sistema jurídico, o cidadão não deve suportar as suas incoerências e imprecisões, cabendo à prática hermenêutica do jurista buscar o sentido finalístico-sistemático da legislação em vigor. Afinal,

regime tem fundamentalmente o sentido de conjunto ordenado, coerente e sistematizado de normas ou regras jurídicas, que enquadram no plano jurídico determinadas situações, em que certas pessoas se podem encontrar, tendo em vista a prossecução de objectivos precisos de natureza protectora.²⁹

Nesse sentido, recorre-se a Claus-Wilhelm Canaris³⁰, cuja teoria, ao mesmo tempo em que reconhece a abertura do sistema jurídico, subsidia-nos dos instrumentos necessários para a compreensão de como a complexa realidade social pode afetá-lo. Aliás, é essa incompletude que permite a evolução e o progresso do ordenamento, com a incorporação de novos princípios mais adequados à realidade social. Ou seja, a ordem jurídica, a partir dessa teoria, pode evoluir, paulatinamente, em conjunto com a própria sociedade.

A teoria dos sistemas de Canaris³¹ é de especial relevância para a compreensão de sistemas jurídicos especialmente complexos, propensos, por isso mesmo, a inúmeras imprecisões e inconsistências. Isso porque, mesmo diante de problemas, todo sistema é capaz de gerar expectativas jurídicas legítimas, fundada no princípio da boa fé objetiva. Assim, a aparência do direito – não no sentido de falsidade, mas de percepção do direito – justifica os efeitos jurídicos da proteção da confiança por ela gerada.

O objetivo deste trabalho é, portanto, analisar o regime jurídico aplicável à previdência privada fechada no Brasil, sob os pontos de vista de sua estrutura organizacional (natureza jurídica das partes envolvidas e das relações jurídicas), das garantias e dos mecanismos de proteção oferecidos, para, assim, concluir acerca da adequação do instituto, da forma como atualmente concebido, à função de garantir o benefício previdenciário contratado e, conseqüentemente, a proteção social que dele se espera. Em outras palavras, questiona-se o seguinte: o regime jurídico da previdência privada fechada é adequado para garantir o futuro

²⁹ NEVES, Ilídio. *Direito da Segurança Social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. P.654.

³⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. e CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2009.

³¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

benefício previdenciário contratado? Este é o problema que se pretende discutir na presente dissertação.

Com o objetivo de desenvolver, em nível sistemático, a referida análise, o presente trabalho foi dividido em quatro capítulos, adiante descritos.

No primeiro capítulo, intitulado *Previdência Complementar Privada e Seguridade Social* o tema é introduzido e contextualizado, tanto no tocante aos seus aspectos históricos quanto normativos.

No segundo capítulo, intitulado *Previdência Privada Fechada: Estrutura e Análise sistemática* a regulação da previdência complementar fechada privada é explorada e descrita com maiores detalhes. Aqui são exploradas as regras sobre modalidades de planos, resgate, portabilidade, benefício proporcional diferido, autopatrocínio, retirada do patrocínio e regimes financeiros. Essa análise é um pressuposto para a compreensão, nos capítulos subsequentes, da coerência sistemática do instituto e sua adequação à sua função de garantir do benefício contratado.

No terceiro capítulo, intitulado *Previdência Privada Fechada: Análise Jurídica dos Limites da Formação do Sistema*, é feita a análise da natureza jurídica dos agentes e das relações jurídicas travadas no âmbito da previdência complementar privada fechada.

No quarto capítulo, intitulado *Garantias e Mecanismos de Proteção*, analisa-se o conteúdo do art. 202 da Constituição bem como dos mecanismos de proteção atualmente existentes, com a finalidade de se concluir qual a verdadeira proteção social conferida pela norma, e se sua interpretação é suficiente para que se conclua que a função do instituto é, verdadeiramente, garantir o benefício contratado.

Com efeito, mitos em torno da correta caracterização jurídica da natureza dos agentes e das relações obrigacionais estabelecidas no âmbito da previdência privada fechada são a fonte da insegurança jurídica em torno do instituto, o que, em síntese, tornam relevante e necessária a pesquisa.

Não se tem a pretensão, de forma alguma, de esgotar o tema tão desafiador e complexo com a presente dissertação, mas sim apresentar uma contribuição para seu estudo e compreensão.

Nesse contexto, apresenta-se esta dissertação como requisito para obtenção do grau de mestre no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

DELIMITAÇÃO DO TEMA

Apesar de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, poderem oferecer planos de benefícios baseados na mesma estrutura normativa organizacional estabelecida na Lei Complementar nº 109/2001, com as especificidades da Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001, as EFPCs que os oferecem têm natureza pública por expressa disposição constitucional (art. 40, §§ 14 e 15³²), o que decerto alterará sua estrutura de funcionamento e a responsabilidade dos agentes envolvidos.

Por essa razão, limita-se a presente dissertação a abordar os planos oferecidos por EFPCs privadas, o que, em si, apresenta-se suficientemente desafiador. Não obstante, acredita-se que as análises e conclusões apresentadas neste trabalho contribuirão para a compreensão das atividades exercidas pelas EFPCs de natureza pública, bem como para a construção de sua interpretação, tendo em vista que as primeiras entidades dessa natureza foram constituídas apenas em 2012³³.

³² Constituição: “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

.....
 § 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído **por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo**, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, **por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.**” (grifo nosso)

1 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA E SEGURIDADE SOCIAL

1.1 Cultura de prevenção do risco social

Conforme ensina Claus-Wilhelm Canaris, o direito deve ser compreendido como um “conjunto historicamente formado”³⁴, construído, portanto, no bojo social e em decorrência da evolução histórica dos valores em que permeiam o sistema, sendo, por isso mesmo, aberto e sujeito a incompletudes e imprecisões. Essa acepção é de essencial importância para a compreensão do regime da previdência privada fechada, em toda sua complexidade.

A análise aqui contida pretende, ainda que brevemente, apresentar o regime privado de previdência fechada em seu contexto histórico, iniciando-se a partir do surgimento da cultura da prevenção do risco social, e seguindo por seu desenvolvimento no direito brasileiro.

Observa-se, assim, que a seguridade social surgiu, de uma forma geral, como resposta estatal aos riscos sociais que fizeram emergir as novas formas de produção. A pobreza não mais podia ser imputada ao indivíduo – anteriormente responsabilizado por todo o seu infortúnio – passando a ter causa estrutural a partir da Revolução Industrial³⁵.

Nos séculos XIX e XX, com o êxodo rural e o desenvolvimento da indústria, a exploração da propriedade imobiliária deixou de funcionar como o principal seguro para a velhice. Ao mesmo tempo, tornou-se mais difícil confiar nas gerações futuras para a provisão dos mais idosos, tendo em vista que a renda, estipulada em patamares muitas vezes insuficiente para a subsistência individual, não era capaz de prover o sustento de mais de uma geração³⁶.

³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 199-200.

³⁵ “Todavia, com a Revolução, a vida familiar mudou. Os mais jovens foram se aventurar nas grandes cidades, modificando aquela ideia de ‘aposentadoria fundada no trabalho dos herdeiros’ A família ampliada deu lugar a uma mais restrita, nuclear, composta de pais e filhos, fundamentalmente. Com a transição para a economia industrial, multiplicaram-se as fontes de risco, pois a progressiva sofisticação técnica e sua maior dimensão conduziram à criação e concentração de novos perigos.” (CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Profª. Drª. Vera Helena de Mello Franco. São Paulo: 2014. P. 28-29).

³⁶ “Tem-se, desse modo, que a capacidade da prole de cuidar de seus pais na velhice era limitada pela própria capacidade salarial e pelo acesso da família à propriedade. Sobre este último ponto, vale ainda lembrar que, se até então, as propriedades territoriais rurais eram o principal seguro para a velhice, com o maciço êxodo rural, nas cidades crescentes e novas metrópoles européias dos séculos XIX e XX, somente uma pequena minoria pôde contar com negócios familiares capazes de oferecer uma proteção similar.”

Culturalmente, a prevenção dos riscos sociais pode ser compreendida sobre duas tradições históricas: uma puritana, baseada na ética protestante da “indústria, prudência e responsabilidade individual”, e outra barroca, baseada nas ideias de “espaço público bem ordenado, beneficência e poder público universal”³⁷. Tais tradições são justamente as sementes das lógicas comutativa e distributiva, aplicada aos regimes previdenciários por todo o mundo.

A ética protestante, de um lado, contribuiu para a formação de uma ideologia segundo a qual cada indivíduo é responsável pelo seu próprio destino, e que, portanto, o gozo de uma velhice confortável e segura depende de sua prudência na juventude. Está baseada, dessa forma, numa lógica de recompensa ao esforço individual.

Por outro lado, o espírito barroco reforça a ideia de Estado forte e provedor, baseado na doutrina da contra-reforma. De acordo com essa ideologia, o sucesso privado era sempre atribuído ao propósito divino, e não ao indivíduo, sendo o individualismo merecedor de reprovação e culpa. O Estado, cuja força soberana emanava do divino, era o ente benevolente responsável pela prosperidade da nação e pelo cuidado dos necessitados, seja em razão da velhice, da doença ou da perda do principal provedor. As pensões, dessa forma, ao mesmo tempo em que fortaleciam os Estados absolutistas, eram utilizadas como recompensa aos seus servidores fiéis e como reforço da hierarquia.

As duas tradições fizeram emergir dois grandes modelos: um capitaneado pela Grã-Bretanha, pelos EUA, e por outros países de língua inglesa, chamado anglo-saxão, e o modelo continental europeu. A identificação da gênese dos referidos dois modelos ajuda a compreender a dificuldade enfrentada pelos Estados de matriz anglo-saxã de admitir, a partir da Revolução Industrial, que a pobreza tinha causa estrutural, e não individual, conforme relatado por alguns autores³⁸.

Apesar de cada nação apresentar sua peculiaridade na evolução dos sistemas de pensões, é possível identificar essas duas linhas centrais comuns.

(OLIVEIRA, Marcelo Alves. *Riscos em planos de capitalização de contribuição definida na previdência complementar*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Marcus Orione Gonçalves Correia). P. 15.)

³⁷ OLIVEIRA, Marcelo Alves. *Riscos em planos de capitalização de contribuição definida na previdência complementar*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Marcus Orione Gonçalves Correia). P. 16. Tal dicotomia é apresentada segundo as ideias de BLACKBURN, Robin. *Banking on death, or, investing in life: the history and future of pensions*. Londres: Verso, 2003.

³⁸ OLIVEIRA, Marcelo Alves. *Riscos em planos de capitalização de contribuição definida na previdência complementar*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Marcus Orione Gonçalves Correia). P. 117-118.

Na Inglaterra, por exemplo, apesar de as autoridades encararem a crescente pobreza como um problema, e prestarem determinados socorros públicos, acreditam que a assunção dessa responsabilidade e a instituição de um sistema organizado de auxílio seria um incentivo à imprevidência³⁹. Na França, as pensões, que antes recompensavam apenas os membros fiéis da nobreza, a partir da Revolução Francesa, passaram a ter um caráter universal, em um sistema que se constituiu a partir do regime de repartição⁴⁰. A Alemanha, por sua vez, é apontada como o primeiro Estado a implantar um regime universal de pensões, em 1889, por Bismarck, com o fortalecimento e a unificação do estado nacional⁴¹.

A partir dessas experiências, inúmeros outros Estados colocaram em prática modelos semelhantes, mas com peculiaridades próprias, seguindo uma ou outra matriz histórica e, portanto, identificando-se mais com uma ou outra lógica. O desenvolvimento da seguridade social, a partir de sua evolução histórica, pode ser entendido, assim, a partir de duas lógicas estruturais: uma comutativa e outra distributiva⁴².

Pela visão comutativa, a proteção oferecida pela seguridade social está associada e depende diretamente do exercício regular da atividade profissional, sendo destinada a cobertura de riscos predeterminados, garantidos àqueles que tiverem contribuído para o sistema com sua força de trabalho.

Do ponto de vista distributivo, a seguridade social passa a ter por função assegurar a população de uma forma geral contra os riscos sociais. O bem estar da coletividade torna-se, dessa forma, um encargo da sociedade – que deve contribuir com parte da renda decorrente de sua atividade remunerada, não só para os benefícios próprios, mas também para aqueles que serão pagos aos indivíduos desprovidos de capacidade contributiva – e do Estado – que administra não apenas as contribuições realizadas pelas pessoas que exercem atividade econômica regular, mas também as riquezas da nação, que, em última análise, devem ser revertidas para a própria sociedade –. O exercício de atividade remunerada deixa, assim, de ser requisito de elegibilidade para a seguridade social.

³⁹ REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 99-101.

⁴⁰ REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 102.

⁴¹ REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 110.

⁴² DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Droit de la Sécurité Sociale*. 4eme ed. Paris: Dalloz, 1984. P.80 e ss.

As duas matrizes históricas e as duas lógicas estruturais delas apreendidas têm, ainda hoje, influência direta sobre os modernos discursos acerca da seguridade social e previdência privada. A partir do final do século XX, identificam-se pressões dos organismos multilaterais – em especial o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial – para que o setor privado tenha papel mais relevante na administração dos recursos aportados pelos indivíduos para a futura concessão de pensões. Essa sistemática reflete o modelo anglo-saxão, mais baseado no mutualismo, muito embora o debate sobre o tema ainda não tenha se esgotado sequer nos países formados por essa tradição⁴³.

Como ensina Marcelo Alves de Oliveira⁴⁴, nas décadas de 80 e 90, predominou-se o discurso da falência da seguridade social nos Estados de bem-estar social, e da sua premente necessidade de reforma, diante da mudança da pirâmide etária dos referidos países. Esse discurso teria tido seu ápice com Relatório do Banco Mundial de 1994⁴⁵, cujo foco é a possibilidade de crise nos sistemas de repartição em razão da mudança do perfil demográfico, o que demandaria um esforço conjunto dos países no sentido de adotar políticas economicamente sustentáveis, e que ao mesmo tempo garantissem aos mais velhos a proteção de que precisam.

Em tal relatório, o Banco Mundial defende um modelo ideal para todos os países, composto de três pilares: um sistema público de benefício definido, baseado na repartição (*pay-as-you-go* system); um sistema previdenciário privado obrigatório, capitalizado e de contribuição definida; e, por fim, um sistema privado de adesão voluntária.

Em sentido contrário a essa ideologia, entretanto, cita-se a doutrina do ganhador do prêmio Nobel de Economia, Joseph E. Stiglitz, também proveniente do Banco Mundial, que busca apresentar os mitos sobre os sistemas de seguridade social⁴⁶.

Em conjunto com Peter Orszag, Stiglitz, apesar de admitir que os problemas na seguridade social ao redor do mundo são reais, tornando-se justificável uma reforma, contesta a conclusão do Banco Mundial sobre a necessidade de que um dos pilares da seguridade social inclua um sistema previdenciário privado obrigatório, capitalizado e de contribuição

⁴³ Nesse sentido, no âmbito norte-americano, HACKER, Jacob S. *The great risk shift*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

⁴⁴ OLIVEIRA, Marcelo Alves. *Riscos em planos de capitalização de contribuição definida na previdência complementar*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Marcus Orione Gonçalves Correia). P. 117-118.

⁴⁵ World Bank. *Averting the Old Age Crisis*. Nova Iorque, Oxford University Press, 1994.

⁴⁶ ORSZAG, Peter; STIGLITZ, Joseph E. Rethinking Pension Reform: ten myths about social security systems. In HOLZMANN, Robert; STIGLITZ, Joseph E. *New Ideas about Old Age Security: proceedings of the World Bank Reform Research*. Washington: The World Bank, 2001. P. 17-56. Disponível em: <http://www.ssc.wisc.edu/~scholz/Teaching_742/Orszag-Stiglitz.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2016.

definida. Essa conclusão estaria baseada em dez mitos, a seguir descritos e por eles desconstruídos:

Mitos macroeconômicos:

Mito n. 1: a capitalização individual aumenta a poupança nacional;

Mito n. 2: taxas de retorno são maiores quando se utiliza a capitalização individual;

Mito n. 3: o declínio das taxas de retorno nos sistemas de capitalização refletem a existência de problemas estruturais;

Mito n. 4: investimentos realizados por fundos públicos no mercado não geral efeitos macroeconômicos;

Mitos microeconômicos:

Mito n. 5: o sistema de capitalização gera incentivos melhores para o mercado de trabalho;

Mito n. 6: planos de benefício definido geram incentivos a uma aposentadoria precoce;

Mito n.7: a existência de competição assegura a redução das taxas de administração no sistema de capitalização;

Mitos de política econômica:

Mito n. 8: governos corruptos e ineficientes justificam a base racional para o sistema de capitalização;

Mito n. 9: políticas de mudança de regime são piores em planos públicos de benefício definido;

Mito n. 10: investimentos de fundos públicos são sempre esbanjadores e mal administrados.⁴⁷

Orszag e Stiglitz afirmam, ainda, que a previdência social não se resume a um programa de pensões. Atua como instrumento de justiça distributiva, redistribuindo renda em benefício de grupos sociais mais vulneráveis, quais sejam: (i) os mais pobres, que recebem proporcionalmente um benefício superior ao montante que contribuíram ao longo da vida; (ii) as famílias em que apenas um ou parte dos componentes contribui, em comparação com as famílias em que mais de um ou a totalidade dos componentes contribui; e (iii) as mulheres, por terem expectativa de vida maior, o que faz com que recebam o benefício por um período

⁴⁷ Tradução livre do seguinte trecho:

“Macroeconomic myths

- Myth #1: Individual accounts raise national saving
- Myth #2: Rates of return are higher under individual accounts
- Myth #3: Declining rates of return on pay-as-you-go systems reflect fundamental problems
- Myth #4: Investment of public trust funds in equities has no macroeconomic effects

Microeconomic myths

- Myth #5: Labor market incentives are better under individual accounts
- Myth #6: Defined benefit plans necessarily provide more of an incentive to retire early
- Myth #7: Competition ensures low administrative costs under individual accounts

Political economy myths

- Myth #8: Corrupt and inefficient governments provide a rationale for individual accounts
- Myth #9: Bailout politics are worse under public defined benefit plans
- Myth #10: Investment of public trust funds is always squandered and mismanaged” ORSZAG, Peter; STIGLITZ, Joseph E. Rethinking Pension Reform: ten myths about social security systems. In HOLZMANN, Robert; STIGLITZ, Joseph E. New Ideas about Old Age Security: proceedings of the World Bank Reform Research. Washington: The World Bank, 2001. P. 1. Disponível em: <http://www.ssc.wisc.edu/~scholz/Teaching_742/Orszag-Stiglitz.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2016.

mais longo. Todos esses casos refletem um grau maior de solidariedade e menor de comutatividade.

Nesse sentido, o regime de repartições seria mais eficiente para assegurar a coletividade contra os riscos sociais pelas seguintes razões: (i) o Estado consegue equilibrar suas obrigações aumentando tributos; (ii) o Estado pode controlar o risco repartindo-o entre mais de uma geração; (iii) o seguro privado gera uma seleção adversa pelo fato de que os indivíduos tem expectativas de vida diferentes; (iv) empresas privadas de seguro somente oferecem seguro limitado para evitar o chamado “risco moral” de os segurados sentirem-se incentivados a deixar de evitar o evento segurado⁴⁸.

A compreensão do regime de previdência privada fechada deve levar em consideração esse contexto maior, para que se verifique sua adequação à pretensão de que atue como mecanismo complementar dos regimes estatais. Ou seja, os regimes previdenciários privados não seriam supérfluos, mas sim mecanismos criados para suprir uma deficiência estatal, reduzindo, assim, o âmbito de atuação do Estado.

1.2 No Brasil

O Brasil, de forma semelhante à experiência continental europeia, contava, inicialmente, com estruturas de misericórdia, capitaneadas pela Igreja, para o cuidado dos idosos e enfermos desamparados por suas famílias.

O primeiro registro institucional que se tem sobre esse tipo de cuidado é a Santa Casa de Misericórdia de Santos, fundada em 1543⁴⁹.

Legalmente, a proteção chegou primeiro aos militares, em 1795, a partir da criação do Montepio de Beneficência dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha da Corte⁵⁰, baseada no socorro mútuo. De forma semelhante, em 1828, deu-se permissão para o funcionamento da Sociedade de Socorro Mútuo aos Brasileiros⁵¹. Ambos os sistemas eram baseados em

⁴⁸ ORSZAG, Peter; STIGLITZ, Joseph E. Rethinking Pension Reform: ten myths about social security systems. In HOLZMANN, Robert; STIGLITZ, Joseph E. New Ideas about Old Age Security: proceedings of the World Bank Reform Research. Washington: The World Bank, 2001. Disponível em: <http://www.ssc.wisc.edu/~scholz/Teaching_742/Orszag-Stiglitz.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2016.

⁴⁹ GÓES, Wagner (Coord.). *Introdução à previdência complementar*. São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2005. P. 12-13.

⁵⁰ LUSTOSA, Paulo Rodrigues; MOREIRA, Aroldo. *A previdência supletiva e o fundo de pensão empresarial*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1978. P. 19.

⁵¹ LUSTOSA, Paulo Rodrigues; MOREIRA, Aroldo. *A previdência supletiva e o fundo de pensão empresarial*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1978. P. 19.

estruturas de socorro mútuo, mediante contribuições realizadas pelos próprios indivíduos, para a obtenção de uma renda futura para si ou para a família.

Os seguros privados, por sua vez, passaram a ser fomentados a partir de 1808, com a vinda da família real ao Brasil, aplicando-se, à época, as normas da Casa de Seguros de Lisboa. A primeira regulação nacional, no entanto, veio apenas em 1831⁵².

No âmbito estatal, em 1821 foi instituído um sistema de aposentadoria destinado aos professores que tivessem prestado serviço por 30 (trinta) anos, os quais fariam jus a um abono de 25% (vinte e cinco por cento) se continuassem trabalhando⁵³.

Em 1824, a Constituição do Império trouxe em seu art. 179, XXXVI, a garantia aos “socorros públicos”.

O início da previdência particular, por sua vez, deu-se com a criação do Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado – Mongeral, criado em 1835⁵⁴.

No âmbito privado, cumpre também destacar o Código Comercial de 1850, que regulamentou os seguros privados, e trouxe ainda, em seu art. 79, regra que estabelecia que “[o]s acidentes imprevistos ou inculcados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, contanto que a inabilitação não exceda 3 (três) meses contínuos”⁵⁵.

Em 1860, foi promulgada a Lei nº 1.083 o Decreto nº 2.711, cujo objeto era regulamentar os chamados montepios, sociedades de socorro mútuo e caixas econômicas. Os montepios teriam por fim o pagamento de capitais, ou de pensões em benefício de seus contribuintes ou sócios durante a velhice, incapacidade laborativa ou doença, ou em favor de seus ascendentes, descendentes, filhos adotivos, cônjuges e pessoas da família, em caso de falecimento, nos termos do art. 28 do referido decreto. Já as sociedades de socorro mútuo teriam por objeto prestar auxílios temporários aos seus respectivos sócios efetivos nos casos de enfermidade ou incapacidade laborativa, ou, no caso de seu falecimento, auxílio para o pagamento das despesas do seu funeral, conforme art. 31 do referido decreto. Já as caixas

⁵² Cf. REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 289.

⁵³ Cf. REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 289.

⁵⁴ CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco. São Paulo: 2014. P. 32.

⁵⁵ Cf. REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 289.

econômicas eram sociedades de beneficência, criadas para o recebimento e administração de recursos de terceiros para “acumulação”, de acordo com os arts. 24, §1º, e 25 do mesmo decreto.

Nesse momento, era possível identificar o resquício de determinadas regras que seriam mantidas, repaginadas na legislação atual da previdência complementar, como as previsões obrigatórias dos estatutos sociais das referidas instituições (arts. 29 e 32 do Decreto nº 2.711/1860), a necessidade de autorização para funcionar e a impossibilidade de determinadas sociedades de exercerem atividades de montepios, em alusão a especialização atualmente vigente (art. 30 do Decreto nº 2.71/18601), e regras pertinentes à aplicação dos recursos recebidos (art. 2º, §§ 16, 17 e 18 da Lei nº 1.083/1860). De uma forma geral, entretanto, era mais ampla a liberdade contratual e a liberdade de direcionamento técnico dessas entidades, sendo inexistente a fiscalização sobre suas atividades.

Tais organizações eram fundadas no espírito de fraternidade e solidariedade de seus participantes, sem maiores preocupações atuariais, sendo que o regime financeiro adotado era o de repartição, em que os benefícios pagos os participantes aposentados é proveniente das contribuições realizadas pelos participantes ativos⁵⁶. Apesar de lhes ser necessária a autorização para funcionar, tinham natureza privada.

Na República, os primeiros atos normativos foram os Decretos nº 221/1890 e nº 405/1890, sobre a aposentadoria dos empregados da Estada de Ferro Central do Brasil e demais ferroviários, e os Decretos nº 942-A/1890 e nº 1.318-E/1891, sobre o Montepio Obrigatório dos Empregados do Ministério da Fazenda estendido aos funcionários civis do Ministério da Guerra.

Diversas normas antecederam, portanto, a própria Constituição da República de 1891. Esta, extremamente lacônica sobre o assunto, estabeleceu, sobre a previdência, apenas o seguinte: (i) os magistrados com mais de 30 (trinta) anos de serviço, se não permanecessem no cargo, seriam aposentados com a integralidade de seus vencimentos, e, os que permanecessem, continuariam a receber seus ordenados até que fossem absorvidos pelo novo sistema, ou aposentados com rendimentos proporcionais (art. 6º); (ii) a competência do Congresso Nacional para legislar sobre aposentadorias (art. 34, 29); e (iii) a possibilidade de os funcionários públicos serem aposentados no caso de invalidez no serviço da nação (art. 75).

⁵⁶ Tal assunto será mais bem explorado na seção 2.7 (*Regimes Financeiros. Repartição simples, repartição de capitais de cobertura e capitalização*).

No âmbito dos seguros, a recrudescência da regulação foi percebida a partir do Decreto nº 294/1895, que estabeleceu regras de publicidade das atividades das seguradoras, obrigatoriedade de aplicação das reservas em valores nacionais, e a obrigatoriedade de que a gestão fosse realizada por agência no país. Em 1900, a partir da Lei Orçamentária nº 741, foi criada a Superintendência de Seguros, vinculada ao Ministério da Fazenda.

Após a primeira grande guerra, e acompanhando a inclinação mundial, observou-se uma crescente regulação do setor. Inaugurando esse movimento, foi promulgado o Decreto Legislativo nº 4.682/1923, a chamada Lei Eloy Chaves⁵⁷, que criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários, servindo de exemplo para a criação de diversas outras caixas de aposentadorias e pensões, com gestão estatal descentralizada⁵⁸.

Isso impulsionou a criação das primeiras leis gerais sobre o assunto, os Decretos nº 20.463/1931, nº 21.081/1932 e nº 21.828/1932, este último aplicado às seguradoras. Na medida em que a atividade previdenciária privada foi se profissionalizando, mais semelhante tornava-se sua regulação com a dos seguros privados⁵⁹.

A partir de 1933, inaugurado pelo Instituto dos Marítimos, começaram a surgir os institutos de aposentadorias e pensões, que se mostravam mais eficientes do que as caixas em razão de sua abrangência nacional e caráter mais geral e protetivo, mantendo-se, contudo, a vinculação de acordo com a atividade da empresa ou setorial. Tais institutos vieram a ser regulados pelos Decretos-Leis nº 627/1938 e nº 1.142/1939⁶⁰.

A Constituição de 1934, por sua vez, apesar de não ser tão lacônica quanto a anterior, também tratou dos assuntos previdenciários e securitários de forma casuística, apenas no tocante ao seguinte: (i) competência da União para fiscalizar as operações de bancos, seguros e caixas econômicas particulares (art. 5º, XIII); (ii) competência da União para legislar (art. 39, 8, “d”); (iii) a necessidade de progressiva nacionalização das empresas de seguro, aqui não entendida no sentido de estatização, mas sim de exercício da atividade por sociedades

⁵⁷ Em homenagem ao deputado federal Eloy Marcondes de Miranda Chaves, autor do projeto que deu origem ao Decreto nº 4.682/1923. Cf. PIORINO FILHO, Francisco. Eloy Chaves e as origens da previdência social no Brasil. *Jornal o Lince*, n. 040, jul./ago. 2011. Disponível em: <<http://www.jornalolince.com.br/2011/arquivos/focus-eloy-chaves-edicao040.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

⁵⁸ REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 123.

⁵⁹ REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 123-124.

⁶⁰ REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 123-124.

brasileiras, com sócios brasileiros nos termos da norma regulamentadora de 1936⁶¹ (art. 117); (iv) aposentadoria de juízes (art. 64); (v) garantia de aposentadoria dos integrantes da imprensa, a ser estabelecida na lei orgânica da classe (art. 131); e (vi) aposentadoria de funcionários públicos (art. 170).

Na atividade securitária, diversas normas seguiram à Constituição de 1924, tendo como protagonista a participação de capital estrangeiro nessa atividade, o que, apesar de vista com maus olhos, foi aos poucos reconhecida como inevitável, resumindo-se as normas a estabelecer os limites dessa participação e privilégios às sociedades seguradoras brasileiras. A previsão de nacionalização saiu da Constituição de 1946.

A primeira norma que pretendia uma unificação legislativa e administrativa da previdência social, imprimindo-lhe caráter universal, foi promulgada em 1945: o Decreto-Lei nº 7.526/1945, também chamado de Lei Orgânica dos Serviços Sociais. Entretanto não teve eficácia por falta de regulamentação e pelo momento político vivido à época, com a deposição de Getúlio Vargas. Tal lei propunha a criação do Instituto de Serviços Sociais do Brasil (ISSB), sendo que algo semelhante somente veio a acontecer em 1966, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)⁶².

Antes da criação do INPS, foi aprovada a Lei nº 3.807/1960, a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), acompanhada de seu Decreto regulamentador, de nº 48.959-A/1960. A LOPS estabeleceu a uniformização das contribuições e das prestações, mantendo, contudo, sua organização setorial. Inovou, não obstante, ao generalizar a obrigatoriedade das filiações, inclusive com relação aos autônomos⁶³. Existiam, à época, diversos Institutos de Previdência Social, aos quais os trabalhadores eram obrigados a se vincular.

A unificação do sistema público previdenciário veio a ocorrer em 1966, com a criação do INPS, conforme dito acima, o que ocorreu durante a ditadura militar. O Decreto-Lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, modificou os dispositivos da Lei Orgânica da Previdência Social relativos às prestações e ao custeio, e o Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, reuniu os então seis⁶⁴ Institutos de Aposentadorias e Pensões no Instituto Nacional de Previdência

⁶¹ Decreto nº 854, de 27 de maio de 1936.

⁶² REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 124.

⁶³ REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 126.

⁶⁴ Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos – Caixa Única (Decreto nº 34.586, de 12 de novembro de 1953), Instituto dos Empregados em Transportes (Decreto-Lei nº 651, de 26 de agosto de 1938, e Decreto-Lei nº 7.720, de 9 de julho de 1945), Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (Lei nº 367, de 31 de dezembro de 1936), Instituto de

Social – INPS. Deixou-se, dessa forma, de existir o caráter setorial das filiações, pelo menos no âmbito do regime geral. Dessa forma, todos os trabalhadores deveriam se vincular obrigatoriamente ao INPS. A contribuição patronal foi instituída pelo Decreto-Lei nº 959/1959. O Regulamento Geral foi consolidado duas vezes diante das alterações sofridas ao longo do tempo, a primeira vez pela Lei nº 6.243/1975 e, posteriormente, pelo Decreto nº 89.312/1984.

Nesse contexto, importante chamar atenção para três outros regulamentos aprovados na mesma época, no sentido de complementar e aperfeiçoar o regime existente: o Regulamento do Plano de Benefícios da Previdência Social (Decreto nº 81.080/1979), o Regulamento do Plano de Custeio da Previdência Social (Decreto nº 81.081/1979), e o Regulamento a Gestão Administrativa Financeira e Patrimonial da Previdência Social (Decreto nº 83.266/1979).

No âmbito privado, a Lei nº 6.435/1977 veio a regular a atividade da previdência privada, sem, entretanto, instituir uma nova ordem sobre o assunto. Os fundos de pensão nasceram, assim, na década de 1970, vinculados às empresas estatais que, à época, capitaneavam o crescimento econômico do país. Os fundos de pensão foram criados para equiparar a previdência dos empregados vinculados às estatais, submetidos ao regime celetista, à previdência dos funcionários públicos, que já tinham assegurada a aposentadoria com proventos integrais desde a Constituição de 1934⁶⁵.

Os fundos de pensão já eram, nesse contexto, utilizados para o desenvolvimento de uma poupança nacional de longo prazo, com o objetivo impulsionar o sistema produtivo e o mercado de capitais. Não existia regulação à época para essa atividade, mas a inspiração internacional imprimiu, ao modelo brasileiro, algumas práticas até então consagradas, como a semente da segregação patrimonial, regra que, aperfeiçoada, é hoje uma das bases do regime jurídico dos fundos de pensão:

Começavam a chegar no Brasil as empresas multinacionais que traziam da cultura dos seus países de origem os fundos de pensão. Mesmo as maiores empresas brasileiras mostravam-se atentas à necessidade de oferecer proteção aos seus empregados na aposentadoria. Não existia, à época, qualquer referência na legislação brasileira a esse instituto, mas muitas empresas, diante de tal carência, haviam criado fundos contábeis. Dessa forma, singelamente e por iniciativa

Aposentadoria e Pensões dos Bancários (Decreto nº 24.615, de 9 de julho de 1934), Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes (Decreto nº 24.272, de 21 de maio de 1934), Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Aeroviários (Portaria nº 32, de 19 de maio de 1934, do Conselho Nacional do Trabalho).

⁶⁵ GÓES, Wagner (Coord.). *Introdução à previdência complementar*. São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2005. P. 10-11.

totalmente voluntária, registravam em seu passivo o compromisso assumido com os funcionários.⁶⁶

Assim, quando do surgimento da Lei nº 6.435/1977, já existia quase uma dezena de fundos de pensão, dentre eles a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ⁶⁷ e a Fundação Petrobrás de Seguridade Social – Petros⁶⁸. Com a lei, as então chamadas Entidades Fechadas de Previdência Privada (EFPPs) foram equiparadas às instituições de assistência social, o que lhes garantiu imunidade tributária, pela inexistência de finalidade lucrativa, o que contava com respaldo constitucional. Tais entidades deveriam, ainda, seguir regras que garantissem a transparência de informações, em especial no que tange à sua contabilidade, devendo investir exclusivamente em bens e valores mobiliários localizados no Brasil.

As Entidades Abertas de Previdência Privada também foram criadas pela mesma lei, as quais significavam “de certa forma uma continuidade dos antigos montepios”⁶⁹, então representados pela Associação Nacional da Previdência Privada – ANAPP. Em 1978, surgiu a Associação Brasileira de Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP⁷⁰.

Depois disso, em 1988, com a promulgação da Constituição da República, a previdência ganhou tratamento constitucional mais robusto, em convergência com o seu reconhecimento internacional como um direito social a ser protegido. O grande mérito da Constituição de 1988 foi ter garantido a universalidade de elegibilidade à aposentadoria, passando a abranger homens e mulheres, o trabalhador rural, e estabelecer o salário mínimo como piso mínimo, o que permitiu que a previdência social no Brasil passasse a desempenhar com, maior eficiência, o caráter distributivo.

Os riscos sociais passaram a ser assegurados a partir de três pilares: (i) saúde, como direito de todos e dever do Estado, desvinculado do dever de filiação ao regime geral de previdência social; (ii) assistência, pelo critério da necessidade e independente de filiação ao referido regime; e, finalmente, (iii) previdência, de maior caráter comutativo, mas não completamente, tendo em vista que abrange parcela da população que pode não ter contribuído (mulheres e trabalhadores rurais), além do fato de os benefícios não estarem

⁶⁶ GÓES, Wagner (Coord.). *Introdução à previdência complementar*. São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2005. P. 10-11.

⁶⁷ Administradora de planos oferecidos aos empregados do Banco do Brasil.

⁶⁸ Administradora de planos oferecidos aos empregados da Petrobras.

⁶⁹ GÓES, Wagner (Coord.). *Introdução à previdência complementar*. São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2005. P. 10-11.

⁷⁰ GÓES, Wagner (Coord.). *Introdução à previdência complementar*. São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2005. P. 10-11.

vinculados ao montante total contribuído, apesar de guardarem relação com o montante da contribuição mensal. Em 1991, foram aprovados a Lei de Organização e Custeio da Seguridade Social (Lei nº 8.212) e o Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213).

A seguridade social, no Brasil, está baseada no princípio da solidariedade, apesar de ele não estar transcrito na Constituição. A disciplina da matéria demonstra, como ensina Maria Fernanda de Medeiros Redi, que “o princípio da solidariedade social é reconhecido como princípio informador e justificador da disciplina de custeio da seguridade social”⁷¹. Exemplo disso é a própria adoção do modelo de repartição, tendo em vista que as gerações economicamente ativas pagam pelo benefício das economicamente inativas, o que significa a existência da solidariedade intergerações.

Quanto à previdência privada, o texto original da Constituição apenas se resumia a dizer que integrava o sistema financeiro nacional, em seu art. 192, posteriormente alterado, assunto esse tratado com maiores detalhes adiante, a partir da seção 1.3 (*Sistema constitucional*).

Nos anos 1990, a previdência privada fechada sofreu com descrédito, tendo enfrentado duas Comissões Parlamentares de Inquérito no Congresso Nacional, uma no Senado e outra na Câmara. À época, cogitou-se adotar o modelo chileno⁷², mediante a substituição da previdência social estatal pela previdência privada compulsória, administrada por instituições financeiras, posição essa capitaneada pela própria Secretaria de Previdência Complementar, vinculada ao Ministério da Previdência⁷³, hoje substituída pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc).

O sistema da previdência privada fechada começou a modernizar-se a partir da aprovação da Emenda Constitucional nº 30/1998, que, ao alterar o art. 202, possibilitou a edição das Leis Complementares nº 108 e 109 de 2001.

A Lei Complementar nº 109/2001 revogou integralmente a Lei nº 6.435/1977, e trouxe diversas inovações, tais como a portabilidade, o benefício proporcional diferido, o resgate e o autoprocínio, além de possibilitar o oferecimento de planos de benefícios por EFPCs vinculadas a sindicatos, associações e cooperativas.

⁷¹ REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 247.

⁷² WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 254 e ss.

⁷³ GÓES, Wagner (Coord.). *Introdução à previdência complementar*. São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2005. P. 14-15.

Os desafios apresentados pelo custeio da previdência geral mostrou-se, ainda, um ambiente propício para o desenvolvimento da previdência complementar fechada. Evidência disso é a possibilidade de constituição de EFPCs de natureza pública, para a administração de benefícios de funcionários públicos detentores de cargos efetivos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Em 2012, nesse sentido, foram criadas as primeiras EFPCs de natureza pública: o Decreto nº 7.808, de 20 de setembro de 2012 criou a Funpresp-Exe e a Resolução SRF nº 496, de 26 de outubro de 2012 criou a Funpresp-Jud. Os órgãos do Poder Legislativo (a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e o Tribunal de Contas da União) firmaram convênio de adesão com a Funpresp-EXE para administrar seu plano de benefícios. O Ministério Público da União, por sua vez, firmou convênio de adesão com a Funpresp-Jud.

1.3 Sistema constitucional

Pode-se dizer que previdência, de uma forma geral, é a estrutura jurídica criada pelo Estado ou por particulares com o objetivo de gerar, para uma determinada pessoa natural ou para sua família, um rendimento futuro, na forma de pensão ou pecúlio, e, assim, garantir uma velhice mais segura e tranquila para a pessoa natural no momento de sua aposentadoria, ou a subsistência digna de sua família após o seu falecimento.⁷⁴

A previdência, no Brasil, integra o sistema de seguridade social, que, nos termos do art. 194 da Constituição, “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”.

Subdivide-se em duas categorias principais: o regime de previdência geral – no qual se insere o regime administrado pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INSS), nos termos do art. 201 da Constituição, e o regime dos servidores públicos, nos termos do art. 40

⁷⁴ Em sentido semelhante: “Previdência Social. A previdência social tem por finalidade assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, em razão da inatividade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte dos segurados. Sua organização deverá obedecer aos seguintes princípios e diretrizes (Lei 8.212, de 24.07.1991):a) Universalidade de participação nos planos previdenciários, mediante contribuição social; b) Valor da renda mensal dos beneficiários não inferior ao do salário mínimo; c) Cálculo com correção monetária dos benefícios, com base nos salários de contribuição; d) Previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional.” (SILVA. De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaib Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31ª 3d. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 658-659.)

da Constituição, administrado por cada ente da Federação, suas fundações e autarquias – e o regime de previdência complementar.

A previdência complementar, também normatizada a partir de disposições constitucionais, é aquela estabelecida com o objetivo de complementariedade ao regime geral de previdência social, de responsabilidade do Estado. Pode ser aberta, quando oferecida e administrada por entidades abertas de previdência complementar (sociedades anônimas) ao público em geral, como uma espécie de investimento, ou fechada, quando oferecida a pessoas vinculadas a uma pessoa jurídica em razão de relações de trabalho, associativa, sindical ou setorial, e administradas por entidades fechadas de previdência complementar (EFPCs), mais conhecidas como fundos de pensão.

Quando criadas para a previdência complementar de funcionários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, as EFPCs terão natureza pública por disposição constitucional (art. 40, §§14 e 15 da Constituição⁷⁵), ao passo que quando utilizada para a administração de benefícios oferecidos ou vinculados a pessoas jurídicas de direito privado (sociedades, sindicatos, etc.), empresas públicas e sociedades de economia mista, tais EFPCs têm natureza privada.

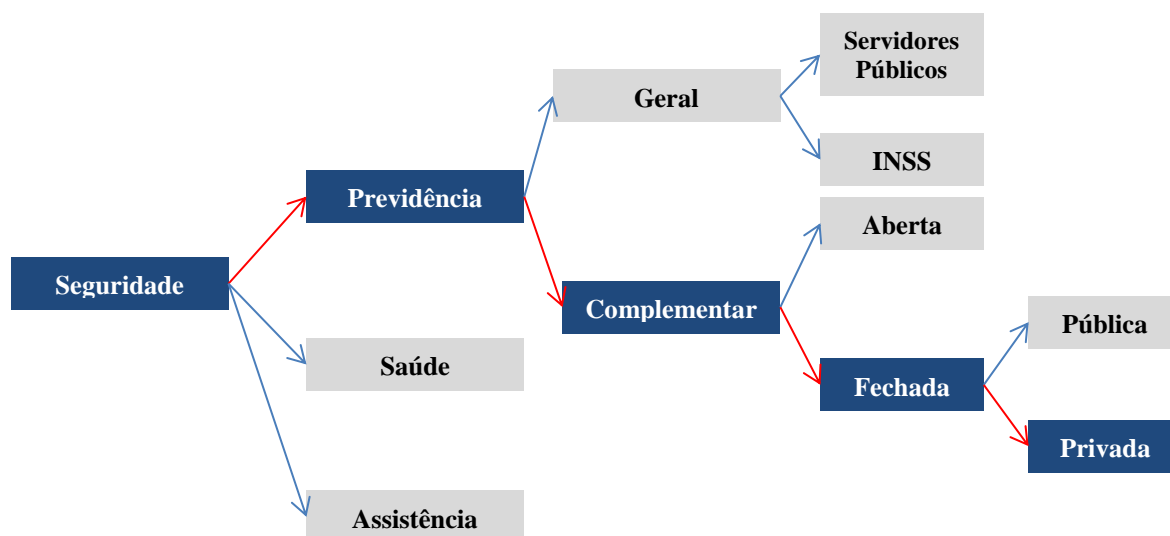
A estrutura organizacional acima descrita pode ser assim representada:

⁷⁵ Constituição: “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.”

Diagrama I – Estrutura Organizacional



Essa estrutura, tal qual acima ilustrada, decorre da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que trouxe para a Constituição a disciplina da previdência complementar.

Sabe-se que a aprovação da Emenda Constitucional nº 20/1998 teve por justificativa a insuficiência dos fundos administrados pelo Estado para o cumprimento de seus compromissos assistenciais e previdenciários constitucionalmente assumidos – muito mais pelos desvios e pela ineficiência administrativa que não nos cabe analisar neste momento –, possibilitando-se, assim, a transferência de parte dos riscos estatais para o beneficiário do regime geral de previdência.

A limitação do valor dos benefícios pagos pelo INSS, a partir da Emenda Constitucional nº 20/1998, antes inaplicável aos servidores públicos, passou também a ser possível para o regime a estes aplicável (art. 40, § 14, da Constituição), sem a sensação imediata de redução de direitos. No âmbito do INSS, posterga-se a solução de seu rombo financeiro para o pagamento de benefícios, possibilitando que a União, ano após ano, aproprie-se dos recursos que deveriam ser aplicados na seguridade social por meio da aprovação das famosas DRU, Desvinculações das Receitas da União.

Percebe-se, assim, o desígnio, inclusive encampado pela Constituição, de elevar a importância dos regimes de previdência complementar em detrimento do regime de previdência geral. Isso teria por efeitos, de um lado, a redução do comprometimento financeiro estatal, e, de outro, o aumento do financiamento do setor produtivo, resultante da

ampliação da poupança popular⁷⁶ e da conseqüente maior disponibilidade de recursos para a economia privada. Além disso, o fluxo financeiro em benefício do Estado também é mantido, tendo em vista a ausência de limites para os investimentos realizados em favor do tesouro nacional, os quais são considerados conservadores pela liquidez e segurança que representam⁷⁷.

Por captar recursos de terceiros, como será verificado adiante, a previdência complementar integra também o sistema financeiro nacional.

Daí a importância de compreensão da estrutura jurídica por trás desse instituto, e com isso, da natureza jurídica das relações travadas no âmbito da previdência complementar e da natureza jurídica dos participantes dessas relações. Somente assim poder-se-á avaliar se o instituto está sendo utilizado de forma a atender os seus objetivos, e se abusos eventualmente estão sendo cometidos.

1.4 Sistema normativo da previdência privada fechada

A previdência complementar é um instituto regulado constitucionalmente, mais especificamente pelo art. 40, que trata do regime de previdência aplicável aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações; pelo art. 194, que cuida da seguridade social e os seus princípios basilares; e pelo art. 202, que disciplina a previdência privada de uma forma geral.

De acordo com o art. 202 da Constituição, o regime de previdência privada deve ser regulado por lei complementar.

Em atendimento ao preceito constitucional, aprovou-se em 2002, a Lei Complementar nº 109/2001, que dispõe sobre o regime de previdência complementar, e a Lei Complementar nº 108/2001, que dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar.

⁷⁶ Conforme já mencionado, nas palavras de Eduardo Fortuna, “[o]s Fundos de Pensão são o maior instrumento de poupança voluntária do mundo, com ativos que superam a casa dos US\$ 20 trilhões”⁷⁶. Além disso, [n]as economias desenvolvidas, o valor dos seus ativos representam cerca de 70% a 120% do PIB dos respectivos países. Em 2008, o patrimônio dos fundos, no Brasil, representava 17% do PIB brasileiro” (FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2011, p. 636).

⁷⁷ Sobre os investimentos realizados pelas EFPC, vide seções 2.12 (*Gestão do risco: regulação quantitativa versus regulação prudencial*) e 2.13 (*Balizas para o investimento dos recursos aportados no plano*)

Sabe-se, contudo, que a função das leis complementares é estabelecer o regime geral aplicável à determinada matéria, não sendo possível, em seu escopo, esgotar sua regulação. Por essa razão, as próprias leis complementares acima mencionadas remetem à legislação infraconstitucional para a regulação de determinados assuntos, bem como preveem a criação de órgão ou órgãos para a normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar (art. 5º da Lei Complementar nº 109/2001)⁷⁸.

Nesse sentido, destaca-se o papel dos seguintes órgãos e entidades: Conselho Monetário Nacional (CMN), Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC) – que sucedeu o antigo Conselho Gestor de Previdência Complementar (CGPC) –, Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc.

O CMN pode editar resoluções aplicáveis às EFPCs, na condição de órgão máximo do sistema financeiro nacional, e exercendo sua competência estabelecida no §1º do art. 9º da Lei Complementar nº 109/2001, que estabelece que “[a] aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o caput será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional”. No exercício de sua competência, editou o normativo infraconstitucional mais importante no âmbito da previdência complementar fechada: a Resolução CMN nº 3.792, de 24 de setembro de 2009, que dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar.

O CNPC, por sua vez, é o órgão com a função de regular o regime de previdência complementar operado pelas EFPCs, nova denominação do Conselho de Gestão da Previdência Complementar. É presidido pelo Ministro da Previdência Social e composto por representantes da Previc, da Secretaria de Políticas de Previdência Complementar (SPPC), da Casa Civil da Presidência da República, dos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, das entidades fechadas de previdência complementar, dos

⁷⁸ “23. Embora admitida a existência de uma zona cinzenta de competência entre o Executivo e o Legislativo, a melhor doutrina só admite os regulamentos executivos de acordo com as determinações da lei (*secundum legem*) e os regulamentos autorizados ou delegados, quando circunscritos aos termos da delegação ou autorização (*intra legem*). A norma regulamentar que não encontra apoio na lei formal, nem dela decorre, não se limitando a tratar da organização e funcionamento dos serviços públicos é, pois, nula por ser inconstitucional.” (WALD, Arnoldo. Aspectos constitucionais e legais do regime jurídico das entidades fechadas de previdência privada, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 3/1993, p. 5-18, abr./jun. 1993. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 21/10/2015. P. 05 da versão digital.)

patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar e dos participantes e assistidos de planos de benefícios das referidas entidades.

A CVM, criada pela Lei nº 6.385/1976, é entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda (art. 5º da referida lei), e exerce sua função normativa nos limites que lhe são atribuídos pelo CMN, competindo-lhe, junto com este órgão, assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários, e assegurar a observância, no mercado, das condições de utilização de crédito fixadas pelo CMN (art. 4º). No âmbito da previdência complementar, destaca-se a regulação da CVM sobre fundos de investimento, em especial a Instrução CVM nº 555/2014 (que substituiu recentemente a Instrução CVM nº 409/2004).

Por sua vez, a Previc é uma autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social (MPS). Atua como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar, e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, observadas as disposições constitucionais e legais aplicáveis. É administrada por uma Diretoria Colegiada composta por 1 (um) Diretor-Superintendente e 4 (quatro) Diretores, escolhidos dentre pessoas de ilibada reputação e de notória competência, a serem indicados pelo Ministro de Estado da Previdência Social e nomeados pelo Presidente da República.

Ressalta-se, aliás, que, mesmo sendo constituídas sob a forma de fundação⁷⁹, as EFPCs não estão sujeitas à fiscalização específica do Ministério Público sobre suas atividades, nos termos dos arts. 65⁸⁰, 66⁸¹, 67⁸², 68⁸³ e 69⁸⁴ do Código Civil. Essa atuação é

⁷⁹ Cf. seção 2.3 (Natureza jurídica das EFPCs).

⁸⁰ “Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz.

Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público.”

⁸¹ Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.”

⁸² “Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma:

.....
 III – seja aprovada pelo órgão do Ministério Público no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, findo o qual ou no caso de o Ministério Público a denegar, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado.”

⁸³ “Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias.”

afastada pelo art. 73⁸⁵ da Lei Complementar nº 109/2001, conforme bem apontado pela doutrina⁸⁶. Não obstante, o Ministério Público mantém os mecanismos regulares para promover a proteção do patrimônio público e social⁸⁷.

Assim, de forma resumida, a previdência privada fechada é regida pela seguinte estrutura normativa:

⁸⁴ “Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.”

⁸⁵ “Art. 72. Compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas zelar pelas sociedades civis e fundações, como definido no art. 31 desta Lei Complementar, não se aplicando a estas o disposto nos arts. 26 e 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário.”

⁸⁶ “Apesar disso, é importante observar que, ainda que as EFPC constituam-se sob a forma de fundações de direito privado (ou sociedades civis, para aquelas que se formaram antes da eficácia das disposições do Novo Código Civil, como já ressaltamos acima), a LC n. 109/01 contém disposição expressa segundo a qual compete privativamente ao “órgão regulador e fiscalizador” dessas entidades por elas zelar, não se aplicando então, neste caso, as disposições dos Códigos Civil e de Processo Civil, de modo que foi explicitamente afastada quanto a elas a *curadoria* pelo Ministério Público.” (PULINO, Daniel. A atuação estatal na regulação e fiscalização das entidades fechadas de previdência complementar. In *Fundos de Pensão – aspectos jurídicos fundamentais*. SP: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2009, p.24-49. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/previdencia-complementar/publicacoes-previdencia-complementar/artigos-sobre-previdencia-complementar>>. Acesso em: 02 mai. 2016.)

⁸⁷ Constituição Federal: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, eu disciplina a ação civil pública, que, nos termos do seu art. 1º, IV, presta-se a proteger qualquer interesse difuso ou coletivo.

Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993: “Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: (...)VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;”

Tabela I – Estrutura Normativa

<p>Constituição</p> <ul style="list-style-type: none"> •Arts. 40, 194, 202
<p>Leis Complementares</p> <ul style="list-style-type: none"> •Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001: Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências; •Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001: Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências.
<p>Leis Ordinárias</p> <ul style="list-style-type: none"> •Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009: Cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC e dispõe sobre o seu pessoal; inclui a Câmara de Recursos da Previdência Complementar na estrutura básica do Ministério da Previdência Social; altera disposições referentes a auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil; altera as Leis nos 11.457, de 16 de março de 2007, e 10.683, de 28 de maio de 2003; e dá outras providências. •Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012: institui o Regime de Previdência Complementar para os servidores públicos federais civis titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União e fixou o limite máximo para as aposentadorias e pensões a serem concedidas pela União de acordo com o teto estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS
<p>Decretos</p> <ul style="list-style-type: none"> •Decreto nº 7.123, de 3 de março de 2010: Dispõe sobre o Conselho Nacional de Previdência Complementar - CNPC e sobre a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC, e dá outras providências. •Decreto 7.808, de 20 de setembro de 2012 criou a Funpresp-Exe e a Resolução STF Nº 496, de 26/10/2012 criou a Funpresp-Jud. Os órgãos do Poder Legislativo (Câmara dos Deputados, o Senado Federal e o Tribunal de Contas da União) firmaram convênio de adesão com a Funpresp-Exe para administrar seu plano de benefícios. O Ministério Público da União firmou convênio de adesão com a Funpresp-Jud
<p>Resoluções do CMN</p> <ul style="list-style-type: none"> •Resolução CMN nº 3.792, de 24 de setembro de 2009 - DOU DE 28/09/2009 - Alterado: Dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar
<p>Atos do CNPC e do antigo CGPC, ainda vigentes</p> <ul style="list-style-type: none"> •Resoluções CNPC (12 vigentes) •Portarias CNPC (10 vigentes) •Resoluções CGPC (36 vigentes)
<p>Instruções da CVM</p> <ul style="list-style-type: none"> •Instrução da CVM 555 de 17 de dezembro de 2014: Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação das informações dos fundos de investimento.

Sobre a regulação da previdência, escreve Duarte Ivo Cruz, ao tratar da previdência privada e fundos de pensão:

Posta a análise neste pé, também se justifica claramente a necessidade de uma regulamentação mais ou menos atenta, que garanta aos próprios beneficiários dos esquemas particulares de previdência a cobertura dos respectivos seguros. Nada que não se verifique, com efeito, em qualquer outra atividade financeira, pois bancos e seguradoras estão obviamente sujeitos à regulamentação legal, e nem por isso deixam de ser privados – quando o Estado mantém a regulamentação nas devidas proporções supletivas e fiscalizadoras.

E dentre os diversos institutos apontados, serão os fundos de pensão aqueles que exigirão maiores garantias de solvabilidade. Em primeiro lugar, pelas dificuldades intrínsecas que a própria administração envolve; e, em segundo lugar, pela responsabilidade que significa a gestão de poupanças diferidas, essencial de sobrevivência para o segurado, e fruto de uma vida inteira de trabalho.⁸⁸

O papel da regulação é, portanto, essencial para que o regime possa cumprir a função para o qual foi criado.

1.5 Previdência privada e o sistema financeiro nacional

Apoiando-se nos ensinamentos de Eduardo Fortuna:

Uma conceituação bastante abrangente de sistema financeiro poderá ser a de um conjunto de instituições que se dedicam, de alguma forma, condições satisfatórias para a manutenção de um fluxo de recursos entre poupadores e investidores. O mercado financeiro, onde se processam essas transações, permite que um agente econômico qualquer (um indivíduo ou empresa), sem perspectivas de aplicação, em algum empreendimento próprio, da poupança que é capaz de gerar (denominado como agente econômico superavitário), seja colocado em contato com outro, cujas perspectivas de investimento superam as respectivas disponibilidades de poupança (denominado como agente econômico deficitário).⁸⁹

No mesmo sentido, o sistema financeiro nacional é conceituado pelo próprio Banco Central como o “conjunto de instituições financeiras e instrumentos financeiros que visam transferir recursos dos agentes econômicos (pessoas, empresas, governo) superavitários para os deficitários”⁹⁰. São reconhecidos, pelo referido Banco, três grandes segmentos do sistema financeiro nacional: (i) os mercados de moeda, crédito, capitais e câmbio; (ii) o mercado de seguros privados (no âmbito do qual estaria a previdência aberta); e (iii) o mercado de previdência fechada⁹¹.

⁸⁸ FRANÇA. R. Limongi (coord). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 60. São Paulo: Saraiva, 1977. P. 450-451.

⁸⁹ FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro*. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2011. P. 16.

⁹⁰ Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/Pre/bcUniversidade/Palestras/BC%20e%20Universidade%202.6.2006.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

⁹¹ Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SFNCOMP>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

A Constituição, originalmente, tratava da previdência, de forma expressa, como integrante do sistema financeiro nacional, em seu art. 192⁹².

Não obstante, a Emenda Constitucional nº 40, de 2003, simplificou a redação do referido dispositivo, deixando de dizer o que seria e do que seria composto o sistema financeiro nacional. Passou o dispositivo a ter a seguinte redação:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

O objetivo da emenda foi facilitar a tarefa regulamentar, conforme reconhecido pela Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 53-A/1999 (posteriormente aprovada como Emenda Constitucional nº 40/2003)⁹³:

A simplificação do texto do art. 192, mediante a revogação dos incisos e parágrafos, e a disposição explícita de que a regulamentação poderá ser feita em leis complementares vêm operar no sentido da facilitação da tarefa de regulamentar, porquanto a partir de então a regulamentação poderá ser realizada de forma fracionada, no conteúdo e no tempo, podendo abordar separadamente a disciplina dos diversos mercados que compõem o sistema financeiro.⁹⁴

⁹² Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;

II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador;

II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 13, de 1996)

⁹³ Ao se facilitar a tarefa regulamentar com a possibilidade de fracionamento da legislação, outro efeito dessa aprovação foi a manutenção da competência normativa do CMN para a formulação das políticas de moeda, de crédito e de câmbio. Isso porque se mantém em vigor a Lei nº 4.595/64, que trata da referida competência do CMN, até que seja aprovada uma lei complementar específica que devolva ao Congresso Nacional a competência normativa mantida pelo Poder Executivo, nos termos do art. 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Cumpre salientar que há discussão sobre a prorrogação do prazo estabelecido no art. 25, já que as leis que aprovaram a prorrogação teriam sido aprovadas após o esgotamento do prazo estabelecido nos ADCT (Medida Provisória nº 45, de 31.3.1989, publicada no DOU de 3.4.1989 e Medida Provisória nº 53, de 3.5.1989).

⁹⁴ Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 53-A/1999 posteriormente convertida na Emenda Constitucional nº 40/2003. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14312>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

A nova redação dada ao art. 192, por não mais mencionar as entidades de previdência como integrantes do sistema financeiro nacional, fez surgir dúvidas sobre os efeitos dessa omissão. Teria deixado a previdência de integrar o sistema financeiro nacional?

Antes da referida emenda constitucional, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 504 fomentou as discussões sobre o assunto. Sua ementa, lida fora de contexto, pode levar justamente à conclusão de que as entidades de previdência privada não seriam integrantes do sistema financeiro nacional:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 29, da Lei 8.177/91, - que inclui as entidades de previdência privada no sistema financeiro. MEDIDA CAUTELAR. Reiteração fundamentada em fato novo e superveniente que sujeita referidas entidades as normas da CVM e as obriga a adquirir certificados de privatização. Possibilidade. Liminar deferida.⁹⁵

Interessante observar que, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional nº 40/2003, era possível encontrar, na doutrina, críticas, embaladas pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 504, à pretensão legislativa de se incluir as entidades de previdência no sistema financeiro nacional, concluindo-se que a Constituição havia assemelhado, mas não equiparado, as entidades abertas de previdência complementar às instituições financeiras⁹⁶.

Apesar de a ementa da referida ação direta de inconstitucionalidade sugerir que se insurge contra a inclusão das entidades de previdência privada ao sistema financeiro nacional, o que o inteiro teor do acórdão revela é que são dois os fundamentos da referida ação: (i) o

⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ação Direta de Inconstitucionalidade 504, Tribunal Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, julgada em 18/12/1991, publicada no DJ 13-03-1992 PP-02921 EMENT VOL-01653-01 PP-00087. RTJ VOL-00138-03 PP-00735. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adi++e+previd%EAncia++e+sistema+financeiro+nacional%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jl2dqx4>>, 16 jan. 2016.

⁹⁶ “15. Saliente-se que a CF vigente assemelhou mas não equiparou as entidades abertas de previdência privada às instituições financeiras, quando estabeleceu, no inc. II do art. 192, a sua regulamentação em lei complementar sobre o sistema financeiro nacional, a ser editada.
16. Não obstante, ao arpejo das normas constitucionais, a Lei 8.177, de 1.º de março de 1991, no seu art. 29, pretendeu estabelecer uma equiparação forçada das entidades fechadas de previdência com as instituições financeiras e do mercado de valores mobiliários.
17. Salutarmente, porém, a iniciativa foi sustada via de Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tomou o n. 5049, promovida pelo Procurador Geral da República, que mereceu medida liminar concedida, pelo STF, em favor das entidades fechadas de previdência privada. Fundamentou-se a decisão na inconstitucionalidade formal do dispositivo legal, porquanto, ao incluir as entidades fechadas de previdência no sistema financeiro, violou o art. 192, II e IV da CF, que impõe o procedimento de lei complementar para regular a estrutura e funcionamento do sistema financeiro nacional, e, na inconstitucionalidade material do mesmo dispositivo, porque a conversão forçada em instituição financeira foi além da norma constitucional, que se dirige a uma caracterização determinada e específica.” WALD, Arnaldo. Aspectos constitucionais e legais do regime jurídico das entidades fechadas de previdência privada, Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 3/1993, p. 5-18, abr./jun. 1993.. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 21 out. 2015. P. 05 da versão digital.

fato de a Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, ter equiparado as entidades de previdência privada às instituições financeiras, em desacordo com o então vigente art. 192 da Constituição, segundo o qual a matéria deveria ser necessariamente regulada por lei complementar, o que justificaria a inconstitucionalidade sob o ponto de vista formal; e (ii) a equiparação das entidades de previdência privada às instituições financeiras teria sido forçada, ultrapassando a finalidade compatível com a norma constitucional, que confere tratamento específico aos agentes que exercem, como atividade fim, a intermediação financeira, não sendo essa a finalidade das entidades de previdência privada, o que justificaria a inconstitucionalidade sob o ponto de vista material.

Tal equiparação obrigaria as entidades de previdência privada a adquirir certificados de privatização, nos termos da legislação impugnada, o que poderia abalar seu equilíbrio financeiro-atuarial, em dissonância, portanto, com a então vigente Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977. Foi essa a razão do *periculum in mora* a fundamentar a concessão da cautelar em 18 de dezembro de 1991.

Apesar do impasse gerado à época, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 504 nunca teve seu mérito apreciado. Isso porque foi posteriormente julgada prejudicada, por perda de seu objeto, tendo em vista a superveniência da Lei Complementar nº 109/2001, que teria alterado substancialmente a norma impugnada no que se refere à previdência privada, tornando impossível seu controle abstrato, nos termos da decisão do relator proferida em 20 de novembro de 2001. Segundo o relator, a Lei Complementar nº 109/2001 teria revogado a Lei nº 8.177/1991, na parte referente à previdência privada.

Não obstante, tendo em vista que os fundamentos da decisão não formam coisa julgada, tem-se como resultado a manutenção da vigência do art. 29 da Lei nº 8.177/1991, que equipara as entidades de previdência privada às instituições do sistema de distribuição do mercado de valores mobiliários nos seguintes termos:

Art. 29. As entidades de previdência privada, as companhias seguradoras e as de capitalização são equiparadas às instituições financeiras e às instituições do sistema de distribuição do mercado de valores mobiliários, com relação às suas operações realizadas nos mercados financeiro e de valores mobiliários respectivamente, inclusive em relação ao cumprimento das diretrizes do Conselho Monetário Nacional quanto às suas aplicações para efeito de fiscalização do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários e da aplicação de penalidades previstas nas Leis nºs 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Por mais que a inconstitucionalidade formal da lei seja discutível, não está ela em total dissonância com o sistema normativo. Os únicos aspectos discutidos judicialmente foram os

efeitos dessa equiparação. Como dito, o *periculum in mora*, que fundamentou a concessão da cautelar, foi justamente um dos efeitos da equiparação, qual seja, a exigência de aquisição de certificados de privatização. Consequentemente, ao se exigir a aquisição dos referidos títulos, estar-se-ia atendendo contra normas específicas aplicáveis às entidades fechadas de previdência complementar no que tange sua higidez financeira e atuarial, em dissonância com a então legislação. O fundamento da cautela, portanto, sempre esteve na ilegalidade resultante da equiparação, e não na equiparação em si.

Há de se salientar, igualmente, que tal equiparação pode ser alcançada por mera interpretação legislativa, partindo da própria Lei nº 4.595/1964, que estabelece as bases do financeiro nacional e cuja recepção pela Constituição nunca foi questionada. Ao conceituar “instituição financeira”, diz que, para fins de interpretação e aplicação da legislação, seriam “as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”, nos termos do art. 17. E, adiante, completa o parágrafo único do mesmo dispositivo que, “[p]ara os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual”.

Ora, é inquestionável que as EFPCs coletam e intermedeiam a aplicação de recursos financeiros dos participantes dos planos previdenciários que administram. Estariam, portanto, equiparadas às instituições financeiras, inclusive por aplicação direta da lei.

Atualmente, a referida equiparação é revelada, igualmente, por normativos infraconstitucionais que parecem tão naturais quanto indispensáveis, não sendo, entretanto, decorrentes do combatido art. 29 da Lei nº 8.177/1991. Pode-se dizer, dessa forma, que o referido dispositivo é incapaz de, sozinho, gerar efeitos inconstitucionais ou ilegais, representando uma mera constatação de que as entidades que atuam no sistema financeiro nacional são, de certa forma, equiparadas entre si.

São diversos os exemplos dessa constatação, podendo ser citados os seguintes: (i) a Resolução CMN nº 3.792, que “dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar”, como mencionado em sua ementa, sendo este o principal normativo sobre o tema; (ii) a submissão das entidades fechadas de previdência complementar às normas aplicáveis a investidores profissionais, de forma análoga às instituições financeiras (art. 9º A da Instrução CVM nº 539/2013, com redação dada pela Instrução CVM nº 554/2014); (iii) as

penalidades aplicadas pela CVM aos administradores das entidades fechadas de previdência complementar ao atuarem no mercado de valores mobiliários como investidores⁹⁷; (iv) a necessidade de manutenção de um intercâmbio permanente de informações entre a Previc, o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários para garantir a supervisão contínua das entidades fechadas de previdência complementar (art. 2º, §1º⁹⁸, da Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009); (v) a obrigação de observância da metodologia de valor de mercado dos ativos mantidos pelas entidades fechadas de previdência complementar estabelecidas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 2º, §2º⁹⁹, da Resolução CGCP nº 4, de 30 de janeiro de 2002), entre outros.

No mesmo sentido aponta a doutrina previdenciária, que explica que:

A diretiva constitucional tem liame com as aplicações das contribuições previdenciárias privadas pelas entidades que administram fundos de Previdência, já que os valores podem ser inseridos no círculo do sistema financeiro nacional, fato que interessa à coletividade sob o prisma social (aposentadoria como manutenção do padrão de vida em complementação ao Regime Oficial de repartição simples) e ao desenvolvimento equilibrado do País, pois fortalece a poupança interna, favorecendo juros mais baixos e facilitando empréstimos financeiros.¹⁰⁰

Pode-se dizer, portanto, que a equiparação independe do mandamento constante art. 29 da Lei nº 8.177/1991, sendo uma decorrência lógica do fato de as entidades de previdência e as instituições financeiras integrarem o sistema financeiro nacional e exercem atividades

⁹⁷ Cita-se como exemplo o Processo Administrativo Sancionador CVM n. 15/2010, no âmbito do qual o Colegiado da CVM condenou a Fundação Petrobrás de Seguridade Social (“Fundação Petros”) ao pagamento de multa no valor de R\$17.115.545, pela alienação de ações da Brasil Telecom S.A. (“BRT” ou “Companhia”) após a obtenção de informações privilegiadas. O Colegiado entendeu que a Fundação Petros utilizou-se de informações obtidas em razão da sua qualidade de controladora indireta da BRT para alienar as ações da Companhia antes da divulgação de fato relevante que tornaria público o aumento da provisão relativa às contingências judiciais no balanço da BRT. Dentre as razões da condenação, o Colegiado da CVM argumentou o Plano Básico de Organização das Fundação Petros e os depoimentos colhidos nas investigações indicam a ineficácia da “*chinese wall*” estruturada pela Fundação Petros, posto que as responsabilidades funcionais das gerências só seria cumpridas com um constante diálogo entre as áreas. Nesse sentido, concluiu o Relator que “*um possível insider não pode se acobertar sob eventuais falhas de seus funcionários para se eximir de suas responsabilidades*”. O valor da multa aplicada é equivalente ao dobro da perda evitada pela Fundação Petros com a alienação das ações da BRT. Cabe, porém, à Fundação Petros, recurso ao Conselho de Recursos de Sistema Financeiro Nacional.

⁹⁸ Art. 2º. (...) § 1º O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os órgãos de fiscalização da previdência complementar manterão permanente intercâmbio de informações e disponibilidade de base de dados, de forma a garantir a supervisão contínua das operações realizadas no âmbito da competência de cada órgão.

⁹⁹ Art. 2º. (...) § 1º Na hipótese de recursos administrados por instituição(ões) financeira(s) ou outra(s) instituição(ões) autorizada(s) a funcionar pelo Banco Central do Brasil, a metodologia de apuração do valor de mercado deve estar em consonância com as normas baixadas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, sem prejuízo da responsabilidade da entidade fechada de previdência complementar, no que diz respeito ao acompanhamento da metodologia utilizada.

¹⁰⁰ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 81-82.

equiparáveis às das instituições financeiras, nos termos do art. 17, parágrafo único, da Lei nº 4.595/1964. Essa afirmação será demonstrada e ficará mais clara no capítulo 2, em que são tratadas, com mais minúcias, as atividades exercidas pelas EFPCs.

2 PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA: ESTRUTURA E ANÁLISE SISTEMÁTICA

2.1 Aspectos gerais

Como visto no capítulo 1, previdência, de uma forma geral, pode ser entendida, no Brasil, como a estrutura jurídica criada pelo Estado ou por particulares com o objetivo de gerar, para uma determinada pessoa natural ou para sua família, um rendimento futuro, na forma de pensão ou pecúlio, e, assim, garantir uma velhice mais segura e tranquila para a pessoa natural, no momento de sua aposentadoria, ou a subsistência digna de sua família, após o seu falecimento.

Compõem a seguridade social, na esfera previdenciária, (i) o regime geral, básico e obrigatório necessário a garantir as condições mínimas para uma velhice segura e tranquila e a subsistência digna, (ii) o regime próprio dos servidores públicos, e (iii) o regime complementar aberto, oferecido indistintamente à população em geral, (iv) o regime complementar fechado público, oferecido aos servidores públicos, e (v) o regime complementar fechado privado – objeto do presente estudo – oferecido aos empregados de determinada instituição ou pessoas com vínculo estatutário (sindicalizados, cooperados, associados, etc.)¹⁰¹.

A previdência privada, por sua vez, nos ensinamentos de Manuel Sebastião Soares Póvoas, é o termo utilizado para designar, no Brasil, o instituto criado para ocupar os espaços deixados pelo regime geral, com o objetivo de satisfazer as necessidades previdenciárias do indivíduo¹⁰². Daí justifica-se seu caráter complementar com relação à previdência pública, por mais que tal termo possa sofrer repreensões por parte da doutrina¹⁰³. Consiste na “[i]nstituição de planos de benefício similares ou complementares às atividades da previdência social, que

¹⁰¹ Cf. Diagrama I – Estrutura Organizacional, p. 29.

¹⁰² PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada, filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 103-104.

¹⁰³ No sentido de repreender a utilização do termo complementar, notem-se os comentários de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub: “O termo ‘complementar’, preceituado na Constituição, tem interpretação agora de suplemento, expressão inócua, pois o valor médio dos benefícios na Previdência Privada suplanta aqueles da Previdência Social. Entender como suplemento algo que é mais expressivo seria como considerar uma folha de alface o almoço e comprimidos de vitaminas como suplemento: as vitaminas seriam aí a nutrição principal”. WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P.78.

se dá mediante contribuição de interessados, de empregadores ou de ambos. Sua execução se dá por entidades fechadas ou abertas (Othon Sidou)”¹⁰⁴.

Observa-se que o termo *regime* para se referir à estrutura da previdência privada é utilizada inclusive pelo art. 1º da Lei Complementar nº 109/2001, no sentido de “delimitar, do ponto de vista jurídico, certo conjunto de normas específicas que disciplinam determinado setor”¹⁰⁵. Ou seja, uma verdadeira sistematização do instituto.

Buscar-se-á identificar, na legislação e na regulação, uma ordem decorrente não tanto da natureza científica normalmente exigida para a sistematização das ciências naturais, mas extraída da exigência ético-jurídica do Direito e, portanto, da própria ideia de direito. A noção de ordem, nesse sentido, como ensina Canaris, decorre do próprio postulado da justiça, que demanda tratar os iguais de forma igual e os diferentes de forma diferente, na medida de sua diversidade. A adequação valorativa do Direito, buscada pelo intérprete e pelo legislador, e a tendência de evitar e corrigir contradições emanariam, para Canaris, do princípio da igualdade, e estariam refletidas na própria ideia de sistema¹⁰⁶.

E é o sistema, ou subsistema, específico da previdência privada fechada que se pretende explorar neste capítulo.

2.2 Estrutura de funcionamento da previdência privada fechada

Por força do art. 202 da Constituição, o regime de previdência complementar fechada deve possuir as seguintes características: (i) autonomia com relação ao regime geral; (ii)

¹⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Vol. 2. 2ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 747.

¹⁰⁵ BALERA, Wagner (coord). *Comentários à Lei de Previdência Privada, LC 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 18.

¹⁰⁶ “A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos de natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de Direito. Assim, a exigência de ‘ordem’ resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar ‘consequentemente’ os valores encontrados, ‘pensando-os até ao fim’ em todas as suas consequências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais – ou, por outras palavras: estão adstritos a *proceder com adequação*. Mas a adequação racional é, como foi dito, a característica da ‘ordem’ no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito – o que, por exemplo FLUME, seguindo SAVIGNY, certamente exprime quando caracteriza o sistema como ‘a consequência do Direito, interiormente pressupostas’.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 18-19.)

facultatividade; (iii) estar baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, sendo esta última característica a mais polêmica de todas, como se verá adiante.

Estruturada a partir de um emaranhado de relações jurídicas entre pessoas naturais e jurídicas, diz respeito aos planos oferecidos por EFPCs, acessíveis apenas a (i) empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e (ii) associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores¹⁰⁷.

Baseia-se no aporte de recursos pelo participante – que nada mais é do que a pessoa física que adere aos planos de benefícios – e pelo patrocinador, quando houver sua contribuição para a formação do plano, que, por sua vez, é gerido pela EFPC de forma a garantir, no futuro, atendidas as condições estabelecidas no plano, o pagamento de pensão ou pecúlio para o assistido, que corresponde ao participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada¹⁰⁸.

Além disso, por força do art. 14¹⁰⁹ da Resolução CMN nº 3.792/2009, é obrigatória a contratação, pela EFPC, de pessoa jurídica registrada na CVM para prestar o serviço de custódia, realização dos fluxos de pagamentos e recebimentos relativos às operações realizadas pela entidade, bem como pela guarda e verificação da existência dos títulos e valores mobiliários.

Quanto às entidades fechadas constituídas por instituidores, estabelece o art. 31, §2º, inciso I, da Lei Complementar nº 109/2001¹¹⁰, que será “a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente”. Em referência direta ao citado dispositivo, a Resolução CMN nº 3.792/2009, por sua vez,

¹⁰⁷ Lei Complementar nº 109/2001: Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:
I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e
II - aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

¹⁰⁸ Art. 8º. Para efeito desta Lei Complementar, considera-se:
I - participante, a pessoa física que aderir aos planos de benefícios; e
II - assistido, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.

¹⁰⁹ Art. 14. É obrigatória a contratação de pessoa jurídica registrada na CVM para prestar o serviço de custódia, responsável pelos fluxos de pagamentos e recebimentos relativos às operações, bem como pela guarda e verificação da existência dos títulos e valores mobiliários.

¹¹⁰ Art. 31. (...)
§ 2º As entidades fechadas constituídas por instituidores referidos no inciso II do caput deste artigo deverão, cumulativamente:
I - terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente;

estabelece, em seu art. 6º¹¹¹, que a gestão deverá obrigatoriamente ser feita “por meio de carteiras administradas e fundos de investimento”¹¹².

Uma EFPC pode administrar mais de um plano de previdência complementar; comumente, mas não necessariamente, do mesmo patrocinador ou do mesmo instituidor. É possível também que uma mesma EFPC administre planos de patrocinadores ou instituidores.

É mandatário, no entanto, que os recursos das EFPCs sejam discriminados, controlados e contabilizados de forma individual para cada plano de benefícios¹¹³. O art. 3º da Resolução CGPS nº 14, de 1º de outubro de 2004, utiliza a expressão “independência patrimonial”, sendo atribuída a cada plano, igualmente, “identidade própria quanto aos aspectos regulamentares, cadastrais, atuariais, contábeis”. Além disso, estabelece o §1º do mesmo dispositivo que “[o]s recursos de um plano de benefícios não respondem por obrigações de outro plano de benefícios operado pela mesma EFPC”. Dessa forma, existe uma imposição de segregação patrimonial, cujo objetivo é garantir a integridade patrimonial de cada plano.

No mesmo sentido, a Resolução CGPC nº 12/2002, que dispõe especificamente sobre planos oferecidos por instituidores – e que, pela lógica estrutural do sistema, deve-se aplicar, de forma indistinta, a quaisquer EFPCs – estabelece o seguinte:

Art. 3º O instituidor poderá constituir uma EFPC ou instituir plano de benefícios de caráter previdenciário em outra EFPC.

.....
 § 3º Os recursos garantidores das reservas técnicas, fundos e provisões dos planos constituídos por instituidor deverão, obrigatoriamente, estar segregados do patrimônio do instituidor e da instituição gestora terceirizada mencionada no § 2º.

§ 4º O patrimônio dos planos de benefícios constituídos por Instituidor deverá, obrigatoriamente, estar segregado dos patrimônios do Instituidor e do gestor mencionado no § 3º.

¹¹¹ “Art. 6º A gestão dos recursos de planos administrados por EFPC constituída por instituidor deve ser feita, nos termos do § 2º do art. 31, da Lei Complementar nº 109, de 2001, por meio de carteiras administradas ou de fundos de investimento.”

¹¹² O mesmo direcionamento segue o §2º do art. 3º da Resolução CGPC/MPS nº 12, de 17 de setembro de 2012, que “[r]egulamenta a constituição e funcionamento das Entidades Fechadas de Previdência Complementar e planos de benefícios constituídos por Instituidor”.

¹¹³ Resolução CGPS nº 14/2004: “Art. 2º A Secretaria de Previdência Complementar atribuirá a cada plano de benefícios um código que o identificará perante a EFPC que o opera e perante terceiros.

Art. 3º Cada plano de benefícios possui independência patrimonial em relação aos demais planos de benefícios, bem como identidade própria quanto aos aspectos regulamentares, cadastrais, atuariais, contábeis e de investimentos.

§ 1º Os recursos de um plano de benefícios não respondem por obrigações de outro plano de benefícios operado pela mesma EFPC.

§ 2º Admitir-se-á solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores com relação aos respectivos planos de benefícios, desde que expressamente prevista no convênio de adesão.”

Para que essa integridade patrimonial seja mais facilmente fiscalizada, cada plano deve ser registrado na Previc, recebendo um número no Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (CNPB)¹¹⁴.

Outra cautela imposta pela regulação do CMN é a segregação patrimonial entre a EFPC e o agente custodiante ou liquidante. Assim, os títulos e valores mobiliários eventualmente integrantes da carteira de investimentos devem ser depositados em conta individualizada da EFPC no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), na Cetip S.A. – Balcão Organizado de Ativos e Derivativos (Cetip), na BM&FBovespa S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (BM&FBovespa) ou em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados a funcionar pelo Bacen ou pela CVM, nas suas respectivas áreas de competência. Além disso, e não poderia ser diferente, as disponibilidades das EFPCs devem ser depositadas em instituições bancárias autorizadas a funcionar pelo Bacen¹¹⁵.

Pode-se representar esse emaranhado de relações jurídicas da seguinte forma:

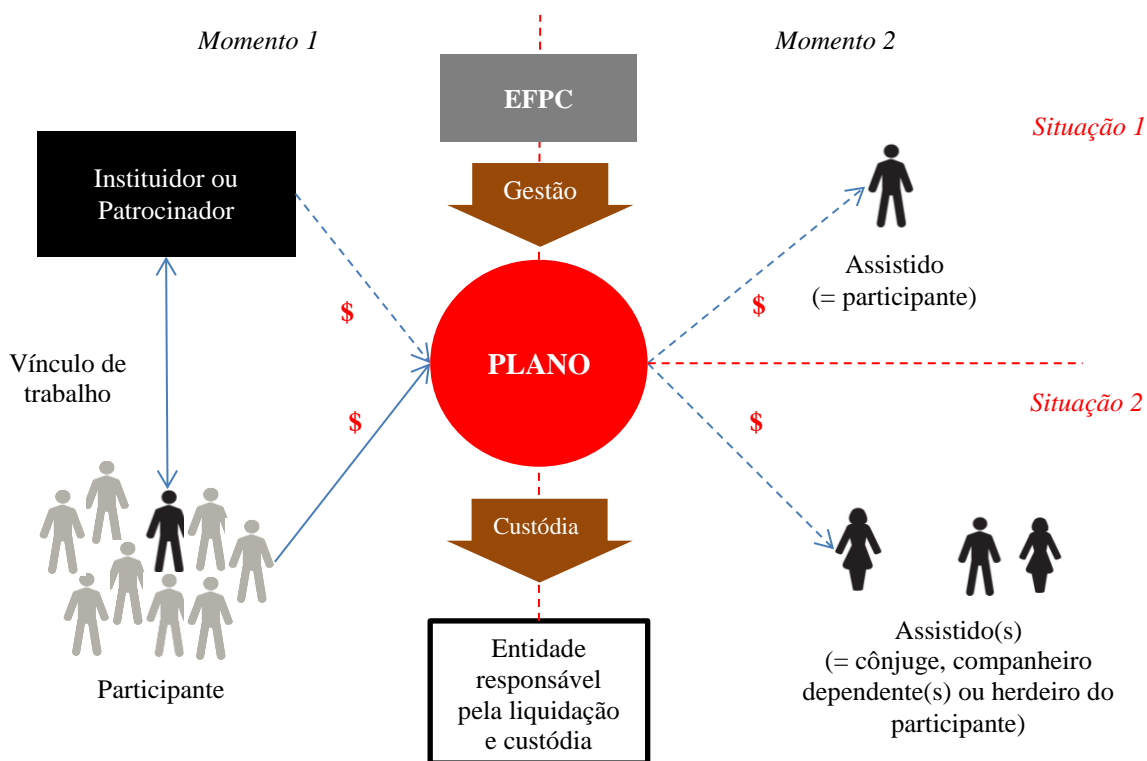
¹¹⁴ Resolução CGPS nº 14/2004: “Art. 1º Fica criado o Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - CNPB.

§ 1º O cadastramento de cada plano de benefícios será feito pela Entidade Fechada de Previdência Complementar - EFPC na forma e no prazo definidos pela Secretaria de Previdência Complementar - SPC.

§ 2º O Cadastro Nacional de Planos de Benefícios será disciplinado por Instrução da Secretaria de Previdência Complementar.”

¹¹⁵ Resolução CMN 3.792, de 28 de setembro de 2009: “Art. 28. Os títulos e valores mobiliários devem ser depositados em conta individualizada da EFPC no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), na CETIP S.A. – Balcão Organizado de Ativos e Derivativos (Cetip), na BM&FBovespa S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (BM&FBovespa) ou em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados a funcionar pelo Bacen ou pela CVM, nas suas respectivas áreas de competência. § 1º Os sistemas de registro devem permitir a identificação da EFPC com a consequente segregação do patrimônio desta do patrimônio do agente custodiante ou liquidante. § 2º Os títulos e valores mobiliários de emissão de SPE podem ser, alternativamente, depositados em pessoa jurídica autorizada à prestação desse serviço pelo Bacen ou pela CVM. § 3º As disponibilidades deverão permanecer depositadas em instituições bancárias autorizadas a funcionar pelo Bacen. Art. 29. Os títulos e valores mobiliários devem deter International Securities Identification Number (Código ISIN).”

Diagrama II – Relações Jurídicas



Somem-se, a essas relações jurídicas duas outras, uma essencial e uma eventual: a auditoria independente e a consultoria.

A contratação de auditoria independente é obrigatória por força do *caput* do art. 23¹¹⁶ da Lei Complementar nº 109/2001, sendo essa atividade destinada a avaliar o cumprimento das normas e princípios de contabilidade vigentes, com atenção especial para as instruções do órgão regulador e fiscalizador sobre o assunto.

A consultoria, por sua vez, quando contratada, somente poderá ser prestada por pessoas naturais ou jurídicas devidamente registradas ou credenciadas pela CVM, por força do art. 15¹¹⁷ da Resolução CMN nº 3.792/2009. Apesar de não ser obrigatória a contratação de qualquer desses serviços, verifica-se, na prática, que ela é extremamente comum, tendo em vista que as indicações para a composição dos órgãos da administração da EFPC nem sempre

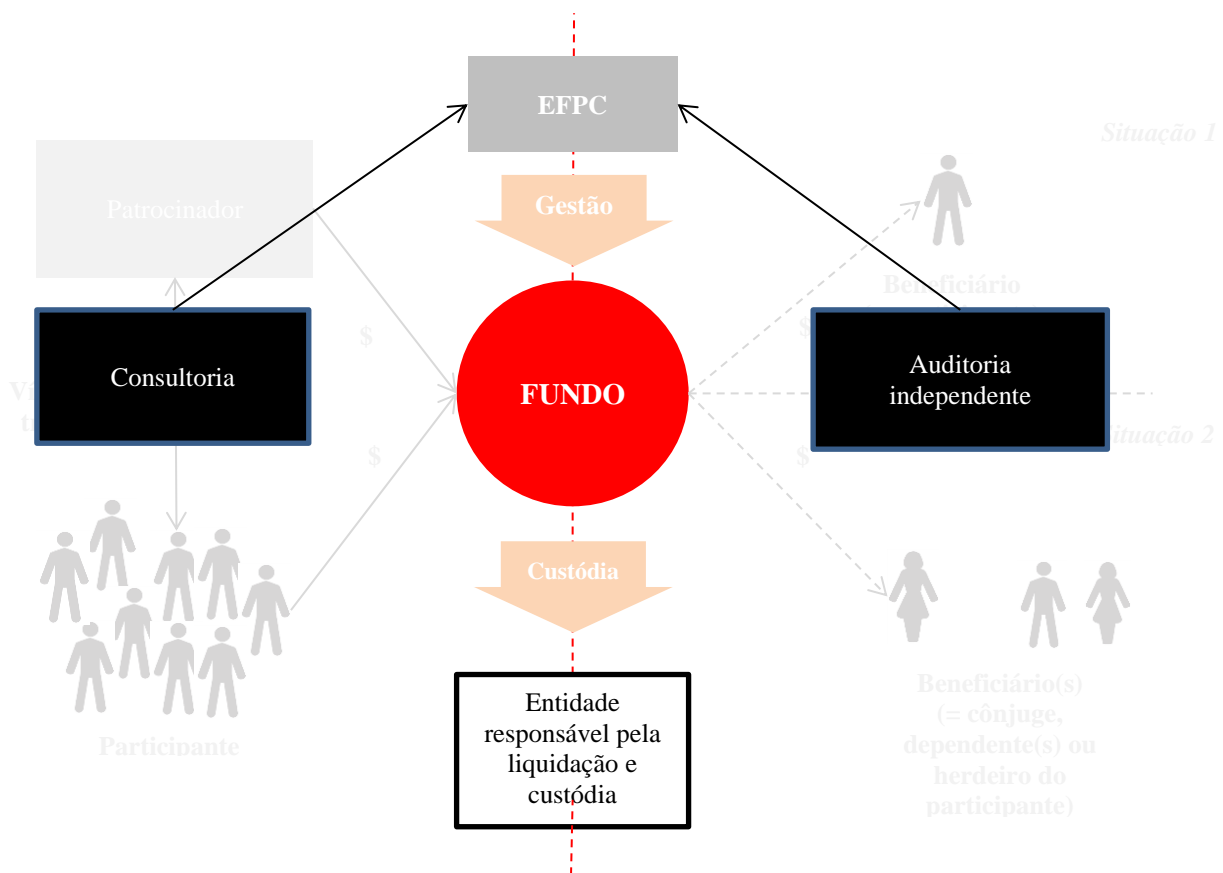
¹¹⁶ “Art. 23. As entidades fechadas deverão manter atualizada sua contabilidade, de acordo com as instruções do órgão regulador e fiscalizador, consolidando a posição dos planos de benefícios que administram e executam, bem como submetendo suas contas a auditores independentes.”

¹¹⁷ “Art. 15. É obrigatório que os prestadores de serviços de gestão, análise e consultoria, eventualmente contratados pela EFPC, sejam devidamente registrados ou credenciados pela CVM.”

levam em consideração sua competência técnica. Resultado disso é a contratação de serviço técnico especializado de terceiros para a composição da carteira de investimentos da EFPC.

A imagem abaixo demonstra mais essa faceta das relações jurídicas travadas para o bom funcionamento da previdência complementar fechada:

Diagrama III – Relações Jurídicas (continuação)



2.3 Natureza Jurídica da EFPC

A Lei Complementar nº 109/2001, em seu art. 31, §1º, e a Lei Complementar nº 108/2001, em seu art. 8º, parágrafo único, estabelecem que as EFPCs organizar-se-ão sob a forma de *fundação* ou *sociedade civil sem fins lucrativos*. A partir da promulgação do Código Civil, entretanto, deixou de existir no ordenamento jurídico a figura da sociedade civil sem fins lucrativos, tendo permanecido unicamente as fundações e as associações na qualidade de pessoas jurídicas sem fins lucrativos.

A mudança legislativa promovida pelo novo Código Civil fez com que as leis de regência da previdência complementar se desalinhassem com a legislação vigente. Afinal, enquanto as fundações e associações não possuem finalidade lucrativa pela própria essência do tipo jurídico¹¹⁸, com a entrada em vigor do Código Civil, as sociedades, por força do art. 981 do referido código, independentemente de sua natureza civil ou comercial, têm sempre, necessariamente, fins lucrativos^{119/120}.

Com isso, por mais defensável que seja a compatibilidade do tipo jurídico das associações ao arcabouço institucional das EFPCs, fato é que restou na legislação, exclusivamente, a figura das fundações para esse propósito, conforme se posiciona a doutrina majoritária, exemplificada pelas posições de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub e Daniel Pulino, abaixo transcritas:

¹¹⁸ Nos termos do art. 53 do Código Civil, “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. Quanto às fundações, nos termos do parágrafo único do art.62, “somente poderá constituir-se para fins de: I - assistência social; II - cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - educação; IV - saúde; V - segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII - promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX - atividades religiosas”

¹¹⁹ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

¹²⁰ “Recorde-se que as fundações decorrem do destaque de patrimônio, por ato de vontade de instituidor, para determinada finalidade, descrita em seu estatuto. Não há associados ou sócios; portanto, suas atividades devem girar em torno de seu objeto; não de seus dirigentes. O instituidor poderá definir a forma de administração da fundação, que “somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”, e não pode ter seus objetivos desvirtuados.

A constituição de associações e das sociedades também decorre de ato de vontade de seus fundadores. Contudo, não resulta de destaque patrimonial, mas da comunhão de objetivos de seus associados ou sócios.

Nas associações, os associados se organizam com fins não lucrativos. Nas sociedades, diversamente, os sócios têm tais objetivos.”CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão; CORREA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade dos administradores de instituições gestoras de previdência complementar*. In. Temas Essenciais de direito empresarial. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 926-927.

A figura das sociedades civis sem fins lucrativos não foi recepcionada pelo atual Código Civil, restando apenas a figura da fundação, que, por suas características fundamentais, não admite a finalidade lucrativa.

Os fundos de pensão devem se adaptar à nova estrutura civil imposta pelo novel Código. Após o advento do Código Civil novo, os próprios cartórios de registro de pessoas jurídicas não mais estão registrando as entidades fechadas como sociedades civis sem fins lucrativos, e sim apenas como fundações.¹²¹

Enquanto as entidades abertas organizam-se unicamente sob a forma de sociedade por ações, mais especificamente como sociedades anônimas (nos termos do art. 36 da Lei Complementar n. 109, de 2001, que acabamos de transcrever¹⁵⁹), as entidades fechadas de previdência revestem a forma de *fundações* – ou, segundo o texto legal, hoje em descompasso com o Novo Código Civil brasileiro como sociedades civis (arts. 31, § 2º, da Lei Complementar n. 109, de 2001, e 8º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 108, de 2001).¹²²

Essa conclusão é respaldada pelo fato de que a figura da associação já existia no ordenamento jurídico no momento da promulgação das Leis Complementares nº 108 e 109, de 2001, não tendo sido sua utilização possibilitada pela lei como forma de organização das EFPCs. Por não existir, desde o início, essa previsão nas Leis Complementares nº 108 e 109/2001, não há justificativas para uma interpretação extensiva após a entrada em vigor do Código Civil.

Assim, nos termos do art. 2.031 do Código Civil¹²³, com redação dada pela Lei nº 11.127/2005, as EFPCs organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos, deveriam se adaptar às disposições do novo Código até 11 de janeiro de 2007.

Não obstante, percebe-se que, na prática, existem, ainda, EFPCs organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos. Além disso, os próprios sítios eletrônicos do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS) e da Previc dizem, em publicação datada de 25 de fevereiro de 2016 e atualizada em 04 de março de 2016, que:

Entidade Fechada de Previdência Complementar – EFPC é a operadora do(s) plano(s) de benefícios, constituída na forma de sociedade civil ou a fundação, estruturada na forma do art. 35 Lei Complementar nº 109/01, sem fins lucrativos, que tenha por objeto operar plano de benefício de caráter previdenciário.¹²⁴

¹²¹ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 117.

¹²² PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P. 128.

¹²³ “Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007”.

¹²⁴ MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Entidade Fechada de Previdência Complementar – EFPC*, publicado em 25 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/previdencia-complementar/entidade-fechada-de-previdencia-complementar-efpc>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

Ao assim procederem, o MTPS e a Previc passam a falsa impressão de que ainda seria possível constituir sociedade sob essa modalidade, e que as EFPCs que não se adaptaram estariam regulares.

O argumento acerca da manutenção do tipo jurídico *sociedade civil sem fins lucrativos* no ordenamento brasileiro ficou ainda mais controverso a partir da edição do Decreto nº 4.206, de 23 de abril de 2002, posterior, portanto, à publicação do Código Civil vigente, ocorrida em 10 de janeiro de 2002. No referido decreto, posteriormente revogado pelo Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003, as EFPCs eram definidas como “a sociedade civil ou a fundação, estruturada na forma do art. 35 da Lei Complementar nº 109, de 2001, sem fins lucrativos, que tenha por objeto operar plano de benefício de caráter previdenciário”, em seu art. 2º, II.

Apesar da *vacatio legis* de 1 (um) ano, a qual se submeteu o Código Civil, talvez não tenha sido da melhor técnica manter, em um decreto posteriormente publicado, uma figura jurídica já fadada à extinção por legislação pretérita.

Como dito, tendo em vista que o regime societário trazido pelo Código Civil trouxe em seu conceito a necessidade de partilha dos resultados¹²⁵, não mais se coaduna com o regime imposto às EFPCs, que obrigatoriamente não podem ter fins lucrativos.

Nas lições de Marcelo Andrade Féres, as sociedades, associações e fundações que não se adequaram aos ditames do novo código incorrem em situação de “atipicidade superveniente ou incidental”, reputando-se irregulares. Isso porque “[a] sociedade, ao ser constituída, orientou-se por *tipo estrutural* então existente, mas ao longo de sua vida, por força de alterações, desvia-se dos subsequentes padrões vigentes”¹²⁶.

A irregularidade superveniente, entretanto, por si só, não acarreta a desconsideração da personalidade jurídica. Muito embora a irregularidade demonstre que o ente em questão deixou de ostentar todos os requisitos legais para a concessão de personalidade e, com isso, autonomia patrimonial, a desconsideração da personalidade jurídica ainda depende da ocorrência de abuso de personalidade em alguma das hipóteses do art. 50 do Código Civil, quais sejam, desvio de finalidade e confusão patrimonial. Tudo dependerá do “nível de

¹²⁵ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

¹²⁶ FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 209.

irregularidade”, como ensina Fères, “bem assim do preenchimento dos respectivos pressupostos”^{127/128}.

Foi essa a interpretação da IV Jornada de Direito Civil, promovida em 2006 pelo Conselho da Justiça Federal, como ressalta Marcelo Fères¹²⁹, em que foi aprovado o seguinte enunciado pela Comissão de Direito de Empresa:

394 – Ainda que não promovida a adequação do contrato social no prazo previsto no art. 2.031 do Código Civil, as sociedades não perdem a personalidade jurídica adquirida antes de seu advento.¹³⁰

Não obstante a evidente irregularidade, as EFPCs que ainda se autodenominam *sociedades civis sem fins lucrativos* funcionam, na prática¹³¹, como as fundações, não distribuindo lucros a qualquer pessoa, e não sofrendo quaisquer efeitos de dita irregularidade.

Tais circunstâncias, entretanto, não se reputam adequadas na ceara da previdência privada fechada, uma vez que contribuem para a insegurança em torno do instituto.

À primeira vista, pode parecer desprovida de sentido a discussão que se propõe, tendo em vista que a irregularidade, por si só, não seria suficiente para desencadear a desconsideração da personalidade jurídica. Sua definição, entretanto, ajuda a compreender o próprio regime patrimonial das EFPCs, tendo em vista que as fundações nada mais são do que a personificação de um patrimônio. No caso das associações e sociedades, ao revés, a personificação decorre da união das pessoas, seja em razão de um contrato (como no caso das sociedades), seja em razão da institucionalização em torno da realização de um propósito específico, ou uma ideia¹³².

Como se verá adiante, nas seções 3.3 (*Propriedade ou crédito? O estado da arte com relação à controvérsia*) e 3.4 (*Propriedade ou crédito? Conclusões*), são intensas as controvérsias acerca da propriedade dos recursos aportados pelos participantes e,

¹²⁷ FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 190.

¹²⁸ De forma semelhante, vide MELO, Albertino Daniel. *Sanção civil por abuso de sociedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. P. 611. *Apud*. FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 189.

¹²⁹ FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 209.

¹³⁰ IV Jornada de Direito Civil. CFJ: Brasília: 2006.

¹³¹ Exemplos de entidades nessa situação são a ABBprev – Sociedade de Previdência Privada (https://psa.abb.com.br/abb_prev/), a Abrilprev – Sociedade de Previdência Privada (www.abrilprev.com.br), a ACIPREV (www.aciprevprevidencia.com.br), e a AGROS (www.agros.org.br).

¹³² Sobre o tema, vide a seção 3.2 (*Caráter institucional versus caráter contratual*), em que se discute a teoria da instituição de Maurice Hauriou. (HAURIOU, Maurice. *Teoria da instituição e da fundação – Ensaio de vitalismo social*. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009.)

eventualmente, assistidos, nos planos previdenciários. Os efeitos desse debate têm baseado as decisões em torno da garantia prestada pelo Fundo Garantidor de Créditos (FGC) em favor das EFPCs, conforme problematizado nas seções 4.6 (*Garantia prestada pelo Fundo Garantidor de Créditos*) e 4.7 (*A controvérsia acerca da garantia do Fundo Garantidor de Créditos*).

A existência de polêmica acerca de tema tão básico quanto a natureza jurídica das EFPCs demonstra que as discussões acerca do instituto não atingiram maturidade suficiente a ponto de efetivamente influenciar a adequação das EFPCs ao regime do novo código.

2.4 Classificação e estrutura das EFPCs

As EFPCS são classificadas de acordo com os planos de benefícios que administram, ou de acordo com seus patrocinadores e instituidores, nos termos do art. 34 da Lei Complementar nº 109/2001¹³³.

Sob o ponto de vista dos planos, as EFPCs podem ser de plano comum, quando administrarem plano ou conjunto de planos disponíveis a um único universo de participantes, ou de multiplano, quando administrarem plano ou conjunto de planos para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial.

Sob o ponto de vista dos patrocinadores e instituidores, as EFPCs podem ser singulares, quando estiverem ligadas a apenas um patrocinador ou instituidor, ou multipatrocinadas, quando administrarem planos vinculados a mais de um patrocinador ou instituidor.

Sua estrutura mínima deve ser composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva, nos termos do art. 35 da Lei Complementar nº 109/2001.

A Lei Complementar nº 109/2001, sobre os referidos órgãos, resume-se a dispor que (i) aos participantes e assistidos é assegurada participação nos conselhos deliberativo e fiscal,

¹³³ “Art. 34. As entidades fechadas podem ser qualificadas da seguinte forma, além de outras que possam ser definidas pelo órgão regulador e fiscalizador:
I - de acordo com os planos que administram:
a) de plano comum, quando administram plano ou conjunto de planos acessíveis ao universo de participantes; e
b) com multiplano, quando administram plano ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial;
II - de acordo com seus patrocinadores ou instituidores:
a) singulares, quando estiverem vinculadas a apenas um patrocinador ou instituidor; e
b) multipatrocinadas, quando congregarem mais de um patrocinador ou instituidor.”

assegurado a eles no mínimo um terço das vagas; (ii) nas entidades multipatrocinadas, deverão ser levados em consideração a quantidade de participantes vinculados a cada patrocinador ou instituidor, bem como os patrimônios respectivos, para a definição da composição do conselho deliberativo; (iii) um diretor executivo será responsável pela aplicação dos recursos da entidade; e (iv) a qualificação mínima dos integrantes dos órgãos.

Extrai-se, contudo, da Lei Complementar nº 108/2001, bem como da legislação societária de uma forma geral, o regime jurídico de cada órgão. Cumpre salientar, apesar disso, que as especificidades trazidas pela Lei Complementar nº 108/2001, atinentes à composição e competência dos órgãos aplicam-se apenas às EFPCs patrocinadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios, e suas respectivas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas.

O conselho deliberativo, nesse sentido, é o órgão mais importante da estrutura organizacional da EFPC, sendo responsável pela definição da política geral de administração da entidade e de seus planos de benefícios. Assemelha-se, em certa medida, ao conselho de administração das sociedades anônimas.

Nas EFPCs reguladas pela Lei Complementar nº 108/2001, conforme estabelece o art. 11 da referida lei, o conselho deliberativo terá, no máximo, seis membros, sendo a representação paritária entre os representantes dos participantes e assistidos, e dos patrocinadores. Caberá, no entanto, aos patrocinadores, a indicação do conselheiro presidente, que terá o voto de qualidade, ou voto de minerva, com o objetivo de desempatar as deliberações em que não for formada uma maioria. Os mandatos de seus membros serão de quatro anos, com garantia de estabilidade, permitida uma única recondução. Além disso, metade do órgão deve ser substituída ou reeleita a cada dois anos, razão pela qual os mandatos de seus membros não serão coincidentes.

Quanto à competência do órgão, foram determinadas as seguintes matérias pelo art. 13:

I – política geral de administração da entidade e de seus planos de benefícios;

II – alteração de estatuto e regulamentos dos planos de benefícios, bem como a implantação e a extinção deles e a retirada de patrocinador;

III – gestão de investimentos e plano de aplicação de recursos;

IV – autorizar investimentos que envolvam valores iguais ou superiores a cinco por cento dos recursos garantidores;

V – contratação de auditor independente atuário e avaliador de gestão, observadas as disposições regulamentares aplicáveis;

VI – nomeação e exoneração dos membros da diretoria-executiva; e

VII – exame, em grau de recurso, das decisões da diretoria-executiva.

O conselho fiscal, ao seu turno, é um órgão de fiscalização das atividades do conselho deliberativo e da diretoria executiva. Também se assemelha ao conselho fiscal das sociedades anônimas, cuja legislação pode ser de muita valia para a interpretação das regras aplicáveis a esse órgão, ante as omissões da Lei Complementar nº 109/2001. Para garantia da imparcialidade, seus membros não podem participar do conselho deliberativo ou da diretoria-executiva, apesar de a Lei Complementar nº 109/2001 não estabelecer regra nesse sentido, e de a Lei Complementar nº 108/2001 vedar apenas a participação de membros da diretoria (art. 21, I).

Nas EFPCs reguladas pela Lei Complementar nº 108/2001, conforme estabelece o art. 15 da referida lei, o conselho fiscal terá no máximo quatro membros, de representação paritária dos patrocinadores e dos participantes e assistidos. Caberá, aos últimos, a indicação do conselheiro presidente, que terá o voto de qualidade. Seu mandato será de quatro anos, vedada a recondução. Além disso, deve-se substituir metade do órgão a cada dois anos, razão pela qual os mandatos de seus membros não serão coincidentes.

Por fim, a diretoria-executiva é encarregada da execução dos atos de administração dos planos previdenciários, bem como da política de investimentos, de acordo com as diretrizes do conselho deliberativo.

Nas EFPCs reguladas pela Lei Complementar nº 108/2001, conforme estabelece o art. 19 da referida lei, a diretoria executiva terá, no máximo, seis membros, composto em função do patrimônio da EFPC e do número de participantes e assistidos.

Além de não poderem integrar o conselho deliberativo ou fiscal da EFPC até a aprovação de suas contas, os membros da diretoria-executiva não poderão exercer, simultaneamente, atividade no patrocinador, nem prestar serviços a instituições integrantes do sistema financeiro ao longo do exercício de seu mandato. Igualmente, estarão os membros da diretoria executiva impedidos de prestar serviços a entidades do sistema financeiro que impliquem a utilização das informações a que tiveram acesso em decorrência do cargo exercido, sob pena de responsabilidade civil e penal, impedimento esse que vigorará por doze meses seguintes ao término do exercício do cargo. Nesse período, ser-lhe-á assegurada a possibilidade de prestar serviços à EFPC ou a outro órgão da Administração Pública,

recebendo remuneração equivalente a de seu antigo cargo, desde que não tenha sido destituído ou solicitado voluntariamente seu afastamento.

Observa-se que as normas e impedimentos impostos à diretoria executiva têm por objetivo principal direcionar possíveis conflitos de interesses entre os membros desse órgão e a própria EFPC, apontando um direcionamento para a conduta ética que refletirá nas regras de responsabilidade abordadas seção 4.8 (*Responsabilidade dos administradores*) deste trabalho.

2.5 Modalidades de planos de benefícios

A Lei Complementar nº 109/2001 deixa para o órgão regulador e fiscalizador a tarefa de normatizar as modalidades de planos de benefícios em que a previdência complementar fechada pode ser oferecida, limitando-se apenas a exemplificar as três seguintes, sem defini-las ou apresentar suas características básicas ou essenciais: benefício definido, contribuição definida e contribuição variável¹³⁴.

A Resolução MPS/CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005, e a Instrução SPC nº 9/2006, por sua vez, normatizam as referidas modalidades de benefícios, atendendo aos ditames da lei.

Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na modalidade de *benefício definido* aquele “cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção”¹³⁵.

Quanto ao plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de *contribuição definida*, trata-se daquele “cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, em todas as fases inclusive na fase de percepção de benefícios”¹³⁶. Nessa modalidade, o valor dos benefícios variará de acordo com o resultado líquido da aplicação, os valores aportados e os

¹³⁴ Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001. “Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar”.

¹³⁵ Art. 2º da Resolução MPS/CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005.

¹³⁶ Art. 3º da Resolução MPS/CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005.

benefícios que já tiverem sido pagos¹³⁷. Trata-se da modalidade de plano mais comumente utilizada. As EFPCs criadas para a administração de planos de benefícios de funcionários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (EFPCs de natureza pública) somente podem oferecer planos dessa modalidade, nos termos do art. 40, §15, da Constituição. Os planos oferecidos por instituidores, ou seja, por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, também somente poderão ser estruturados sob essa modalidade (art. 10, Resolução CGPC nº 12/2002).

Sobre as distinções entre os planos de benefício definido (BD) e contribuição definida (CD), no âmbito interno de cada plano, interessantes os ensinamentos de Luiz Gushiken, Augusto Tadeu Ferrari e Wanderley José de Freitas:

Como regra geral, podemos compreender que toda vez que um determinado risco é assumido individualmente pelo segurado, a sua caracterização é de “CD”. Já quando o mesmo é compartilhado entre os demais integrantes do plano, temos característica de “BD”. Dessa forma, pode-se desenvolver milhares de modelos de planos mistos “misturando-se” as características de “BD” e “CD” para os inúmeros riscos que os envolvem.¹³⁸

Por fim, diz-se do plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição variável aquele “cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido”¹³⁹. À primeira vista, os dizeres do art. 4º da Resolução parecem reunir, na modalidade de contribuição variável, características contraditórias. Como, por exemplo, garantir um benefício definido se a contribuição, ao longo dos anos, tiver sido variável? Nas palavras de Patrícia Bressan Linhares Gaudenzi, um exemplo de plano dessa modalidade seria “aquele que defina previamente (no momento da contratação) os critérios para definição do benefício previdenciário, sendo possível a oscilação sobre o valor e formato das contribuições que irão custeá-lo”¹⁴⁰.

Os planos de contribuição variável normalmente funcionam como planos de contribuição definida na fase laborativa ou de acumulação de capitais e, na fase de percepção de benefícios, funciona como um plano de benefício definido, transformando-se em renda vitalícia calculada com base nos recursos acumulados.

¹³⁷ Art. 3º da Resolução MPS/CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005.

¹³⁸ GUSHIKEN, Luiz, FERRARI, Augusto Tadeu e FREITAS, Wanderley José de. *Previdência complementar e regime próprio – complexidade e desafios*. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2002. P. 70.

¹³⁹ Art. 4º da Resolução MPS/CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005.

¹⁴⁰ GAUDENZI, Patrícia Bressan Linhares. *Tributação dos investimentos em previdência complementar privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 79.

O objetivo da norma ao tratar dos planos de contribuição variável é, na realidade, tornar bastante elásticas as características possíveis dessa modalidade de plano, atendendo, assim, ao critério de flexibilidade indicado no parágrafo único da Lei Complementar nº 109/2001, sem que isso comprometa a transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial do plano. Gaudenzi justifica essa estratégia:

No tocante aos planos de benefícios operados por entidades fechadas de previdência complementar, diferentemente dos planos abertos, não há “produtos” ou “modelos” de planos (como PGBL, por exemplo). Os planos são estruturados segundo o perfil do grupo de pessoas a que se destina, a atividade laboral por elas desenvolvida e a cobertura previdenciária que se procura oferecer (benefícios de aposentadoria vitalícia, por invalidez, pecúlio etc.).

Assim, na previdência privada fechada, os planos, apesar de classificados como de benefício definido, contribuição definida ou contribuição variável, variam de acordo com as especificidades do público a que se destinam.¹⁴¹

Nos termos da Instrução SPC nº 9/2006, a utilização da nomenclatura acima é obrigatória para a classificação do plano quando de sua inscrição no Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – CNPB. A mesma instrução, no entanto, diz não ser obrigatória a identificação, no regulamento, da modalidade do plano¹⁴², o que é um contrassenso diante do princípio da transparência positivado no art. 7º¹⁴³ da Lei Complementar nº 109/2001.

Apesar de não serem apresentadas outras modalidades pelo órgão normatizador e fiscalizador, como autoriza a lei complementar, está em aberta a possibilidade de fazê-lo.

¹⁴¹ GAUDENZI, Patrícia Bressan Linhares. *Tributação dos investimentos em previdência complementar privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 79-80.

¹⁴² Art. 1º É obrigatória a observância da terminologia adotada na Resolução CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005, para a identificação da modalidade dos planos de benefícios de caráter previdenciário operados pelas entidades fechadas de previdência complementar. § 1º Sem prejuízo do disposto no caput, não será obrigatória a identificação da modalidade do plano de benefícios em seu respectivo regulamento. § 2º Em relação aos regulamentos de planos de benefícios em que conste a identificação de sua modalidade em desacordo com o disposto na Resolução CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005, ficam as entidades fechadas de previdência complementar autorizadas a promover, na forma estatutária, a alteração de nomenclatura destinada exclusivamente à correta identificação da modalidade do plano e benefícios, ficando dispensada a formalização de requerimento de autorização de alteração do respectivo regulamento perante a Secretaria e Previdência Complementar. § 3º A alteração de regulamento promovida nos termos do parágrafo anterior deverá ser comunicada pela entidade fechada de previdência complementar ao Departamento de Análise Técnica da Secretaria de Previdência Complementar.

Art. 2º As entidades fechadas de previdência complementar deverão, quando do cadastramento do plano de benefícios de caráter previdenciário no Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - CNPB, assim como nas atualizações deste cadastro, promover a indicação de sua respectiva modalidade, nos termos da Resolução CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005.

¹⁴³ “Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.”

A Resolução MPS/CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005, deliberadamente deixa de fora de seu âmbito “os benefícios decorrentes da opção pelo instituto do benefício proporcional diferido e os benefícios adicionais decorrentes de recursos portados de outros planos de benefícios”, sendo regulados pela Resolução MPS/CGPC nº 6, de 30 de outubro de 2003¹⁴⁴ e pela Instrução SPC nº 5, de 09 de dezembro de 2013. Há de se observar que essas duas hipóteses não se tratam de modalidades distintas de planos, mas sim de intercorrências que devem ser reguladas de forma independente, para todos os tipos de modalidades, por interferirem na forma de pagamento dos benefícios de todas elas. A vida humana é dinâmica e a lei reconhece que os planos de previdência devem ser flexíveis¹⁴⁵, capazes de acomodar situações como, por exemplo, a possibilidade de mudança de emprego¹⁴⁶. Daí a necessidade de se possibilitar o resgate, o benefício proporcional diferido¹⁴⁷ e a portabilidade para outros planos¹⁴⁸.

2.6 Plano de custeio, as reservas garantidoras dos benefícios, os fundos e as provisões

Nos termos da Lei Complementar nº 109/2001, pelo menos uma vez ao ano, “[o] plano de custeio (...) estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador”¹⁴⁹.

Para o doutrinador Rio Nogueira, o plano de custeio significa:

(...) o conjunto de normas quantificadoras das receitas que deverão ser investidas pela entidade, a fim de gerar os recursos necessários e suficientes à cobertura dos

¹⁴⁴ Art. 5º da Resolução MPS/CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005.

¹⁴⁵ Nos termos do já citado art. 7º da Lei Complementar 109/2001.

¹⁴⁶ Resolução MPS/CGPC nº 6, de 30 de outubro de 2003: “Art. 5º Ao participante que não tenha preenchido os requisitos de elegibilidade ao benefício pleno é facultada a opção pelo benefício proporcional diferido na ocorrência simultânea das seguintes situações:

I - cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador ou associativo com o instituidor;
II - cumprimento da carência de até três anos de vinculação do participante ao plano de benefícios.”

¹⁴⁷ Resolução MPS/CGPC nº 6, de 30 de outubro de 2003: “Art. 2º Entende-se por benefício proporcional diferido o instituto que faculta ao participante, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, optar por receber, em tempo futuro, o benefício decorrente dessa opção.”

¹⁴⁸ Resolução MPS/CGPC nº 6, de 30 de outubro de 2003: “Art. 9º Entende-se por portabilidade o instituto que faculta ao participante transferir os recursos financeiros correspondentes ao seu direito acumulado para outro plano de benefícios de caráter previdenciário operado por entidade de previdência complementar ou sociedade seguradora autorizada a operar o referido plano.”

¹⁴⁹ Art 18 da Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001.

compromissos por ela assumidos em relação a toda a massa amparada, quer em relação a benefícios já iniciados, quer em relação a benefícios a conceder.¹⁵⁰

O plano de custeio é definido no glossário elaborado pelo Ministério da Previdência Social e pela Secretaria de Políticas de Previdência Complementar como o:

Documento elaborado, com periodicidade mínima anual, pelo atuário responsável pelo acompanhamento do Plano de Benefícios, no qual é estabelecido o nível de contribuição necessário à constituição das suas reservas garantidoras de benefícios, fundos e provisões, e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.¹⁵¹

Observa-se que o termo *plano de custeio* foi emprestado pela previdência social à previdência complementar. Seu objetivo, em ambos os regimes, é o mesmo, como se pode depreender da definição contida no antigo regulamento do Regime Geral de Previdência, que dizia: “O Plano de Custeio consistirá em um conteúdo de normas e previsões de despesas e receitas estabelecidas com base em avaliações atuariais e destinadas à planificação econômica do regime e seu conseqüente equilíbrio técnico financeiro”. Observa-se que o termo continua a constar da ementa da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que constitui a “Lei Orgânica da Seguridade Social”, prestando-se à mesma finalidade.

A cadeia de obrigações assumidas pela EFPC está baseada na constituição de *reservas garantidoras de benefícios, fundos e provisões*, nos termos do art. 9º, da Lei Complementar nº 109/2001¹⁵².

Além dos termos *reservas garantidoras de benefícios, fundos e provisões*, a mesma lei complementar, ainda, faz referência às *reservas técnicas* (art. 18, §2º) *reservas constituídas pelo participante* (art. 15, parágrafo único), *reservas matemáticas* (art. 15, parágrafo único), *reserva de contingências* (art. 20, caput), *reserva especial para revisão do plano de benefícios* (art. 20, §1º) e *reservas individuais* (art. 51). Há ainda o termo *provisão matemática*, utilizado nos incisos I e II do art. 28 da Resolução CGPS/MPS nº 26, de 29 de setembro de 2008.

Mas, afinal, qual a diferença entre as *reservas* mencionadas pela lei complementar, as *provisões* e os *fundos*? O estudo desses conceitos é importante para a compreensão da própria estrutura dos planos, bem como das diferenças entre os planos de contribuição definida,

¹⁵⁰ NOGUEIRA, Rio. *Reservas e Regimes Financeiros das Entidades Previdenciais*. Rio de Janeiro: STEA, 2007. P. 13.

¹⁵¹ MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Fundos de Pensão: coletânea de normas*. Brasília: MPS, SPPC, 2015. P.762-763.

¹⁵² Lei Complementar nº 109: Art. 9º As entidades de previdência complementar constituirão reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

benefício definido e contribuição variável. Como será possível perceber, correspondem a facetas de uma mesma cadeia de obrigações assumidas pela EFPC.

Nos termos do art. 19 da Lei Complementar nº 109/2001, “[a]s contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário”.

As reservas garantidoras dos benefícios correspondem ao valor monetário da massa patrimonial aportada pelos participantes, pelos assistidos e pelo patrocinador, acrescido ou subtraído de superávits ou déficits. Equivale, em uma sociedade, ao capital acrescido dos lucros e subtraído dos prejuízos, ou seja, ao patrimônio líquido das EFPCs.

Como ensina Ivy Cassa:

Ela (*a previdência privada*) baseia-se na *constituição de reservas*, consoante o disposto no art. 202 da CF/88 e no art. 1º da LC 109/01. Isso significa que os recursos aportados nos planos destinam-se à constituição de uma reserva em nome do participante, como se fosse uma “poupança”. Os recursos alocados nessas reservas (matemáticas) poderão servir para o pagamento dos benefícios.¹⁵³

Assim como numa sociedade, as reservas podem ser divididas de acordo com a sua finalidade, ou de acordo com a forma em que foi constituída. Exemplos claros são a “reserva de contingências” (art. 20, caput), e a “reserva especial para revisão do plano de benefícios” (art. 20, §1º). A primeira, utilizada para o pagamento de obrigações da EFPC decorrentes de condenações, aplicações de multas, ente outros, e, a segunda, para a revisão dos planos, com a finalidade de concessão de benefícios maiores, sempre que os rendimentos de seus recursos assim permitirem.

A mais importante para este estudo, contudo, é a reserva matemática, que representa o montante acumulado pelo participante durante a fase de contribuição.

Ensina Ivy Cassa, que a reserva matemática, nos regimes de capitalização, constitui um direito do participante, funcionando como uma espécie de “poupança”, resultante dos aportes realizados. Seria “o saldo que ele (*participante*) possui de crédito junto à entidade, constituído pelos aportes realizados por ele ou por terceiros, o qual não é passível de apropriação pela entidade e nem integra o mutualismo”¹⁵⁴. Esse patrimônio não se confundiria com o dos outros participantes do plano previdenciário, sendo a reserva individualizada.

¹⁵³ CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Profª. Drª. Vera Helena de Mello Franco. São Paulo: 2014. P. 42-43.

¹⁵⁴ CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito Comercial pela Faculdade de

Nas palavras de Rio Nogueira, “[a] reserva matemática de qualquer grupo segurado por uma entidade previdencial é a expressão monetária do direito líquido desse grupo perante a entidade em sua fase de funcionamento normal”¹⁵⁵.

Nos planos administrados por EFPC, tem-se, ainda, a peculiaridade das contribuições aportadas pelo patrocinador. Tais valores também constituem as reservas matemáticas, e é por isso que a regulação, para diferenciar os montantes, utiliza termos como *reservas constituídas pelo participante* (art. 15, parágrafo único) e *reservas individuais* (art. 51), que corresponderiam exclusivamente aos aportes realizados pelos participantes.

Já as provisões técnicas são os lançamentos contábeis correspondentes às obrigações da EFPC perante os participantes e assistidos¹⁵⁶.

As provisões técnicas, nos termos da Resolução CNPC nº 08, de 31 de outubro de 2011, “representam a totalidade dos compromissos dos planos de benefícios previdenciais administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar”. É a mesma definição constante do glossário elaborado pelo Ministério da Previdência Social e pela Secretaria de Políticas de Previdência Complementar, que também define *provisão matemática*, correspondente “ao valor necessário para o pagamento dos benefícios concedidos e a conceder”, *provisão matemática dos benefícios concedidos*, correspondente “ao valor necessário para pagamento dos benefícios que já foram concedidos pelo plano” e *provisão matemática de benefícios a conceder*, correspondente “ao valor necessário para pagamento dos benefícios que serão concedidos pelo plano”¹⁵⁷.

Fazendo interessante relação entre o binômio “risco-seguro”, Cristina Cantanhede Amarante Mano e Paulo Pereira Ferreira explicam, sob o ponto de vista contábil, a lógica das provisões técnicas:

As provisões técnicas são valores constituídos pelos empregados ou organizações (“empresas”) cujo produto é o “risco”. Essas empresas podem ser seguradoras, entidades de previdência privada aberta ou fechada, empresas de capitalização, etc. e as provisões técnicas correspondem aos diversos compromissos financeiros futuros dessas empresas para com seus clientes ou participantes (“cliente”).

Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco. São Paulo: 2014. P. 46.

¹⁵⁵ NOGUEIRA, Rio. *Reservas e Regimes Financeiros das Entidades Previdenciais*. Rio de Janeiro: STEA, 2007. P. III.

¹⁵⁶ As provisões técnicas não são os únicos tipos de provisões lançados contabilmente por uma EFPC, que, como toda pessoa jurídica, deverá provisionar todas as suas demais obrigações, tais como aquelas decorrentes de contingências, ações judiciais, etc. Conforme estabelecido na própria Resolução CNPC nº 08, de 31 de outubro de 2011, “[p]ara o registro contábil das demais provisões de caráter contingencial, a EFPC deverá observar as normas editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade”.

¹⁵⁷ MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Fundos de Pensão: coletânea de normas*. Brasília: MPS, SPPC, 2015. P. 764.

Esses valores de provisões técnicas são, portanto, alocados no passivo dessas empresas e formados pelo excesso de valores pagos pelo cliente em relação aos riscos ou custos assumidos pela empresa.

Esses compromissos futuros podem corresponder a valores já conhecidos ou, como acontece na maioria das vezes, corresponder a estimativas. Dessa forma, o cálculo das provisões técnicas deve ser feito necessariamente por um atuário, profissional que estabelece os limites de segurança na gestão dos riscos a partir do uso de teorias financeiras e da probabilidade.¹⁵⁸

Para Ivy Cassa, os valores correspondentes às provisões, por se situarem em operações que tem por base o risco e por estarem assentadas no mutualismo, não poderiam ser objeto de devolução aos participantes, ainda que o sinistro nunca se materialize. Cassa diferencia o risco financeiro (ao qual estariam sujeitos os planos de contribuição definida e de contribuição variável, na fase de acumulação do benefício) do risco puro (ao qual estariam sujeitos apenas os planos de benefício definido de contribuição variável, na fase de percepção do benefício). No primeiro caso, o risco que se corre decorre de resultados deficitários dos investimentos realizados no âmbito do plano. No segundo caso, o plano estaria baseado no mutualismo, sendo o sinistro de um participante compensado pela não ocorrência do sinistro de outro participante.

Não obstante a pertinência da abordagem de Cassa, é possível discordar da afirmação de que as provisões estariam sempre assentadas no mutualismo e que nunca poderiam ser objeto de devolução aos participantes. Isso porque existe a obrigatoriedade de provisionamento das obrigações de pagamentos de benefícios pela EFPC inclusive nos planos de contribuição definida, conforme consta da Resolução CNPC nº 08, de 31 de outubro de 2011. Tais provisões teriam como contrapartida as próprias reservas matemáticas constituídas pelo participante, e seriam a ele devolvidas em um eventual resgate, conforme mandamento da própria Lei Complementar nº 109/2001, em seu art. 14, III. A existência de déficit é justamente verificável pelo fato de as provisões superarem as reservas.

E, por fim, os *fundos* são a massa patrimonial em si (recursos financeiros, bens e direitos). Ou seja, correspondem ao patrimônio resultante dos recursos aportados pelos participantes, pelos assistidos e pelo patrocinador, bem como seus frutos. Nas palavras da Lei Complementar nº 109/2001, seriam os “ativos garantidores das reservas técnicas”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ FERREIRA, Paulo Pereira; MANO, Cristina Cantanhede Amarante. *Aspectos Atuariais e Contábeis das Provisões Técnicas*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2009. P. 1. Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=funenseg2_wi&pagfis=20054&pesq=>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁵⁹ Conforme arts. 28, 44 e 50 da Lei Complementar nº 109/2001.

A constituição dos fundos previdenciais – termo utilizado pela Resolução CGPS/MPS nº 26, de 29 de setembro de 2008 – dependerá da estrutura técnica de cada plano de benefícios, estando cada fundo vinculado a uma fonte de custeio, a uma finalidade e, conseqüentemente, a um evento determinado (ex.: aposentadoria) ou risco identificado (exs.: morte e invalidez), o qual deve ser avaliado, controlado e monitorado¹⁶⁰. Observa-se dessa forma, que cada plano poderá ter mais de um fundo previdencial, a depender de sua fonte de custeio, finalidade e risco envolvido. Há de se salientar, ainda, que, na hipótese de revisão do plano de benefícios, o valor que constituir a reserva especial para a revisão do plano será necessariamente vertida para um fundo previdencial segregado, constituído unicamente para essa finalidade¹⁶¹. Observa-se que essa segregação presta-se a controles internos, sendo diferente da segregação patrimonial entre os planos, nos termos do art. 3º da Resolução CGPS nº 14, de 1º de outubro de 2004 (conforme desenvolvido na seção 2.2 deste trabalho). Assim, não apenas é possível que um mesmo plano mantenha diversos fundos (a depender da sua fonte de custeio, finalidade e risco), mas também a manutenção de mais de um será obrigatória caso realizada a revisão do plano de benefícios.

Em resumo, as reservas devem ter correspondência nos fundos. E as reservas devem ser suficientes para o pagamento das obrigações dos fundos, constantes das provisões. Nos planos deficitários, portanto, as provisões seriam superiores às reservas.

2.7 Regimes Financeiros. Repartição simples, repartição de capitais de cobertura e capitalização. Compreensão da solidariedade

Sobre os regimes financeiros, ensina Manoel Sebastião Soares Póvoas que:

No caso de uma entidade de previdência privada, depois de ter estruturado um plano previdenciário, isto é, ter considerado as necessidades previdenciárias de uma população que achou interesse satisfazer, ter definido os benefícios que o satisfarão, as condições em que os concederá, etc., ela terá de definir o custo de tal plano e,

¹⁶⁰ “Art. 5º Na constituição de fundos previdenciais e na manutenção dos já existentes, observada a estrutura técnica do plano de benefícios, cabe ao atuário responsável a indicação de sua fonte de custeio e de sua finalidade, que deverá guardar relação com um evento determinado ou com um risco identificado, avaliado, controlado e monitorado”. Resolução CGPS/MPS nº 26, de 29 de setembro de 2008.

¹⁶¹ “Art. 17. Os valores atribuíveis aos participantes e assistidos e ao patrocinador, identificados na forma do caput do art. 15, serão alocados em fundos previdenciais segregados, constituídos especialmente para esta finalidade”. Resolução CGPS/MPS nº 26, de 29 de setembro de 2008.

mais do que isso, ela terá de definir a forma de conseguir os recursos indispensáveis para o suportar.¹⁶²

Apesar de entender-se que a estruturação de um plano previdenciário é concomitante à de seu regime financeiro, é possível compreender, a partir desse trecho, que o objetivo do regime financeiro é justamente definir como o plano será financeiramente suportado.

Para Marília Vieira Machado da Cunha Castro, seriam regimes financeiros “os diferentes conceitos adotados para financiamento dos compromissos do plano, isto é, definição das contribuições necessárias à cobertura das despesas com o pagamento do benefício e de sua administração”¹⁶³. Aqui, a autora é um pouco mais específica para a compreensão dos regimes financeiros.

Sugere-se, contudo, que os regimes financeiros sejam entendidos como fluxos de recebimentos e pagamentos necessários para o cumprimento das finalidades do plano. Os regimes financeiros seriam, portanto, os esquemas de fluxos de recebimentos, investimentos e pagamentos utilizados para o financiamento dos compromissos do plano, ou seja, para o pagamento dos benefícios contratados.

Os regimes financeiros são divididos em três categorias: repartição simples, repartição de capitais de cobertura e capitalização. Nos termos da Resolução CGPC nº 18, de 28 de março de 2006, os três regimes são admissíveis para planos administrados por EFPC.

A compreensão de cada um desses regimes passa pela compreensão de como a o instituto da solidariedade se aplica a cada um deles. Afinal, como ensina Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub, “[a] solidariedade é um princípio jurídico essencial da Previdência, seja ela básica ou complementar”¹⁶⁴.

O regime de repartição simples é o mais facilmente compreendido, justamente porque utilizado na estruturação do regime geral de previdência no Brasil, fundado em um maior grau de solidariedade entre os participantes.

A repartição simples do regime geral de previdência no Brasil é resultante da solidariedade intergerações. Consiste, portanto, no regime de repartição intergerações, em que as contribuições realizadas pelos participantes em determinado momento – pessoas economicamente ativas – são utilizadas para o pagamento de benefícios dos beneficiários

¹⁶² PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada, filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 173.

¹⁶³ CASTRO, Marília Vieira Machado da Cunha. Alguns conceitos atuariais. In. Fundos de pensão em debate. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. P. 147. *Apud*. BALERA, Wagner (coord). *Comentários à Lei de Previdência Privada, LC 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 139.

¹⁶⁴ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 48.

elegíveis pelo sistema, ainda que eles não tenham inicialmente contribuído para o sistema. Ou seja, uma geração paga pelos benefícios da outra. É como funciona o regime geral de previdência não só no Brasil, mas também e em diversos países¹⁶⁵, pois permite seu imediato funcionamento sob a administração estatal.

Não é assim, entretanto, que o regime de repartição simples é aplicado na previdência fechada complementar. Seria um contrassenso, e extremamente arriscado, ter que contar com gerações futuras de trabalhadores de uma mesma empresa ou que possuem algum vínculo de trabalho institucional, para o pagamento dos benefícios da geração seguinte. É o que explica Marcelo Alves de Oliveira:

Porém, se um patrocinador de um regime previdenciário estiver tratando somente com um dado grupo de trabalhadores, quer no setor público, quer no privado, recorrer exclusivamente ao método de repartição para eles causa problemas, por causa do risco que o nível de emprego possa flutuar. Esse é o porquê de os regimes previdenciários ocupacionais terem sido usualmente capitalizados. Qualquer declínio significativo no emprego aniquilaria a economia de um sistema de repartição aplicado somente dentro de uma indústria.¹⁶⁶

Na previdência fechada complementar, os regimes de repartição – seja o simples ou de capitais de cobertura – estão baseadas na solidariedade entre os participantes do plano limitados às hipóteses de invalidez, morte, doença ou reclusão, e caracterizam-se pela repartição entre os participantes das despesas que serão pagas pelo plano em determinado período.

Assim, o regime de repartição simples, quando aplicado à previdência complementar fechada está sujeito a uma limitação de tempo, e situações específicas de benefícios a conceder, conforme explica a Previc:

No regime financeiro de repartição simples são arrecadados apenas os recursos suficientes para cobrir as despesas esperadas do mesmo exercício com benefícios de pagamento único cujo evento gerador seja invalidez, morte, doença ou reclusão, ou benefícios temporários de curta duração, nos casos de doença ou reclusão. Não há constituição de reservas matemáticas para fazer frente aos compromissos calculados sob esse regime, admitindo-se a constituição de fundo previdencial com eventuais excedentes financeiros verificados, para utilização no financiamento desses benefícios.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Estados Unidos da América, França e Suécia, por ex.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Marcelo Alves. *Riscos em planos de capitalização de contribuição definida na previdência complementar*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Marcus Orione Gonçalves Correia). P. 72.

¹⁶⁷ PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar. *Guia Previc Melhores práticas atuariais para Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. São Paulo: 2003. Disponível em:

O regime de repartição de capitais de cobertura, por sua vez, é definido pela ABRAPP da seguinte forma:

Este regime é uma mistura dos regimes de repartição simples e de capitalização. Trata de estabelecer as contribuições necessárias no período considerado, para se constituir reserva suficiente para garantir a série completa dos pagamentos futuros para os benefícios que se iniciaram neste mesmo período.

Pressupõe a formação de reserva somente para os participantes em gozo de benefícios, reduzindo o período de pré-pagamento do Custo Previdenciário. A reserva garantidora da série completa de pagamentos futuros – Custo Previdenciário – é constituída no instante da concessão do benefício, através da divisão pura e simples do seu valor pelo número de membros do grupo contribuinte, definindo-se a contribuição de cada um.

Portanto, apresenta características solidárias, como no regime de repartição simples, e constitui reserva, como no regime de capitalização.¹⁶⁸

A diferença entre os dois regimes reside basicamente na forma de pagamento do benefício e na constituição ou não de reservas para fazê-lo: enquanto no regime de repartição simples ocorre o pagamento único dos benefícios (ou no prazo máximo de 5 (cinco) anos como renda temporária, no caso de doença ou reclusão), não pressupondo a constituição de reservas para tanto, no regime de repartição de capitais de cobertura o benefício é concedido na forma de renda¹⁶⁹.

Tais especificidades interferem, naturalmente, na forma de cálculo das contribuições. Observa-se que, no regime de repartição simples, não é necessária a constituição de reservas justamente porque os fluxos de pagamentos das contribuições são calculados de acordo com o fluxo de pagamentos dos benefícios.

No Regime de Repartição Simples, as contribuições para determinado benefício são calculadas considerando-se todas as despesas que serão geradas para o pagamento do benefício dentro de um ano e “repartidas” entre todos os participantes que optarem por esse benefício.¹⁷⁰

<<http://www.previc.gov.br/menu-de-apoio/guia-de-melhores-praticas-1/melhores-praticas-atuariais.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2016. P. 23.

¹⁶⁸ ABRAPP – Associação Brasileira de Entidades Fechadas de Previdência Complementar. *Como criar um fundo de pensão a partir do vínculo associativo*. São Paulo: ICSS SINDAPP, 2003. P. 25. Disponível em: <http://www.abrapp.org.br/SiteAssets/SitePages/Cartilha/Cartilha_para_Instituidores2003.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2016.

¹⁶⁹ Resolução CGPC nº 18, de 28 de março de 2006.

¹⁷⁰ BALERA, Wagner (coord). *Comentários à Lei de Previdência Privada, LC 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 141

No regime de repartição de capitais de cobertura, por sua vez, a constituição de reservas para o pagamento de benefícios é necessária tendo em vista que os fluxos de pagamentos são baseados em estimativas:

No Regime Financeiro de Repartição de Capitais de Cobertura, as contribuições para determinado benefício são calculadas considerando-se o valor presente para o pagamento das rendas que serão produzidas dentro de um ano, sendo este o valor “repartido” entre todos os participantes do plano que optarem por esse benefício.

Nesse contexto, é necessário fazer a estimativa do montante a ser repartido. Primeiramente, é estimado o valor presente das rendas que serão pagas caso ocorra o evento, posteriormente, é estimado a probabilidade de ocorrência do evento que determinará o pagamento da renda.

Ressalta-se que o Regime Financeiro de Repartição de Capitais de Cobertura é utilizado para benefícios pagáveis por morte ou invalidez na forma de renda ¹⁷¹

A conclusão de que o regime de repartição simples não pressupõe a constituição de reservas levanta intrigante questão: estaria esse regime em desconformidade com o art. 202 da Constituição, que estabelece que a previdência privada fechada esteja baseada “na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”?

A resposta, a princípio, seria positiva, tendo em vista que a ausência de reservas resultaria, necessariamente, na ausência de garantias e na institucionalização da insegurança quanto ao recebimento do benefício. Contudo, não é possível conceber um plano em que a totalidade das entradas corresponde à totalidade das saídas em determinado mês, como se fosse possível saber, de antemão e de forma precisa, no momento da aprovação do plano de custeio, quantos eventos de falecimento, doença, invalidez ou reclusão irão ocorrer. Essa situação somente seria possível se, de acordo com as regras do plano, fosse possível ajustar mensalmente as contribuições, de forma que nada fosse mantido nas reservas da EFPC. Daí conclui-se que são, na verdade, as reservas individuais que deixam de ser criadas nos planos de repartição simples e repartição de capitais de cobertura. As contribuições dos participantes para esse plano formam o patrimônio a ele vinculado e, portanto, suas reservas. Entretanto, impossível individualizar essas reservas, haja vista que não se sabe quem será elegível ao benefício. Percebe-se, com isso, que o funcionamento dos planos organizados sob o regime de repartição são muito diferentes daqueles organizados pelo regime de capitalização, o que ficará mais claro no capítulo 3, mais especificamente na seção 3.6 (*Previdência privada e*

¹⁷¹ BALERA, Wagner (coord). *Comentários à Lei de Previdência Privada, LC 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 140-141

seguro privado), em que se compreenderá a natureza securitária das contratações que podem ser sustentadas por esse regime.

Conforme já adiantado, o regime de capitalização é aquele com menor grau de solidariedade entre os participantes, devendo necessariamente estar baseado em reservas para a concessão dos benefícios.

Estabelece a Lei Complementar nº 109/2001 os casos em que o regime de capitalização é obrigatório:

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.¹⁷²

Ensina Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub que “[n]o regime de capitalização (*fundings*), cada pessoa forma um fundo (individual ou coletivo) onde são investidos pecúlios destinados exclusivamente à sua aposentadoria, havendo extratos individuais dos valores capitalizados”¹⁷³.

No mesmo sentido, doutrina a Previc:

Sobre o Sistema Financeiro de Capitalização, pode-se dizer que existem várias modalidades, utilizados não somente na previdência privada, mas também na área de seguros e na área financeira.

O regime financeiro de capitalização, na previdência privada, organiza todos os tipos de benefícios pagáveis por sobrevivência, morte ou invalidez, na forma de renda ou pecúlio.¹⁷⁴

Nesse caso, a solidariedade existe entre os participantes apenas para o equacionamento de déficits, nos termos do art. 19, II, e do art. 21 da Lei Complementar nº 109/2001, conforme será abordado com mais minúcias na seção 2.9.

A tabela abaixo resume bem o que foi tratado nesta seção no que tange aos três regimes utilizáveis pela previdência complementar fechada:

¹⁷² Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001.

¹⁷³ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 51.

¹⁷⁴ BALERA, Wagner (coord). *Comentários à Lei de Previdência Privada, LC 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 140.

Tabela II – Características dos Regimes Financeiros¹⁷⁵

Regime financeiro	Custeio Normal	Reserva Matemática
Repartição Simples	Durante o pagamento dos benefícios	Não há constituição de reservas
Repartição de Capitais de Cobertura	No início do pagamento dos benefícios	Constitui reserva para benefícios concedidos
Capitalização	Ao longo da vida laborativa	Constitui reservas para benefícios concedidos e a conceder

2.8 Benefício proporcional diferido (*vesting*), autopatrocínio, portabilidade e resgate

Conforme acima mencionado, as regras pertinentes ao benefício proporcional diferido e a portabilidade são tratadas na Resolução MPS/CGPC nº 6, de 30 de outubro de 2003¹⁷⁶, e na Instrução SPC nº 5, de 09 de dezembro de 2013, as quais abordam também as regras de resgate e autopatrocínio.

O benefício proporcional diferido – também chamado de *vesting*¹⁷⁷ – consiste, de acordo com o art. 14, I, da Lei Complementar nº 109/2001, e com o art. 2º da Resolução¹⁷⁸, na faculdade assistida ao participante do plano de, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, optar por receber, em tempo futuro, o benefício proporcional, calculado nos termos da mencionada Resolução ou do regulamento do plano. Além da cessação do vínculo empregatício, necessário o cumprimento do prazo de carência de 3 (três) anos para que o participante possa optar pelo benefício proporcional diferido.

¹⁷⁵ PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar. *Guia Previc Melhores práticas atuariais para Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. São Paulo: 2003. Disponível em: <<http://www.previc.gov.br/menu-de-apoio/guia-de-melhores-praticas-1/melhores-praticas-atuariais.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2016. P. 23.

¹⁷⁶ Art. 5º da Resolução MPS/CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005.

¹⁷⁷ O termo *vesting* corresponde ao instituto do benefício proporcional diferido na legislação norte americana, razão pela qual é comumente utilizado no Brasil. (WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 132).

¹⁷⁸ “Art. 2º Entende-se por benefício proporcional diferido o instituto que faculta ao participante, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, optar por receber, em tempo futuro, o benefício decorrente dessa opção.”

O participante, entretanto, interessado em manter o benefício nos mesmos patamares dos contratados ou desejados, pode optar pelo autopatrocínio¹⁷⁹, ou seja, por permanecer vinculado ao plano realizando tanto as contribuições próprias, quanto as que seriam devidas pelo empregador. Tal hipótese é aplicável no caso de perda parcial ou total de remuneração, sendo o encerramento do vínculo empregatício um exemplo de perda total da remuneração.

Já a portabilidade, nos termos do art. 9º da Resolução¹⁸⁰, é a faculdade assistida ao participante de transferir os recursos financeiros correspondentes ao seu direito acumulado para outro plano de benefícios de caráter previdenciário operado por entidade de previdência complementar ou sociedade seguradora autorizada a operar o referido plano. As condições para o exercício dessa faculdade são as mesmas da opção pelo benefício proporcional diferido: a cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor e prazo de carência de 3 (três) anos de vinculação ao plano. A carência não se aplica para a portabilidade de recursos de planos instituídos por patrocinadores para outro plano de previdência complementar.

O resgate, nos termos do art. 19 da Resolução¹⁸¹, constitui a faculdade de recebimento, pelo participante, “de valor” decorrente de seu desligamento do plano de benefícios (assunto a ser mais bem explorado na seção 2.6, adiante, deste capítulo). No caso de planos de benefícios instituídos por patrocinador, o pagamento do resgate depende do encerramento do vínculo empregatício do participante. No caso de benefícios instituídos por instituidor, o plano deverá estabelecer prazo de carência de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos contados a partir da inscrição no plano de benefícios para que possa ser feito o resgate.

¹⁷⁹ “Art. 27. Entende-se por autopatrocínio a faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares.

Parágrafo único. A cessação do vínculo empregatício com o patrocinador deverá ser entendida como uma das formas de perda total da remuneração recebida.”

¹⁸⁰ “Art. 9º Entende-se por portabilidade o instituto que faculta ao participante transferir os recursos financeiros correspondentes ao seu direito acumulado para outro plano de benefícios de caráter previdenciário operado por entidade de previdência complementar ou sociedade seguradora autorizada a operar o referido plano.”

¹⁸¹ “Art. 19. Entende-se por resgate o instituto que faculta ao participante o recebimento de valor decorrente do seu desligamento do plano de benefícios.”

2.9 Superávits e equacionamento dos déficits

A Lei Complementar nº 109/2001, estabelece o seguinte tratamento para o resultado superavitário ou deficitário das entidades fechadas:

Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.

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

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

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

Art. 20. 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 vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

§ 3º Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições, deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos assistidos.

Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

§ 1º O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º A redução dos valores dos benefícios não se aplica aos assistidos, sendo cabível, nesse caso, a instituição de contribuição adicional para cobertura do acréscimo ocorrido em razão da revisão do plano.

§ 3º Na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit previsto no caput deste artigo, em consequência de apuração de responsabilidade mediante ação judicial ou administrativa, os respectivos valores deverão ser aplicados necessariamente na redução proporcional das contribuições devidas ao plano ou em melhoria dos benefícios.

Observa-se, assim, que tanto os déficits quanto os superávits são, de alguma forma, repassados, para os participantes e assistidos, seja mediante a revisão dos benefícios, para mais ou para menos, a redução parcial, integral ou a suspensão do pagamento das contribuições, o aumento do valor das contribuições, ou a instituição de contribuições extraordinárias. Esse é o principal argumento em defesa de que as reservas e fundos administrados pela EFPC são, na verdade, dos próprios participantes e assistidos, e não da entidade, conforme será visto nas seções 3.3 (*Propriedade ou crédito? O estado da arte com relação à controvérsia*) e 3.4 (*Propriedade ou crédito? Conclusões*).

Para a compreensão de detalhes do regime jurídico atinente aos superávits e déficits, necessário recorrer-se também à Resolução CGPC nº 26, de 29 de setembro de 2008, que, nos termos de sua ementa, “[d]ispõe sobre as condições e os procedimentos a serem observados pelas entidades fechadas de previdência complementar na apuração do resultado, na destinação e utilização de superávit e no equacionamento de déficit dos planos de benefícios de caráter previdenciário que administram, e dá outras providências”.

No caso de superávits, os planos que já tenham reserva de contingências no montante de 25% (vinte e cinco) por cento das reservas matemáticas e, com o seu excedente, constituído reserva especial, estão habilitados a revisar o plano de benefícios, nos termos da lei. Tal revisão é obrigatória a cada 3 (três) anos e facultativa em exercícios intermediários. A Resolução CGPC nº 26/2008, estabelece, além disso, que a revisão seja precedida de parecer atuarial e estudo econômico-financeiro acerca da perenidade das causas que deram origem ao superávit (art. 9º).

Os arts. 20 e 25 da Resolução CGPC nº 26/2008, estabelecem, ainda, mais uma forma de revisão do plano de benefícios na hipótese de apuração de superávits, que é a possibilidade de reversão de valores, de forma parcelada, aos participantes, aos assistidos e ao patrocinador. Ressalta-se, entretanto, que a reversão de benefícios mediante a reversão de valores ao patrocinador não consta da lei, podendo, dessa forma, ser considerada ilegal. Essa é uma forma de esvaziamento do patrimônio do plano não prevista em lei, o que representa prejuízo direto às reservas já constituídas pela EFPC e, portanto, à garantia do recebimento futuro do benefício pelos participantes e assistidos, nos termos do art. 202 da Constituição.

Não pode, ademais, essa reversão ser equiparada à redução ou suspensão do pagamento das contribuições. Neste caso, o superávit que compôs a reserva especial permanece no plano, sob a administração da EFPC, ainda que o valor das contribuições seja reduzido ou suspenso. Ou seja, elimina-se, pelo menos, o risco de inadimplência futura do patrocinador com a manutenção dos recursos na EFPC. Caso se opte por devolver os recursos,

a EFPC, os participantes e os assistidos, mais uma vez, passarão a arcar com eventuais riscos de inadimplência, em evidente prejuízo à garantia do benefício estabelecida no art. 202 da Constituição.

Por mais que a reversão esteja condicionada, nos termos da Resolução, a comprovação do excesso dos recursos garantidores do plano de benefícios em extinção mediante a cobertura integral do valor presente dos benefícios do plano, fato é que as reservas garantidoras, ainda nessa situação, estão sujeitas a diversos riscos, conforme detalhado na seção 2.12 (*A gestão do risco: regulação quantitativa versus regulação prudencial*), justamente por ter sido a previdência privada fechada estruturada como um mecanismo de investimento. A própria resolução, adiante, admite que o plano poderá sofrer posteriores perdas, quando estabelece que a utilização da reserva especial deverá ser interrompida caso seja necessário recompor a reserva de contingência (art. 26, §2º). Ou seja, nesse caso o plano terá necessariamente sofrido perdas que fizeram reduzir a reserva de contingência.

Nos planos de benefícios de que trata a Lei Complementar nº 108/2001, administrados por EFPC relacionadas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, estabelece o parágrafo único do art. 3º que é proibido o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para tais benefícios¹⁸². Daí a conclusão de que, diferentemente dos planos regulados pela Lei Complementar nº 109/2001, os planos regulados pela a Lei Complementar nº 108/2001 não poderiam ser revistos para melhoria dos benefícios, mas tão somente mediante a redução parcial ou total, ou suspensão do pagamento dos benefícios. Daí a concluir sobre a possibilidade de reversão dos valores, já seria, na melhor das hipóteses, a má aplicação das técnicas interpretativas. Com mais razão, nesse caso, os recursos devem ser mantidos sob a administração da EFPC, tudo com o objetivo de garantir o futuro pagamento dos benefícios contratados nos termos do art. 202 da Constituição.

Estabelece também a Resolução CGPC nº 26, de 29 de setembro de 2008, que os valores atribuídos aos participantes e assistidos, de um lado, e ao patrocinador, de outro, que componham a reserva especial, serão alocados em fundos previdenciais segregados (art. 17).

Para o equacionamento de déficits, a matéria é ainda mais sensível. O déficit é verificado nas situações em que os recursos administrados pela EFPC, ao serem submetidos

¹⁸² Art. 3º. Parágrafo único. Os reajustes dos benefícios em manutenção serão efetuados de acordo com critérios estabelecidos nos regulamentos dos planos de benefícios, vedado o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para tais benefícios.

aos mesmos riscos aos quais estão sujeitos os demais investimentos privados – conforme especificado na seção 2.12 (*A gestão do risco: regulação quantitativa versus regulação prudencial*) – sofrem decréscimo suficiente a ponto de comprometer o pagamento dos benefícios contratados.

Estabelece a Resolução CGPC nº 26/2008, que a formulação de um plano de equacionamento de déficits será obrigatório nas seguintes hipóteses: (i) se o déficit acumulado for superior a 10% (dez por cento) das provisões matemáticas em determinado exercício; e (ii) se o déficit acumulado for superior igual ou inferior a 10% (dez por cento) das provisões matemáticas por três exercícios consecutivos.

Nos termos do §5º do art. 28 da Resolução CGPC nº 26/2008, as provisões matemáticas para fins de cálculo dos percentuais de déficits referem-se às parcelas dos planos estruturadas sob a forma de benefício definido, independentemente da modalidade que o plano de benefícios esteja estruturado. Ou seja, o dispositivo indica uma forma de cálculo do déficit, mas não que a provisão matemática será calculada e contabilizada da mesma forma para todos os tipos de plano. Utiliza-se a metodologia para o cálculo da provisão matemática – que “corresponde ao valor necessário para o pagamento dos benefícios concedidos e a conceder”¹⁸³ – aplicável aos planos de benefício definido a todos os outros tipos de plano.

O resultado deficitário deverá ser equacionado por participantes, assistidos e patrocinadores, na proporção contributiva do período em que foi apurado o resultado, conforme estabelece o art. 29 da Resolução. A divisão entre participantes e assistidos observará a proporção da reserva matemática individual ou o benefício efetivo ou projetado atribuível a cada um deles. Caso não tenha havido contribuições no período, será considerada a proporção vigente nos três exercícios antecedentes ao resultado negativo, até o limite de 29 de maio de 2001, que corresponde à data de promulgação da Lei Complementar nº 108/2001 e da Lei Complementar nº 109/2001.

Com exceção dos planos sujeitos à Lei Complementar nº 108/2001, o resultado poderá ser equacionado exclusiva ou majoritariamente pelos patrocinadores, ou sem a observância dos parâmetros acima, desde que não acarrete prejuízos ou ônus adicionais aos participantes e assistidos.

Faz-se uma última crítica à regulação do equacionamento de déficits, que é a impossibilidade de redução dos benefícios, mas a possibilidade de se estabelecer contribuições extraordinárias. Na prática, o significado é o mesmo: a redução do benefício,

¹⁸³ MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Fundos de Pensão: coletânea de normas*. Brasília: MPS, SPPC, 2015. P. 764.

pela mera aplicação das regras de compensação do Código Civil¹⁸⁴. Se a ideia é, de alguma forma, garantir o pagamento dos benefícios contratados, nos termos do art. 202 da Constituição, há premente necessidade de estabelecimento de formas de garantia mais robustas, que impeçam a redução do benefício contratado, como ocorre na prática, ao invés de se promover inversões de redação sem qualquer sentido lógico, prático ou jurídico.

2.10 Retirada de patrocínio

A possibilidade de retirada do patrocínio é mencionada no art. 25 e no art. 33, I, da Lei Complementar nº 109/2001¹⁸⁵, sendo sua regulação inteiramente infralegal, de acordo com os ditames da Resolução CNPC nº 11, de 13 de maio de 2013.

Consiste a retirada do patrocínio no “encerramento da relação contratual existente entre o patrocinador que se retira e a respectiva entidade fechada”, nos termos do art. 3º da Resolução CGPC nº 11/2013. A retirada do patrocínio resultará na “cessação de toda e qualquer responsabilidade do patrocinador para com a entidade fechada e os participantes e assistidos”, nos termos do art. 4º da mesma Resolução.

A retirada de patrocínio poderá ser total ou parcial. Será total no caso em que não permanecer vinculado ao plano nenhum patrocinador, resultando no seu encerramento e cancelamento perante a Previc. Será parcial, por outro lado, sempre que permanecer algum patrocinador e grupo de participantes ou assistidos. A retirada parcial terá os mesmos efeitos da cessação do vínculo empregatício para fins de exercício dos direitos de portabilidade, benefício proporcional diferido, autopatrocínio e resgate. Ainda na hipótese de retirada parcial, poderão permanecer no plano os assistidos e participantes que optarem pelo autopatrocínio ou pelo benefício proporcional diferido, ou já estejam nessas condições, desde que haja concordância dos demais patrocinadores.

¹⁸⁴ “Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.”

¹⁸⁵ “Art. 25. O órgão regulador e fiscalizador poderá autorizar a extinção de plano de benefícios ou a retirada de patrocínio, ficando os patrocinadores e instituidores obrigados ao cumprimento da totalidade dos compromissos assumidos com a entidade relativamente aos direitos dos participantes, assistidos e obrigações legais, até a data da retirada ou extinção do plano.

.....
Art. 33. Dependerão de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador:

.....
III - as retiradas de patrocinadores;”

A retirada do patrocínio poderá ser realizada por iniciativa do próprio patrocinador ou da EFPC. Caso a iniciativa seja da EFPC, deverá estar acompanhada da documentação comprobatória do descumprimento, pelo patrocinador, de obrigações previstas no convênio de adesão em relação ao plano de benefícios.

Quando da apresentação, à Previc, do processo de retirada do patrocínio, deverá ser estimado o valor da reserva matemática individual de cada participante e assistido. Tais valores irão variar a depender da modalidade do plano (contribuição definida, benefício definido ou contribuição variável), e – exceto quanto aos planos de contribuição definida –, também variará caso se trate da reserva matemática do assistido, dos participantes elegíveis (que já atenderam a todos os requisitos para o início dos pagamentos dos benefícios) e dos demais participantes (que não atenderam aos requisitos de elegibilidade).

Nos planos de contribuição definida, os participantes terão direito ao valor correspondente ao respectivo saldo de conta, obedecidas as disposições do regulamento do plano aplicadas na sua formação e manutenção. A mesma solução é dada para a parcela de contribuição definida das demais modalidades de planos de benefícios.

Ao seu turno, nos planos de benefício definido ou contribuição variável (quanto à parcela que não seja de contribuição definida), a reserva matemática corresponderá ao seguinte:

- (a) Para os assistidos, a reserva matemática individualizada corresponderá, na data do cálculo, ao valor presente dos benefícios sob o regime de capitalização, incluída, quando for o caso, a reversão em pensão por morte, descontados, desse resultado, o valor presente das contribuições de assistido e do custeio administrativo, quando aplicáveis.
- (b) Para participantes elegíveis, a reserva matemática individualizada corresponderá, na data do cálculo, ao valor presente dos benefícios sob o regime de capitalização, incluída, quando for o caso, a reversão em pensão por morte, descontados, desse resultado, o valor presente das contribuições de assistido e do custeio administrativo, quando aplicáveis, observado como mínimo o valor do resgate.
- (c) Para os demais participantes, a reserva matemática individualizada corresponderá, na data do cálculo, ao valor presente dos benefícios sob o regime de capitalização, descontados do valor presente das contribuições de assistido e do custeio

administrativo, quando aplicáveis, proporcional ao tempo de participação no plano, acrescido do valor do tempo de serviço passado, acumulado conforme as regras do regulamento, observado como mínimo o valor do resgate.

Além disso, em relação aos assistidos de planos de benefício estruturados na modalidade de benefício definido ou de contribuição variável, o valor individualizado da reserva matemática será calculado considerando que a sobrevida esperada, independentemente da tábua de mortalidade utilizada, não será inferior a sessenta meses, cabendo ao patrocinador assumir a responsabilidade pela diferença de custos decorrentes dessa reavaliação dos cálculos (art. 8º, §5º, da Resolução CNPC nº 11/2013). Ressalta-se que esse prazo deve ser estabelecido de forma criteriosa em cada plano, não podendo essa regra ser interpretada no sentido de permitir que se reduza o prazo de sobrevida, em todo e qualquer plano, para 5 (cinco) anos com o objetivo de facilitar a retirada do patrocínio. Tal interpretação seria de todo repreensível, por estar em total dissonância com o objetivo de se garantir o benefício contratado, nos termos do art. 202 da Constituição.

Interessante o tratamento dado aos planos quanto à insuficiência ou excedente patrimonial, ou seja, nos casos em que o patrimônio total do fundo for inferior ou superior ao somatório das provisões matemáticas ou saldos de contas dos participantes e assistidos.

No caso de apuração de excedente patrimonial, valor correspondente à reserva de contingência será destinado aos participantes e aos assistidos na proporção de suas reservas matemáticas individuais apuradas para a retirada de patrocínio. Quanto aos valores correspondentes à reserva especial, fundos previdenciais e fundo administrativo, observado o disposto no art. 11 da Resolução CNPC nº 11/2013, deverão ser identificados os montantes atribuíveis aos participantes e assistidos, de um lado, e ao patrocinador, de outro, considerada a proporção contributiva do período em que se deu a sua constituição, a partir das contribuições normais vertidas nesse período (art. 13 da Resolução CNPC nº 11/2013). O resultado excedente poderá ser destinado de forma diversa, mediante homologação da Previc, desde que a medida resulte em benefícios adicionais aos participantes e assistidos, regra essa que não se aplica, entretanto, às EFPCs regidas pela Lei Complementar nº 108/2001 (art. 13, §2º da Resolução CNPC nº 11/2013).

Cumprе ressaltar que a devolução dos excedentes patrimoniais para o patrocinador em razão da retirada do patrocínio não está prevista na legislação. Para a preservação da garantia do benefício contratado, o mais adequado seria a manutenção dos valores até o encerramento de todas as obrigações advindas do plano, da forma como inicialmente concebido. Um

exemplo de destinação adequada desse excedente patrimonial é a sua utilização para fins de restituição das parcelas pagas pelos participantes, acrescida de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda, nos termos da Súmula nº 289 do STJ, mesmo quando as reservas matemáticas de cada participante, ou os montantes que lhes sejam atribuíveis em virtude de resgate, não apontem para esse resultado. Assim, assegurar-se-ia que fosse conferida, ao patrimônio aportado na EFPC, a destinação a que se propuseram as partes quando da formação do plano, qual seja, a garantia do benefício contratado, nos termos do art. 202 da Constituição.

Tratando-se de insuficiência patrimonial, por outro lado, seu equacionamento será realizado na proporção dos montantes atribuíveis aos participantes e assistidos, de um lado, e ao patrocinador, de outro, observada a proporção contributiva do período que ocorreu sua constituição (art. 12 da Resolução CNPC nº 11/2013). O resultado deficitário poderá ser equacionado pelo patrocinador que se retira, de forma exclusiva ou majoritária, sem observância da proporção contributiva do plano de benefícios, mediante homologação da Previc, desde que a medida seja favorável aos participantes e assistidos (art. 12, §2º, da Resolução CNPC nº 11/2013).

A possibilidade de equacionamento de forma diversa da estabelecida no art. 12 da Resolução CNPC nº 11/2013, entretanto, não se aplicaria às EFPCs regidas pela Lei Complementar nº 108/2001 (art. 8º, §3º, da Resolução CNPC nº 11/2013). Essa conclusão não parece adequada nos casos em que o patrocinador, ainda que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, tenham se obrigado solidariamente junto às suas respectivas EFPCs, nos termos do art. 13 da Lei Complementar nº 109/2001. Afinal, sendo a responsabilidade solidária, assumida no convênio de adesão, nada mais natural que os eventuais déficits apurados nos planos sejam equacionados previamente à sua retirada da condição de patrocinador.

Quando da operacionalização da retirada do patrocínio e conseqüente liquidação dos ativos, a diferença a menor entre o valor de avaliação e o da realização de ativos após a precificação a valores de mercado será de responsabilidade dos patrocinadores (art. 18 da Resolução CNPC nº 11/2013). Além disso, as despesas relativas ao processo de retirada serão inteiramente de responsabilidade do patrocinador que se retira (art. 19 da Resolução CNPC nº 11/2013).

Observa-se que a lei não estabelece as condições ou as situações em que seria possível a retirada do patrocínio, tendo exigido, tão somente, o cumprimento de todas as obrigações do

patrocinador ou do instituidor até a data da retirada do patrocínio ou da extinção do plano. Não precisaria ser comprovada, por exemplo, a inexistência de novas adesões ao plano, ou o encerramento do período de contribuição para todos os participantes. Também desnecessário comprovar a ausência de condições econômico-financeiras do patrocinador para a continuidade dos pagamentos de sua responsabilidade.

Considerando que as contribuições do empregador não integram o contrato de trabalho dos participantes por expressa disposição constitucional (art. 202, §2º¹⁸⁶), a retirada do patrocínio não representaria uma redução dos direitos trabalhistas dos participantes. Não obstante, a flexibilidade trazida por essa regra – que possibilita o encerramento do plano a qualquer momento – constitui um risco para o participante, e prejudica o alcance da finalidade maior do regime de previdência privada fechada, que é o direito ao benefício contratado. Isso porque, como todo investimento conservador, os resultados decorrentes dos aportes realizados pelos participantes normalmente são verificados somente no longo prazo. Assim, o encerramento prematuro do plano, sem justificativa, deveria ser coibido, para preservar a confiança no mecanismo de previdência privada fechada, e evitar que abusos sejam cometidos em prejuízo do patrimônio do indivíduo que contribui para o plano.

2.11 O que representa o direito acumulado pelo participante?

O que representa o direito acumulado pelo participante? A resposta a esse questionamento é de especial relevância para a compreensão da relação jurídica entre o participante e a EFPC, e a consequente aferição de sua natureza jurídica, o que será mais explorado no capítulo subsequente.

Essa discussão é relevante, igualmente, para a compreensão dos riscos aos quais estão submetidas as reservas garantidoras dos planos de benefícios, e comprovação de que o regime de previdência privada fechada é estruturado como um mecanismo de investimento privado. Isso porque o direito acumulado pelo participante – nos termos da regulação objeto de análise nesta seção – nem sempre corresponde ao montante por ele aportado, acrescido de correção monetária plena. Não obstante, é exatamente este o parâmetro utilizado pelo STJ para aferição

¹⁸⁶ “Art. 202. (...)§ 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.”

dos direitos mínimos dos participantes na hipótese de opção pelo resgate dos recursos aportados no plano¹⁸⁷.

Antes, contudo, de se entender se o direito do participante é de crédito ou de propriedade sobre os recursos aportados no plano, é importante explorar o que a regulação da previdência privada fechada nos instrui a esse respeito. Tendo em vista que a legislação não responde a essa pergunta, procuram-se os indícios, no sistema, que auxiliarão a alcançar a conclusão teleologicamente e sistematicamente mais adequada.

A caracterização do direito acumulado pelo participante é feita em três momentos pela legislação: na portabilidade, no resgate e na opção pelo benefício proporcional diferido. Observa-se, contudo, que seus contornos variam de acordo com o momento e a situação em que o participante solicita o benefício ou cumpre todos os requisitos para seu recebimento, bem como com a modalidade de plano de benefícios contratada.

O direito acumulado pelo participante, na hipótese de portabilidade, é a única estabelecida pela Lei Complementar nº 109/2001, que diz o seguinte:

Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

.....
II - portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano;
.....

Art. 15. Para efeito do disposto no inciso II do caput do artigo anterior, fica estabelecido que:

I - a portabilidade não caracteriza resgate; e

II - é vedado que os recursos financeiros correspondentes transitem pelos participantes dos planos de benefícios, sob qualquer forma.

Parágrafo único. O direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável.¹⁸⁸

A Resolução MPS/CGPC nº 6, de 30 de outubro de 2003 e a Instrução SPC nº 5, de 09 de dezembro de 2013, tratam, por sua vez, com detalhes, do direito acumulado pelo participante nas referidas três situações, ou seja, na portabilidade, no resgate e na opção pelo benefício proporcional diferido.

Na hipótese de portabilidade¹⁸⁹, o direito acumulado pelo participante irá variar de acordo com a modalidade do plano. Se de benefício definido, corresponderá às reservas

¹⁸⁷ Nos termos da Súmula nº 289 do STJ, “A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”. Sobre esse assunto, vide a seção 3.9 (*Direito à restituição e as Súmulas nº 289 e 290 do STJ*).

¹⁸⁸ Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001.

¹⁸⁹ “Art. 15. O direito acumulado pelo participante no plano de benefícios originário, para fins de portabilidade corresponde:

constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável, assegurado no mínimo o valor do resgate. Se de contribuição definida, corresponderá à reserva matemática constituída com base nas contribuições do participante e do patrocinador ou empregador. Nos planos de contribuição variável, ou seja, aqueles que combinam características dos planos de benefício definido e contribuição definida, há duas hipóteses: (i) nos planos que combinem, alternativamente, características dos planos de benefício definido e contribuição definida, a reserva matemática corresponderá ao maior valor que resultar da aplicação das regras pertinentes a essas duas modalidades de planos; (ii) nos planos que combinem, cumulativamente, características dos planos de benefício definido e contribuição definida, a reserva matemática corresponderá à soma dos valores resultantes da aplicação isolada das regras pertinentes a essas duas modalidades de plano.

Ainda no tocante à portabilidade, estabelece a Instrução SPC nº 5/2013, que o plano receptor deverá manter controle em separado entre os recursos portados (provenientes de outros planos) e o direito acumulado pelo participante no próprio plano de benefícios, o que deverá perdurar até a data de elegibilidade ao benefício ou de sua concessão antecipada. Isso demonstra, portanto, tratamento diferenciado dos recursos de acordo com sua origem.

I - nos planos instituídos até 29 de maio de 2001, ao valor previsto no regulamento para o caso de desligamento do plano de benefícios, conforme nota técnica atuarial, observado como mínimo o valor equivalente ao resgate, na forma definida no Capítulo III desta Resolução;

II - nos planos instituídos a partir de 30 de maio de 2001:

a) em plano cuja modelagem de acumulação do recurso garantidor do benefício pleno programado seja de benefício definido, às reservas constituídas pelo participante ou reserva matemática, o que lhe for mais favorável, na forma regulamentada e conforme nota técnica atuarial do plano de benefícios, assegurado no mínimo o valor do resgate nos termos desta Resolução;

b) em plano cuja modelagem de acumulação do recurso garantidor do benefício pleno programado seja de contribuição definida, à reserva matemática constituída com base nas contribuições do participante e do patrocinador ou empregador.

§ 1º Em plano que, na fase de acumulação do recurso garantidor do benefício pleno programado, combine alternativamente características das alíneas “a” e “b” do inciso II deste artigo, a reserva matemática corresponderá ao maior valor que resultar da aplicação das regras previstas nas alíneas “a” e “b”.

§ 2º Em plano que, na fase de acumulação do recurso garantidor do benefício pleno programado, combine cumulativamente características das alíneas “a” e “b” do inciso II deste artigo, a reserva matemática corresponderá à soma dos valores resultantes da aplicação isolada das regras previstas nas alíneas “a” e “b”.

§ 3º Para fins de aplicação da alínea “a”, do inciso II deste artigo, entende-se por reserva constituída pelo participante o valor acumulado das contribuições vertidas por ele ao plano, destinadas ao financiamento do benefício pleno programado, de acordo com o plano de custeio, ajustado conforme o regulamento do plano de benefícios.

§ 4º O regulamento do plano de benefícios poderá prever outros critérios para apuração do direito acumulado pelo participante que resultem em valor superior ao previsto neste artigo, sempre respeitando as especificidades do plano de benefícios.

§ 5º Os critérios e a metodologia de apuração do direito acumulado pelo participante, para fins de portabilidade, considerando eventuais insuficiências de cobertura do plano de benefícios, deverão constar do regulamento e da nota técnica atuarial do plano de benefícios.”

Na hipótese de resgate¹⁹⁰, o direito acumulado pelo participante corresponderá, no mínimo, à totalidade das contribuições vertidas ao plano de benefícios pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo que, na forma do regulamento e do plano de custeio, sejam de sua responsabilidade. A EFPC deverá facultar o resgate de recursos portados de planos de previdência complementar aberta; é vedado, entretanto, o resgate de recursos oriundos de planos de previdência complementar fechada, nos termos do art. 21 da Instrução SPC nº 5/2013.

Observa-se que, diferentemente da hipótese de portabilidade, não se faz referência, no caso do resgate, às reservas matemáticas constituídas pelas contribuições do participante, ou constituídas pelas contribuições do participante e do patrocinador, quando for o caso. O objetivo foi fazer com que o direito acumulado pelo participante, no caso de resgate, fosse, de fato, um valor inferior, a fim de desestimular a retirada dos valores aportados no plano antes de completado o período para a concessão do benefício.

Na hipótese de benefício proporcional diferido¹⁹¹, o direito acumulado pelo participante corresponderá, atuarialmente, à totalidade da reserva matemática do benefício pleno programado na data da opção, garantido, como mínimo, o valor equivalente ao resgate. Salienta-se que, caso o participante opte posteriormente pela portabilidade, o valor a ser portado corresponderá àquele apurado para portabilidade na data da cessação das contribuições para o benefício pleno programado, somado a eventuais contribuições posteriores e subtraído do custeio das despesas administrativas e de eventuais coberturas de risco incorridas no período, nos termos estabelecidos no regulamento, o qual também disporá sobre a forma de atualização dos valores¹⁹².

¹⁹⁰ “Art. 26. O valor do resgate corresponde, no mínimo, à totalidade das contribuições vertidas ao plano de benefícios pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo que, na forma do regulamento e do plano de custeio, sejam de sua responsabilidade.

§ 1º Do valor previsto no caput, poderá ser deduzida a parcela destinada à cobertura dos benefícios de risco que, na forma do regulamento e do plano de custeio, seja de responsabilidade do participante.

§ 2º O regulamento do plano de benefícios deverá prever forma de atualização das contribuições referidas no caput.”

¹⁹¹ “Art. 8º O benefício decorrente da opção pelo benefício proporcional diferido será atuarialmente equivalente à totalidade da reserva matemática do benefício pleno programado na data da opção, observado como mínimo o valor equivalente ao resgate, na forma definida no Capítulo III desta Resolução.”

¹⁹² Tal é a regra constante do parágrafo único do art. 3º da Instrução SPC nº 5, de 09 de dezembro de 2013, que diz que “[n]a hipótese de portabilidade após opção do participante pelo benefício proporcional diferido, o valor a ser portado corresponderá àquele apurado para portabilidade na data da cessação das contribuições para o benefício pleno programado, acrescido de eventuais contribuições específicas para incremento do benefício decorrente da opção, atualizado na forma prevista no regulamento do plano de benefícios, o qual também disporá sobre o custeio das despesas administrativas e de eventuais coberturas de risco incorridas no período.”

Observa-se, portanto, que o direito acumulado pelo participante não possui característica uniforme. Como dito acima, seus contornos variam de acordo com condições relacionadas ao momento e à situação em que o participante solicita o benefício ou faz jus ao seu recebimento, bem como com a modalidade de plano de benefícios contratada.

De fato, o sistema possui coerência, no sentido de induzir o comportamento do participante a manter os recursos investidos por mais tempo possível, já que isso representa para ele vantagens financeiras relevantes, como, por exemplo, não perder a parte da contribuição realizada pelo patrocinador. O sistema também é construído para que o encerramento antes do tempo esperado não seja um evento que reduza necessariamente a poupança popular. Isso porque o participante se sentirá compelido a solicitar a portabilidade ou o benefício proporcional diferido, o invés de solicitar o resgate, a fim de que seu benefício seja calculado não apenas com as reservas próprias, mas também com as reservas aportadas pelo patrocinador.

Tal indução no comportamento do participante, portanto, gera expectativas legítimas para ele. Espera-se que, quanto mais tempo mantiver seus recursos vinculados ao plano, maior será seu benefício financeiro. Esse, de fato, é o caminho natural, condizente com uma economia economicamente estável, mas não há como ter certeza que será esse o caminho percorrido na prática. Considerando que investimentos realizados pela EFPC, na condição de administradora dos recursos garantidores dos planos de benefícios, estão sujeitos a riscos como quaisquer outros, é juridicamente possível que, economicamente, o direito acumulado pelo participante seja inferior ao que ele próprio contribuiu. Afinal, o equacionamento de déficits, ou seja, de perdas advindas dos investimentos realizados com os recursos do plano, também é de responsabilidade do participante, como abordado a seção 2.9 (*Superávits e equacionamento de déficits*).

2.12 Gestão do risco: regulação quantitativa versus regulação prudencial

Conforme bem ensina Weintraub “mesmo inserta no sistema financeiro nacional, os valores das reservas técnicas da Previdência Privada não são mera aplicação financeira ou especulativa”¹⁹³.

¹⁹³ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 82.

A atuação do Estado na regulação dos investimentos realizados pelas EFPCs, nesse sentido, tem por função resguardar a liquidez, solvência e o equilíbrio econômico-financeiro dos planos e das EFPCs de uma forma geral, e uma das maneiras de fazer isso é mediante o estabelecimento dos padrões mínimos de segurança para a alocação das reservas garantidoras dos planos.

A importância das regras sobre a alocação dos investimentos tem dois vieses. Sob o ponto de vista do participante e do assistido – no âmbito microeconômico, portanto –, percebe-se que, de acordo com a legislação atual, “o sucesso no objetivo principal do fundo de pensão (pagar benefícios) depende do êxito na aplicação dos recursos de terceiros que ele arrecada e que, na qualidade de administrador, investe”¹⁹⁴. Essa preocupação reveste-se na necessidade de proteção da segurança dos investimentos, sua liquidez e solvência dos planos, nos termos da lei. Além disso, destaca-se a preocupação com a rentabilidade dos investimentos, para que, ao menos, preservem seu valor aportado e proporcione rendimentos conservadores. Caso contrário, os planos deixam de fazer sentido, passando a ser mais seguro e proveitoso, para a garantia da aposentadoria, a realização de outros tipos de investimentos.

Por outro lado, do ponto de vista macroeconômico, é notável a influência que os chamados fundos de pensão têm para o desenvolvimento mercado de valores mobiliários e na economia de uma forma geral:

As entidades fechadas de previdência complementar são investidores institucionais com grande volume de poupança doméstica, capazes de interferir na condução da política econômica do País, dada a sua capacidade de impulsionar ou retrain atividades econômicas específicas, pelo aumento ou retração dos investimentos que fazem em determinados setores da economia.¹⁹⁵

Ainda no âmbito macroeconômico, aponta a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) três riscos que devem ser endereçados pela regulação dos investimentos das EFPCs. O primeiro deles é a *assimetria de informações* entre os aderentes aos planos e as EFPCs, tendo em vista tratar-se de atividade extremamente complexa, cujas características e riscos são pouco conhecidos da população em geral. O

¹⁹⁴ CHEDEAK, José Carlos Sampaio; PAIXÃO, Leonardo André; PINHEIRO, Ricardo Pena. Regulação dos investimentos nos fundos de pensão: evolução histórica, tendências recentes e desafios regulatórios. *Revista de Previdência*, n.º 3. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito / UERJ, p. 35-53, out. 2005. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/previdencia-complementar/publicaes/artigos/>>. Acesso em: 1º fev. 2016. P.2.

¹⁹⁵ CHEDEAK, José Carlos Sampaio; PAIXÃO, Leonardo André; PINHEIRO, Ricardo Pena. Regulação dos investimentos nos fundos de pensão: evolução histórica, tendências recentes e desafios regulatórios. *Revista de Previdência*, n.º 3. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito / UERJ, p. 35-53, out. 2005. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/previdencia-complementar/publicaes/artigos/>>. Acesso em: 1º fev. 2016. P.3.

segundo são as *externalidades*, ditadas pela relevância da atuação das EFPCs no mercado, tornando-se necessária a mitigação do “risco sistêmico de quebra generalizada ou contágio dos agentes financeiros envolvidos, e seus efeitos sobre a solvência dos planos de benefícios”¹⁹⁶. O último é o *risco de monopólio*, tendo em vista que o participante aderente ou assistido, na maioria das vezes, não tem chances de exercer seu direito de escolha, estando necessariamente vinculado à EFPC que administra recursos dos empregados da empresa para a qual trabalha ou da instituição a qual está vinculado. Seu poder de escolha está reduzido em, simplesmente, *aderir* ou *não aderir*, não existindo concorrência entre EFPCs ou entre planos. Isso pode influenciar o comportamento oportunista dos gestores, na contratação dos terceiros que prestarão atividades para a EFPC (gestão, custódia, consultoria, auditoria independente) a custos pouco razoáveis, ou mesmo na alocação de investimentos que levem em consideração não o bem-estar do plano, mas interesses particulares dos gestores, das empresas ou instituições as quais estão ligados.

Os investimentos em si, estão sujeitos a mais uma série de riscos. Conforme apontado por Fabiana Lopes da Silva, para que se tenha uma ideia, os riscos teriam as seguintes naturezas:

(i) *Risco de mercado*: “está relacionado aos ganhos e perdas decorrentes da volatilidade de preços dos bens e direitos da entidade. No caso do fundo de pensão, o risco de mercado impacta, diretamente, na acumulação dos recursos garantidores da entidade”¹⁹⁷. Nos planos de benefício definido, o risco de mercado compromete o alcance da meta atuarial. Nos planos de contribuição definida, compromete as próprias reservas individuais.

(ii) *Risco de liquidez*: “decorre, justamente, da falta de liquidez necessária para honrar os compromissos assumidos, bem como os desembolsos necessários de caixa em momento oportuno”¹⁹⁸. Em outras palavras, é o risco decorrente da necessidade de

¹⁹⁶ CHEDEAK, José Carlos Sampaio; PAIXÃO, Leonardo André; PINHEIRO, Ricardo Pena. Regulação dos investimentos nos fundos de pensão: evolução histórica, tendências recentes e desafios regulatórios. *Revista de Previdência*, n.º 3. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito / UERJ, p. 35-53, out. 2005. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/previdencia-complementar/publicaes/artigos/>>. Acesso em: 1º fev. 2016. P.4.

¹⁹⁷ SILVA, Fabiana Lopes da. *Impacto do risco de longevidade em planos de previdência complementar*. 2010. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade), Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Gilberto Andrade Martins). P. 45.

¹⁹⁸ SILVA, Fabiana Lopes da. *Impacto do risco de longevidade em planos de previdência complementar*. 2010. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade), Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Gilberto Andrade Martins). P. 45.

honrar os compromissos financeiros da entidade, mediante a utilização de suas disponibilidades de caixa. Caso não haja recursos com a liquidez necessária, será preciso liquidar ativos. Ainda assim, mesmo possuindo patrimônio suficiente, pode a entidade não conseguir honrar suas obrigações justamente pela falta de liquidez dos ativos por ela administrados.

(iii) *Risco de crédito*: pode ser interno, decorrente da falta de pagamento das contribuições devidas pelos participantes e patrocinadores, ou externas, decorrentes da inadimplência de outros devedores (como, por exemplo, em empréstimos ou pagamentos consubstanciados em debêntures)¹⁹⁹.

(iv) *Risco operacional*: “o risco operacional está ligado à falta de controles e sistemas adequados que assegurem maior confiabilidade e segurança nos resultados das atividades”²⁰⁰. Cita-se, como exemplo, a atuação dos administradores da EFPC com conflito de interesses, causando prejuízos às reservas garantidoras²⁰¹.

(v) *Risco legal*: decorre das práticas inadequadas que podem ser adotadas pelas EFPCs em violação às regulações legais e infralegais. Estaria ligado, igualmente, à possibilidade de mudança da legislação e regulação dos planos e EFPCs, ou de interpretações jurisprudenciais em desacordo com as normas infralegais, que podem provocar o aumento de demandas dos participantes contra as entidades²⁰².

(vi) *Risco institucional*: está relacionado a ações do patrocinador e da própria EFPC que podem causar o aumento da volatilidade dos ativos e passivos, como, por

¹⁹⁹ SILVA, Fabiana Lopes da. *Impacto do risco de longevidade em planos de previdência complementar*. 2010. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade), Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Gilberto Andrade Martins). P. 45.

²⁰⁰ SILVA, Fabiana Lopes da. *Impacto do risco de longevidade em planos de previdência complementar*. 2010. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade), Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Gilberto Andrade Martins). P. 46.

²⁰¹ Assunto que será abordado com maiores detalhes na seção 4.8 (*Responsabilidade dos administradores*) no capítulo 4 (*Garantias e mecanismos de proteção*).

²⁰² SILVA, Fabiana Lopes da. *Impacto do risco de longevidade em planos de previdência complementar*. 2010. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade), Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Gilberto Andrade Martins). P. 46.

exemplo, em razão de má administração ou de falta de credibilidade perante os participantes quanto à capacidade de honrar os compromissos assumidos²⁰³.

A legislação brasileira atualmente apresenta uma série de limites quantitativos a investimentos em determinados valores mobiliários. A justificativa das referidas limitações está nos riscos de perdas apresentados por cada um deles. Daí o porquê de ser possível realizar até 100% (cem por cento) dos investimentos em títulos da dívida pública mobiliária federal, classificados como mais seguros do que os investimentos em empréstimos a participantes e em imóveis, por exemplo, limitados a 15% (quinze por cento) e 8% (oito por cento) respectivamente.

A opção pelo estabelecimento dos limites quantitativos dos investimentos está a cargo da CMN. Isso porque o §1º do art. 9 da Lei Complementar nº 109/2001 delegou, ao referido órgão, a competência para o estabelecimento das diretrizes para a aplicação das reservas técnicas, provisões e fundos administrados pelas EFPCs.

Os limites quantitativos no Brasil, como visto acima, são postulados sempre em máximos, e não em mínimos. São igualmente vedados os postulados de aplicações compulsórias. Tais regras foram positivadas no §2º do art. 9º sendo a única norma legislativa que o CMN deverá obedecer para o estabelecimento da regulação quantitativa dos investimentos. Veio ela a atender uma crítica do passado, quando as regras apresentavam limites mínimos de investimentos em determinados valores mobiliários, com o objetivo de desenvolver o mercado mobiliário brasileiro, sem que tais ativos sequer estivessem disponíveis.

Em regra, portanto, o CMN pode mudar a qualquer momento as diretrizes dos investimentos, deixando inclusive de apresentar quaisquer limites quantitativos, tendo em vista que isso não fere o §2º do art. 9º. Afinal, a vedação que lhe é imposta diz respeito ao “estabelecimento de aplicações compulsórias ou limites mínimos de aplicação”, nos termos do referido dispositivo, e a ausência de critérios quantitativos não representa qualquer violação à referida norma.

Nessa linha, tem sido proposta a ampliação do debate, com a alegação de que as regras quantitativas não mais seriam adequadas, estariam obsoletas, e deveriam, portanto, ser substituídas por postulados exclusivamente prudenciais²⁰⁴.

²⁰³ SILVA, Fabiana Lopes da. *Impacto do risco de longevidade em planos de previdência complementar*. 2010. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade), Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Gilberto Andrade Martins). P. 46-47.

Nesse sentido, José Carlos Sampaio Chedeak, Leonardo André Paixão e Ricardo Pena Pinheiro citam as seguintes três fases da regulação dos investimentos, em referência a uma espécie evolução natural do mercado em que a atividade previdenciária se insere: (1) regulação quantitativa de acordo com limites máximos e mínimos; (2) regulação quantitativa de acordo com limites máximos; e (3) regulação prudencial. Sobre essa terceira fase, explicam:

Por fim, em uma proposta de terceira fase da regulação, em relação à qual o presente artigo pretende abrir o debate – à luz da evolução natural da regulação dos investimentos observada nos países desenvolvidos – postula-se a elaboração de regras prudenciais, em que os limites quantitativos perdem importância, ganhando relevo, para seleção das opções de aplicação mais adequadas e flexíveis, as características próprias de cada plano de benefícios administrado por entidade fechada de previdência complementar.²⁰⁵

Cumprido salientar, no entanto, que, no Brasil, as EFPCs devem também obedecer regras prudenciais, tendo em vista que seu compromisso não é com a rentabilidade do plano, mas sim com a segurança e garantia da concessão dos benefícios contratados²⁰⁶. Além disso,

²⁰⁴ Acerca da lógica da regulação financeira, ensina Llewellyn: “Many of the problems in retail investment services and products arise because of the fiduciary role of financial institutions, and because financial contracts (such as life assurance, pensions, etc.) are long-term in nature. This has three implications: (1) the consumer is unable to ascertain the quality of a contract at the point of purchase, (2) potential moral hazard emerges in that the behaviour of the firm after the point of purchase affects the value of the contract and firms might, under some circumstances, have incentives to behave opportunistically, and (3) no amount of information available at the point of purchase can solve this problem.”²⁰⁴ Two generic types of regulation and supervision are identified: (i) *prudential regulation*, which focuses on the solvency and safety and soundness of financial institutions, and (ii) *conduct of business regulation* which focuses on how financial firms conduct business with their customers.” (LLEWELLYN, David. *The Economic Rationale for Financial Regulation*. Occasional paper series n. 1. Londres: Financial Services Authority, 1999. Disponível em: <http://www.fep.up.pt/disciplinas/pgaf924/PGAF/Texto_2_David_Llewellyn.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2016. P. 10.)

²⁰⁵ CHEDEAK, José Carlos Sampaio; PAIXÃO, Leonardo André; PINHEIRO, Ricardo Pena. Regulação dos investimentos nos fundos de pensão: evolução histórica, tendências recentes e desafios regulatórios. *Revista de Previdência*, n.º 3. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito / UERJ, p. 35-53, out. 2005. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/previdencia-complementar/publicaes/artigos/>>. Acesso em: 1º fev. 2016. P.1.

²⁰⁶ “Sendo assim, alguns aspectos são fundamentais quando se menciona a questão dos investimentos dos fundos de pensão: são recursos de terceiros, e portanto devem ser geridos com a prudência que esta situação exige, principalmente porque sua finalidade é pagar benefícios quando há perda da capacidade laborativa do participante (morte, invalidez); são recursos de vulto, porque são resultado da reunião da poupança previdenciária de várias pessoas, para ser investida coletivamente; são recursos disponíveis por longo prazo, porque em geral a relação de um participante com seu plano de previdência administrado por fundo de pensão dura décadas; são, finalmente, recursos destinados a se tornarem líquidos, porque em algum momento deverão ser convertidos em dinheiro para pagamento de benefícios previdenciários (renda mensal, pecúlio etc)”. (CHEDEAK, José Carlos Sampaio; PAIXÃO, Leonardo André; PINHEIRO, Ricardo Pena. Regulação dos investimentos nos fundos de pensão: evolução histórica, tendências recentes e desafios regulatórios. *Revista de Previdência*, n.º 3. Rio de Janeiro: Faculdade de

seu compromisso diz respeito a limites máximos, e não mínimos, o que já lhes garante liberdade de escolha para o investimento dos recursos.

Apesar de essa discussão ter mais afinidade com a área econômica, em que se estuda até mesmo a possibilidade de concepção de uma carteira ótima²⁰⁷, acredita-se que a evolução sociocultural do Brasil ainda não permite tamanha liberdade. Isso seria refletido em uma regulação prudencial mais rígida, conforme os ensinamentos de Llewellyn, e não precisamente na dicotomia entre regulação prudencial e quantitativa²⁰⁸. A regulação prudencial seria uma decorrência da própria imperfeição do mercado, ou mercados onde são encontrados contratos incompletos. Tal é justamente o caso da previdência privada fechada, em que predominam os

207 Direito / UERJ, p. 35-53, out. 2005. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/previdencia-complementar/publicaes/artigos/>>. Acesso em: 1º fev. 2016. P.2.)²⁰⁶

“Essa ideia de mensurar pontos ótimos de carteiras de investimento levou o economista norte-americano Harry Markowitz a desenvolver teoria acerca de uma eficiente diversificação e investimentos, segundo a qual com uma adequada seleção de portfólio, poder-se-ia alcançar uma carteira ótima de investimentos, considerando as premissas de expectativa de rentabilidade ou de disposição à assunção de riscos. Essas premissas e estudos de Markowitz, consubstanciados inicialmente pelo art. *Portfolio Selection* (Seleção de Portfólio), publicado em 1952, impactaram de maneira determinante todas as análises financeiras e econômicas relacionadas a investimentos, além de proporcionarem ao autor o recebimento do Prêmio Nobel de Economia em 1990.” (CARVALHO, Mario Tavernard Martins de. Fundos de investimento: aspectos polêmicos. In FREITAS, Bernardo Vianna; VERSIANI, Fernanda Valle (coord). *Fundos de Investimento*, aspectos jurídicos, regulamentares e tributários. São Paulo: Quartier Latin, 2015. P. 16-17.)

208 Sobre os postulados da regulação prudencial, ensina Llewellyn:

“*Prudential regulation*

The case for prudential regulation and supervision of financial firms is that consumers are not in practice in a position to judge the safety and soundness of financial firms. Prudential regulation is necessary because of imperfect consumer information, agency problems associated with the nature of financial institutions’ business, and because the behaviour of a financial firm after consumers have dealt with it affects the value of their stake in the firm. No amount of information at the time contracts are signed and purchases made protects against *subsequent* behavior of the firm. Leaving aside any potential systemic dimension, there is therefore a case for prudential regulation of financial firms when:

- the institution performs a fiduciary role;
- consumers are unable to judge the safety and soundness of institutions at the time purchases or contracts are made;
- post-contract behaviour of the institution determines the value of contracts, and when the institution may become more risky because of a change in its behaviour after a long-term contract has been taken out by customers;
- there is a potential claim on an insurance fund or compensation scheme because the costs of hazardous behaviour of an individual financial firm can be passed on to others (those who in the end pay the compensation). If, for instance, other firms in the industry are required to pay the compensation liabilities of failed institutions (as is the case in the UK) it would be reasonable for these firms to demand certain minimum standards of behaviour which they are unable to enforce themselves without an external agency’s intervention.

One of the other characteristics of many financial transactions is that they involve incomplete contracts, in that their value is determined in large part by the behavior of the supplier after the point of purchase. Two obvious examples are where an investment manager (e.g. a pension fund) turns out to be incompetent or even corrupt, and where a financial institution becomes insolvent while having fiduciary commitments to its customers. This leads to the possibility of opportunistic behavior on the part of the financial firm, i.e. behaviour that is in the institution’s interest but clearly against the interest of the investor”. (LLEWELLYN, David. *The Economic Rationale for Financial Regulation*. Occasional paper series n. 1. Londres: Financial Services Authority, 1999. Disponível em: <http://www.fep.up.pt/disciplinas/pgaf924/PGAF/Texto_2_David_Llewellyn.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2016. P. 23.)

contratos relacionais, conforme será abordado adiante, na seção 3.2 (*Caráter institucional versus caráter contratual*).

2.13 Balizas para o investimento dos recursos aportados no plano

Conforme bem lembrado por Eduardo Fortuna:

A essência de um Fundo de Pensão está na captação de recursos dos participantes e das empresas que o patrocinam, para investi-los em ativos financeiros de forma diversificada, com o objetivo de prover aposentadorias e pensões aos seus membros. A diversificação é regulamentada por meio da instituição de vários tipos de restrições a instrumentos ou classes de ativos, com a finalidade de garantir a sua solvência, evitando que os mesmos incorram em riscos excessivos. O objetivo de um Fundo de Pensão não está na otimização da rentabilidade da sua carteira de ativos, mas, sim, na garantia de que as obrigações referentes ao pagamento das aposentadorias e das pensões aos seus membros sejam rigorosamente cumpridas.²⁰⁹

Nesse sentido, o §1º do art. 9º da Lei Complementar nº 109/2001 estabeleceu “[a] aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o caput será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional”.

A competência do CMN estaria justificada pelo fato de ser o órgão máximo do sistema financeiro nacional, supervisor e regulador de todas as atividades realizadas nos mercados financeiro e de capitais, nos termos da Lei nº 4.595/1964.

Em atenção ao ditame da lei, a Resolução CMN nº 3.792/2009 estabelece as balizas para a aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos.

Conforme art. 17 da referida resolução, os segmentos para a alocação dos recursos são classificados como:

- (i) renda fixa;
- (ii) renda variável;
- (iii) investimentos estruturados;
- (iv) imóveis;
- (v) investimentos no exterior; e
- (vi) operações com participantes.

²⁰⁹ FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2011, p. 636-637.

Eduardo Fortuna, mais uma vez, explica como ocorre a administração dos recursos alocados em cada um dos segmentos de aplicação:

Os recursos alocados nos segmentos de aplicação distribuem-se, dentro de cada um deles, na forma de carteiras.

Para cada Plano, as carteiras devem ser geridas de forma independente, como se cada uma delas fosse um Fundo de Investimento exclusivo, com valor de cota calculado mensalmente para fins de movimentação de recursos entre as mesmas e de avaliação de desempenho respectivo, sendo os ativos avaliados de acordo com as normas determinadas pelo BACEN e pela CVM.²¹⁰

No caso de planos constituídos por instituidores, a administração da carteira de recursos deve obrigatoriamente ser terceirizada, ou realizada via fundos de investimentos, nos termos do § 2º do art. 31 da Lei Complementar nº 109/2001 e do art. 6º da Instrução CMN nº 3.792/2009.

Para que possam integrar os fundos administrados por EFPC, os títulos e valores mobiliários devem ser admitidos à negociação em bolsa de valores, de mercadorias e futuros ou mercado de balcão organizado, ou registrados em sistema de registro, de custódia ou de liquidação financeira devidamente autorizados pelo Bacen ou pela CVM, nas suas respectivas áreas de competência (art. 26).

Em termos mais específicos, a Resolução CMN nº 3.792/2009 estabelece os seguintes limites aplicáveis a cada espécie de investimento a ser realizada pela EFPC previstos no art. 17 da instrução:

(i) Renda fixa:

Até 100% em:

- títulos da dívida pública mobiliária federal;
- cotas de fundos de investimento admitidas à negociação no mercado secundário por intermédio de bolsa de valores, na forma regulamentada pela CVM, cujas carteiras visem refletir as variações e rentabilidade de índice de referência de renda fixa composto exclusivamente por títulos da dívida pública mobiliária federal interna;

²¹⁰ FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2011. p. 637.

Até 80% no conjunto dos demais ativos classificados no segmento de renda fixa, sendo que:

- títulos das dívidas públicas mobiliárias estaduais e municipais, limitados a 10% por emissor;
- títulos e valores mobiliários de renda fixa de emissão ou coobrigação de instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen, limitados a 20% por emissor;
- depósitos em poupança em instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, limitados a 20% por emissor;
- os títulos e valores mobiliários de renda fixa de emissão de companhias abertas, incluídas as Notas de Crédito à Exportação (NCE) e Cédulas de Crédito à Exportação (CCE);
- obrigações de organismos multilaterais emitidas no País, limitadas a 10% por emissor;
- os certificados de recebíveis de emissão de companhias securitizadoras;
- as cotas de fundos de investimento em direitos creditórios e as cotas de fundos de investimento em cotas de fundos de investimento em direitos creditórios;
- as debêntures de infraestrutura emitidas na forma disposta no art. 2º da Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011, por sociedade por ações, aberta ou fechada, cuja oferta pública tenha sido registrada na CVM, ou que tenha sido objeto de dispensa, e que possuam garantia de títulos públicos federais que representem pelo menos trinta por cento do principal na data de vencimento dos compromissos estipulados na escritura de emissão, observadas as normas da CVM, limitadas a 15% por emissor;
- as cotas de fundos de investimento admitidas à negociação no mercado secundário por intermédio de bolsa de valores, na forma regulamentada pela CVM, cujas carteiras visem refletir as variações e rentabilidade de índices de referência de renda fixa e que apresentem prazo médio de repactuação igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias, (Fundo de Índice de Renda Fixa), conforme regulamentação estabelecida pela CVM, limitadas a 20% por emissor.

Sendo observado, ainda, o limite de até 20% em cada uma das seguintes modalidades:

- cédulas de crédito bancário (CCB), certificados de cédulas de crédito bancário (CCCB) e notas promissórias;
- notas de crédito à exportação (NCE) e cédulas de crédito à exportação (CCE);

- cotas de fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC) e cotas de fundos de investimento em cotas de fundos de investimento em direitos creditórios (FICFIDC);
- certificados de recebíveis imobiliários (CRI);
- cédulas de crédito imobiliário (CCI);
- cédulas de produto rural (CPR), certificados de direitos creditórios do agronegócio (CDCA), certificados de recebíveis do agronegócio (CRA) e *warrant* agropecuário (WA); ou
- conjunto dos demais títulos e valores mobiliários de emissão de companhias abertas, excetuando-se as debêntures, ou de companhias securitizadoras.

“Garantias” adicionais:

- Os títulos ou valores mobiliários de emissores não relacionados nos incisos deste artigo somente podem ser adquiridos se observadas as seguintes condições (art. 18, §1º):
 - a) com coobrigação de instituição financeira autorizada a funcionar pelo Bacen;
 - b) com cobertura de seguro que não exclua cobertura de eventos relacionados a casos fortuitos ou de força maior e que garanta o pagamento de indenização no prazo máximo de 15 (quinze) dias após o vencimento do título ou valor mobiliário;
 - c) com coobrigação de instituição financeira, no caso de cédula de crédito imobiliário (CCI);
 - d) com emissão de armazém certificado, no caso de *warrant* agropecuário.

(ii) Renda variável:

Podem ser objeto de investimento os seguintes bens:

- as ações de emissão de companhias abertas e os correspondentes bônus de subscrição, recibos de subscrição e certificados de depósito;
- as cotas de fundos de índice, referenciado em cesta de ações de companhias abertas, admitidas à negociação em bolsa de valores;
- os títulos e valores mobiliários de emissão de sociedades de propósito específico (SPE), com ou sem registro na CVM, excetuando-se as debêntures de infraestrutura mencionadas no inciso IX do art. 18 (classificadas como investimento de renda fixa);

- as debêntures com participação nos lucros;
- os certificados de potencial adicional de construção (CEPAC), de que trata o art. 34 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;
- os certificados de Reduções Certificadas de Emissão (RCE) ou de créditos de carbono do mercado voluntário, admitidos à negociação em bolsa de valores, de mercadorias e futuros ou mercado de balcão organizado, ou registrados em sistema de registro, custódia ou liquidação financeira devidamente autorizado pelo Bacen ou pela CVM, nas suas respectivas áreas de competência; e
- os certificados representativos de ouro físico no padrão negociado em bolsa de mercadorias e de futuros.

As aplicações acima, no seu conjunto, estão limitadas em 70%, em relação ao total dos recursos de cada plano, observados, adicionalmente, os seguintes limites:

- até 70% em ações de emissão de companhias abertas admitidas à negociação no segmento Novo Mercado da BM&FBovespa;
- até 60% em ações de emissão de companhias abertas admitidas à negociação no segmento Nível 2 da BM&FBovespa;
- até 50% em ações de emissão de companhias abertas admitidas à negociação no segmento Bovespa Mais da BM&FBovespa;
- até 45% em ações de emissão de companhias abertas admitidas à negociação no segmento Nível 1 da BM&FBovespa;
- até 35% em ações de emissão de companhias abertas não mencionadas nos itens I a IV, bem como em cotas de fundos de índice referenciados em ações admitidas à negociação em bolsa de valores;
- até 20% em títulos e valores mobiliários de emissão de SPE; e
- até 3% nos demais investimentos classificados no segmento de renda variável.

(iii) Investimentos estruturados:

Podem ser objeto de investimento os seguintes bens:

- cotas de fundos de investimento em participações e as cotas de fundos de investimentos em cotas de fundos de investimento em participações;
- cotas de fundos de investimento em empresas emergentes;
- cotas de fundos de investimento imobiliário; e

- as cotas de fundos de investimento e as cotas de fundos de investimento em cotas de fundos de investimento classificados como multimercado cujos regulamentos observem exclusivamente a legislação estabelecida pela CVM, aplicando-se os limites, requisitos e condições estabelecidos a investidores que não sejam considerados qualificados, nos termos da regulamentação da CVM.

Os investimentos classificados no segmento de investimentos estruturados devem observar, em relação aos recursos de cada plano, o limite de até 25%, observados adicionalmente os seguintes limites:

- até 10% em cotas de fundos de investimento imobiliário; e
- até 10% em cotas de fundos de investimento e em cotas de fundos de investimento em cotas de fundos de investimento classificados como multimercado.

(iv) Investimentos no exterior:

Os investimentos classificados no segmento de investimentos no exterior devem observar, em relação aos recursos de cada plano, o limite de até 10%, sendo limitados a:

- ativos emitidos no exterior pertencentes às carteiras dos fundos constituídos no Brasil, observada a regulamentação estabelecida pela CVM;
- cotas de fundos de investimento e as cotas de fundos de investimento em cotas de fundos de investimento classificados como dívida externa;
- cotas de fundos de índice do exterior admitidas à negociação em bolsa de valores do Brasil;
- certificados de depósito de valores mobiliários com lastro em ações de emissão de companhia aberta ou assemelhada com sede no exterior – Brazilian Depositary Receipts (BDR) –, conforme regulamentação estabelecida pela CVM; e
- ações de emissão de companhias estrangeiras sediadas no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

(v) Imóveis:

Os investimentos classificados no segmento de imóveis devem observar, em relação aos recursos de cada plano, o limite de até 8%, sendo limitados a:

- os empreendimentos imobiliários, entendidos como aqueles imóveis que estejam em fase de construção, sem conclusão por habite-se, auto de conclusão ou documento equivalente concedido pelo órgão administrativo competente;
- os imóveis para aluguel e renda; e
- outros imóveis.

(vi) Operações com participantes:

Os investimentos no segmento de operações com participantes devem observar, em relação aos recursos garantidores de cada plano de benefícios, o limite de até 15%, estando limitados a:

- Empréstimos feitos com recursos do plano de benefícios aos seus participantes e assistidos; e
- Financiamentos imobiliários feitos com recursos do plano de benefícios aos seus participantes e assistidos.

Observando que:

- Os contratos das operações com participantes e assistidos devem conter cláusula de consignação da reserva de poupança.
- Os contratos de financiamentos imobiliários a participantes e assistidos devem conter cláusulas de:
 - a) alienação fiduciária do imóvel objeto do financiamento; e
 - b) contratação de seguro com cobertura de Morte, Invalidez Permanente (MIP) e Danos Físicos ao Imóvel (DFI).
- Incluem-se neste segmento os valores mobiliários lastreados em recebíveis oriundos, direta ou indiretamente, dessas operações.

Os investimentos de cada plano nos seguimentos de renda variável, investimentos estruturados, investimentos no exterior, imóveis e operações com participantes, estão sujeitos, ainda, aos seguintes limites de alocação por emissor:

Tabela III – Limites de investimento por emissor

Limite	Emissor
100%	Tesouro Nacional
20%	a) instituição financeira autorizada a funcionar pelo Bacen; ou b) fundos de investimento cujas cotas sejam admitidas à negociação no mercado secundário por intermédio de bolsa de valores, na forma regulamentada pela CVM, cujas carteiras visem refletir as variações e rentabilidade de índice de referência de renda fixa composto exclusivamente por títulos da dívida pública mobiliária federal interna;
15%	Debêntures de infraestrutura
10%	a) tesouro estadual ou municipal; b) companhia aberta com registro na CVM ou assemelhada; c) organismo multilateral; d) companhia securitizadora; e) patrocinador do plano de benefícios; f) fundo de investimento em direitos creditórios ou fundo de investimento em cotas de fundo de investimento em direitos creditórios; g) fundo de índice referenciado em cesta de ações de companhias abertas; h) SPE, caso não contemplado no inciso III; i) fundo de investimento ou fundo de investimento em cotas de fundo de investimento classificado no segmento de investimentos estruturados; ou j) fundo de investimento ou fundo de investimento em cota de fundo de investimento classificado como dívida externa no segmento investimentos no exterior; k) fundos de investimento cujas cotas sejam admitidas à negociação no mercado secundário por intermédio de bolsa de valores, na forma regulamentada pela CVM, cujas carteiras visem refletir as variações e rentabilidade de índice de referência de renda fixa;
5%	Demais emissores não mencionados acima

Dentre os investimentos permitidos para as EFPCs estão também os contratos derivativos, conforme consta do art. 44 da Resolução CMN nº 3.792/2009²¹¹.

Nas operações envolvendo derivativos, cumpre ressaltar, existe a possibilidade de se perder mais do que se investiu, tendo em vista que os ganhos ou as perdas decorrem das diferenças de valorização dos contratos, dos bens ou dos direitos em que estão lastreados os derivativos²¹². Por essa razão, a Resolução CMN nº 3.792/2009, apesar de ter limitado o depósito de margem²¹³ e o valor do prêmio das opções²¹⁴, nos termos respectivamente do art. 44, incisos V e VI, da Resolução CMN nº 3.792/2009, somente proibiu a manutenção de posições em mercados derivativos a descoberto ou que gerem a possibilidade de perda superior ao valor do patrimônio da carteira ou do fundo de investimento²¹⁵.

²¹¹ Resolução CMN nº 3.792/2009: “Art. 44. A EFPC pode realizar operações com derivativos, desde que observadas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - avaliação prévia dos riscos envolvidos;

II - existência de sistemas de controles internos adequados às suas operações;

III - registro da operação ou negociação em bolsa de valores ou de mercadorias e futuros;

IV - atuação de câmaras e prestadores de serviços de compensação e de liquidação como contraparte central garantidora da operação;

V - depósito de margem limitado a quinze por cento da posição em títulos da dívida pública mobiliária federal, títulos e valores mobiliários de emissão de instituição financeira autorizada a funcionar pelo Bacen e ações pertencentes ao Índice Bovespa da carteira de cada plano ou fundo de investimento; e

VI - valor total dos prêmios de opções pagos limitado a cinco por cento da posição em títulos da dívida pública mobiliária federal, títulos e valores mobiliários de emissão de instituição financeira autorizada a funcionar pelo Bacen e ações pertencentes ao Índice Bovespa da carteira de cada plano ou fundo de investimento.

Parágrafo único. Para verificação dos limites estabelecidos nos incisos V e VI deste artigo não serão considerados os títulos recebidos como lastro em operações compromissadas.”

²¹² “Derivativos são todos os contratos negociados cujo valor resulta, total ou parcialmente, do valor de outro ativo, financeiro ou não. Com efeito, o valor de tal contrato deriva de outro contrato, ativo ou índice, refletindo as variações diárias destes, daí o seu nome”. EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE; Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 221.

²¹³ “A operação na modalidade com garantia da Câmara, total ou parcial, cujo registro tenha sido acatado no sistema, é considerada aceita pela Câmara somente após a verificação do atendimento da margem de garantia requerida das partes. No caso de operação com garantia total, as duas partes estão sujeitas a requerimento de margem, enquanto no caso de operação com garantia parcial, somente a parte que não requereu garantia da Câmara está sujeita a requerimento de margem”. BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS DE SÃO PAULO. Manual de procedimentos operacionais da câmara de derivativos: segmento BM&F. Disponível em: <https://corretora.miraeasset.com.br/global/bz/po/downloads/pdf/legislacao/Manual_de_Procedimentos_Operacionais_BMF.pdf>. Acesso em 07 de maio de 2016.

²¹⁴ Corresponde à remuneração paga pela outorga da opção. No sistema CETIP, por exemplo, ela pode ser paga em um dos seguintes momentos: “Taxa de Proteção. O pagamento da taxa de proteção, devida pelo comprador ao vendedor do Swap de Crédito, pode ser efetuado por uma das alternativas abaixo:

• Na data de registro do contrato;

• Na data de vencimento do contrato; ou

• Periodicamente”. CETIP. Manual de operações: swap de crédito”. CETIP. *Manual de operações: swap de crédito*. Disponível em:

<http://www.cetip.com.br/informacao_tecnica/regulamento_e_manuais/manuais_de_operacoes/Swap_de_Credito/Swap%20de%20Cr%C3%A9dito.pdf>. Acesso em 07 de maio de 2016.

²¹⁵ Resolução CMN nº 3.792/2009: “Art. 53. É vedado à EFPC:

Como se vê, a própria Resolução CMN nº 3.792/2009 reconhece os riscos que podem decorrer das operações com derivativos; ou seja, mesmo que a totalidade do patrimônio da carteira ou do fundo de investimento não seja objeto de comprometimento para a contratação do derivativo, é possível que gere obrigação em valor igual ou superior ao seu patrimônio total. Apesar da proibição da contratação de derivativos cuja possibilidade de perda supere o valor do patrimônio da carteira ou do fundo de investimentos, a verdade é que essa verificação é realizada no momento da contratação do derivativo. Se, porventura, o patrimônio vinculado ao plano for reduzido em razão de outros investimentos, possibilita-se, em tese, que as perdas decorrentes de derivativos superem tal acervo patrimonial.

Apesar de se confiar, em certa medida, na prudência dos administradores das EFPCs, seria mais adequado, e recomendável, que a Resolução CMN nº 3.792/2009 apresentasse limites quantitativos mais rígidos, para evitar que as contratações com derivativos pudessem comprometer a totalidade do patrimônio dos planos. Alternativamente, a regulação poderia limitar a contratação de derivativos unicamente ao objetivo de proteção (*hedge*)²¹⁶ dos demais bens e direitos que compõem o acervo patrimonial dos planos.

Tais medidas estariam em melhor consonância com a segurança que se espera do regime de previdência privada fechada e, conseqüentemente, com o objetivo de garantir o benefício contratado de que trata o art. 202 da Constituição.

IX - manter posições em mercados derivativos, diretamente ou por meio de fundo de investimento:

a) a descoberto; ou

b) que gerem possibilidade de perda superior ao valor do patrimônio da carteira ou do fundo de investimento;”

²¹⁶ “Uma das principais justificativas para o uso de derivativos está ligada à ideia de proteção contra riscos, principalmente de mercado e, mais recentemente, de crédito. A essa proteção se dá o nome de *hedge* ou *hedging*, que não é categoria ou tipo contratual, mas figura extracontratual com efeitos econômicos específicos. A variabilidade de determinados fatores de mercado ou de crédito a que agentes econômicos com posições ativas ou passivas estão expostos dá origem à necessidade de *hedge*, cujo objetivo é o de minimizar perdas ou estabilizar as possibilidades de ganho”. (TORRES FILHO, Sérgio M. Martins. Breves anotações sobre derivativos e securitização no Brasil. *In Revista de Direito Empresarial*, vol, 14, p. 95-136, mar-abr, Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage>>. Acesso em: 07 mai. 2016).

3 PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA: ANÁLISE JURÍDICA DOS LIMITES DA FORMAÇÃO DO SISTEMA

3.1 Compreensão do regime jurídico da previdência privada fechada como um sistema e seus desafios

Tendo sido compreendido, nos capítulos anteriores, como funciona a previdência privada fechada, ou seja, os elementos que compõem a relação jurídica que envolve os participantes, os assistidos, o patrocinador ou o instituidor (conforme o caso), e a EFPC, cumpre, a partir do presente capítulo, depurar essa análise.

A legislação e a regulação, por terem caráter descritivo, não abordam, de forma clara e precisa, aspectos essenciais acerca da natureza jurídica das partes, do objeto da contratação e das relações jurídicas travadas no âmbito da previdência privada fechada. Esse enquadramento é relevante para a ciência do direito, na medida em que aponta os caminhos para a resolução de controvérsias emergentes do sistema. Contribui, igualmente, para a identificação das quebras do sistema, ou suas lacunas, as quais a interpretação sistemática não é capaz de solucionar.

Segundo Claus-Wilhelm Canaris, a ideia de que o sistema fornece, de antemão, soluções prontas e lógicas para todos os seus problemas é uma falácia. Canaris, ao mesmo tempo em que reconhece a abertura do sistema jurídico, subsidia-nos dos instrumentos necessários para a compreensão de como a complexa realidade social pode afetá-lo. Aliás, é essa incompletude que permite a evolução e o progresso do ordenamento, com a incorporação de novos princípios mais adequados à realidade social. Ou seja, a ordem jurídica, a partir dessa teoria, pode evoluir, aos poucos, em conjunto com a própria sociedade.

Tal processo de incorporação de novos princípios seria realizado de forma paulatina e natural, e não de forma abrupta. Os novos princípios seriam praticamente “reconhecidos” no sistema, passando a incorporá-lo.

Para Canaris, o sistema se faz presente sob os pontos de vista axiológico, semântico e interpretativo, sendo o Direito encontrado em processo necessariamente aberto. Seu fechamento implicaria seu engessamento, e a impossibilidade do progresso social e científico.

Para garantir os valores máximos da justiça e da segurança jurídica, no entanto, esse processo há de ser realizado de forma organizada. Afinal, a noção de sistema pressupõe a

noção de organização, e não é o fato de ele ser aberto que lhe tira a caracterização de ser sistemático:

Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente o princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a *segurança jurídica*, aponta na mesma direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. Assim, o pensamento sistemático (como o conjunto dos valores jurídicos mais elevados). Ele é, por consequência, imanente a cada Direito positivo porque e na medida em que este represente uma sua concretização (numa forma historicamente determinada) e não se queda, por isso, como mero postulado, antes sendo sempre, também, pressuposição de todo Direito e de todo pensamento jurídico e ainda que a adequação e a unidade também com frequência possam realizar-se de modo fragmentado.²¹⁷

A importância da compreensão do sistema e de como ele funciona seria, portanto, necessário à sua própria realização. Ainda nas palavras de Canaris, “[o] papel do conceito de sistema é, no entanto, como se volta a frisar, o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade no interior da ordem jurídica”²¹⁸.

A teoria dos sistemas de Canaris é de especial relevância para a compreensão de sistemas jurídicos especialmente complexos, capazes, por isso mesmo, de gerar inúmeras imprecisões e inconsistências. Isso porque, mesmo diante de problemas, todo sistema é capaz de gerar expectativas jurídicas legítimas, fundada no princípio da boa fé objetiva. Assim, a aparência do direito – não no sentido de falsidade, mas de percepção do direito – justifica os efeitos jurídicos da proteção da confiança por ela gerada. Esse seria um dos princípios constitutivos do Direito Privado.

Canaris reconstrói, igualmente, a proteção da responsabilidade pela confiança no preenchimento de lacunas existentes no sistema. Seriam três as modalidades de aplicação da responsabilidade pela confiança.

²¹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 22-23.

²¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 23.

²¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 80.

A primeira delas é a responsabilidade pela aparência do direito, e decorre da aplicação e interpretação precisa das regras presentes no sistema, caracterizando-se pelo rigor formal nas sanções jurídicas, compondo o que Canaris denominou como sistema imóvel.

A segunda delas é a responsabilidade pela confiança gerada por força de necessidade ético-jurídica, aplicável apenas em razão das peculiaridades do caso concreto, de acordo com Canaris, compondo, por essa razão, o sistema móvel. Está ligada a análise fática da crença criada no sujeito de estar agindo de acordo com o direito, e de estar por ele respaldado. Liga-se à boa fé, às sanções aplicáveis ao *venire contra factum proprium*, ao *dolo*, situações em que o sistema protege quem confiou.

A terceira delas, reunindo elementos integrantes tanto do sistema imóvel quanto do sistema móvel, é a responsabilidade por declaração. De acordo com esse raciocínio, a pessoa é responsável por suas declarações falsas, nos casos em que leva outrem a erro, ou nos casos em que fornece declaração errônea, em que poderá ser enquadrado na hipótese de *culpa in contrahendo*.

A responsabilidade pela aparência do direito, na teoria de Canaris, é uma forma positiva de confiança, que por atuar no preenchimento de lacunas no sistema, acaba sendo um de seus componentes. Por isso se diz que a teoria de Canaris, nesse aspecto, volta-se mais para as relações jurídicas sob o ângulo subjetivo, em especial porque sua adequação e unidade podem realizar-se de forma fragmentada, sem, contudo, negar-lhe²²⁰.

Do ponto de vista objetivo, infere-se que a própria noção de sistema deve ser suficientemente capaz de gerar confiança, bem como segurança jurídica. Em outras palavras, a segurança através do sistema traduz em previsibilidade, ou ainda na possibilidade de mensuração das consequências por ele geradas.

No que diz respeito ao presente trabalho, a teoria dos sistemas de Canaris apresenta evidente aplicabilidade e relevância, haja vista tanto a complexidade do regime de previdência privada fechada, demonstrada no capítulo 2 (*Previdência privada: estrutura*), bem como as contradições geradas pelo fato de ser este um instrumento de proteção e justiça sociais construído sob a forma de um mecanismo de investimento privado.

A necessidade de se enxergar o regime de previdência privada fechada como um sistema tem por objetivo identificar e evitar suas quebras, representadas por contradições,

²²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*. Munchen: Beck Verlag, 1971 (reimpr. Nendeln. 1981). *Apud*. CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Reimpressão da edição de fevereiro/2004. Lisboa: Almedina, 2007.

tanto no âmbito regulatório quanto jurisprudencial, bem como identificar suas inconsistências, ou seja, suas lacunas, e contribuir para seu aperfeiçoamento.

Canaris explica que as quebras (contradições de valores e princípios²²¹) e as lacunas (expressão de sua incompletude teleológica²²²) representam os limites da obtenção do Direito a partir do sistema. Uma determinada ordem jurídica seria uma realidade histórica, criada pelos indivíduos e, por isso, incompatível com a ideia de unidade interior. Igualmente, um outro elemento contrário ao sistema é sua “tendência individualizadora” da justiça, que ao comunicar-se com a “tendência generalizadora do sistema”, tem por resultado inevitável o surgimento de normas que contrariam o próprio sistema²²³.

As contradições do sistema, apesar de existirem, não podem ser admitidas, justamente porque contrariam a regra da igualdade, à qual devem estar atentos tanto o legislador quanto o aplicador do Direito. “O jurista tem, por isso, de recorrer a todo seu arsenal metodológico para contrariar o perigo de contradições de valores e princípios podendo, quando muito, perguntar-se que êxito já se obteve desse modo”²²⁴.

O aperfeiçoamento do sistema – e, conseqüentemente, do Direito, de uma forma geral – depende, portanto, da compreensão dos limites da sua formação, seus pontos contraditórios e suas lacunas.

Buscar-se-á, a partir deste capítulo, portanto, identificar e discutir diversas das dúvidas interpretativas, imprecisões e até mesmo lacunas deixadas no sistema da previdência privada fechada. Tal empreitada será conduzida sob o caminho da interpretação jurídica dos negócios e das relações travadas no âmbito do sistema.

²²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 200.

²²² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 239.

²²³ “A referência aos limites de uma obtenção do Direito a partir do Sistema, que constitui a conclusão do último parágrafo, indicou logo os limites postos ao pensamento sistemático na Ciência do Direito. De facto, a formação de um sistema completo numa determinada ordem jurídica permanece sempre um objetivo não totalmente alcançado. Opõe-se-lhe, invencivelmente a natureza do direito e isso a dois títulos. Por um lado, uma determinada ordem jurídica positiva não é uma ‘ratio scripta’, mas sim um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, apresentando como tal, de modo necessário, contradições e incompletudes, inconciliáveis com o ideal da unidade interior e da adequação e, assim, como pensamento sistemático. Mas por outro, há na própria ideia de Direito um elemento imanente contrário ao sistema e, designadamente, a chamada ‘tendência individualizadora’ da justiça que contracenando com o pensamento sistemático – assente na ‘tendência generalizadora’! – tem como consequência o surgimento de normas que *a priori* se opõe à determinação sistemática. ‘Quebras no sistema’ e ‘lacunas no sistema’ são, por isso, inevitáveis”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 199-200).

²²⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 207-209.

A análise será iniciada pelos aspectos mais gerais do instituto, qual seja, a compreensão acerca do caráter institucional ou contratual das relações entre os participantes e assistidos, de um lado, e as EFPCs, de outro. Na sequência, será necessário problematizar se a propriedade dos recursos administrados pela EFPC seria a ela própria atribuída, ou aos participantes e assistidos. Depois disso, será discutida a posição jurisprudencial no tocante ao direito dos participantes à restituição dos valores aportados no plano e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Esse diagnóstico é essencial para a compreensão do regime jurídico da previdência privada fechada, e os conflitos decorrentes de sua estruturação como um mecanismo de investimento.

A análise constante deste capítulo será continuada no capítulo 4, quando se abordará, de forma mais específica, a efetividade das garantias e dos mecanismos de proteção disponíveis para os participantes e assistido dos planos de benefícios, os quais devem ter por finalidade última a garantia do benefício contratado.

3.2 Caráter institucional *versus* caráter contratual

O primeiro dos problemas enfrentados para a compreensão do sistema da previdência privada fechada diz respeito ao enquadramento do vínculo entre os participantes e assistidos, de um lado, e a EFPC, de outro, como institucional ou contratual²²⁵.

Ao analisar a questão, Manuel Sebastião Soares Póvoas defende que a natureza da relação entre o participante e a EFPC seria diversa nas três seguintes hipóteses: (i) quando as EFPCs são totalmente patrocinadas, caso em que a relação com o participante seria contratual²²⁶, (ii) quando as EFPCs são parcialmente patrocinadas e organizadas como

²²⁵ “Apesar de haver total liberdade contratual em vigor no regime previdenciário complementar, justamente a acessoriedade constitucional acaba por submeter o modelo particular (imbuído pelos institutos jurídicos de direito privado) às provisões e mudanças impostas pelo governo. É a dicotomia polêmica entre o caráter contratual *versus* caráter institucional.” (WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 72.)

²²⁶ Sobre a relação do participante com a entidade, quando essas são totalmente patrocinadas: “... do ponto de vista lógico legal, no momento em que se inscreveu num plano de entidade fechada, o empregado da patrocinadora ganha a qualidade de participante, idêntica a de um segurado que tem os seus planos de seguros pagos por terceira pessoa e, por isso, a relação jurídica estabelecida entre ele e a entidade é de natureza idêntica à securitária. Se o plano em que está inscrito apresentar déficit técnico, ele não pode ser afetado por isso, mas será a patrocinadora que terá que resolver o problema dentro do estatuído no estatuto da entidade sancionado pelo órgão executivo do sistema; no caso da patrocinadora não ter possibilidade de o fazer, por estar, por exemplo, em situação falimentar, o órgão executivo do sistema determinará o caminho a seguir, podendo ser o da liquidação da entidade, mas passando, sem dúvida, por soluções como a da redução de benefícios, o que significa que não haverá participantes sacrificados em benefício dos restantes, mas soluções equitativas para todos”. (PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares.

fundação, caso em que a relação também seria contratual²²⁷; e (iii) quando as EFPCs são parcialmente patrocinadas e organizadas como sociedades, caso em que a relação seria societária²²⁸. Na última hipótese, contudo, como visto na seção 2.3 (*Natureza jurídica da EFPC*) deste trabalho, sabe-se que não mais são admitidas as EFPCs constituídas sob a forma de sociedades.

Em sentido diverso, há quem defenda a ambivalência²²⁹ da relação jurídica. Nesse caso, o caráter institucional seria atribuído, de um lado, à força regulatória e fiscalizatória do Estado, que assume, para si, o papel de estabelecer o regime jurídico da previdência privada fechada, tarefa esta empreendida desde a Constituição, passando pela legislação até a regulação infralegal. O caráter institucional estaria, portanto, refletido na intervenção do Estado na liberdade individual²³⁰. De outro, mesmo diante de todo dirigismo estatal, também

Previdência privada, filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 233-234.

²²⁷ “Em nosso entender, no momento que em é criada a fundação, nasce a entidade previdenciária, obedecendo aos requisitos legais e técnicos de operacionalidade. A inscrição daqueles que o instituidor quis beneficiar, determina uma relação jurídica com a entidade, em que eles são sujeitos ativos, e a entidade é sujeito passivo, e o objeto a cobertura do risco previdenciário, isto é, o recebimento dos benefícios, por ele ou por seus beneficiários, quando se der o respectivo evento gerador, a sobrevivência, a doença, a invalidez, ou a morte. Esta relação jurídica nasce de um contrato previdenciário onde as obrigações dos inscritos são mínimas, pois o instituidor dá os meios suficientes para o sustento completo da entidade, e no caso de superávits ele ajusta as contribuições de forma a pagar estritamente o indispensável. Mas a posição do participante é contratual, decorrente de um contrato que é sempre plurianual (*sic*), definindo-se, em cada momento, os direitos e as obrigações recíprocas dos inscritos e da entidade, apenas com a mudança no suporte do custeio, respeitante aos seus benefícios, se o inscrito deixa de ser empregado da instituidora.” (PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada*, filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 235).

²²⁸ “A fonte da relação jurídica entre a entidade e/ou as patrocinadoras é o contrato societário. Esse contrato societário e, no entanto, *sui generis*, pois na prática, as patrocinadoras em compensação pelos encargos materiais de sustentação ou patrocínio da entidade, apenas esperam que a criação da entidade lhes traga bom ambiente social e, eventualmente, como consequência, aumento de produtividade.” (PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada*, filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 237.)

²²⁹ “A própria Constituição da República já promoveu a dicotomia contratual/institucional da Previdência Privada, quando se refere ao benefício **contratado**, sendo um regime **regulado** por lei complementar, demonstrando a preocupação do legislador constituinte em ressaltar o lado contratual, ainda que regulado por lei.

Existem harmonicamente o **contratado** com o **regulado**.

O caráter misto (institucional e contratual simultaneamente) é produto da própria Constituição. Havendo ingresso no sistema de Previdência Privada, existe uma esfera cogente envolvendo as relações jurídicas que transcendem aquilo que foi ou que está para ser contratado.

Há liberdade contratual até o ponto em que passa a atuar o caráter institucional, que diz respeito ao aspecto cogente.” (WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 179.)

²³⁰ “O Estado, permeando o caráter institucional da Previdência Privada, mantém uma postura reguladora e fiscalizadora. Não podemos olvidar o alcance protetivo das normas públicas sobre esse tipo de relação privada, cabendo ao magistrado observar quais são as prioridades, caso a caso. A autonomia da vontade não é absoluta, mas não havendo previsão contrária de *ius cogens*, a vontade do participante é plena. Há portanto, uma ambivalência entre institucionalidade e contratualidade”. (WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 85.)

existiria uma relação contratual no âmbito da previdência privada fechada, respaldada pelo próprio art. 202 da Constituição, ao tratar da proteção do “benefício contratado”.

Há de se concordar com a conclusão acerca da ambivalência da relação, a qual, contudo, merece maiores investigações.

De início, necessário responder ao seguinte questionamento: em que consistiria exatamente o caráter institucional na previdência privada fechada? Buscar-se-á a resposta para essa pergunta nos ensinamentos de Maurice Hauriou sobre a teoria da instituição.

Ensina Hauriou que existem dois tipos de instituição: as que se personificam e as que não se personificam.

As que se personificam – “instituição pessoa” ou “instituição corporativa” – têm por principais exemplos o Estado, as associações e os sindicatos. Nelas, o poder organizado e comunhão de manifestação entre seus membros interiorizam-se, formando a “ideia da obra”, a qual, por sua vez, torna-se o próprio sujeito da pessoa moral que se depreende do corpo constituído. Nas palavras de Hauriou:

Os elementos de toda instituição corporativa são, como sabemos, em número de três: 1º a ideia da obra a realizar num grupo social; 2º o poder organizado posto a serviço dessa ideia para sua realização; 3º as manifestações de comunhão que ocorrem no grupo social a respeito da ideia e de sua realização.²³¹

Há de se salientar que a noção de ideia não se confunde com a noção de meta ou de função. As metas ou as funções confirmam a ideia, mas não são a própria ideia. Identifica-se melhor com a noção de objeto. Ainda que cada espírito possa ter uma interpretação específica sobre a ideia, é justamente sua existência objetiva que permite essa propagação, como ensina Hauriou:

Apesar da glosa subjetiva na qual a envolvem os conceitos de cada um dos aderentes, uma ideia de obra que se propaga no meio social possui uma existência objetiva e é, aliás, essa realidade que lhe permite passar de um espírito ao outro e refratar-se diferentemente em cada um sem, no entanto, dissolver-se nem desvanecer-se.²³²

Já as instituições que não se personificam, ou “instituição coisa”, a exemplo das regras de direito, propagam-se e vivem no meio social enquanto ideias, mas não engendram uma

²³¹ HAURIUO, Maurice. *Teoria da instituição e da fundação* – Ensaio de vitalismo social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. P. 21.

²³² HAURIUO, Maurice. *Teoria da instituição e da fundação* – Ensaio de vitalismo social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. P. 24.

corporação. “Ela não pode engendrar uma corporação porque ela não é um princípio de ação ou de empresa, mas, ao contrário, um princípio delimitação”²³³.

Considera-se a EFPC uma “instituição pessoa” justamente porque é uma pessoa jurídica que representa, corporifica e personifica²³⁴ a comunhão de manifestação de seus participantes de aderir a um plano previdenciário específico, e ter, assim, resguardada sua velhice e aposentadoria. A ideia subjacente a toda EFPC, portanto, seria a instituição e execução de planos de benefícios de caráter previdenciário, conforme declarado pela própria lei²³⁵. Por mais que esses participantes não necessariamente tenham sido as pessoas a constituir a EFPC, é em razão da comunhão de interesses entre eles que ela existe.

Os participantes e assistidos compartilham da ideia e da necessidade de assegurar a execução da obra por parte da EFPC. A representatividade dos participantes nos órgãos da administração da EFPC, conforme demonstrado na seção 2.4 (*Classificação e estrutura das EFPCs*), é prova disso.

De outro lado, sabe-se que, quando da adesão do participante ao plano de benefícios, é celebrado um contrato, denominado por muitos como contrato previdenciário²³⁶, com respaldo do próprio art. 202 da Constituição. É por meio dele que se contrata o benefício, estabelecendo as especificidades da contribuição e das promessas recíprocas, bilaterais e contrapostas assumidas pelas partes.

As relações de cada participante e assistido (na qualidade de sucessor do participante) com a EFPC é una e divisível de todas as demais, apesar de estarem regidas pelas mesmas regras, por força do caráter também institucional do vínculo.

Por se tratar de uma relação contratual de longa duração, com elevado grau de dirigismo estatal, o contrato previdenciário também pode ser considerado um contrato relacional, que resulta na impossibilidade de se determinar, de antemão, todos os detalhes da relação contratual, e da necessidade de flexibilidade de seus termos para adaptar-se às novas

²³³ HAURIOU, Maurice. *Teoria da instituição e da fundação* – Ensaio de vitalismo social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. P. 20.

²³⁴ “As instituições corporativas estão submetidas ao fenômeno da incorporação, que as leva ao da personificação. Esses dois fenômenos estão, por sua vez, sob a dependência de um movimento de interiorização que faz passar para o âmbito da idéia diretriz da empresa, em primeiro lugar, os órgãos de governo com seu poder de vontade, e em seguida as manifestações de comunhão dos membros do grupo. Esse *tríplice movimento de interiorização, incorporação e personificação* tem importância capital para a teoria da personalidade. Se sua realidade for constatada, ela acarretará a realidade da personalidade moral, base da personalidade jurídica, pois ficará estabelecido que a tendência de personificação é natural”. HAURIOU, Maurice. *Teoria da instituição e da fundação* – Ensaio de vitalismo social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. P. 24.

²³⁵ Nos termos do art. 2º da Lei Complementar nº 109/2001: “O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar.”

²³⁶ CASSA, Ivy. *Contrato de Previdência Privada*. São Paulo: MP, 2009.

circunstâncias fáticas e jurídicas que vão se alterando ao longo do tempo. Nesse sentido, conclui Ronaldo Porto Macedo Junior:

Os contratos relacionais (como por exemplo contratos de franquia, de trabalho, de cooperação tecnológica, fornecimento entre empresas, previdenciários e alguns tipos de contratos bancários), em contraste com os contratos descontínuos, são contratos de longa duração baseados na própria dinâmica estabelecida no curso da relação contratual. As principais diferenças entre os contratos relacionais e os contratos descontínuos podem ser resumidas da seguinte maneira. Em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato relacional de longa duração em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada a sua mutabilidade constante. Isto porquanto ele envolve elementos não facilmente mensuráveis e visa regular situações que demandam alto grau de flexibilidade. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto ou características do serviço prestado, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais. A sua indeterminação ultrapassa os limites das soluções neoclássicas, como o contrato aberto, que estipulava regras definidas (ainda que mais abertas em relação à teoria clássica) para os reajustes contratuais. A própria possibilidade do estabelecimento de um *standard* objetivo e prefixado para o reajuste tal como formalizado pela teoria neoclássica começa a se demonstrar insuficiente face o aumento expressivo do grau de contingencialidade e variação dos termos das relações contratuais. O contrato assume, numa dimensão maior do que a teoria neoclássica é capaz de admitir e incorporar, uma dimensão processual, que adquire a forma de um jogo reflexionante que produz *in fieri* a medida de sua razoabilidade e justiça contratual. Em substituição aos termos de ajustamento, os contratos de relacionais incluem termos estabelecendo processos institucionais pelos quais os termos de troca e ajuste serão especificados no curso da performance ou cumprimento contratual.

.....
 Contratos previdenciários são contratos relacionais. Uma das características dos contratos relacionais refere-se a importância que neles passam a ter os princípios da boa-fé, e da cooperação, solidariedade e reequilíbrio das relações de poder.²³⁷

Em contratos como o previdenciário, de longa duração e com relação ao qual a racionalidade das partes não consegue prever todas as situações que precisariam ser reguladas, a boa-fé surge como importante elemento de integração dos aspectos não previstos pelas partes, necessário à própria confiança no sistema:

Há elementos que evidenciam a importância da boa-fé dentro da perspectiva relacional, notadamente o fato de que, em primeiro lugar, ela lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças a solidariedade e as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos entre as partes. Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento de confiança, sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sociais, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não promissórios. Por fim, a boa-fé realça o elemento moral das relações contratuais. A boa-fé contratual envolve uma concepção moral de fazer algo corretamente e, neste sentido, reporta-se a uma concepção de Justiça

²³⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22/1997, p. 105-116, abr./jun. 1997. Disponível em: <www.revistadoTribunais.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2016. P. 5-6 da versão digital.

Social, a Justiça enquanto normalidade e equilíbrio (cf. art. 4.º, III, e 51, II, do CDC).²³⁸

O dirigismo estatal nos contratos previdenciários justifica-se, precisamente, pela necessidade de, com base no princípio da boa-fé, restabelecer o equilíbrio contratual muitas vezes perdido em virtude da assimetria de informações entre as partes.

Nesse sentido, e corroborando o caráter contratual, citam-se as Súmulas do STJ de número 563, 389 e 390; a primeira sobre a inaplicabilidade do Direito do Consumidor aos “contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas”²³⁹, e as duas últimas sobre o direito dos participantes à restituição dos recursos aportados no plano, conforme será tratado com maiores detalhes nas seções 3.10 e 3.11 deste trabalho.

Corroborando o caráter institucional, tanto a Lei Complementar nº 109/2001 quanto a Lei Complementar nº 108/2001 estabelecem hipóteses em que o estatuto e o regulamento dos planos de benefícios podem ser alterados por ato da EFPC. Ora, caso fosse unicamente contratual a relação entre os participantes e assistidos, de um lado, e a EFPC, de outro, tal alteração de contrato sem a concorrência da vontade de uma das partes jamais seria possível.

Observa-se que, nos regulamentos dos planos de benefícios, constam elementos essenciais ao que seria considerado “contrato previdenciário”, como se depreende da redação do art. 10 da Lei Complementar nº 109/2001:

Art. 10. Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados de participantes condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º A todo pretendente será disponibilizado e a todo participante entregue, quando de sua inscrição no plano de benefícios:

I - certificado onde estarão indicados os requisitos que regulam a admissão e a manutenção da qualidade de participante, bem como os requisitos de elegibilidade e forma de cálculo dos benefícios;

II - cópia do regulamento atualizado do plano de benefícios e material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, as características do plano;

III - cópia do contrato, no caso de plano coletivo de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar; e

IV - outros documentos que vierem a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador.

²³⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22/1997, p. 105-116, abr./jun. 1997. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2016. P. 7 da versão digital.

²³⁹ STJ, Súmula nº 563. Segunda Seção. DJe 29/02/2016.

§ 2º Na divulgação dos planos de benefícios, não poderão ser incluídas informações diferentes das que figurem nos documentos referidos neste artigo.²⁴⁰

Ainda que exigida a autorização do órgão regulador e fiscalizador, nos termos do art. 33 da Lei Complementar nº 109/2001²⁴¹, fato é que as regras do jogo podem ser alteradas no meio do caminho. As alterações que precisam de aprovação são as consistentes com modificações no estatuto da EFPC, no regulamento do plano, em operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária envolvendo a EFPC, a retirada do patrocinador, as transferências de patrocínio, grupo de participantes, planos previdenciários e reservas entre EFPCs. Ou seja, o próprio sujeito da relação jurídica poderá ser alterado sem a manifestação prévia dos participantes e assistidos. Nas EFPCs regidas pela Lei Complementar nº 108/2001, por exemplo, é o próprio conselho deliberativo o órgão competente para as decisões sobre alterações no estatuto da entidade e regulamento do plano²⁴².

Em casos como esse, deve-se, contudo, preservar o direito acumulado pelo participante, por mais que as alterações processadas nos regulamentos dos planos apliquem-se indistintamente a todos os participantes das EFPCs²⁴³. A partir da alteração, todavia, são aplicáveis as novas regras, independentemente da concordância dos participantes e assistidos, tal como ocorre, por exemplo, nas sociedades empresárias.

Nessa ocasião não é conferido, pela lei, o direito de os participantes retirarem-se do plano ou promoverem sua portabilidade, carregando a totalidade do direito por eles acumulado, da forma como acontece nas sociedades²⁴⁴. O direito de retirada ou de portabilidade, conforme visto na seção 2.8, acima, somente poderá ser exercido quando atendido o requisito de encerramento da relação jurídica com o patrocinador ou instituidor.

²⁴⁰ Lei Complementar nº 109/2001.

²⁴¹ “Art. 33. Dependão de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador:
I - a constituição e o funcionamento da entidade fechada, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações;
II - as operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas;
III - as retiradas de patrocinadores; e
IV - as transferências de patrocínio, de grupo de participantes, de planos e de reservas entre entidades fechadas.”

²⁴² Lei Complementar nº 108/2001: “Art. 13. Ao conselho deliberativo compete a definição das seguintes matérias:

.....
II – alteração de estatuto e regulamentos dos planos de benefícios, bem como a implantação e a extinção deles e a retirada de patrocinador;”

²⁴³ Lei Complementar nº 109/2001: 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 participante.

²⁴⁴ Art. 1.77 do Código Civil, e arts. 136-A e 137 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações).

Ainda assim, o direito acumulado pelos participantes, em ambos os casos, será diferente, existindo, como visto, verdadeiro dirigismo regulatório para desestimular o resgate. No caso de resgate, o direito acumulado depende do estabelecido no regulamento do plano, mas, por permissão legislativa, costuma ser deliberadamente inferior ao direito acumulado pelo participante na hipótese de escolha pela portabilidade ou benefício proporcional diferido (*vesting*).

Além disso, nem a legislação nem a regulamentação estabelecem o que seria o direito acumulado pelo participante na hipótese de alteração do regulamento do plano, construção essa a ser realizada no caso concreto.

Assim, tendo em vista que, nos termos do §1º do art. 68 da Lei Complementar nº 109/2001²⁴⁵, o direito ao benefício somente é adquirido quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano, e que tais condições podem ser alteradas unilateralmente pela EFPC, não há como se concluir por seu caráter exclusivamente contratual.

Igualmente, não seria possível resumir unicamente ao caráter contratual as relações entre os participantes, os assistidos e as EFPCs. Mesmo as relações bilaterais contratadas dependem e estão atreladas à relação multilateral entre os participantes do plano de benefício (seja na condição de aderentes ou beneficiários), e destes com a própria EFPC. Afinal, de uma forma geral, o que vale para um vale uniformemente para todos os demais participantes e assistidos. As regras teriam, portanto, em princípio, de ser aplicáveis uniformemente em cada plano.

Cumprido salientar que as normas jurídicas, ou “instituições coisa” também estão presentes nessa relação jurídica. Prestam-se a completar e regular tanto a relação institucional quanto a contratual, ora estabelecendo a necessidade de autorização do órgão regulador e fiscalizador para alteração do regulamento e do estatuto, ora estabelecendo os direitos mínimos a serem observados para que possam ser realizadas as mudanças que interfiram diretamente na relação contratual do participante com a EFPC (como, por exemplo, a mencionada manutenção do “direito acumulado pelo participante”, por mais que não haja definição precisa do que isso seria).

²⁴⁵ “Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes. § 1º Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.”

Caso não fosse admitido o caráter institucional da relação entre a EFPC complementar e seus participantes e assistidos, a alterações promovidas no regulamento e no estatuto sem a prévia e expressa anuência de cada um deles seria considerada uma condição potestativa, por sujeitar o efeito do negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes – no caso, a EFPC – a qual poderia ser considerada ilícita e, conseqüentemente, nula por força do art. 122 do Código Civil²⁴⁶.

Por fim, ressalta-se que, à semelhança da ambivalência da relação entre os participantes e assistidos e a EFPC, conforme acima demonstrado, a relação entre o instituidor e o patrocinador, de um lado, e a EFPC, de outro, também pode ser identificada por seu duplo caráter contratual e institucional.

Do ponto de vista institucional, para que a EFPC seja criada ou passe a administrar planos vinculados a determinada instituidor ou patrocinador, são elas que primeiro lançam a ideia que, mediante a aderência dos participantes, torna possível a fundação (no sentido de constituição) e a própria existência da entidade.

A relação contratual, por sua vez, é realizada por meio da celebração de um convênio de adesão, nos termos do art. 13 da Lei Complementar nº 109/2001²⁴⁷ e do art. 61 do Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003²⁴⁸. Seu encerramento se dá, de modo geral, observados os termos estabelecidos no próprio convênio, conforme se lê do art. 3º da Resolução CGPC nº 8, de 19 de fevereiro de 2004²⁴⁹; no caso específico de convênios de adesão firmados com

²⁴⁶ Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

²⁴⁷ Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 13. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.”

²⁴⁸ Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003: “Art. 61. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de plano de benefícios dar-se-á por meio de convênio de adesão celebrado com a entidade fechada de previdência complementar, em relação a cada plano de benefícios, mediante prévia autorização da Secretaria de Previdência Complementar.

§ 1º O convênio de adesão é o instrumento por meio do qual as partes pactuam suas obrigações e direitos para a administração e execução de plano de benefícios.

§ 2º O Conselho de Gestão da Previdência Complementar estabelecerá as cláusulas mínimas do convênio de adesão.

§ 3º A entidade fechada de previdência complementar, quando admitida na condição de patrocinador de plano de benefício para seus empregados, deverá submeter previamente à Secretaria de Previdência Complementar termo próprio de adesão a um dos planos que administra, observado o estabelecido pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar.”

²⁴⁹ Art. 3º Cada plano de benefícios possui independência patrimonial em relação aos demais planos de benefícios, bem como identidade própria quanto aos aspectos regulamentares, cadastrais, atuariais, contábeis e de investimentos.

patrocinadores, se dá pela retirada do patrocínio, nos termos do art. 25 da Lei Complementar nº 109/2001, conforme definido pela regulação infralegal:

Art. 3º Considera-se retirada de patrocínio o encerramento da relação contratual existente entre o patrocinador que se retira e a respectiva entidade fechada, formalizada no termo de retirada de patrocínio e aprovada pela Previc, relativamente a determinado plano de benefícios de natureza previdenciária e aos respectivos participantes e assistidos, seja o plano estabelecido na modalidade de benefício definido, contribuição definida, contribuição variável ou outra que venha a ser regulamentada.²⁵⁰

Aqui também, está-se diante de um contrato relacional, pelas mesmas razões já acima apontadas, quais sejam: o fato de ser um contrato de longa duração, que demanda flexibilidade para sua interpretação e integração. Com mais razão, também o princípio da boa-fé e o dirigismo contratual se fazem presentes nessa relação contratual, tendo em vista que depende da efetividade dessa relação jurídica o pagamento futuro dos benefícios contratados pelos participantes e assistidos. Trata-se de um contrato com estipulações em favor de terceiros²⁵¹, os quais, contudo, não participam da relação contratual.

Um exemplo da abertura do sistema, ao qual cabível sua integração com o princípio da boa-fé objetiva, é a ausência de estipulação legal acerca do regime da solidariedade eventualmente assumida por patrocinadores e instituidores com relação às obrigações da EFPC. Na hipótese de retirada do patrocinador ou instituidor, como ficaria a obrigação de solidariedade? Considerando que ela consta do convênio de adesão, celebrado unicamente entre o patrocinador ou instituidor, de um lado, e a EFPC, de outro, poderia esse instrumento contratual ser encerrado por mero acordo de vontades entre as partes, com extinção da solidariedade em prejuízo dos participantes e assistidos? Acredita-se que a resposta seja positiva, em parte. A solidariedade poderia ser extinta, preservando-se, contudo, com relação ao direito acumulado pelo participante até a data da retirada do patrocinador ou instituidor. Essa interpretação seria necessária por força do art. 17, da Lei Complementar nº 109/2001, já anteriormente citado, segundo o qual “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 participante”. Tendo em vista que a solidariedade integra o regime jurídico de cada plano, a obrigação permaneceria, portanto, com relação aos direitos adquiridos pelos participantes até a data da retirada.

²⁵⁰ Resolução CNPC nº 11, de 13 de maio de 2013.

²⁵¹ Vide Código Civil, arts. 436 a 438.

O dirigismo contratual, por sua vez, se faz presente, em ocasiões em que é necessário proteger os interesses dos participantes e assistidos. Por isso que, como visto na seção 2.10, a retirada do patrocínio somente se torna eficaz com a aprovação do órgão fiscalizador, dependendo do cumprimento de todas as obrigações do patrocinador perante a EFPC.

A compreensão na natureza da relação entre as EFPCs e seus participantes e assistidos como contratual e institucional é de extrema relevância para a proteção dos últimos nesses dois âmbitos.

Do ponto de vista contratual, preservam-se os direitos e obrigações das partes assumidos de forma bilateral, bem como suas expectativas legítimas decorrentes dessa contratação, por mais que mudanças possam ser possíveis do decorrer do longo período em que se estabelece o vínculo, por tratar-se de um contrato relacional. Afinal, mesmo sendo relacional, o “direito acumulado pelo participante”, compreendido não apenas como os recursos financeiros que lhe são atribuíveis em determinado momento, mas também como o próprio objeto da contratação realizada com a EFPC, deve ser preservado, mesmo que sejam processadas alterações nos regulamentos dos planos, nos termos do art. 17 da Lei Complementar nº 109/2001.

Por outro lado, do ponto de vista institucional, preserva-se a ideia subjacente à constituição das EFPCs e à formação dos planos, e que resultou na adesão do contingente de participantes. Todos os atos dos dirigentes da EFPC, do seu conselho deliberativo, do órgão regulador e fiscalizador, e dos próprios participantes e assistidos devem estar pautados no objetivo central de assegurar a concessão do benefício contratado e de contribuir para a previdência dos participantes. O que se busca, portanto, é a segurança, e não a maximização dos lucros, razão pela qual se espera legitimamente que os investimentos sejam realizados de forma conservadora, que sejam contratadas garantias suficientes, que existam mecanismos de controle para evitar conflitos de interesses, que as contas sejam auditadas por empresa especializada, entre outros. Tendo em vista que o regime de previdência privada fechada foi concebido como um mecanismo de investimento, são somente essas as cautelas capazes de contribuir – mas não garantir – para a segurança que se espera das contratações realizadas com as EFPCs.

3.3 Propriedade ou crédito? O estado da arte com relação à controvérsia

O segundo dos problemas enfrentados para a compreensão do sistema da previdência privada fechada corresponde a um ponto crucial da análise do regime jurídico da previdência privada fechada, qual seja: o direito acumulado pelo participante corresponde a um direito de crédito ou a um direito patrimonial, sujeito à restituição? Com o objetivo de obter essa resposta, seguir-se-á a esteira do raciocínio desenvolvido na seção 2.11, em que se questionou o que representaria o direito acumulado pelo participante.

Iniciando-se a análise pela literatura estrangeira, cita-se o jurista espanhol José Luis Maestro Martinez, para quem a operação securitária e previdenciária se assemelharia à de um depósito irregular (ou impróprio):

O direito de resgate que concede ao tomador a Lei de Contrato de Seguro tem por causa a reserva matemática, que, por sua vez, representa o valor da obrigação que para com o tomador tem a seguradora por razões de prêmios satisfeitos por este. Embora tradicionalmente para se referir ao tipo de direito que o tomador tem sobre a provisão, vem-se dizendo que esta é de propriedade daquele, sua natureza jurídica se assemelha melhor à de um depósito irregular, como é o de dinheiro ou de outra coisa fungível, em que o depositante perde a propriedade do que entregou ao depositário, adquirindo em contrapartida, um direito de crédito para que lhe devolvam do mesmo tipo e qualidade, acrescentando-se, neste caso, os rendimentos resultantes do investimento da reserva aos juros técnicos garantidos.²⁵²

Não impõe qualquer dificuldade a transposição dos ensinamentos de Martinez do direito espanhol para o direito brasileiro, tendo em vista que o regime dos depósitos irregulares é o mesmo.

Nos termos do art. 645 do Código Civil, “[o] depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo”. Sendo aplicável o regime jurídico do mútuo, no caso do depósito impróprio o direito corresponde a um crédito, e não à propriedade sobre a coisa.

Ivy Cassa, no âmbito do Direito brasileiro, ao debater sobre a natureza jurídica da reserva matemática nos planos previdenciários abertos, defende tratar-se de um direito de crédito, sendo evidência disso o fato de que os fundos de investimento constituídos por

²⁵² MARTINEZ, José Luis Maestro. *Provisiones matemáticas y rescates en el ROSSP*. Disponível em: <https://www.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1028308>. Acesso em: 13 mar. 2016.

entidades abertas e seguradoras autorizadas a administrar planos de previdência devem ter, como único quotista, as referidas entidades²⁵³.

Manoel Sebastião Soares Póvoas, igualmente, conclui que as reservas matemáticas não são de propriedade do participante, mas que “[t]odavia, a reserva matemática tem uma expressão individual em relação a cada participante, que a posiciona na esfera dos seus direitos²⁵⁴.

Para o também doutrinador espanhol Pedro Jesús Baena Baena, e em sentido contrário, haveria verdadeiro direito de propriedade sobre as reservas matemáticas. Isso porque as contribuições previdenciárias e prêmios de seguro que admitem a possibilidade de resgate não seriam objeto de um depósito. Gerariam, em contrapartida, a obrigação contratual da seguradora ou entidade consistente na devolução dos valores que lhes foram confiados, sob a forma de prestações ou não²⁵⁵.

Weintraub, no mesmo sentido, é categórico ao afirmar que o direito dos participantes e assistidos é de propriedade, sendo essa conclusão um consectário da própria proteção à dignidade da pessoa humana. Ele compara o dinheiro dos participantes à casa, à moradia da pessoa, sem o qual não seria possível viver dignamente²⁵⁶. E conclui:

Num primeiro prisma, o dinheiro dos participantes está inserido em planos de Previdência Privada de entidades previdenciárias, mas nem por isso os recursos são das entidades. Esta é a confusão que muitos fazem. O dinheiro é dos participantes, e para a aposentadoria. É um direito fundamental de propriedade.²⁵⁷

Também para Felipe Fernandes Ribeiro Maia²⁵⁸, esse seria um dos direitos subjetivos patrimoniais que estão amparados sob os auspícios do direito de propriedade.

²⁵³ CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco. São Paulo: 2014. P. 58.

²⁵⁴ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada, filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica*. 2^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 441.

²⁵⁵ BAENA, Pedro Jesús Baena. *El derecho de rescate de la provisión matemática des seguros de vida*. Valencia: Tirant le Branch, 2008. P. 45. *Apud.* CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco). P. 57-58.

²⁵⁶ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 197.

²⁵⁷ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 199.

²⁵⁸ MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

Seu raciocínio parte da obrigatoriedade de segregação patrimonial dos planos, uma constante em toda a regulação da previdência privada fechada, em especial na Resolução CGPC nº 14/2004, citada pelo autor, que estabelece, em seu art. 3º, que “[c]ada plano de benefícios possui independência patrimonial em relação aos demais planos, bem como identidade própria, quanto aos aspectos regulamentares, cadastrais, atuariais, contábeis e de investimentos”. Além disso, o § 1º do mesmo dispositivo estabelece que “[o]s recursos de um plano de benefícios não respondem por obrigações de outro plano de benefícios operado pela mesma EFPC”.

Como explica o autor, completando sua tese, apesar de os recursos alocados no plano permanecerem “sob a posse e uso dessas referidas entidades”²⁵⁹, referindo-se tanto às abertas quanto às fechadas, a Lei Complementar nº 109/2001 fez com que os superávits e déficits de cada plano incidissem diretamente sobre seus participantes. Os superávits do plano alocados na reserva especial seriam, dessa forma, utilizados para a revisão do plano de benefícios, caso não utilizados por mais de três exercícios consecutivos, nos termos do art. 20²⁶⁰ da Lei Complementar nº 109/2001. Já o art. 21²⁶¹ da mesma lei estabelece a necessidade do equacionamento de déficits, que “poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder”, tudo com a finalidade de manutenção do equilíbrio econômico atuarial do plano.

Para Maia, portanto:

²⁵⁹ MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 228.

²⁶⁰ “Art. 20. 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 vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

§ 3º Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições, deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos assistidos.”

²⁶¹ “Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

§ 1º O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.”

Isso deixa claro que os resultados positivos ou negativos da gestão dos planos recaem diretamente sobre os participantes, titulares da massa patrimonial. Em consequência, esse volume de recursos captados pelas Entidades junto aos participantes aderentes dos planos de previdência, é destinado, na forma das Resoluções do CMN, aos investimentos. Se o resultado dessa alocação dos recursos é suportado diretamente pelos participantes dos planos, revela-se mais um motivo para se reconhecer que, de fato e de direito, são os titulares do investimento ainda que realizado em nome da Entidade (EFPC), por decorrência lógica do sistema e da praticidade, pois, do contrário, seria impossível a gestão dos recursos.

A gestão de planos de previdência privada pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPCs) constitui modalidade de captação de poupança popular e administração de recursos de terceiros, tal qual ocorre com os fundos de investimentos e com a administração de grupos de consorciados, que, entretanto, por contarem com expressa previsão de *Chinese wall* (técnica da segregação patrimonial, item 3.1.11, *supra*), não demandam maior aprofundamento.²⁶²

Tal interpretação foi corroborada em diversas oportunidades pela jurisprudência, muito embora a controvérsia acerca da propriedade dos recursos administrados esteja longe de um fim. Essa discussão foi travada entre as EFPCs e o Fundo Garantidor de Créditos (FGC), em torno da polêmica acerca da titularidade da garantia prestada pelo Fundo Garantidor de Créditos: seria da própria EFPC, ou do participante/assistido? O caso foi parar no Judiciário, em hipóteses de quebra de instituições financeiras. No âmbito estadual, em aproximadamente 50 (cinquenta) demandas, cerca de 30 (trinta) delas deram ganho de causa para o FGC, em prevalência à tese de que a garantia do Fundo Garantidor de Créditos²⁶³ – no valor atual de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) – deveria ser paga uma única vez à EFPC, e as demais – e mais recentes – resultaram em ganho de causa para as EFPCs, que alegam ser administradoras de recursos de terceiros, estes sim titulares da garantia prestada pelo FGC

Conforme explica Maia, a jurisprudência no Tribunal do Estado de São Paulo começou a mudar a partir da decisão monocrática exarada pela Ministra Nancy Andrighi, no STJ, que manteve a decisão recorrida por considerar que o Agravo de Instrumento interposto pelo FGC teria sido deficiente em sua fundamentação. Segundo a Ministra, o recurso peca por deixar de mencionar que a solução da demanda deu-se por aplicação dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva que estão consagrados nos arts. 421 e 422 do Código Civil, fundamento autônomo do acórdão recorrido²⁶⁴.

²⁶² MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 229.

²⁶³ MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 232-241.

²⁶⁴ “Processo civil. Agravo de instrumento. Recurso especial. Ação de cobrança. Fundo garantidor de créditos. Liquidação extrajudicial de banco. Perda de ativos aplicados. Indenização. Fundo de previdência privada. Pretensão ao recebimento do valor do seguro de forma individualizada para cada participante do instituto.

- Não se conhece de recurso especial quando resta fundamento não atacado no acórdão recorrido.

A partir daí, a interpretação acerca da propriedade dos recursos passou a acompanhar o mesmo entendimento já anteriormente aplicado em casos envolvendo administradoras de consórcios²⁶⁵.

São diversos os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferidos a partir de 2012, que confirmam o entendimento de que a garantia prestada pelo FGC deve favorecer aos efetivos titulares dos recursos, ou seja, aos participantes e assistidos pelos planos de previdência complementar fechada.

Exemplos recentes podem ser citados, relacionados às falências do Banco Santos e do Banco Cruzeiro do Sul:

- Não se conhece de recurso especial na parte em que este se encontra deficientemente fundamentado.
 - É inviável o dissídio jurisprudencial quando não está demonstrada a similitude fática entre os acórdãos.
 Agravo não provido.
 DECISÃO:

.....
 Igualmente, não houve sequer menção a fundamento autônomo do acórdão recorrido, no sentido de que "a solução da demanda, aliás, repercute os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva que estão consagrados nos arts. 421 e 422 do Código Civil" (fls. 678). O alegado dissídio não pode ser reconhecido, por sua vez, pois não houve demonstração de similitude fática entre os acórdãos e, de qualquer sorte, ainda que o dissídio pudesse ser reconhecido, remanesceria a ocorrência de fundamentos não atacados na decisão recorrida". STJ. Agr. de Inst. nº 936.302 (decisão monocrática), Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma. DJ 28/05/2008.

265

“ADMINISTRATIVO. CONSÓRCIO. CRÉDITOS. FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITO. BMD. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL.

1. Os créditos em nome do mandatário, representante legal ou gestor de negócios devem ser computados como pertencentes ao representado ou ao dono do negócio, desde que tal condição esteja documentada na instituição, conforme Resolução n.2.211/95 do Conselho Monetário Nacional.

2. Remessa Oficial e apelações improvidas.” (TRF 3ª Rg. AMS nº 0053271-06.1998.4.03.6100/SP, Rel. Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy, Turma C, DJ 24/11/2010.)

“ADMINISTRATIVO. FINANCEIRO. BANCO EM LIQUIDAÇÃO. LIBERAÇÃO DE VALORES. GARANTIA DO FGC. CONTA DE CONSÓRCIO. LIBERAÇÃO DE VALORES PERTENCENTES A CADA CONSORCIADO ATÉ O LIMITE DA GARANTIA. ARTIGO 2º, § 2º, ANEXO II, DA RESOLUÇÃO 2.211, DE 16 DE NOVEMBRO DE 1995.

1. A impetrante é Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada que tem por objeto a administração de grupos de consórcios de bens duráveis, sendo certo que a conta mantida pela impetrante junto à instituição em liquidação visava atender aos comandos do Decreto nº 70.951/72, donde que detinha valores pertencentes aos consorciados e não à própria impetrante.

2. O artigo 2º, § 2º, Anexo II, da Resolução 2.211, de 16 de novembro de 1995 garante a liberação de até R\$ 20.000,00 para aqueles que detém crédito perante instituições financeiras que sofreram intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, desde que elas sejam participantes do Fundo Garantidor de Créditos.

3. O bloqueio da conta se deu em razão da intervenção do Banco, sendo certo que a conta tinha por objetivo atender os comandos do artigo 43, Inciso V do Decreto nº 70.951/72 e os valores depositados na conta pertenciam aos consorciados, de sorte que cada um destes tinha direito de ter liberado os R\$ 20.000,00 que o FGC garantia.

4. Sentença parcialmente reformada para determinar ao litigante que apresente ao FGC a listagem de todos os consorciados beneficiários da conta referida, para que este proceda à liberação do montante que cada um deles teria direito.

5. Apelação do FGC que se dá parcial provimento.

6. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação da liquidante desprovida.” (TRF 3ª Rg. Apel./Reex. nec. nº 0033215-49.1998.4.03.6100/SP, Rel. Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, 3ª Turma, DJ 14/07/2011.)

Ação de cobrança – Demanda ajuizada por entidade de previdência privada fechada em face do Fundo Garantidor de Créditos (FGC) – Instituto de Seguridade Social que aplicou em seu próprio nome em Certificados de Depósitos Bancário (CDB's) emitidos pelo Banco Morada S/A, instituição financeira que veio a falir – Limite da garantia (R\$ 70.000,00) que deve ser considerado para cada participante-investidor do fundo comum administrado pela entidade de previdência privada, participantes esses considerados como efetivos titulares dos créditos – Ação procedente. Recurso improvido.²⁶⁶

Fundo de previdência complementar – Aplicação em certificado de depósito bancário (CDB) – Banco em liquidação extrajudicial – Fundo Garantidor de Crédito que deve garantir a restituição, considerando cada um dos participantes do fundo de previdência, uma vez que a autora não é a aplicadora dos recursos, mas sim seus participantes, detentores da titularidade destes recursos - Procedência da ação que deve ser mantida – Verba honorária fixada em favor da autora que merece, porém, ser reduzida, atento ao valor expressivo da presente demanda – Recurso do réu provido em parte.²⁶⁷

Ação de cobrança - entidade fechada de previdência complementar - LC 109/2001 investimento em "CDBs" do Banco Santos S.A. objeto de intervenção do BACEN - direito à cobertura (garantia) do Fundo Garantidor de Créditos (FGC) - pretensão do FGC de ressarcir apenas a autora titular do crédito até o limite de R\$ 20.000,00 - inadmissibilidade - contrato realizado a favor de terceiros titulares do crédito são os participantes da entidade fechada de previdência complementar, que merecem o indenizatório - demanda procedente - recurso provido.²⁶⁸

AÇÃO DE COBRANÇA Entidade de previdência privada em face do Fundo Garantidor de Créditos Objeto da ação Valores depositados junto ao Banco Santos S/A Pleito fundado na garantia prestada pela requerida na hipótese de decretação de intervenção em instituição financeira associada a esta Ré que sustenta que a garantia deve limitar-se a R\$ 20.000,00, por se tratar de apenas uma aplicação efetuada em nome da autora Postulante que requer a condenação da parte contrária ao pagamento de R\$ 5,4 milhões de reais Sentença de improcedência Reforma que se impõe Autora que possui a natureza jurídica de fundação, cujo patrimônio visa, única e exclusivamente, à consecução de seus objetivos (manter os planos de previdência privada pertencentes aos denominados Patrocinadores e Participantes) Previsão legal de que os valores atinentes às reservas e provisões serão aplicados em instituição financeira de baixo risco de crédito (art. 9º, § 1º, da LC 109/2001 c/c Resolução 3121, do CMN) Banco Santos S/A que, ao tempo da aplicação, era qualificado por três agências de risco com nota boa ou média Autora que geriu os valores que lhe foram confiados conforme era esperado pelos Patrocinadores/Participantes e exigido pela legislação vigente Reconhecimento de que agiu na condição de mandatária (mandato tácito) ao efetuar a aplicação financeira em nome próprio, mas no interesse exclusivo de seus Patrocinadores/Participantes Art. 2º do Anexo II à Resolução 2211, CMN, que prevê que os créditos em nome de mandatário devem ser computados como pertencentes ao representado Interpretação do sistema normativo Precedentes desta

²⁶⁶ TJSP, Apel. nº 0140070-44.2012.8.26.0100, Des. Márcia Cardoso, 12ª Câmara de Direito Privado. DJ 16/09/2015.

²⁶⁷ TJSP, Apel. nº 1021530-83.2013.8.26.0100, Des. Thiago de Siqueira, 14ª Câmara de Direito Privado. DJ 18/05/2015.

²⁶⁸ TJSP, Apel. nº 0201353-39.2010.8.26.0100, Des. Jovino de Sylos, 16ª Câmara de Direito Privado. DJ 12/01/2016.

C. Corte Condenação ao pagamento do valor pleiteado Sentença reformada Recurso provido.²⁶⁹

O que os acórdãos acima têm de mais relevante para a presente análise é o fato de considerarem os participantes e assistidos dos planos de previdência privada fechada os efetivos titulares dos recursos aportados no fundo, seja sob a forma de propriedade, seja sob a forma de crédito, conforme fundamentado em cada um dos acórdãos.

No sentido de que os recursos se assemelhariam a um depósito, os quais estariam sob a administração da EFPC, destaca-se o seguinte trecho:

Concebida a natureza da previdência complementar e as regras aplicáveis à poupança popular, milhares de investidores, formando comunhão e união de propósitos, delegaram aos administradores as respectivas aplicações dos valores declinados.²⁷⁰

Em outra situação, ao indicar que os recursos seriam de propriedade dos participantes, e que a EFPC seria administradora de recursos de terceiros, destaca-se o seguinte trecho:

O Instituto de Seguridade Social autor é uma entidade fechada de previdência privada, constituída na forma de sociedade civil sem fins lucrativos com o objetivo de instituir e administrar planos de benefícios previdenciários em favor dos empregados da patrocinadora instituidora Companhia do Metropolitano de São Paulo METRÔ, bem como de seus próprios empregados.

A Lei Complementar nº 109/01, que dispõe sobre o regime de previdência complementar, considera as entidades de previdência como administradoras de valores pertencentes aos participantes do plano.²⁷¹

Sobre a impossibilidade de se considerar que os créditos perante a instituição financeira falida seriam de titularidade exclusiva da EFPC, tendo em vista que ela administra recursos de terceiros, destaca-se o seguinte trecho:

Sendo a apelada sociedade organizada como entidade fechada de previdência privada, constituída com finalidade de instituir e administrar planos de benefícios previdenciários aos seus participantes, sob regime de previdência privada complementar e sob a fiscalização governamental, cada um de seus participantes deve ser considerado como um investidor autônomo, tendo em vista que a titularidade dos créditos pertence a cada um deles individualmente, mesmo que representados pela apelada.

²⁶⁹ TJSP, Apel. nº 0201351-69.2010.8.26.0100, Des. Spencer Almeida Ferreira, 38ª Câmara de Direito Privado. DJ 30/08/2013.

²⁷⁰ TJSP, Apel. nº 0129663-13.2011.8.26.0100, Des. Carlos Abrão, 37ª Câmara de Direito Privado. DJ 28/03/2013.

²⁷¹ TJSP, Apel. nº 0140070-44.2012.8.26.0100, Des. Márcia Cardoso, 12ª Câmara de Direito Privado. DJ 16/09/2015.

Ressalte-se que a administração dos recursos dos participantes é regulada pelo próprio poder público, seja na constituição de fundos de reserva, seja na forma de aplicação dos recursos obtidos, o que afasta a pretensão de outorgar a titularidade do crédito somente à apelada.

Cumpra destacar, ainda, que, o fato da apelada figurar como cotista não afasta a titularidade dos participantes do fundo, até porque o patrimônio por ela administrado, sob os termos de seu estatuto e da autorização legal, é inteiramente constituído por recursos de seus associados.²⁷²

Cumpra salientar, contudo, que já existem dois acórdãos do STJ favoráveis ao FGC, ou seja, de que a garantia prestada pela referida associação deveria ser paga apenas uma vez à EFPC. Tais acórdãos reformam justamente acórdãos do TJSP em casos envolvendo o Banco Santos, conforme se depreende das ementas abaixo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO BANCÁRIO. FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITOS (FGC). INVESTIMENTOS EM CDB EFETUADOS POR ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO BANCO SANTOS S/A. FALÊNCIA. LIMITAÇÃO DA COBERTURA EM CONFORMIDADE COM O REGULAMENTO DO FGC APROVADO PELO CMN. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA GARANTIA A CADA UM DOS PARTICIPANTES DO FUNDO DE PREVIDÊNCIA. INVESTIDOR INSTITUCIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA.

1. Pretensão de entidade fechada de previdência complementar de que o valor resguardado pelo Fundo Garantidor de Créditos (FGC) seja considerado individualmente para cada um dos seus participantes, em face da falência do Banco Santos.

2. O Fundo Garantidor de Créditos, entidade privada sem fins lucrativos, com criação autorizada pelo Conselho Monetário Nacional, tem por finalidade proteger titulares de créditos contra instituições financeiras a ele associadas, prestando aos pequenos investidores suporte financeiro mediante as contribuições que reúne dos integrantes do sistema.

3. O FGC integra uma rede de proteção bancária para a garantia do equilíbrio do sistema, atuando como um seguro de depósitos dos pequenos investidores.

4. Estabelecido no regulamento do FGC que as entidades investidoras, como a demandante, terão o total dos seus investimentos salvaguardados até o limite de vinte mil reais (R\$ 20.000,00), a pulverização dessa garantia a cada um dos participantes do plano de previdência, além de afrontar o regulamento, pode conduzir ao indesejável desequilíbrio do fundo, comprometendo os seus fins institucionais.

5. Reconhecidas as entidades fechadas de previdência complementar como investidores institucionais qualificados no mercado financeiro, não se mostra razoável igualar a sua situação a dos pequenos poupadores a quem o FGC tem o propósito institucional de tutelar.

6. RECURSO ESPECIAL DO FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITO (FGC) PROVIDO, JULGANDO-SE PREJUDICADO O RECURSO ESPECIAL DA FUNDAÇÃO DEMANDANTE.²⁷³

²⁷² TJSP, Apel. nº 1021530-83.2013.8.26.0100, Des. Thiago de Siqueira, 14ª Câmara de Direito Privado. DJ 18/05/2015.

²⁷³ STJ. RESP nº 1453957 (2012/0264726-0), Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma. DJe 26/06/2015.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. APLICAÇÃO NO MERCADO FINANCEIRO. FALÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INDENIZAÇÃO PELO FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITOS (FGC). INVESTIMENTO EFETUADO POR ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. LIMITE DE GARANTIA DO FUNDO GARANTIDOR DE

CRÉDITO 1. Ação de cobrança ajuizada por entidade de previdência complementar contra o Fundo Garantidor de Créditos para cobrança de indenização decorrente da aplicação em CDB perante instituição financeira em liquidação extrajudicial (Banco Santos S/A), alegando que deve ser considerado o limite garantido a cada um de seus associados.

2. Função social de proteção ao pequeno investidor exercida pelo Fundo, para estimular e garantir a participação do cidadão comum no mercado financeiro.

3. Investimento efetuado pela recorrida em nome próprio, como um único investidor, tendo, portanto, direito a uma única indenização até o limite previsto no inciso VI do § 3º do art. 2º do Regulamento do FGC, aprovado pelo Conselho Monetário Nacional, no exercício da competência estabelecida na Lei 4.595/64.

4. Recurso especial conhecido e provido.²⁷⁴

O pagamento da garantia uma única vez às EFPCs tem por fundamento o próprio regulamento do FGC vigente à época dos fatos, que estabelecia o seguinte:

Art. 2º São objeto da garantia proporcionada pelo FGC os seguintes créditos:

.....
 § 3º Para efeito da determinação do valor garantido dos créditos de cada pessoa, devem ser observados os seguintes critérios:

.....
 VI - os créditos titulados por associações, condomínios, cooperativas, grupos ou administradoras de consórcio, entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e demais sociedades e associações sem personalidade jurídica e entidades assemelhadas, serão garantidos até o valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais) na totalidade de seus haveres em uma mesma instituição associada;²⁷⁵

Sobre a titularidade dos recursos aportados nos planos de benefícios, ambos os acórdãos tecem breves comentários. O primeiro deles, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, diz o seguinte:

A entidade privada de previdência complementar demandante, consubstanciada em vasto patrimônio personificado voltado à consecução de fins previdenciários, é - ou tem à sua disposição - profissional da área de investimentos que leva à frente o sucesso do plano que instituirá.

É considerada, no mercado financeiro, como um investidor qualificado e institucional, alcançando os seus objetivos sociais, também, mediante significativos investimentos no mercado financeiro.

Assim, a circunstância de o patrimônio personificado, voltado a fim previdenciário, resultar de recursos de terceiros participantes e patrocinadores ou instituidores, para o fim que se propõe a presente ação, ou

²⁷⁴ STJ, RESP nº 1.454.238/SP (2014/0026201-4), Min. Maria Isabel Galotti, 4ª Turma. DJe 01/02/2016.

²⁷⁵ Resolução nº 3251 do Conselho Monetário Nacional, que altera e consolida as normas que dispõem sobre o estatuto e o regulamento do Fundo Garantidor de Créditos - FGC.

seja, para a imputação do insucesso dos seus investimentos ao Fundo Garantidor de Créditos, que visa a garantir específicos negócios realizados por determinados tipos de investidores, não merece relevo.

.....
Os integrantes do plano de previdência não investiram valores no Banco Santos.

Suas reservas de poupança foram aplicadas ao longo do tempo em um fundo de previdência administrado pela entidade demandante para a percepção dos benefícios previstos no respectivo regulamento.

Se fossem investidores, estariam, cada qual, atuando junto ao mercado financeiro na tentativa de auferir rentabilidade de acordo com a volatilidade dos investimentos realizados ao seu alvedrio, e, daí sim, o seu investimento seria acobertado pelo FGC, mas na forma do seu regulamento.

A situação real é bastante diversa.

.....
Os participantes da entidade demandante são poupadores que sequer têm ciência exata das espécies de riscos assumidos pela entidade e nenhuma participação na decisão acerca dos investimentos que serão levados a efeito para a consecução dos fins previdenciários contratados, sendo informados, no máximo, com apoio em balanços periódicos, se o plano é deficitário ou superavitário.

Ou seja, não figuraram, cada um deles, como investidores individuais da instituição falida.

Não deixo, todavia, de relevar a extraordinária importância que têm os fundos de pensão na economia brasileira e mundial e os efeitos negativos que a falência das instituições em que aportados os seus recursos possa vir a ter sobre o seu patrimônio.

No entanto, a solução do eventual déficit nas reservas da entidade autora decorrente do insucesso de investimentos deverá ser contornada na forma da LC nº 109/2001, no mutualismo próprio do sistema, na redução de benefícios, na cobrança de administradores descuidados, no aumento das contribuições, ou na sua instituição em relação a assistidos, e não mediante o Fundo Garantidor de Créditos, que, ressaltado uma vez mais, não tem a função de resguardar o insucesso de investimentos realizados por investidores profissionais.

Ademais, quando do recolhimento das contribuições dos participantes e patrocinadores à entidade de previdência, tais valores passam a ser por esta titularizados e investidos, em seu nome, em cotas de fundos de investimento, como o denominado Fundo Rubi, referido na sentença, fundo com o qual apenas a entidade de previdência possui vinculação. (grifo nosso)²⁷⁶

Como se vê, a decisão apesar de reconhecer que o insucesso dos investimentos realizados pela EFPC recai diretamente sobre o patrimônio dos participantes, nos termos da Lei Complementar nº 109/2001, e que estes não têm qualquer controle ou ingerência sobre os investimentos realizados pela EFPC, conclui que os recursos aportados no plano são, de fato, transferidos à EFPC, que realiza, em nome próprio, os investimentos dos recursos recebidos.

Do segundo acórdão, por sua vez, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, também se depreende o entendimento de que os recursos seriam de titularidade da EFPC,

²⁷⁶ STJ, RESP nº 1.453.957 (2012/0264726-0), Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 26/06/2015.

tendo em vista que seriam, em nome dela, os investimentos realizados, muito embora não se discorra sobre como teria ocorrido tal transferência de propriedade:

Verifica-se, pois, que a pretendida garantia de valores de vulto, aplicados por investidores qualificados, como é o caso de uma instituição de previdência complementar, não se insere nos objetivos da garantia ordinária do FGC, podendo prejudicar a finalidade para a qual foi criado o Fundo, criando risco moral, na medida em que incentivaria o investimento em instituições financeiras de conduta arrojada e arriscada, em detrimento de bancos que efetuam aplicações mais responsáveis e, por esse motivo, em geral, menos lucrativas.

.....
No caso em exame, o investimento foi efetuado pela recorrida em nome próprio, como um único investidor, tendo, portanto, direito a uma única indenização até o limite previsto nas normas regulamentadoras, que, repita-se, sempre foram de seu conhecimento. Não há como a recorrida transferir a responsabilidade do insucesso de seu investimento, feito em seu nome e não no de seus contribuintes, à recorrente.²⁷⁷

Nesse caso, a conclusão acerca da titularidade dos recursos objeto de investimento junto à instituição financeira é realizada em virtude no nome que aparece junto ao referido investimento. Não se problematiza a situação como sendo análoga à dos fundos de investimento.

Não há dúvidas que, nos fundos de investimento, os recursos não são de propriedade da sua administradora, a qual está apenas incumbida de realizar a sua administração. O patrimônio permanece de propriedade daqueles investidores que realizaram seus aportes nos fundos, juridicamente enquadrados como condomínios, nos termos dos arts. 3º e 4º da Instrução nº 555/2014 da CVM²⁷⁸. Ainda que se defenda que os fundos de investimento não seriam condomínios, mas sim sociedades, isso não alteraria a propriedade sobre o patrimônio, tendo em vista que tal sociedade seria despersonificada²⁷⁹.

A controvérsia acerca da propriedade dos recursos aportados no plano já havia anteriormente chegado ao STJ, em ações de prestação de contas, tendo recebido tratamento diverso.

²⁷⁷ STJ, RESP nº 1.454.238/SP (2014/0026201-4), Min. Maria Isabel Galotti, 4ª Turma. DJe 01/02/2016.

²⁷⁸ Instrução CVM nº 555/2014: “Art. 3º O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros.
Art. 4º O fundo pode ser constituído sob a forma de condomínio aberto, em que os cotistas podem solicitar o resgate de suas cotas conforme estabelecido em seu regulamento, ou fechado, em que as cotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo.”

²⁷⁹ Cf. CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. Regime jurídico dos fundos de investimento. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Em sentido contrário, CRUZ, Clara Gazzinelli de Almeida. *Fundos de Investimento: um novo tipo de pessoa jurídica*. Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2009.

Tome-se o exemplo da Fundação Banco Central de Previdência Privada (Centrus), EFPC vinculada aos funcionários do Banco Central do Brasil, quando ainda eram celetistas, que argumentou nos autos de ação de prestação de contas ajuizado por um de seus participantes que “em razão de sua natureza jurídica de fundação, destinada a propiciar complementação de aposentadoria, as entidades fechadas de previdência privada têm gerido patrimônio próprio e não de terceiros, sendo incabível, portanto, a prestação de contas”²⁸⁰. Instado a se pronunciar especificamente sobre o assunto, o Ministro Castro Filho, em seu voto, afirmou que:

A assertiva de que essas entidades administrariam recursos próprios e não de terceiros não vinga, pois, a despeito de a fundação ter patrimônio próprio, ela também administra parcela da contribuição paga por seus beneficiários, tanto assim que, desligando-se da empresa patrocinada, têm os participantes o direito de serem reembolsados pelo montante adimplido. Nesse passo, é de lhes ser reconhecida a prestação de contas na forma do artigo 914 do estatuto processual civil.²⁸¹

Esse é, inclusive, o mesmo fundamento utilizado pelo Ministro Castro Filho no voto que prevaleceu quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 544.974²⁸².

E esse não é o único precedente sobre o tema no STJ:

Ação de prestação de contas. Entidade de previdência privada. Art. 14 da Lei nº 9.650/98. Forma de apresentação das contas. 1. Os destinatários da liberação prevista no art. 14, § 3º, IV, da Lei nº 9.650/98 têm direito a exigir contas da entidade de previdência privada, que a tanto não pode se escusar sob o manto de não administrar bens de terceiros, mas patrimônio próprio. 2. O fato de possuir contabilidade própria não serve de argumento para alegar impossibilidade de prestar contas, nos moldes previstos no Código de Processo Civil para o caso, de forma adequada para que sejam claras e compreensíveis aos destinatários. 3. Recurso especial não conhecido.²⁸³

PRESTAÇÃO DE CONTAS. Previdência privada. Fundação. SISTEL. O membro de fundação de seguridade social, entidade fechada de previdência privada, tem o direito de pedir contas em juízo para apurar o valor dos benefícios pagos. Recurso não conhecido.²⁸⁴

²⁸⁰ STJ, RESP nº 600744 (2003/0187717-1), Min. Castro Filho, 3ª turma. DJ 24/05/2004, p. 274, RJTAMG vol. 97, p. 372, RSSTJ, vol. 26, p. 301.

²⁸¹ STJ, RESP nº 600744 (2003/0187717-1), Min. Castro Filho, 3ª turma. DJ 24/05/2004, p. 274, RJTAMG vol. 97, p. 372, RSSTJ, vol. 26, p. 301.

²⁸² STJ, Emb. Div. RESP nº 544.974/DF (2004/0148804-9), Min. Castro Filho, Segunda Seção. DJ 06/06/2015, p. 177.

²⁸³ STJ, RESP nº 547.426/DF (2003/0085822-1), Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma. DJe 01/03/2004, p. 185.

²⁸⁴ STJ, RESP nº 471.746/DF (2002/0128919-7), Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma. DJe 04/08/2003, p. 315.

PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. PRESTAÇÃO DE CONTAS.

– Admitida a relação contratual entre os litigantes e reconhecido que a entidade de previdência privada administra bens ou interesses de terceiros, adequada é a ação de prestação de contas proposta pelos seus associados. Recurso especial conhecido e provido.²⁸⁵

Ressalta-se que, no julgamento do terceiro acórdão supra citado, muito embora o entendimento do relator tenha prevalecido por cinco votos a três, o voto divergente do Ministro César Asfor Rocha, acompanhado pelos Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, contudo, não ataca o entendimento de que os recursos administrados pela EFPC seriam de terceiros. Resumiu-se, apenas, a apresentar o entendimento de que a prestação de contas já havia, anteriormente, sido realizada de forma adequada.

No mesmo sentido, agora sobre o direito de restituição, também já se manifestou o STJ. O primeiro desses exemplos diz respeito à impossibilidade de reajuste dos benefícios em consonância com os reajustes do regime geral, tendo em vista que os pagamentos são realizados com recursos dos próprios participantes, objeto de aportes anteriores, e, por isso, devem obedecer aos cálculos atuariais que têm por objetivo a manutenção do equilíbrio do plano:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADO POR ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PREVISÃO NO REGULAMENTO DE PLANO DE BENEFÍCIOS ESTABELECIDO A PARIDADE ENTRE OS REAJUSTES DOS BENEFÍCIOS SUPLEMENTARES E OS CONCEDIDOS PELA PREVIDÊNCIA OFICIAL. POSSIBILIDADE, COM A ANUÊNCIA DO ÓRGÃO PÚBLICO FISCALIZADOR, DE NÃO CONTEMPLAR OS AUMENTOS REAIS. A PREVIDÊNCIA PRIVADA BUSCA - SEM DESCUIDAR DO EQUILÍBRIO ATUARIAL, QUE DEVE SER OBSERVADO DURANTE TODO O DECORRER DA RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL - PROPICIAR AO PARTICIPANTE A MANUTENÇÃO DE PADRÃO DE VIDA SEMELHANTE AO QUE DISPUNHA NA OCASIÃO EM QUE PASSA A SER ASSISTIDO. EMBORA A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA GARANTA A IRREDUTIBILIDADE DOS BENEFÍCIOS, NÃO ASSEGURA, EM PREJUÍZO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL, A OBTENÇÃO DE GANHOS REAIS AO ASSISTIDO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DETERMINAÇÃO DO ÓRGÃO PÚBLICO FEDERAL COM ATRIBUIÇÃO LEGAL DE FISCALIZAR E SUPERVISIONAR AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, VEDANDO A EXTENSÃO DE GANHOS REAIS, POR NÃO HAVER FONTE DE CUSTEIO DA DESPESA. DESCABIMENTO DA EXCEPCIONAL INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA RELAÇÃO CONTRATUAL.

.....
 (...) 2. **Embora as entidades de previdência privada administrem os planos, não pertence a elas o patrimônio comum**, que deve ser estruturado como objetivo de constituir reservas que possam, efetivamente, assegurar os benefícios contratados

²⁸⁵ STJ, RESP nº 545.968 (2003/0085846-0), Min. Barros Monteiro, Segunda Seção. DJ 17/12/2004, p.411, RSTJ Vol 199, p.283.

num período de longo prazo, por isso o reajustamento dos benefícios não prescinde dos respectivos cálculos atuariais que o embasem. 3. Os valores alocados ao fundo comum obtido pelo plano de benefícios, 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, não sendo possível a destinação de recursos para um terceiro que não sejam os próprios participantes e assistidos dos planos de benefícios, incumbindo aos órgãos públicos de regulação e fiscalização determinar padrões mínimos para os planos, assegurando a liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial em uma perspectiva de longo prazo. Por isso, se o Judiciário defere ao assistido mais do que o previsto nos cálculos matemáticos (atuariais) efetuados por ocasião da elaboração do regulamento do plano, resultará em lesão aos demais beneficiários e participantes. 4. A legislação de regência em diversos dispositivos deixa nítido o dever do Estado de velar os interesses dos participantes e beneficiários dos planos de benefícios - verdadeiros detentores do fundo formado - garantindo a irredutibilidade do benefício, mas não a concessão, em prejuízo do equilíbrio atuarial, de ganhos reais ao assistido, que já goza de situação privilegiada com relação aos participantes que, a teor do art. 21, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001 poderão, em caso de desequilíbrio atuarial, ver reduzidos os benefícios a conceder. (grifo nosso)

O segundo desses exemplos versa sobre a inaplicabilidade da previsão de isenção prevista no art. 1º da Lei nº 7.485/1986 (isenção de contribuições dos aposentados em geral e dos pensionistas, para custeio da assistência médica) no âmbito da previdência privada. No referido acórdão, o Relator lembra que, conquanto as regras atinentes à previdência social possam auxiliar a resolução de questões envolvendo a previdência privada complementar, a verdade é que são ambos regimes jurídicos diversos, com regramentos específicos, tanto de nível constitucional, quanto infraconstitucional:

PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL. EXTENSÃO DE ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS DA PREVIDÊNCIA PÚBLICA A BENEFICIÁRIOS DE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA QUE, DESDE A ADESÃO DOS PARTICIPANTES, PREVIA A CONTRIBUIÇÃO. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO AO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO DISPOSTO NO ART. 1º DA LEI 7.485/86. IMPOSSIBILIDADE. PREVIDÊNCIA PÚBLICA E PRIVADA COMPLEMENTAR. VÍNCULOS JURÍDICOS DE NATUREZA DISTINTA.

.....
 (...) 3. **As entidades de previdência privada fechada administram os planos, mas não são as detentoras de seu patrimônio, que é constituído com o objetivo de assegurar o custeio das despesas comuns**, de sorte que a indevida isenção de contribuição, em prejuízo de terceiros, é providência vedada pelo artigo 3º, VI, da Lei Complementar 109/2001, que impõe ao Estado proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios. (grifo nosso)

²⁸⁶ STJ, RESP nº 1.414.672/MG (2011/0282776-0), 4ª Turma, Min. Luiz Felipe Salomão, DJe 03/02/2014.

²⁸⁷ STJ, RESP nº 814.465/MS (2006/0020048-5), 4ª Turma, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, DJe 24/05/2011.

Citam-se, igualmente, os acórdãos em que o STJ foi instado a se manifestar acerca da natureza jurídica do depósito bancário²⁸⁸. No julgamento do Recurso Especial nº 501.401²⁸⁹, em 03 de novembro de 2004, por exemplo, envolvendo o emblemático caso da falência do Banco do Progresso, a corte entendeu que o depósito bancário não estaria sujeito à disciplina do art. 76²⁹⁰ da Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, a anterior Lei de Falências, que diz respeito ao direito de restituição dos depositantes. Ao tratar da natureza jurídica do depósito bancário, o STJ ao mesmo tempo em que admitiu a natureza peculiar desse contrato, também reconheceu que um de seus efeitos é a transferência da propriedade dos bens depositados para a instituição financeira, o que lhe autorizaria a disposição e o gozo dos recursos, sem a interferência do depositante:

É claro que sendo depósito de coisa fungível as regras do mútuo são aplicáveis, diante do comando legal. Ocorre que o problema preliminar é identificar a natureza jurídica do contrato de depósito bancário. Ora, se ele não é um contrato típico de depósito, nem de mútuo, mas, sim, um contrato de depósito irregular, com ingredientes do contrato de mútuo, distanciando-se, contudo, do depósito irregular em certos aspectos, e do mútuo em outros, é evidente que a incidência da regra do art. 645 do Código Civil (art. 1.280 do anterior) deve receber temperamento. Por exemplo, sendo modalidade de depósito à vista, não tem espaço o disposto no art. 592 do Código vigente (art. 1.264 do anterior), sobre o prazo de trinta dias para devolução. Na verdade, havendo depósito à vista, o banco se obriga a devolver a importância depositada imediatamente, isto é, quando solicitado pelo depositante, sendo ilegal qualquer forma de adiamento. Como anota Nelson Abrão, o depósito à vista “é aquele que fica à disposição do depositante para ser sacado a qualquer momento” (Direito Bancário, Saraiva, 1999, pág. 82). Se o depositante, nessa modalidade, exigir, deve o banco, portanto, entregar, sem mais delongas, o que foi pedido sacar. Da mesma forma, contendo ingredientes do depósito irregular e do mútuo, a entrega do dinheiro é também uma transferência do valor depositado para o banco depositário, que dele pode dispor como bem entender, por sua conta e risco, não tendo o depositante nenhuma ingerência no uso do dinheiro que depositou.

Nesse cenário, na minha compreensão, há uma relação fiduciária entre o depositante e o banco. De igual forma, entregando o depositante ao banco o seu dinheiro, de que este pode dispor, sem a interferência daquele, e estando o banco obrigado, em se tratando de depósito à vista, a entregar o valor depositado no momento em que o depositante pedir, há também uma relação de crédito, com pronto resgate.

.....
O que se verifica é que o sistema do contrato de depósito bancário autoriza tanto a transferência do dinheiro depositado ao controle do depositário como o direito do depositante de pedir a restituição do que depositou, no todo ou em parte. Guarda,

²⁸⁸ “Também não é dos clientes o dinheiro que se acha no banco. Já decidi esta Corte que o depósito bancário é irregular, a que se aplicam as regras do mútuo. Assim, transfere-se a propriedade para o depositário, contra quem o depositante passa a ter um crédito (Resp 98.623 e RMS 7.230)”. (STJ, Recurso Especial nº 212.886 (1999/0039717-7), Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 28/08/2000, p. 77.)

²⁸⁹ STJ, RESP nº 501.401 (2002/0176825-0). Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, DJ 14/04/2004, p. 130.

²⁹⁰ “Art 76. Pode ser pedida a restituição de coisa a arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato.”

portanto, elementos do depósito irregular e do mútuo, mas, repita-se, é um contrato com características próprias e, por isso, não pode ser enquadrado nem naquele nem neste, pura e simplesmente, embora seja, essencialmente, um contrato de depósito, não de mútuo.

Com isso, não vejo possibilidade de se enquadrar o contrato de depósito bancário na disciplina do art. 76 da Lei de Falências. Tanto a transferência do controle do dinheiro depositado quanto a natureza do crédito de que dispõe o depositante, crédito com pronto resgate, dependendo da modalidade do depósito efetuado, retiram a configuração própria que autoriza a cobertura do citado dispositivo. **O dinheiro no caixa do banco falido está na disponibilidade deste, porque a propriedade, o controle, o uso, ao seu talante, sem a interferência do depositante, foi-lhe transferida no momento em que feito o depósito.** Daí que ao depositante resta o crédito equivalente ao valor que lhe corresponde em razão do contrato de depósito bancário. Essa interpretação, na minha avaliação, está conforme ao que previsto na Súmula nº 417 do Supremo Tribunal Federal, ou seja: “pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade”. Ora, no caso do contrato de depósito bancário, o banco tem a disponibilidade do dinheiro depositado, não sendo pertinente, portanto, que se lhe assemelhe aqueles casos em que o banco, efetivamente, não tem a disponibilidade, mas mera detenção ou custódia.

Veja-se, ainda, a lição abalizada de Trajano de Miranda Valverde no sentido de que as “coisas fungíveis, não tendo individualidade própria (espécie) não podem em regra, ser reivindicadas. Mas, desde que se não tenham confundido com coisas do mesmo gênero e sejam identificáveis, já podem ser objeto de pedido de restituição. O próprio dinheiro corrente, se passa de gênero a espécie, e é, assim, identificável, pode, como é sabido, ser objeto de reivindicação: *se quidem pecuniam extat, vindicare eam potest*” (Comentários à Lei de Falências, Forense, vol. II, nº 502, pág. 50). (*grifo nosso*)²⁹¹

Apesar de consistir em situação diversa da que ora se discute, os acórdãos citados, ao admitirem que um dos efeitos do depósito bancário é a entrega de bens fungíveis para a administração da instituição financeira, remete à situação análoga à das EFPCs. Afinal, essas entidades recebem dos participantes e assistidos bens fungíveis (moeda corrente), os quais necessariamente são objeto de investimento nos mercados financeiro e de capitais, fato, inclusive, conhecido pelos participantes. A situação dos depósitos bancários é ainda mais controversa, tendo em vista que o dever de devolução (i) recai sobre o montante total dos valores depositados, (ii) deve ser cumprido de forma imediata à solicitação, e (iii) que os depositantes não tem consciência de que, ao realizarem o depósito, o direito de propriedade antes existente é substituído por um direito de crédito²⁹². De forma diversa, a EFPC não tem a

²⁹¹ STJ, RESP nº 501.401 (2002/0176825-0). Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, DJ 14/04/2004, p. 130.

²⁹² No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão em que prevaleceu a tese da propriedade, destaca-se o seguinte trecho do voto do Desembargador Antônio Hélio Silva, relator do acórdão: “Ora, ninguém em sua consciência deposita o dinheiro conseguido com seu suor, com seu trabalho, com venda de seus bens, ou outros meios lícitos, sabendo que a propriedade está sendo transferida ao banco, e sem pedir qualquer garantia.

obrigação de devolver de forma imediata os valores recebidos dos participantes, assistidos e do patrocinador, e esse fato é de conhecimento dos participantes e assistidos. O resgate ou a portabilidade do direito acumulado pelos participantes estão sujeitos ao cumprimento das condições estabelecidas no regulamento do plano de benefícios, dentre as quais se destaca o encerramento do vínculo entre o participante e o patrocinador. Fora dessas situações, o participante somente receberá o benefício (que corresponde a valor diverso do inicialmente aportado), se verificadas as condições para tanto, tais como a morte, doença, invalidez ou reclusão, nos planos que possuem essa cobertura, ou depois que transcorrido o prazo previsto no regulamento do plano para a sua elegibilidade. Tais características, se acompanhado o raciocínio apresentado pelo STJ acerca da natureza jurídica do depósito bancário, levariam à conclusão de que não há direito de propriedade dos participantes e assistidos sobre os recursos administrados pela EFPC, mas sim direito de crédito.

Ou seja, pelo menos no âmbito do STJ, a questão atinente à efetiva titularidade do patrimônio administrado pela EFPC, merece, ainda, uma análise mais criteriosa, não tendo sido alcançada uma uniformidade de entendimento. Há evidências de que são questões distintas, de um lado, o critério para pagamento da garantia prestada pelo FGC e, de outro, a titularidade dos recursos sob sua administração, conforme será mais bem explorado na seção 4.6 (*Garantia prestada pelo Fundo Garantidor de Créditos*) do capítulo 4 deste trabalho.

Tendo em vista que a controvérsia doutrinária e jurisprudencial não parece dar indícios de estar chegando a um fim, cumpre verificar se o próprio sistema possui elementos para a resolução desse impasse, ou se seria, verdadeiramente, uma lacuna, empreitada que se assumirá na seção seguinte.

3.4 Propriedade ou crédito? Conclusões

Conforme visto na seção antecedente, a ausência de consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da propriedade do patrimônio integrante dos planos previdenciários demonstra que a interpretação dos sistemas jurídicos não é tarefa tão simples quanto parece.

Desta forma, se o depositante não desejou nem sabia da transferência da titularidade do dinheiro, porque não era razoável nem racional que assim entendesse, deveria ser previamente cientificado, em cláusula bem destacada, quer em comunicado escrito do banco, quer no contrato de abertura de conta, desta condição grave, que, sem dúvida, interfere e compromete a vontade de contratar, conforme determina o art. 6º, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor”. (TJMG, Emb. Infº. nº 1.0000.00.203942-8/001. Des. Desembargador Antônio Hélio Silva, 1ª Câmara Cível, DJ 21/06/2002.)

Impõe-se ao jurista, como primeira tarefa, a verificação da adequação formal do sistema, sem pretender, num primeiro momento, realizar juízo de valor se seria justa ou não²⁹³.

Nem a Lei Complementar nº 108/2001 nem a Lei Complementar nº 109/2001 estabelecem, sem sombra de dúvidas, quem seriam os verdadeiros titulares dos recursos aportados para execução dos planos de benefícios. Daí a razão da infundável controvérsia.

O sistema, nesse sentido, apresenta indícios acerca da propriedade dos recursos integrantes dos planos de benefícios, os quais serão adiante analisados.

O argumento mais forte em prol da tese que defende que os verdadeiros titulares dos recursos são os participantes e assistidos é o fato de que o superávit e o déficit nos investimentos realizados recaem sob seu patrimônio, por disposição expressa da Lei Complementar nº 109/2001, conforme bem explorado por Felipe Maia e explicado na seção 3.3 acima. No regime jurídico dos fundos de investimento, organizados sob a forma de condomínio, tal repasse é realizado de forma semelhante.

Como se sabe, e mencionado na seção 3.3, não há dúvidas de que, nos fundos de investimento, os recursos não são de propriedade da sua administradora, a qual está apenas incumbida de realizar a sua administração. O patrimônio permanece de propriedade daqueles investidores que realizaram seus aportes nos fundos, juridicamente enquadrados como condomínios, nos termos dos arts. 3º e 4º da Instrução nº 555/2014 da CVM²⁹⁴. Além disso, ainda que se defenda que os fundos de investimento não seriam condomínios, mas sim sociedades, isso não alteraria a propriedade sobre o patrimônio, tendo em vista que tal sociedade seria despersonificada²⁹⁵.

²⁹³ “...não é tarefa do pensamento teleológico, tanto quanto vem agora seu propósito, encontrar uma qualquer regulação ‘justa’, a priori no seu conteúdo – por exemplo no sentido do Direito Natural ou da doutrina do ‘Direito justo’ – mas apenas, uma vez legislado um valor (primário), pensar todas as suas consequências até ao fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores. Garantir a adequação formal é, em consequência, também a tarefa do sistema ‘teleológico’, em total consonância com o princípio ‘formal’ da igualdade”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 75-76.)

²⁹⁴ Instrução CVM nº 555/2014: “Art. 3º O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros.
Art. 4º O fundo pode ser constituído sob a forma de condomínio aberto, em que os cotistas podem solicitar o resgate de suas cotas conforme estabelecido em seu regulamento, ou fechado, em que as cotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo.”

²⁹⁵ Cf. CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. Regime jurídico dos fundos de investimento. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Em sentido contrário, CRUZ, Clara Gazzinelli de Almeida. *Fundos de Investimento: um novo tipo de pessoa jurídica*. Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2009.

Corroborando a mesma linha de raciocínio, os regulamentos anexos às três Resoluções que antecederam a Resolução CMN nº 3.792/2009 (Resolução CMN nº 2.829/2001, Resolução CMN nº 3121/2003, e Resolução CMN nº 3456/2007), que antes estabeleciam as diretrizes para aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar, equiparavam as aplicações realizadas diretamente pelas entidades fechadas de previdência complementar àquelas efetuadas por meio de fundos de investimento²⁹⁶.

Também a Lei Complementar nº 109/2001 possui elementos usualmente apontados como indicativos de que o patrimônio que administram não seria de sua propriedade. Em uma passagem, estabelece que o objeto da EFPC é a administração e execução dos planos de benefícios, o que poderia indicar uma equiparação às demais entidades do sistema financeiro nacional que administram recursos de terceiros²⁹⁷. Em outra passagem, estabelece ser uma infração o exercício irregular de atividade de previdência complementar, “bem como a captação ou a administração de recursos de terceiros”, o que permitiria a mesma interpretação²⁹⁸.

Por outro lado, a própria Instrução nº 555/2014 da CVM estabelece que “consideram-se ‘Previdenciários’ os fundos constituídos para aplicação e recursos de entidades fechadas de

²⁹⁶ Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.829, de 30 de março de 2001, e à Resolução CMN nº 3121, de 25 de setembro de 2003:

“Art. 12. Equiparam-se às aplicações realizadas diretamente pela entidade fechada de previdência privada aquelas efetuadas por meio de fundos de investimento ou de carteiras administradas.

.....
Art. 23. Equiparam-se às aplicações realizadas diretamente pela entidade fechada de previdência privada aquelas efetuadas por meio de fundos de investimento que não fundos de investimento em empresas emergentes e fundos de investimento em participações ou por meio de carteiras administradas.”

Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3456, de 1º de julho de 2007:

“Art. 42. Equiparam-se às aplicações realizadas diretamente pela entidade fechada de previdência complementar aquelas efetuadas por meio de carteiras administradas ou por meio de fundos de investimento, que não fundos de investimento em empresas emergentes e fundos de investimento em participações.”

²⁹⁷ Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 13. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada **plano de benefícios por esta administrado e executado**, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.

.....
Art. 32. As entidades fechadas têm como objeto a **administração e execução de planos de benefícios** de natureza previdenciária.” (grifo nosso).

²⁹⁸ “Art. 67. O exercício de atividade de previdência complementar por qualquer pessoa, física ou jurídica, sem a autorização devida do órgão competente, inclusive a comercialização de planos de benefícios, bem como a **captação ou a administração de recursos de terceiros** com o objetivo de, direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma, submete o responsável à penalidade de inabilitação pelo prazo de dois a dez anos para o exercício de cargo ou função em entidade de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público, além de multa aplicável de acordo com o disposto no inciso IV do art. 65 desta Lei Complementar, bem como noticiar ao Ministério Público.” (grifo nosso).

previdência privada”. Isso dá a entender que os recursos seriam de propriedade das próprias entidades. O fato de que, nos fundos previdenciários vinculados a entidades fechadas, os únicos quotistas são, de fato, as próprias EFPCs corroboraria esse entendimento.

Além disso, nos termos do art. 9º, III, da Instrução CVM nº 539/2013 (conforme redação dada pela Instrução CVM nº 554/2015), as EFPCs são consideradas investidoras profissionais.

O que explicaria, portanto, o fato de que os recursos são aplicados em nome das próprias EFPCs? A ausência de normas que estabeleçam, expressamente, de quem são os recursos, e como devem organizar-se os investimentos utilizados para a execução dos planos de benefícios não significa que o sistema seja omissivo com relação a isso.

Fato é que não existe vedação expressa à possibilidade de os planos de benefícios constituírem fundos de investimentos em nome dos seus participantes, atuando como verdadeira administradora de recursos de terceiros. Contudo, tal possibilidade seria contraditória com o próprio sistema.

Dê-se um exercício, com quatro exemplos, para compreender qual seria a fonte da contradição.

O condomínio, realizado por meio de fundos de investimento, seria a única figura jurídica existente no ordenamento brasileiro em que se permitiria concluir que os recursos administrados pela EFPC são de propriedade dos participantes e assistidos. No caso, a EFPC atuaria como administradora de um ou mais fundos de investimento ligados a um plano de benefícios e, portanto, a um grupo de participantes. O fundo, dessa forma, estaria em nome dos próprios participantes, e não da EFPC. Tais circunstâncias constituiriam prova da ausência de transferência dos recursos.

Em primeiro lugar, isso não seria possível em planos organizados sob os regimes de repartição simples e de repartição de capitais de cobertura.

Como visto na seção 2.7, os regimes de repartição simples e repartição de capitais de cobertura estão baseadas na solidariedade, ou mutualismo, entre os participantes do plano limitados às hipóteses de invalidez, morte, doença ou reclusão, e caracterizam-se pela repartição, entre os participantes, das despesas que serão pagas pelo plano em determinado período. Sabe-se que, no lapso temporal em que as despesas são repartidas, nem todos os participantes irão falecer ou ser acometidos por alguma doença ou invalidez. Assim, os participantes que continuam saudáveis “perdem” os recursos aportados em favor dos sucessores dos participantes que faleceram ou daqueles que foram acometidos por alguma doença ou invalidez. Não há como se defender que os participantes seriam proprietários dos

recursos aportados, tendo em vista que eles são efetivamente utilizados para pagamento de somente alguns desses participantes e seus sucessores, e não todos eles.

Nesses regimes, não há sequer a constituição de reservas, uma vez que os fluxos de pagamentos das contribuições são calculados de acordo com o fluxo de pagamentos dos benefícios.

Isso prova que a efetiva transferência dos recursos para a EFPC, para fins de contratação de determinado benefício, tanto não afronta o sistema quanto é necessário nos casos em que o plano é organizado sob o regime de repartição simples ou repartição de capitais de cobertura.

Sobram, entretanto, os planos organizados sob o regime de capitalização. Ocorre que, também neste segundo caso, a constituição de fundos em nome dos participantes e assistidos mostra-se contraditória com o sistema, por apresentar algumas sérias inconveniências.

Imagine-se a hipótese de um fundo deficitário. Tal como nos fundos de investimento, as suas perdas recaem diretamente sobre o patrimônio do plano, e não simplesmente afetam a forma do cálculo do benefício, como estabelecido pela legislação quando trata do equacionamento de déficits, como visto na seção 2.9 (*Superávits e equacionamento dos déficits*). Não seria possível compreender, ademais, como o suposto direito de propriedade seria capaz de oscilar e se comportar de forma diferente, conforme se esteja diante das hipóteses de portabilidade, benefício proporcional diferido, ou regate, conforme estudado na seção 2.11 (*O que representa o direito acumulado do participante?*).

Levando a situação ao extremo, suponha-se, agora, no terceiro exemplo, um fundo que, de tão deficitário, é devedor de terceiros. Seu patrimônio se esgotou completamente e sobraram apenas dívidas. Tal situação não seria estranha ao sistema, tendo em vista que é juridicamente possível – apesar de estatisticamente improvável – que um plano perca a totalidade dos recursos nele aportados e, além disso, continue devendo a terceiros. Apenas para ilustrar a situação, isso seria verificável caso, por exemplo, a EFPC, na condição de administradora do tal fundo, tenha contratado operações envolvendo derivativos, permitidas no âmbito da previdência privada fechada pela Resolução CMN nº 3.792/2009²⁹⁹. Nas

²⁹⁹ Resolução CMN nº 3.792/2009: “Art. 44. A EFPC pode realizar operações com derivativos, desde que observadas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - avaliação prévia dos riscos envolvidos;

II - existência de sistemas de controles internos adequados às suas operações;

III - registro da operação ou negociação em bolsa de valores ou de mercadorias e futuros;

IV - atuação de câmaras e prestadores de serviços de compensação e de liquidação como contraparte central garantidora da operação;

operações envolvendo derivativos, conforme anteriormente relatado, existe a real possibilidade de se perder mais do que se investiu, tendo em vista que os ganhos ou as perdas decorrem das diferenças de valorização dos contratos, dos bens ou dos direitos em que estão lastreados os derivativos³⁰⁰.

Nesse cenário, seguindo a tese da propriedade, os participantes e assistidos seriam chamados a contribuir com novos recursos, não com o objetivo de fazer valer seu benefício futuro, mas sim com o objetivo de pagar a dívida perante terceiros. Poderiam os participantes e assistidos, inclusive, ser demandados diretamente pelo próprio terceiro, caso em que seria necessário aportar mais recursos no fundo com o objetivo de pagá-lo. Isso porque é o próprio fundo – leia-se, os próprios participantes por meio do condomínio por eles formado – que figura como parte da relação jurídica de investimento que se mostrou deficitária. Essa consequência decorre do fato de que os fundos de investimento são organizados sob a forma de condomínio.

Em quarto lugar, admitir-se a possibilidade de que os próprios participantes sejam cotistas de um fundo de investimento, no qual seriam aportados os recursos do plano, é completamente incompatível com o regramento estabelecido pela Lei Complementar nº 109/2001 para a hipótese de liquidação extrajudicial do plano.

Não estando as EFPCs sujeitas à recuperação judicial ou extrajudicial, nem à falência, por inteligência do art. 47 da Lei Complementar nº 109/2001, tal como as demais instituições integrantes do sistema financeiro nacional, submetem-se ao regime de liquidação extrajudicial. Nesse sentido, ao tratar do quadro geral de credores da liquidação extrajudicial da EFPC, a lei inclui, dentre eles, os próprios participantes e assistidos, conforme se lê do art. 50 da referida lei:

Art. 50. O liquidante organizará o quadro geral de credores, realizará o ativo e liquidará o passivo.

§ 1º Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios ficam dispensados de se habilitarem a seus **respectivos créditos**, estejam estes sendo recebidos ou não.

V - depósito de margem limitado a quinze por cento da posição em títulos da dívida pública mobiliária federal, títulos e valores mobiliários de emissão de instituição financeira autorizada a funcionar pelo Bacen e ações pertencentes ao Índice Bovespa da carteira de cada plano ou fundo de investimento; e
VI - valor total dos prêmios de opções pagos limitado a cinco por cento da posição em títulos da dívida pública mobiliária federal, títulos e valores mobiliários de emissão de instituição financeira autorizada a funcionar pelo Bacen e ações pertencentes ao Índice Bovespa da carteira de cada plano ou fundo de investimento.

Parágrafo único. Para verificação dos limites estabelecidos nos incisos V e VI deste artigo não serão considerados os títulos recebidos como lastro em operações compromissadas.”

³⁰⁰

Cf. seção 2.13 (*Balizas para o investimento dos recursos aportados no plano*).

§ 2º Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios terão privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas e, caso estes não sejam suficientes para a cobertura dos direitos respectivos, privilégio geral sobre as demais partes não vinculadas ao ativo.

§ 3º Os participantes que já estiverem recebendo benefícios, ou que já tiverem adquirido este direito antes de decretada a liquidação extrajudicial, terão preferência sobre os demais participantes.

§ 4º Os créditos referidos nos parágrafos anteriores deste artigo não têm preferência sobre os créditos de natureza trabalhista ou tributária.

Os participantes dos planos, portanto, não são reconhecidos, pela Lei Complementar nº 109/2001, como proprietários dos recursos aportados, os quais teriam sido depositados para a administração da EFPC, mas sim como credores com privilégio geral ou especial, conforme o caso. Se, ao revés, tivessem sido reconhecidos como proprietários dos recursos, fariam jus à restituição de seus bens, e não ao crédito decorrente da relação jurídica com a EFPC, conforme estabelece o art. 50 da lei. Ademais, o mais lógico seria se o próprio condomínio fosse insolvente, já que os direitos e obrigações seriam assumidos em nome do fundo. Nesse caso, os participantes e assistidos seriam os últimos a receber os recursos decorrentes da liquidação dos planos, uma vez que seriam equiparados ao próprio falido.

Ora, se os participantes e assistidos são credores com privilégio sobre os ativos garantidores das reservas técnicas, e considerando que a liquidação extrajudicial é da EFPC, conclusão outra não se pode chegar além daquela de que os ativos garantidores das reservas técnicas são, verdadeiramente, da EFPC, na condição de liquidanda.

Apesar de, à primeira vista, a conclusão acerca da ausência do direito de propriedade pareça ser pior para os participantes e assistidos, isso traz as vantagens de (i) limitar sua responsabilidade por dívidas contraídas pela EFPC no ato de administração dos recursos; e (ii) a possibilidade de ser credor com privilégio especial ou geral sobre os ativos garantidores, e não o último a receber, na condição de devedor insolvente. Caso fossem considerados os verdadeiros proprietários dos recursos, eles não teriam privilégio qualquer sobre os ativos garantidores das reservas técnicas; avocariam para si, no caso concreto, a condição de devedores insolventes.

Por outro lado, não existe vedação e não é sistematicamente contraditório que os recursos sejam efetivamente transferidos para a EFPC, como contrapartida à contratação de um futuro benefício continuado. Nos casos dos planos organizados sob a forma de repartição simples ou repartição de capitais de cobertura, a estruturação sob esse formato faz-se, inclusive, necessária, como visto. Isso prova que a efetiva transferência dos recursos para a

EFPC para fins de contratação de determinado benefício tanto não afronta o sistema quanto é a única resposta sistematicamente válida no contexto atual.

Diante do fato de que, em determinados regimes financeiros, a transferência de recursos é necessária, também não seria contraditório que nos planos estruturados sob o regime de capitalização, os recursos também fossem transferidos para a EFPC, como contrapartida financeira ao futuro recebimento de um benefício previdenciário. Nesse caso, a única diferença é que a expressão monetária do direito do participante, ou seja, seu crédito, é verificável contabilmente, estando representado por sua provisão matemática individual. Algo semelhante, portanto, a qualquer direito de crédito, cuja expressão monetária também é verificável nas demonstrações financeiras dos devedores empresários. Isso não quer dizer, entretanto, que os participantes e assistidos seriam proprietários dos recursos aportados no plano, assim como os credores não são proprietários do patrimônio das sociedades empresárias que os devem. O patrimônio contabilizado garante tanto uns quanto outros – da mesma forma que o patrimônio dos devedores garante, de uma forma geral, seus credores – apesar de não ser de sua propriedade.

Prova de que os recursos são transferidos à EFPC é a realização de investimentos em nome da própria entidade. Nos fundos por ela constituídos, ela é a única cotista, na condição de investidora qualificada, nos termos das citadas Instruções CVM nº 539/2013 e nº 555/2014, e também da Instrução Previc nº 02, de 18 de maio de 2010, que trata dos fundos com investimentos em que as EFPCs são cotistas. Nas contas bancárias por ela contratadas, ela é a única titular. Nos imóveis por ela adquiridos, é seu nome que consta como proprietária. Nas sociedades anônimas das quais participa, é ela a acionista. Nas operações de empréstimo por ela contratados, é ela a credora.

Além disso, na hipótese de planos deficitários, conforme acima exercitado, a dívida perante terceiros jamais chegaria ao patrimônio pessoal dos participantes, tendo em vista que esta possui personalidade jurídica própria. Essa é a vantagem de se transferir o patrimônio à EFPC, o qual seria protegido por outras regras, como o próprio regime de segregação de patrimônio entre os planos, mas não pelo direito de propriedade atribuível aos participantes e assistidos.

Isso, por fim, justifica, igualmente, o regime jurídico conferido às liquidações extrajudiciais das EFPCs, que faz com que os participantes e assistidos sejam considerados credores com privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas, garantindo ao regime analisado completa coerência sistemática.

Sendo assim, havendo a possibilidade de, sistematicamente, adotar apenas um regime em detrimento do outro, não existe lacuna ou contradição no sistema. O impasse é resolvido pelo que Canaris denomina de interpretação criativa do sistema³⁰¹, segundo a qual a sua organização interna resolve suas aparentes omissões.

A conclusão acerca da propriedade dos recursos da EFPC não apenas auxilia a compreensão do regime jurídico da previdência privada, quanto também desperta as discussões sobre a necessidade de melhoria do sistema quanto à proteção do direito do participante e do assistido, que é de natureza creditícia.

A proteção do direito do participante e do assistido sob o manto da propriedade, apesar de aparentar-se mais vantajosa, não se sustenta no atual sistema, além de não trazer quaisquer vantagens para a garantia do benefício contratado. Do contrário, importa em maiores prejuízos aos participantes e assistidos na hipótese de liquidação do plano, conforme acima argumentado. A tese do direito de propriedade resulta, justamente, da perturbação gerada pelo fato de que o regime de previdência privada fechada está estruturado como mecanismo de investimento privado, e, portanto, sujeito a todo tipo de riscos.

É justamente a consciência acerca da verdadeira natureza dos direitos das partes e das relações jurídicas, bem como da forma de estruturação do regime de previdência privada fechada, que permite identificar as quebras do sistema, suas verdadeiras lacunas, e, assim, propor alterações com o objetivo de aperfeiçoá-lo. Afinal, a ausência de garantias quanto ao benefício contratado, e os riscos decorrentes dos investimentos realizados com os recursos aportados no plano, não são resolvidos pela interpretação do direito do participante como direito de propriedade.

³⁰¹ Sobre a interpretação sistemática, uma das formas de interpretação criativa, diz Canaris que: “... a hipótese de que a adequação do pensamento jurídico-axiológico ou teleológico seja demonstrável de modo racional e que, com isso, se possa abarcar num sistema correspondente, está suficientemente corroborada para poder ser utilizada como premissa científica. Ela é a condição da possibilidade de qualquer pensamento jurídico e, em especial, pressuposto de um cumprimento racionalmente orientado e racionalmente demonstrável, do princípio da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 74-75.). Adiante, sobre a possibilidade de evitar contradições de valores ou de princípios através da interpretação criativa do Direito, ensina Canaris o seguinte: “Alcançou-se, com isto, o círculo seguinte de problemas: a questão de como se deve comportar o jurista, aquando da aplicação do Direito, perante tais contradições de valores e de princípios e em que dimensões devem, por conseguinte, manter-se as quebras do sistema. ENGISCH é de opinião de que as contradições de valores e de princípios ‘devem, em geral, ser aceites’. Isso não deve ser admitido. Semelhantes contradições representam uma violação da regra da igualdade à qual tanto o legislador quanto o jurista estão vinculados. O jurista tem, por isso, de recorrer a todo o seu arsenal metodológico para contrariar o perigo de contradições de valores e de princípios podendo, quando muito, perguntar-se que êxito já se obteve desse modo”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 207-208.).

3.5 Patrimônio de afetação

Estabelecido o entendimento de que os ativos garantidores das reservas técnicas, e, de uma forma geral, a massa patrimonial formada a partir das contribuições realizadas pelos participantes, são de propriedade da EFPC, como compreender as regras de segregação de patrimônio imposta pela regulação da previdência privada fechada? Essas regras dão a entender que os grupos de participantes e assistidos de cada plano teriam direitos e obrigações com relação a uma massa patrimonial específica, como se o patrimônio da EFPC não fosse uno, mas sim dividido de acordo com a quantidade de planos que administra. Crê-se que a doutrina do patrimônio de afetação apresenta as justificativas e os fundamentos dessa peculiar situação.

Pela doutrina clássica, o patrimônio – constituído pelo o conjunto de bens, direitos e obrigações dotados de valor econômico³⁰² – seria uno e indivisível, não podendo uma pessoa realizar o seu desmembramento para qualquer finalidade.

O patrimônio estaria vinculado à própria personalidade – daí porque a doutrina também é chamada de *subjetivista* –, o que explicaria seu caráter de coisa universal³⁰³, segundo a qual a constante substituição individualizada dos bens, direitos e obrigações, bem como seus constantes aumentos e diminuições de valor, não afetariam a sua unidade abstrata e autônoma, mantida durante toda a vida ou existência da pessoa.

Esse entendimento tem fundamento no âmbito da responsabilidade civil, uma vez que se baseia na ideia de que a integralidade do patrimônio de uma pessoa responde por suas dívidas, atuando a segregação patrimonial, no caso, em prejuízo dos credores.

Essa era a ideia que havia inspirado o Código Civil de 1916, que trazia em seu art. 57, a disposição de que “[o] patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidade, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais”. Mesmo nessa época, contudo, a regra comportava exceções, tal como ocorre no benefício de inventário (art. 1.799 do Código revogado e art. 2.000 do Código atual), na sucessão do

³⁰² Em sentido semelhante, Clóvis Beviláqua define o patrimônio como “o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico. Assim, compreendem-se no patrimônio tanto os elementos ativos quanto os passivos, isto é, os direitos de ordem privada economicamente apreciáveis e as dívidas. É a atividade econômica de uma pessoa sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica da personalidade civil”. (*Teoria geral do Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do Ministério da Justiça – Imprensa Nacional, 1972, p. 173.)

³⁰³ Cf. Código Civil de 1916: “Art. 57. O patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidade, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais.”

ausente (art. 483 do Código revogado e art. 39 do atual Código atual) e no fideicomisso (art. 1.733 do Código revogado, regra essa suprida pela substituição fideicomissária do art. 1.951 e seguintes do Código atual).

Mesmo Pontes de Miranda já reconhecia que a regra não era absoluta. De suas lições consta que:

Todo patrimônio é unido pelo titular único, ou por titulares em comum, mas únicos. Isso não quer dizer que a cada pessoa só corresponda um patrimônio; há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais. Só a lei pode separar os patrimônios.³⁰⁴

A doutrina clássica, portanto, por mais que tenha inspirado o direito civil e formado suas bases, não mais pode ser aceita. Conforme ensina Eduardo Ribeiro de Oliveira, existe, decerto, um “vínculo natural” do patrimônio com a pessoa, por questões lógicas, já que um patrimônio naturalmente pertence a alguém. No entanto, as duas noções não podem ser confundidas, caso em que a personalidade seria resumida à aptidão de contrair direitos e obrigações³⁰⁵.

Cumprе salientar que o Código atual não repete a norma constante do art. 57 do Código Civil de 1916, apesar de o termo “patrimônio” ser, inúmeras vezes, utilizado. Contudo, a própria noção de *universalidade de direito* admite essa possibilidade, definida nos termos do art. 91 do Código Civil como “complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

O patrimônio e a herança são considerados universalidades de direito. Admitindo-se, portanto, a segregação do patrimônio em determinados casos, as parcelas resultantes seriam também, naturalmente, universalidades de direito individualmente consideradas.

Contudo, por ser o patrimônio de afetação um critério preferencial para o estabelecimento de responsabilidade por dívidas, ensina Eduardo Ribeiro de Oliveira que “tratando-se de universalidade de direito, a divisão só ocorrerá quando expressamente admitida pela lei, não ficando ao arbítrio do titular do patrimônio a ela proceder, como sucede na universalidade de fato”³⁰⁶. Tal é o caso dos citados exemplos do benefício de inventário, sucessão do ausente e substituição fideicomissária.

³⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*. Vol. V. Rio de Janeiro: Borsóí, 1955. P. 368.

³⁰⁵ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. II, 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 87.

³⁰⁶ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. II, 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 88.

Cita-se, além desses exemplos, o patrimônio de afetação instituído na Lei de Incorporações Imobiliárias (Lei nº 4.591/1964) pela Lei nº 10.931/2004. De acordo com a lei, pode-se instituir um patrimônio de afetação para cada empreendimento de incorporação imobiliária, nos termos do art. 31-A da Lei de Incorporações Imobiliárias, abaixo parcialmente transcrito:

Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

§ 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

§ 2º O incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação.

Como se vê, mesmo pertencendo ao incorporador, o patrimônio de afetação possui independência com relação aos demais bens e direitos do incorporador, não se comunicando com eles. O patrimônio de afetação, no caso, somente responde pelas dívidas vinculadas à incorporação respectiva, o que representaria uma segurança para os adquirentes das unidades autônomas, que têm um direito baseado nesse patrimônio, consubstanciado na celebração de contratos de promessas de compra e venda de unidades autônomas.

Todo esse regramento se assemelha, de forma indubitável, com a segregação patrimonial estabelecida e percebida, de diversas formas, na legislação e na regulação infralegal, como visto na seção 2.2 (*Estrutura de funcionamento da previdência privada fechada*).

Primeiramente, na Lei Complementar nº 109/2001, citam-se (i) a obrigação de levantar as demonstrações contábeis e as avaliações atuariais de cada plano de benefícios (arts. 22 e 23³⁰⁷); (ii) a obrigação de se manter segregados e totalmente isolados os patrimônios do terceiro contratado para gerir as reservas técnicas e provisões de um plano, do instituidor e da

³⁰⁷ Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 22. Ao final de cada exercício, coincidente com o ano civil, as entidades fechadas deverão levantar as demonstrações contábeis e as avaliações atuariais de cada plano de benefícios, por pessoa jurídica ou profissional legalmente habilitado, devendo os resultados ser encaminhados ao órgão regulador e fiscalizador e divulgados aos participantes e aos assistidos.
Art. 23. As entidades fechadas deverão manter atualizada sua contabilidade, de acordo com as instruções do órgão regulador e fiscalizador, consolidando a posição dos planos de benefícios que administram e executam, bem como submetendo suas contas a auditores independentes.
Parágrafo único. Ao final de cada exercício serão elaboradas as demonstrações contábeis e atuariais consolidadas, sem prejuízo dos controles por plano de benefícios.”

EFPC (art. 31, §2º, I e §3º³⁰⁸); (iii) a independência patrimonial entre os diversos planos administrados pelas EFPCs multiplano (art. 34, “b”³⁰⁹); (iv) a necessidade de se considerar, nas EFPCs multipatrocinadas, para a eleição do conselho deliberativo, o número de participantes vinculados a cada patrocinador ou instituidor, bem como o montante dos respectivos patrimônios (art. 35, §2º³¹⁰); e (v) a necessidade de se manter em separado em relação ao plano previdenciário o patrimônio proveniente da fonte de custeio dos planos assistenciais à saúde eventualmente oferecidos pelas EFPCs na data da publicação da lei (art. 76³¹¹).

Em consonância com a legislação, as normas sobre a segregação patrimonial no âmbito regulatório são ainda mais claras. Como visto, replica-se a obrigação de que os recursos das EFPCs sejam discriminados, controlados e contabilizados, de forma individual para cada plano de benefícios³¹². O art. 3º da Resolução CGPS nº 14, de 1º de outubro de 2004, repete a expressão “independência patrimonial” ao tratar dos diversos planos, sendo atribuída a cada plano, igualmente, “identidade própria quanto aos aspectos regulamentares,

³⁰⁸ Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

.....
 § 2º As entidades fechadas constituídas por instituidores referidos no inciso II do caput deste artigo deverão, cumulativamente:

I - terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente;

.....
 § 3º Os responsáveis pela gestão dos recursos de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada.”

³⁰⁹ Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 34. As entidades fechadas podem ser qualificadas da seguinte forma, além de outras que possam ser definidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

.....
 b) com multiplano, quando administram plano ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial;”

³¹⁰ Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 35. As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.

§ 2º Na composição dos conselhos deliberativo e fiscal das entidades qualificadas como multipatrocinadas, deverá ser considerado o número de participantes vinculados a cada patrocinador ou instituidor, bem como o montante dos respectivos patrimônios.”

³¹¹ Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 76. As entidades fechadas que, na data da publicação desta Lei Complementar, prestarem a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.”

³¹² Resolução CGPS nº 14/2004: “Art. 2º A Secretaria de Previdência Complementar atribuirá a cada plano de benefícios um código que o identificará perante a EFPC que o opera e perante terceiros.

Art. 3º Cada plano de benefícios possui independência patrimonial em relação aos demais planos de benefícios, bem como identidade própria quanto aos aspectos regulamentares, cadastrais, atuariais, contábeis e de investimentos.

§ 1º Os recursos de um plano de benefícios não respondem por obrigações de outro plano de benefícios operado pela mesma EFPC.

§ 2º Admitir-se-á solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores com relação aos respectivos planos de benefícios, desde que expressamente prevista no convênio de adesão.”

cadastrais, atuariais, contábeis”. Além disso, estabelece o §1º do mesmo dispositivo que “[o]s recursos de um plano de benefícios não respondem por obrigações de outro plano de benefícios operado pela mesma EFPC”. Dessa forma, existe uma imposição de segregação patrimonial, cujo objetivo é garantir a integridade patrimonial de cada plano.

Outrossim, para que essa integridade patrimonial seja mais facilmente fiscalizada, cada plano deve ser registrado na Previc, recebendo um número no Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (CNPB).³¹³

Outra cautela imposta pela regulação do CMN é a segregação patrimonial da EFPC com a do agente custodiante ou liquidante. Assim, os títulos e valores mobiliários eventualmente integrantes da carteira de investimentos devem ser depositados em conta individualizada da EFPC no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), na Cetip S.A. - Balcão Organizado de Ativos e Derivativos (Cetip), na BM&FBovespa S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (BM&FBovespa) ou em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados a funcionar pelo Bacen ou pela CVM, nas suas respectivas áreas de competência.³¹⁴

O termo “independência patrimonial” e a própria obrigação de manutenção de contabilidades segregadas já expressam a intenção de se proteger os direitos de cada um dos grupos de participante sobre os ativos garantidores de suas respectivas reservas técnicas, à semelhança dos adquirentes das unidades autônomas nas incorporações imobiliárias.

O fato de o art. 3º, §1º, da Resolução CGPS nº 14/2004, estabelecer regra específica acerca da responsabilidade, dispondo que os recursos de um plano não responderiam por obrigações de outro, apesar de não ter sido reproduzido da lei, decorre da própria obrigação de independência patrimonial constante da Lei Complementar nº 109/2001. Portanto, decorre de

³¹³ Resolução CGPS nº 14/2004: “Art. 1º Fica criado o Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - CNPB.

§ 1º O cadastramento de cada plano de benefícios será feito pela Entidade Fechada de Previdência Complementar - EFPC na forma e no prazo definidos pela Secretaria de Previdência Complementar - SPC.

§ 2º O Cadastro Nacional de Planos de Benefícios será disciplinado por Instrução da Secretaria de Previdência Complementar.”

³¹⁴ Resolução CMN nº 3.792/2009: “Art. 28. Os títulos e valores mobiliários devem ser depositados em conta individualizada da EFPC no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), na CETIP S.A. – Balcão Organizado de Ativos e Derivativos (Cetip), na BM&FBovespa S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (BM&FBovespa) ou em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados a funcionar pelo Bacen ou pela CVM, nas suas respectivas áreas de competência. § 1º Os sistemas de registro devem permitir a identificação da EFPC com a consequente segregação do patrimônio desta do patrimônio do agente custodiante ou liquidante. § 2º Os títulos e valores mobiliários de emissão de SPE podem ser, alternativamente, depositados em pessoa jurídica autorizada à prestação desse serviço pelo Bacen ou pela CVM. § 3º As disponibilidades deverão permanecer depositadas em instituições bancárias autorizadas a funcionar pelo Bacen. Art. 29. Os títulos e valores mobiliários devem deter International Securities Identification Number (Código ISIN).”

interpretação realizada dentro do próprio sistema, fundado em mandamentos legais, não merecendo críticas ou eventuais rotulações de ilegalidade.

Como se sabe, não é sempre que o Direito reproduz semanticamente, de forma completa, todos os elementos necessários à sua interpretação. Sua abertura, entretanto, pode ser preenchida por elementos fornecidos pelo próprio sistema, como no caso do caminho hermenêutico que levou às conclusões aqui apresentadas.

A conclusão de que os ativos garantidores das reservas técnicas e provisões de cada plano formariam, portanto, um patrimônio de afetação, não impõe dificuldades de compreensão, estando em completa consonância com o sistema jurídico e o caráter protetivo da previdência privada fechada.

3.6 Previdência privada fechada e seguro privado

Uma vez compreendido o caráter institucional e contratual da relação entre os participantes e assistidos de um lado, e a EFPC, de outro, e a propriedade dos recursos aportados no plano, cumpre confrontar as características do contrato previdenciário com o contrato de seguro privado.

Os pontos de contato, no caso, são muitos.

Sabe-se que, na previdência, o objetivo do indivíduo é se precaver contra circunstâncias futuras, certas ou incertas, em que sua força de trabalho e, com isso, sua renda, serão comprometidos, fazendo com que ele e/ou sua família fiquem desguarnecidos. Tais situações são justamente o falecimento, a velhice, doença ou invalidez.

Sabe-se, contudo, que parte dessas circunstâncias também pode ser objeto de seguro: o falecimento, a doença ou invalidez, excluída, portanto, apenas a velhice.

Tendo em vista que, no capítulo 2 estudou-se, de forma detalhada, a estrutura da previdência privada fechada, cumpre agora entender as características dos contratos de seguro, para saber se poderia a relação previdenciária ser enquadrada nessa modalidade.

Necessário, assim, compreender quais seriam os elementos do contrato de seguro, os quais caracterizariam o seu tipo jurídico.

Ivy Cassa³¹⁵, ao rever a literatura jurídica sobre os contratos de seguro, ensina que, também aqui, inexistem consenso sobre quais seriam os elementos do referido tipo contratual, conforme demonstrado pela tabela abaixo:

Tabela IV – Elementos do Contrato de Seguro

Autor	Elementos do contrato de seguro
Vera Helena de Mello Franco ³¹⁶	<i>o interesse, o risco, o prêmio e a indenização</i>
Ernesto Tzirulnik Flávio de Queiróz Bezerra Cavalcanti e Ayrton Pimentel ³¹⁷	<i>a garantia, o interesse, o risco, o prêmio e a empresalialidade</i>
Isaac Halperín ³¹⁸	<i>o interesse segurável, o risco e o prêmio</i>
Clóvis Beviláqua ³¹⁹	<i>o segurador, o segurado, o prêmio e o risco</i>
Carlos José Maria Facal ³²⁰	<i>o prêmio, a garantia e o risco</i>
José Vasques ³²¹	<i>o segurador, o tomador do seguro, o prêmio, a garantia, o interesse e o risco</i>

³¹⁵ CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco. São Paulo: 2014. P. 97-98.

³¹⁶ FRANCO, Vera Helena de Melo. *Contratos no direito privado*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *Apud*. CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco). P. 97-98

³¹⁷ CAVALCANTI, Flávio de Queiróz Bezerra; TZIRULNIK, Ernesto; PIMENTEL, Ayrton. *Contratos de seguro de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. *Apud*. CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco). P. 97-98.

³¹⁸ HALPERÍN, Isaac. *Seguros, exposición crítica de la ley 17418*. Buenos Aires, 1972. P. 46 e 536. *Apud*. CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco). P. 97-98.

³¹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados unidos do brasil*. V. 5. Rio de Janeiro, Rio, 1952. P. 192. *Apud*. CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco). P. 97-98.

³²⁰ FACAL, Carlos José Maria. *El Contrato de seguro de vida em la Argentina*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. *Apud*. CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco). P. 97-98.

³²¹ VASQUES, José. *Contratos de seguro – Notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. *Apud*. CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco). P. 97-98.

Yvonne Lambert-Faivre Laurent Leveneur ³²²	<i>o risco, o prêmio e o sinistro</i>
Yvy Cassa ³²³	<i>o segurador (empresarialidade), o prêmio, a garantia, o interesse legítimo, o risco e o mutualismo</i>

Para apresentar suas conclusões de que os elementos do contrato de seguro seriam o *segurador* (empresarialidade), o *prêmio*, a *garantia*, o *interesse legítimo*, o *risco* e o *mutualismo*, Yvy Cassa parte da interpretação semântica do art. 757 do Código Civil, que diz que: “[p]elo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. O parágrafo único do dispositivo completa que somente pode atuar como segurador a entidade legalmente autorizada para tal fim. Por ser mais abrangente, tomam-se os ensinamentos da citada autora como paradigma para fazer o cotejamento que permitirá identificar se o contrato previdenciário celebrado no âmbito da previdência privada fechada teria os elementos do contrato de seguro. Ao tratar de cada um dos elementos, far-se-ão as críticas consideradas adequadas, bem como comentários sobre os outros elementos apontados pelos demais doutrinadores.

Sobre o *segurador*, pessoa que garante o interesse legítimo do segurado, estabelece a lei que deve ser constituída como sociedade anônima ou cooperativa – neste último caso restrito aos seguros agrícolas, de saúde e acidentes de trabalho (art. 24 do Decreto-Lei nº 73/1966) –, com objeto social específico e limitado às operações de seguro e correlatas (art. 73 do Decreto-Lei nº 73/1966), previamente autorizada a funcionar pela Superintendência de Seguros Privados – Susep (art. 24 e 35, “a”, do Decreto-Lei nº 73/1966). Partindo unicamente desses requisitos, já estaria, em tese, excluída a possibilidade de as EFPCs contratarem seguros propriamente ditos.

Completando esse raciocínio, agora no tocante ao *caráter empresarial* da seguradora, baseiam-se nos ensinamentos de Vivante as conclusões que levariam a crer que essa

³²² LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; LEVENEUR; Laurent. *Droit des assurances*. 13a ed. Paris: Dalloz, 2011. *Apud*. CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Profª. Drª. Vera Helena de Mello Franco). P. 97-98.

³²³ CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Profª. Drª. Vera Helena de Mello Franco. São Paulo: 2014. P. 97-98.

característica seria essencial aos contratos de seguro. Para ele, o seguro não poderia ser compreendido como um negócio isolado, estando sim identificado com o exercício sistemático da atividade, baseado na contínua celebração de negócios homogêneos. O autor era contrário à concepção do segurador individual, já que o negócio não poderia ser exercido por meio de operações isoladas e eventuais³²⁴.

No mesmo sentido, Vera Helena de Melo Franco defende que os seguros individuais não seriam verdadeiramente seguros, mas sim negócios jurídicos em que se realiza a transferência de riscos de forma acessória a uma operação de crédito³²⁵. No caso desse mútuo, o pagamento do mutuário se subordinaria “à condição de que a empreitada seja bem sucedida”. A ausência de pulverização do risco, para a autora, descaracterizaria tipo securitário.

Deve-se discordar dessas conclusões precisamente porque, do ponto de vista do segurado e da operação contratada, pouco importaria se o segurador esteja de fato exercendo atividade econômica organizada envolvendo a atividade securitária, com o objetivo final de distribuir os resultados entre seus sócios, conforme definição de empresário constante do Código Civil³²⁶.

Se, por exemplo, uma associação sem fins lucrativos – e, portanto, sem caráter empresarial – contrata seguros em favor de terceiros no mercado, na condição de seguradora, mesmo sem a autorização da Susep, fato é que ela exerce a atividade própria de seguradora de forma irregular³²⁷. Isso, entretanto, não desnatura o tipo contratual dos negócios por ela celebrados na condição de seguradora irregular, que continuam a ter natureza securitária.

³²⁴ CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof^ª. Dr^ª. Vera Helena de Mello Franco. São Paulo: 2014. P. 97-98.

³²⁵ FRANCO, Vera Helena de Melo. *Contratos no direito privado*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 471. *Apud*. CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Prof^ª. Dr^ª. Vera Helena de Mello Franco). P. 97-98.

³²⁶ Código Civil: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

.....
Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

³²⁷ Citam-se os casos envolvendo as associações de proteção veicular:
“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM - ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS - SEGURO DE VEÍCULO - RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA - APLICAÇÃO DO CDC - ÔNUS DA PROVA - Quando as razões sustentadas no recurso não são suficientes a infirmar o entendimento adotado na abordagem da questão pela r. sentença adota-se a técnica de motivação per relationem, como autoriza a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal e do colendo Superior Tribunal de Justiça. Não obstante tratar-se de associação sem fins lucrativos, verifica-se que esta presta serviços de natureza securitária, com a remuneração apropriada, se

Ademais, mesmo que celebrada de forma individual e isolada, caso não seja possível enquadrá-la como uma operação de garantia em favor de terceiros (fiança, aval...), ainda assim seria impossível tipificar a operação contratada como creditícia, tal como defende Vera Helena de Melo Franco, pois (i) nem o prêmio, nem a indenização, são objeto de devolução de uma parte a outra, como ocorre no mútuo de coisas fungíveis, em que “[o] mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”, nos termos do art. 586 do Código Civil; e (ii) faltar-lhe-ia a comutatividade inerente a esses contratos, ou seja, a equivalência entre as prestações do mutuante e do mutuário, tendo em vista que o prêmio é necessariamente inferior ao valor da indenização.

Independentemente da concordância ou não sobre a essencialidade da empresarialidade como característica essencial do segurador, uma vez que o objeto da investigação é a essência da relação jurídica em seu interior, seria prematuro descartar a natureza securitária da previdência fechada pela ausência de um requisito formal quanto às características da seguradora, ou mesmo com relação à sua empresarialidade.

Segue-se, portanto, à análise dos demais elementos do contrato de seguro, começando pelo *prêmio*, que significa o montante financeiro pago pelo segurado para que tenha direito à garantia proporcionada pelo seguro.

O valor do prêmio é estipulado com base na probabilidade da ocorrência do risco, outro elemento do contrato de seguro que será adiante analisado. Apesar de a lei não estabelecer de forma expressa, constitui a base lógica do contrato de seguro que o prêmio

emoldurando no conceito de fornecedor estabelecido pelo art. 2º §, do CDC. A alegação de incremento do risco por dirigir em velocidade acima do permitido não é causa de exclusão de cobertura do seguro contratado, se no "regulamento do programa de proteção automotiva" especifica quais seriam as "inobservância das leis em vigor" que se decorresse o evento danoso estaria excluída a cobertura, dentre as quais não se encontra dirigir em alta velocidade, mas apenas "dirigir sem possuir carteira de habilitação ou estar com a mesma suspensa, ou ainda, não ter habilitação adequada conforme categoria do veículo ou rebocar veículo com corda. Não há como prevalecer a negativa de pagamento do seguro sob alegação de embriaguez se, apesar de constar do prontuário de atendimento médico 'hálito etílico e pupilas mióticas', foi esclarecido em testemunho, prestado por profissional da área, que em algumas situações esse hálito pode ser confundido com hálito cetônico e que 'não pode afirmar com certeza se a vítima bebeu ou não'. O ônus da prova em relação ao fato controverso, portanto, é da parte ré ao teor do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil.” (TJMG, Apel. Cível nº 1.0687.13.008095-9/001, Des. Maria Luiza Santana Assunção, 17ª Câmara Cível, DJ 19/08/2015).

Em sentido contrário:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA - ASSOCIAÇÃO DOS CAMINHONEIROS - PROTEÇÃO DE VEÍCULO - NATUREZA DO CONTRATO DIFERENTE DO CONTRATO DE SEGURO - NÃO APLICAÇÃO DO CDC - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - IMPOSSIBILIDADE. Tratando-se de associação para proteção automotiva e outros benefícios, no qual não ostenta natureza de contrato de seguro, eventual descumprimento contratual afasta o pagamento de indenização prevista, não havendo que se falar em interpretação de cláusula desfavorável ao consumidor, tendo em vista a inaplicabilidade das normas constantes do CDC, em casos que tais.” (TJMG, Apel. Cível nº 1.0106.12.003972-7/001, Des. Luciano Pinto, 12ª Câmara Cível, DJ 24/11/2015.)

tenha valor inferior à indenização que será paga pelo segurador na hipótese de o risco materializar-se. Aliás, para que seja economicamente viável a contratação do seguro, o prêmio deve ser substancialmente inferior à eventual indenização; do contrário, o fundamento econômico do contrato se perde. Caso o valor pago pelo segurado para sua garantia seja igual ou superior à possível indenização, pode-se dizer que não há aqui um contrato de seguro.

O fundamento dessa conclusão decorre da própria natureza da operação securitária, que é a contratação de alguma proteção contra algum risco. Paga-se pela garantia, sob o pressuposto que o segurador cumprirá a obrigação de realizar um pagamento futuro pelas perdas decorrentes da materialização do risco. Pressupõe-se que a seguradora, no âmbito de sua atividade, consiga diluir esse risco entre os demais segurados, para que, assim, não sofra prejuízos em decorrência da assunção de diversos riscos. Se o segurado paga ao segurador o valor correspondente à perda que ele terá caso o risco se materialize, não há transferência do risco para o segurador, que é arcado diretamente pelo segurado.

Na hipótese das atividades previdenciárias exercidas pelas EFPCs, são duas as situações.

Primeiramente, nos planos organizados sob o regime de capitalização, o valor do benefício contratado possui estreita relação com o valor da contribuição paga. As contribuições e o benefício são prestações equivalentes, o que tiraria desses contratos a natureza securitária.

A maior diferença estaria nos planos patrocinados, já que o benefício será acrescido do valor da contribuição do patrocinador quando atendidas as condições estabelecidas no plano para o seu recebimento. Entretanto, como esse valor não é arcado pela própria EFPC, mas sim pelo patrocinador, que, ao celebrar o convênio de adesão, estipula obrigações em benefício de terceiro³²⁸, também nesse caso estaria presente a equivalência – ainda que esperada – da prestação e da contraprestação.

Além disso, nos planos organizados sob o regime de capitalização, a EFPC não assume quaisquer riscos. Caso o plano seja deficitário, as perdas serão repassadas aos próprios participantes, assistidos e patrocinadores, nos termos da lei, como analisado na seção 2.9 (*Superávits e equacionamento dos déficits*), o que seria inadmissível num contrato de seguro.

Já nos planos organizados sob o regime de repartição simples ou repartição de capitais, institui-se um mutualismo entre os participantes e assistidos, conforme seção 2.7 (*Regimes financeiros. Repartição simples, repartição de capitais de cobertura e capitalização*),

³²⁸ Cf. seção 3.2 (*Caráter institucional versus caráter contratual*).

limitados às hipóteses de invalidez, morte, doença ou reclusão, caracterizando-se pela repartição entre os participantes das despesas que serão pagas pelo plano em determinado período. Como, no período em que as despesas são repartidas, nem todos os participantes irão falecer ou ser acometidos por alguma doença ou invalidez, o valor da contribuição paga individualmente pelos participantes saudáveis será inferior ao benefício recebido individualmente pelos participantes enfermos e debilitados, ou pelos sucessores do participante falecido.

O pagamento dos benefícios, em razão do regime jurídico das operações previdenciárias, está, de forma mais clara, limitado às forças das contribuições realizadas pelos participantes. Por isso que, via de regra, caso todos os participantes de um determinado plano faleçam ou sejam acometidos por algum mal, a EFPC não terá recursos para realizar o pagamento dos benefícios. Entretanto, permanecerá obrigada aos pagamentos, tendo em vista a natureza da cobertura contratada. Nessa situação, a falta de recursos deverá ser suprida de outra forma, a exemplo da contratação de operação de resseguro, ou o reajuste das contribuições para o equacionamento de déficits, a depender das regras específicas de cada plano. Lógica semelhante se apresenta diante de um segurador: este permanecerá sempre responsável pelo pagamento da indenização, mesmo que não tenha arrecadado recursos suficientes para se fazer valer contra determinado tipo de risco; do ponto de vista do segurado, não existe qualquer vinculação entre o montante total recebido a título de prêmio pela seguradora e o montante por ela pago a título de indenizações. Tal vinculação é exclusivamente econômica, no caso das seguradoras, e econômica e jurídica, no caso das EFPC (uma vez que, em determinados casos, autoriza a revisão dos planos).

Se, por exemplo, a seguradora tiver patrimônio suficiente para o pagamento dos sinistros, estará obrigada a fazê-lo mesmo assim. Já a EFPC terá mais dificuldades, pois não poderá reduzir os valores que constituem os fundos garantidores dos demais planos para pagar os benefícios de outro, sendo-lhe facultada, ainda, a revisão dos benefícios. Além disso, por não possuir finalidade lucrativa, supõe-se que seu patrimônio próprio não seja suficiente, via de regra, para arcar com tal responsabilidade.

Apesar da diferença da racional econômica das contratações, é certo que, juridicamente, sob o ponto de vista do pagamento do prêmio/contribuição e recebimento da indenização/benefício, são equivalentes às operações dos seguradores e das EFPCs, quando contratam planos sob os regimes de repartição simples e repartição de capitais de cobertura. Necessário investigar se, sob os outros aspectos, o mesmo ocorre.

Verifica-se, agora, o objeto da contratação, qual seja, a *garantia*. Trata-se esta de uma inovação do Código Civil, que, em 1916, apontava a indenização como sendo o objeto da contratação, e não a garantia. Acertou o Código ao promover essa alteração, tendo em vista que a indenização é uma intercorrência eventual da contratação, não podendo ser considerada como um elemento necessário do contrato.

Apontam alguns autores que foi o reconhecimento da garantia como elemento do contrato de seguro que o deslocou da condição de contrato aleatório para contrato comutativo, apesar de o tema também não estar pacificado³²⁹.

A comutatividade, nos contratos de seguro, seria entre o prêmio e a garantia, e não entre o prêmio e a indenização. No caso da previdência, a comutatividade seria entre a contribuição e o benefício, exceto nos casos dos planos organizados sob o regime de repartição simples ou sob o regime de repartição de capitais de cobertura, em que essa equivalência, como vistos, não é verificada.

Ressalta-se que essa comutatividade é esperada, e não necessariamente garantida. Ou seja, o participante espera que, no futuro, aufera renda compatível com as contribuições que realizou durante a fase de acumulação de capitais. No entanto, tendo em vista que a previdência privada fechada foi estruturada como um mecanismo de investimento, sabe-se que as reservas garantidoras do benefício estão submetidas a diversos tipos de risco e, caso o plano não tenha outro mecanismo de proteção (a exemplo do resseguro), não há quaisquer garantias de que o participante receberá a renda esperada, compatível com as contribuições realizadas. Disso decorre a aleatoriedade do objeto do contrato, conforme será mais discutido na seção 3.8 (*Relações contratuais stricto sensu: natureza das obrigações assumidas*).

Ao contratar o seguro, o segurado tem por objetivo obter uma proteção a um bem jurídico submetido a um determinado *risco*, outro elemento da operação securitária. Caso o bem jurídico (vida, propriedade, saúde) não esteja submetido a riscos, não faria sentido lógico a contratação do seguro, sendo também impossível a contraprestação da seguradora.

O objetivo é a segurança de que, se sobrevir algum sinistro, ou seja, a materialização de algum risco ao qual está submetido o bem jurídico, este estará, de alguma forma, protegido.

³²⁹ CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Vera Helena de Mello Franco. São Paulo: 2014. P. 110.

Nos planos previdenciários administrados pelas EFPCs, também aqui é possível verificar uma diferença entre os planos organizados sob o regime de capitalização e os organizados sob os regimes de repartição simples e repartição de capitais de cobertura.

No primeiro caso, as circunstâncias morte ou velhice são verdadeiros pressupostos da contratação, não sendo encaradas como um risco. Uma das duas necessariamente irá acontecer e desencadear o pagamento dos benefícios. As circunstâncias doença, invalidez, reclusão, por sua vez, apesar de eventuais, teriam, nesse caso, apenas o condão de antecipar o pagamento do benefício, que necessariamente estará lastreado nas reservas técnicas já constituídas pelo participante até determinada data. O risco, aqui, não é transferido para a EFPC, continua sendo do participante e, conforme o caso, também do patrocinador, já que os recursos que serão utilizados para o pagamento terão saído de seu patrimônio e, conforme o caso, também do patrocinador.

No segundo caso, as circunstâncias morte, doença, invalidez, reclusão, são, sim, encaradas como um risco. Podem ou não acontecer, e se acontecerem, desencadearão o pagamento dos benefícios. Nos planos de repartição simples e repartição de capitais de cobertura, a comutatividade, portanto, seria entre a contribuição e a garantia. No entanto, a possibilidade de revisão das contribuições confere aleatoriedade aos contratos, o que, acredita-se, não compromete a conclusão de que o objeto do contrato previdenciário, nesses casos, seja a garantia.

Quanto ao *interesse legítimo*, outro elemento do contrato de seguro, sua presença nas contratações previdenciárias é ainda mais evidente. Isso, somente, não prova que os contratos celebrados no âmbito a previdência privada fechada seriam de natureza securitária, mas apenas que esse não é um elemento exclusivo do contrato de seguro.

Parece óbvio que exista algum interesse na celebração de qualquer negócio jurídico. Não obstante, esse elemento é de especial relevância para os contratos de seguro, tendo em vista que o segurado precisa ter um interesse legítimo sobre a proteção do bem, sobre sua preservação, caso contrário, abrir-se-ia espaço para abusos. Seriam três os motivos para que o interesse legítimo figurasse como elemento do contrato de seguro. O primeiro é a necessidade de não se confundir tal contratação com jogo ou aposta. O segundo seria a necessidade de se evitar o risco moral, ao qual estariam sujeitas as pessoas que não têm qualquer interesse em proteger o bem segurado, o que poderia levar-lhes a atender a irresistíveis impulsos contra sua incolumidade, justamente para enriquecer-se mediante o recebimento da indenização. O

terceiro seria a minimização do risco de fraude decorrente da contratação de seguros por pessoas com problemas financeiros³³⁰.

Por fim, observe-se o *mutualismo*. Tal elemento, apesar de não constar do art. 757 do Código Civil, seria apontado como essencial à técnica securitária, muito ligada à empresarialidade da atividade securitária.

Os autores que defendem o mutualismo como elemento essencial do contrato de seguro dizem ser impossível conceber o exercício da atividade sem a diluição do risco mediante a contratação sistemática de várias operações de seguro³³¹. Assim, por meio de cálculos estatísticos, seria possível que a seguradora realizasse o pagamento de indenizações individuais superiores ao prêmio pago, justamente porque irá receber diversos outros prêmios sem o correspondente pagamento da indenização.

Discorda-se, entretanto, que esse seria um elemento essencial do contrato de seguro. Entende-se, ao revés, que ele faz parte de seu racional econômico, da ideia geral em que se baseia o sistema. Mas isso não basta. Se verificado o sinistro, a seguradora responde pelo pagamento da indenização com o seu próprio patrimônio, sem a necessidade de aferir a equivalência necessária com o prêmio pago pelos demais segurados. Não interessa a origem dos recursos à caracterização do tipo. Assim, pouco importa que o risco seja repassado para os segurados, ou que esses assumam, de forma indireta esse risco. Afinal, a responsabilidade pelo pagamento sempre existirá, e será imputável à seguradora ou à EFPC, ainda que outros segurados ou participantes estejam inadimplentes com seus compromissos de pagamento do prêmio.

Caso esse elemento fosse admitido com necessário ao contrato de seguro, a seguradora poderia se escusar do pagamento da indenização quando verificada a ausência de recursos suficientes. Além disso, os prêmios pagos à conta do capital social contrariariam o tipo. Uma das provas de que o mutualismo não é elemento essencial dos contratos de seguro é a própria exigência de capital mínimo, aportado pelos sócios da seguradora, que, em última análise,

³³⁰ CLARKE, Malcolm. *Policies and perspectives of insurance Law in the twenty-first century*. New York, Oxford University, 2005. P. 36. *Apud*. CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Prof^ª. Dr^ª. Vera Helena de Mello Franco). P. 113.

³³¹ CLARKE, Malcolm. *Policies and perspectives of insurance Law in the twenty-first century*. New York, Oxford University, 2005. P. 36. *Apud*. CASSA, Ivy. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Prof^ª. Dr^ª. Vera Helena de Mello Franco). P. 113.

funciona como garantia para o pagamento das indenizações, ou seja, de forma independente do mutualismo.

Não obstante discordar-se da inclusão do mutualismo como elemento dos contratos de seguro, importante realizar o cotejamento para aferir sua presença nos contratos previdenciários celebrados por EFPCs.

Aqui também é possível perceber que se diferenciam os planos organizados sob o regime de capitalização, de um lado, dos planos organizados sob os regimes de repartição simples e repartição de capitais de cobertura, de outro.

No regime de capitalização, o mutualismo não está presente, tendo em vista que o pagamento dos benefícios é feito com base nas reservas técnicas individualmente constituídas. Não existe qualquer espécie de solidariedade entre os participantes, nem mesmo no equacionamento de déficits, que é feito de forma proporcional às contribuições por eles realizadas³³².

Ao seu turno, nos regimes de repartição simples e repartição de capitais de cobertura, o mutualismo integra o próprio sistema. Isso porque, como visto, no período em que as despesas são repartidas, nem todos os participantes irão falecer ou ser acometidos por alguma doença ou invalidez, razão pela qual a soma das contribuições pagas pelos participantes saudáveis será utilizada para o pagamento do benefício devido aos participantes enfermos e debilitados, ou pelos sucessores do participante falecido.

Feito o cotejamento, é possível concluir acerca da natureza securitária ou não das contratações realizadas pelas EFPCs com seus participantes. Mais uma vez e, finalmente, a conclusão alcançada divide-se conforme o regime adotado pelo plano de benefícios.

Nos planos organizados sob o regime de capitalização, não poderia a contratação previdenciária realizada pela EFPC ser tipificada como seguro haja vista que o único elemento em que é possível verificar a correspondência é a existência de interesse legítimo.

Por outro lado, nos planos organizados sob os regimes de repartição de capitais e repartição de capitais de cobertura, as semelhanças inegáveis. O único elemento que faria com que o contrato previdenciário pudesse não ser enquadrado como seguro é a qualificação do segurador, que pela lei deveria ser sociedade anônima, com capital mínimo, autorizada a funcionar pela Susep.

Contudo, não se reconhece esse elemento como essencial. Como exposto, se a atividade securitária pode ser exercida irregularmente, a ausência da figura do segurador

³³² Cf. seção 2.9 (*Superavits e equacionamento dos déficits*).

empresário não desnatura o contrato, que continua podendo ser tipificado como seguro. Ademais, o fato de as atividades previdenciárias exercidas pelas EFPCs serem também reguladas e fiscalizadas pela Previc, supriria a eventual irregularidade, e traria a segurança necessária ao mercado de seguros, que é justamente a razão de ser da autorização e fiscalização da Susep.

Por essas razões, é possível concluir que (i) nos planos organizados sob o regime de capitalização, a contratação não tem natureza securitária; e (ii) nos planos organizados sob os regimes de repartição de capitais e repartição de capitais de cobertura, a natureza da contratação seria, sim, securitária.

Essa análise, além de importante para a compreensão do sistema de previdência privada fechada como um todo, reconhece e reafirma que o objeto da contratação de pelo menos uma parte dos planos de previdência privada fechada – organizados sob os regimes de repartição simples e repartição de capitais de cobertura – é a garantia de determinado benefício futuro. Lado outro, o objeto da contratação dos planos organizados pelo regime de capitalização seria o benefício propriamente dito. Ao mesmo tempo, coloca em xeque as fragilidades constantes do sistema nos mencionados planos, bem como nos planos de capitalização, que fazem com que tanto o benefício quanto a garantia estejam sujeitos à álea dos investimentos realizados com os recursos garantidores das reservas técnicas. Tal constatação reforça a necessidade de proteção do benefício, em atenção com os ditames constitucionais constantes do já mencionado art. 202 da Constituição.

3.7 Previdência privada fechada: rede de contratos ou contratos coligados?

Impõe-se, para a melhor compreensão dos problemas de interpretação enfrentados pela disciplina contratual no âmbito da previdência privada fechada, e antes de serem analisadas as relações jurídicas celebradas em seu meio, partir de alguns conceitos básicos jurídicos acerca das categorias que atualmente representam, com maior clareza, o foco dessas discussões: os contratos *atípicos*, *mistos*, *complexos* e *coligados*. Será importante, neste momento, perceber que não são categorias estanques, permeando um conceito sobre o outro, alguns identificados como gênero do outro. Isso demonstra, inicialmente, que os desafios interpretativos aparecem já num momento inicial, na própria ocasião da classificação teórica, em tese, de determinadas categorias jurídicas.

Inicia-se essa análise a partir dos contratos atípicos, justamente por haver menção específica à existência dessa categoria no ordenamento jurídico brasileiro. Estabelece o art. 425 do Código Civil que “[é] lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. São, basicamente, contratos que não se enquadram em nenhum tipo jurídico regulado pela legislação posta. Por essa razão, ser-lhes-iam aplicáveis as normas gerais estabelecidas na legislação, a exemplo das normas gerais de Direito das Obrigações, aplicáveis *normalmente* a todos os contratos, bem como àquelas que se encontram entre o arts. 421 a 480 do Código Civil, que disciplinam os contratos em geral.

A palavra “normalmente”, acima destacada, justifica-se pelo fato de que determinadas regras gerais do direito das obrigações podem ser inaplicáveis quando seu oposto, sua negação, constitui elemento de determinado tipo contratual. Exemplo: nos contratos preliminares, por sua própria estrutura, admite-se expressamente, no art. 463 do Código Civil, a estipulação de cláusula de arrependimento, que é o direito dado à parte de desvincular-se da obrigação sem ônus, caso assim o queira. O art. 122, por sua vez, estabelece serem ilícitas as condições que sujeitem os efeitos do negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes. Tal regra, portanto, não seria aplicável aos contratos preliminares, justamente porque a cláusula de arrependimento, que efetivamente pode sujeitar o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes, constitui elemento do tipo.

A doutrina, sabiamente, lembra, contudo, que são raros os contratos típicos puros, sendo mais comuns aqueles que combinam tipos contratuais existentes no ordenamento para acomodar o interesse das partes. Seriam esses, por sua vez, os contratos mistos, cujo conceito ressoa de forma quase uníssona da doutrina como os contratos “em que se combinam elementos próprios de tipos contratuais diversos”, como define Francisco Paulo de Crescenzo Marino³³³. Os contratos mistos seriam, portanto, atípicos, não sendo, entretanto, a recíproca verdadeira, já que, apesar de raros, admite-se a existência de contratos típicos puros. Essa é a posição da doutrina dominante, mas não unânime³³⁴.

³³³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.111.

³³⁴ Sobre a doutrina que admite a existência de contratos mistos típicos: “A doutrina dominante conceitua o contrato misto como atípico. Alguns autores, contudo, entendem possível configurar contratos mistos típicos, em que a própria disciplina legislativa do tipo prevê a possibilidade de mistura. Nesse sentido, Pontes de Miranda admite a existência do que denomina “negócios jurídicos normalmente mistos”. São exemplos a empreitada mista (arts. 610, §1º, e 611 do Código Civil); o contrato de sociedade em que o sócio integraliza a sua quota do capital sócia sob a forma de prestação de serviços ou transmissão de domínio, posse ou uso (arts. 1.005 e 1.006 do Código Civil); e o contrato de transporte com prestação acessória de custódia (arts. 751 e 753, §4º, do Código Civil).” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.112.)

Os contratos complexos, por sua vez, seriam caracterizados por apresentar, alternativamente ou cumulativamente, (i) “partes complexas”, quando pelo menos um dos polos de um contrato bilateral é composto por mais de uma pessoa, o que podem representar, por isso, múltiplos interesses; (ii) “declarações de vontade complexas”, quando pelo menos uma das partes presta mais de uma declaração de vontade; e/ou (iii) “objetos complexos”, quando pelo menos uma das partes se obriga a diversas prestações, ou quando as prestações e contraprestações podem ser individualmente tipificadas. Nesse sentido, os contratos mistos seriam também complexos, mas somente do ponto de vista objetivo³³⁵.

Ao seu turno, os “[c]ontratos coligados podem ser conceituados como *contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles o do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca*”³³⁶.

A identificação dos contratos coligados, entretanto, não é uma tarefa simples. Como diferenciar, por exemplo, a mera existência de múltiplas prestações e contraprestações em um mesmo contrato, da coexistência de múltiplos contratos?

Marino identifica, ainda, pelo menos três elementos que facilitam a distinção entre os contratos coligados e os mistos: “(a) a incongruência ou insuficiência dos tipos contratuais envolvidos, individualmente considerados, em relação à operação econômica subjacente; (b) figurantes que apenas participam de algum ou de alguns dos contratos coligados; e (c) diversidade temporal de contraprestação ou instrumental (previsão de cláusulas específicas para cada um dos contratos)”³³⁷.

Rodrigo Xavier Leonardo, entretanto, apresenta uma conceituação mais abrangente e principiológica, ao dizer que “[o] termo *coligação contratual*, em sentido amplo, significa apenas e tão somente uma *ligação*, um vínculo entre *relações jurídicas contratuais diferentes* que conformam uma operação econômica unificada”³³⁸. E completa dizendo que “[t]rata-se de

³³⁵ “Enquanto o *contrato complexo* pode sê-lo do ponto de vista subjetivo (ao menos uma das partes é subjetivamente complexa), volitivo (ao menos uma das partes realiza diversas manifestações de vontade), ou objetivo (ao menos uma das partes efetua diversas prestações, ou as prestações das partes correspondem a tipos contratuais distintos), o *contrato misto* diz respeito, por um lado, somente à complexidade objetiva, e, por outro, a uma hipótese específica de complexidade objetiva, na qual as prestações das partes aludem a tipos contratuais distintos”. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.111.)

³³⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

³³⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.121.

³³⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Contratos coligados, redes contratuais e contratos conexos*. In FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 345.

uma sofisticação contemporânea no desenvolvimento das atividades econômicas”³³⁹, aludindo, assim, a uma nova forma de comportamento dos agentes econômicos no mercado. Em alguns casos, trata-se de diversos contratos ligados por uma causa sistêmica para o cumprimento de uma operação econômica unificada. Em outros, configuram uma nova forma de organização jurídica para o exercício organizado da atividade empresarial, utilizando, dessa vez, termos preferidos pela dogmática³⁴⁰.

Despertam especial interesse as propostas de Marino e Leonardo para a compreensão das relações jurídicas travadas no âmbito da previdência privada fechada na medida em que buscam, dentro da teoria contratual, os efeitos jurídicos da relação entre os contratos, bem como trazem para a discussão jurídica a noção de *operação econômica unificada*. Cumpre analisar, em que medida a coligação contratual poderá influenciar a interpretação dos contratos celebrados no âmbito da previdência privada fechada, tarefa essa que será empreendida na seção seguinte.

3.8 Relações contratuais *stricto sensu*: natureza das obrigações assumidas

Uma vez melhor compreendidos o funcionamento da previdência complementar fechada, seus objetivos e sua normatização, cumpre realizar a análise jurídica do instituto, agora sob o foco da natureza das relações travadas em seu âmbito.

³³⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Contratos coligados, redes contratuais e contatos conexos. In FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 345.

³⁴⁰ Sobre essa hipótese de utilização dos contratos coligados para o exercício de atividade econômica organizada, mostram-se úteis os estudos dos economistas acerca das soluções hierárquicas e de mercado. Os contratos coligados parecem, compreendidas as duas formas de arranjos econômicos, encontrar-se em algum ponto entre as soluções de mercado e a hierárquica e, portanto, entre o contrato de intercâmbio/troca e o contrato de sociedade. Sobre as soluções hierárquica e de mercado, valemo-nos das palavras de Paula Forgioni: “Vimos (...) existirem basicamente duas principais formas de se obter satisfação de necessidades econômicas: em algumas situações, será mais vantajoso para o agente *comprar* o bem de que necessita, buscando-o no mercado, em outras, pode mostrar-se mais interessante organizar fatores de produção para, como resultado, obter o mesmo bem.

A primeira solução (ou na linguagem econômica “forma de governança”) é denominada “de mercado”; a segunda “hierárquica”, pois nela a organização dos fatores de produção goza dos benefícios decorrentes da existência de *hierarquia de comando*. Explica-se, então, a afirmação corrente dos economistas: “[m]arkets and hierarchies are two of the main alternatives”.

Do ponto de vista jurídico, essa classificação (mercado/hierarquia) equivale à linha hipotética exposta que tem, em um de seus extremos os contratos de intercâmbio e, no outro, s de sociedade. A solução “de mercado” corresponde à celebração de contrato de intercâmbio; por sua vez, a solução “hierárquica” significa a constituição de sociedade”. (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 181 e 182.).

Todavia, antes que se adentre no estudo das relações jurídicas travadas no âmbito do plano de previdência complementar fechada, é importante que se compreenda que o plano é estruturado sob o ponto de vista subjetivo e objetivo.

Do ponto de vista subjetivo, é representado pelo conglomerado de participantes que aderem ao plano de benefícios, dos assistidos em gozo das prestações continuadas, e da EFPC, que assume a obrigação de pagá-lo.

Esse conglomerado de participantes e assistidos poderia ser entendido como uma sociedade de fato, mas se caracteriza melhor como um grupo de pessoas sem qualquer enquadramento jurídico, sendo identificadas apenas uma comunhão de interesses entre elas, da mesma forma que cada grupo de debenturistas em uma sociedade por ações, por exemplo.

A determinação da natureza jurídica desse grupo de pessoas não é, entretanto, essencial ao instituto da previdência complementar fechada, e não afeta a determinação da natureza jurídica das relações estabelecidas em seu âmbito. Isso porque os participantes não se relacionam entre si, não assumem direitos e obrigações recíprocos, mas tão somente de forma individual perante a EFPC e o patrocinador ou instituidor, conforme o caso.

Quanto ao ponto de vista objetivo, têm-se os recursos administrados pela EFPC, sobre o qual os participantes e assistidos possuem expectativa de direito. Este é o conglomerado de bens e direitos cuja propriedade é da EFPC, sendo por ela administrado, de acordo com os parâmetros regulatórios anteriormente apresentados. Devem ser mantidos de forma segregada para o cumprimento de um objetivo específico, qual seja, o pagamento dos benefícios contratados, razão pela qual pode ser considerado um patrimônio de afetação³⁴¹. Não é, portanto, sujeito de direitos, mas sim objeto do direito patrimonial das EFPCs, e garantia do pagamento dos benefícios contratados pelos participantes³⁴².

Passa-se, portanto, à análise de cada uma das relações jurídicas, tendo por foco a estrutura já apresentada no capítulo 2 deste trabalho.

3.8.1 Relação entre o participante e o instituidor ou patrocinador

A natureza da relação jurídica entre o participante, de um lado, e o instituidor ou patrocinador, do outro, nos planos administrados por EFPCs, dependerá da natureza do

³⁴¹ Cf. seção 3.5 (*Patrimônio de Afetação*).

³⁴² Cf. capítulo 4 (*Garantias e mecanismos de proteção*).

patrocinador ou instituidor. Certo é, entretanto, que independentemente disso, haverá sempre um pano de fundo relacionado a vínculos de trabalho, classista ou setorial.

Tratando-se de instituidor, os participantes serão associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, uma vez que o instituidor é sempre pessoa jurídica enquadrada em uma dessas categorias. Não existe relação de trabalho subjacente à adesão ao plano. Ademais, tendo em vista que o instituidor não realiza contribuições para os planos, a compreensão da relação entre ele e o participante ou assistido não impõe maiores desafios. No máximo, poderá o instituidor obrigar-se solidariamente perante os participantes e assistidos em razão das obrigações assumidas pela EFPC. Nesses casos, o próprio Código Civil admite que o terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, exija seu cumprimento, nos termos do art. 436, parágrafo único.

Tratando-se de patrocinador, a relação jurídica será sempre um contrato de trabalho, fundamentado na relação de emprego regida pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (que pode ser tanto pública quanto privada), ou estatutário, no caso dos administradores das sociedades, a quem também é facultado aderir ao plano. Por essa razão, a compreensão da natureza das contribuições realizadas pelo patrocinador e, em decorrência disso, a competência para julgar as controvérsias decorrentes dessa relação impõe complexos desafios hermenêuticos, capaz de apresentar divergências inclusive nos Tribunais Superiores.

Conforme analisado na seção 3.2, apesar da existência de um vínculo entre o participante, de um lado, e o instituidor ou patrocinador, do outro, não seria com fundamento nessa relação que o patrocinador realiza contribuições para a EFPC. O fundamento das contribuições são os convênios de adesão celebrados com a EFPC, nos termos do art. 13 da Lei Complementar nº 109/2001, que trazem estipulações em favor de terceiros, nos termos do art. 436 a 438 do Código Civil.

Apesar de o contrato de trabalho e o vínculo estatutário serem os fundamentos últimos que permitem que o participante adira ao plano, é com base no convênio de adesão que o patrocinador realiza suas contribuições.

Uma preocupação específica da Constituição e da lei foi deixar essa circunstância clara. Por isso, no §2º do seu art. 202, cuidou de apresentar os fundamentos dessa interpretação, ao estabelecer que:

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.

Tal norma é reproduzida pela Lei Complementar nº 109/2001 em seu art. 68, que completa, em seu § 1º, que “[o]s benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano”.

Segundo um dos acórdãos paradigmas para a Súmula nº 290³⁴³ do STJ, o valor pago pelo patrocinador não poderia ser objeto de restituição justamente porque não teria sido pago pelo próprio participante, nem em seu nome, já que o valor não poderia ser considerado uma verba salarial.

Plano de aposentadoria complementar. Demissão do empregado. Devolução da contribuição paga pela empresa patrocinadora.

1. Não é possível devolver o que não foi desembolsado pelo empregado. A devolução, efetivamente, só pode alcançar a parte que foi paga pelo empregado demitido e que interrompe o sistema de aposentadoria complementar. No caso, não se pode falar de salário indireto, à medida que o ingresso no plano é facultativo e que a poupança destina-se a uma complementação do valor da aposentadoria, para isso concorrendo o empregado diretamente, por sua livre e espontânea vontade.³⁴⁴

A tese que defende que o valor aportado pelo patrocinador não é salarial é, de fato, majoritária, uma vez respaldada pela própria Constituição. Não obstante, os debates sobre esse assunto não deixam de ser controversos e bem fundamentados.

Nesse sentido, não podem deixar de ser citados aqueles que defendem exatamente o oposto, com muita propriedade. Nesse sentido, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao divergir do voto vencedor do Ministro César Asfor Rocha no julgamento do Recurso Especial nº 148.902, traçou o seu entendimento sobre a natureza dos pagamentos realizados pelo patrocinador ao participante, o que justificaria, ao menos parcialmente, sua restituição:

Não vejo, porém, a ofensa ao disposto no art. 42 da Lei n. 6.435. Diz o art. 42: “(...) o valor de resgate das contribuições salgadas dos participantes (...)”. Não há contrariedade a esse dispositivo pela decisão que considera como contribuições salgadas dos participantes tanto os depósitos feitos pelo empregado como as contribuições efetuadas pela empregadora em razão do contrato de trabalho.

Se não fosse o contrato de trabalho não haveria causa para a contribuição. Logo, ela existe porque há o contrato de trabalho. No momento em que se realiza o contrato, o empregador assume a obrigação, junto à Caixa, de efetuar as contribuições. Como isso decorre diretamente da existência do contrato, não há ofensa à lei por se considerar o fundo assim constituído como “contribuições salgadas dos

³⁴³ Súmula nº 290, STJ: “Nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador”.

³⁴⁴ STJ, RESP nº 157.993/DF (1997/0087751-5), Min Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 17/05/1999, p. 197, RSSTJ vol. 22, p. 197, RSTJ vol. 177, p. 382.

participantes”. A lei não exige que a devolução seja apenas daquela feita pessoalmente pelo empregado.

Depois, se fosse o caso de não se devolver ao empregado que se retira por rescisão, sem justa causa, seria então de se devolver à entidade empregadora. Mas, não. Ao que parece, essa quantia fica com a Previ, e não vejo razão para a Caixa reter valores existentes em razão do contrato de trabalho de seu associado.

Não está na lei a regra de que não serão devolvidas as contribuições feitas pelos empregadores. E se estivesse, certamente a lei teria o bom senso de dizer que deveriam ser restituídas à empregadora. Admitindo-se a tese sustentada pela recorrente, a Previ, uma das instituições mais ricas do país, que por sua vez tem participado da aquisição das empresas mais ricas dos países, também deve, quando se retira o empregado que contribuiu para a formação dos seus fundos, devolver a ele o valor com que ele colaborou, devidamente corrigido, e incluir nessa devolução também as contribuições feitas pela empregadora, nesse quantitativo de 50%, determinado pelo acórdão recorrido.

É preciso ponderar a finalidade para a qual existe a Caixa e a razão de ser da regra da devolução. Se o contrato de trabalho persistisse, o empregado teria direito à aposentadoria complementar. Rompido o contrato sem justa causa, posto na rua o que ficou desempregado em condições sabidamente difíceis de conseguir novo posto, parece razoável, atendendo ao fim social que é a razão de ser da instituição, que ele possa levar parte substancial do capital que se formou por causa da relação de emprego.

Destoa substancialmente dessa visão - que tenho como única aceitável dentro do sistema - fique com a Previ a maior quantidade do capital amealhado, para o qual ela não contribuiu com nada, e ainda se disponha a devolvê-lo de modo mingua e sem a devida correção. Não é certamente o comportamento esperável.

Acompanho o Sr. Ministro Relator, com essa ressalva sobre as contribuições.³⁴⁵

Compreensível a posição do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, haja vista que a contribuição do empregador decorre do contrato de trabalho. Caso não exista contrato de trabalho, inexistirá igualmente a contribuição, mesmo que realizada nos termos de outro instrumento contratual, que no caso em comento é o convênio de adesão.

Apesar de o convênio de adesão ser o fundamento da relação entre a EFPC, de um lado, e o patrocinador ou instituidor, de outro, bem como a fonte da relação obrigacional do pagamento de contribuições por parte do patrocinador, são o contrato de trabalho e o vínculo estatutário (no caso do instituidor) os fundamentos últimos que permitem que o participante adira ao plano. Ou seja, um contrato não vive sem o outro, razão pela qual se está diante de um caso de coligação contratual³⁴⁶.

O inconformismo do Ministro faz sentido especialmente nos casos em que há demissão sem justa causa do empregado. Nessa situação, se o empregado quiser manter seu

³⁴⁵ Trecho do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. STJ, RESP nº 148.902/DF (1997/0066129-6), Min. César Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ 04/09/2000, p. 156, RADCOASP vol. 15, p. 24, RSSTJ vol. 22, p. 187, RSTJ vol. 177, p. 373.

³⁴⁶ Cf. seção 3.7 (*Previdência privada fechada: rede de contratos ou contratos coligados?*)

direito sobre a parcela paga pelo patrocinador, deverá optar pela portabilidade ou pelo benefício proporcional diferido, e não pelo resgate. Contudo, é em situações como essa, de desemprego, que a necessidade por recursos financeiros tende a ficar ainda mais premente, o que poderia justificar uma maior proteção do trabalhador. Do contrário, beneficia-se mais o mercado, com a manutenção do investimento, do que o indivíduo.

Apesar de o §2º do art. 202 da Constituição ter estabelecido que as contribuições realizadas pelo patrocinador não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, outra controvérsia sobre o assunto foi parar no STF: a competência para o julgamento de causas relacionadas às EFPCs.

No julgamento de dois Recursos Extraordinários, de nº 586.453 e 583.050, de autoria da Fundação Petrobrás de Seguridade Social (Petros) e do Banco Santander Banespa S/A, respectivamente, o STF decidiu, em sessão realizada em 20/02/2013, que cabe à Justiça Comum julgar processos decorrentes de contrato de previdência complementar privada. O Supremo modulou os efeitos dessas decisões, ao estabelecer que permanecerão na Justiça do Trabalho todos os processos que já tinham sentença de mérito até a data do julgamento dos referidos Recursos Extraordinários. Ambos os recursos foram julgados pelo Tribunal Pleno tendo em vista a reconhecida repercussão geral da matéria.

A tese vencedora foi da Ministra Ellen Gracie, em voto apresentado ainda em 2010, como relatora do Recurso Extraordinário nº 586.453. A Ministra entendeu que a competência para analisar e julgar a matéria seria da Justiça Comum, em razão da inexistência de relação trabalhista entre o participante e o assistido, de um lado, e a EFPC, de outro.

O Ministro Dias Toffoli, que acabou sendo o relator para o acórdão diante da aposentadoria da Ministra Ellen Gracie, ao acompanhar o voto da referida Ministra, citou um fundamento adicional para a confirmação da competência da Justiça Comum para o julgamento da causa em comentário: a própria redação do §2º do art. 202 da Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, ressaltou a necessidade de se conferir segurança jurídica à competência para o julgamento das referidas causas, já que a indefinição seria causa de sofrimento para a vida das pessoas que buscam, no Judiciário, a resolução para os seus casos³⁴⁷. Sobre a necessidade de se estabelecer um critério objetivo, manifestou-se também o Ministro Celso de Mello.

³⁴⁷ “Acompanho o voto da ministra Ellen Gracie reconhecendo a competência da Justiça Comum e também subscrevendo a sua manifestação no que diz respeito à modulação de efeito, exatamente para dar encaminhamento a esses dolorosos casos que dependem, há tantos anos, de definição.” (STF, RE nº

O entendimento vencedor, portanto, levou em consideração apenas a natureza da relação entre os participantes e assistidos, de um lado, e a EFPC, de outro, o que resultou na aplicação dos arts. 114 e 122, §2º, da Constituição. O referido acórdão foi assim ementado:

Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda - Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13). 1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta. 2. Quando, como ocorre no presente caso, o intérprete está diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível, deve ele optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e racionalidade ao sistema. 3. Recurso extraordinário de que se conhece e ao qual se dá provimento para firmar a competência da Justiça comum para o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência buscando-se o complemento de aposentadoria. 4. Modulação dos efeitos da decisão para reconhecer a competência da Justiça Federal do Trabalho para processar e julgar, até o trânsito em julgado e a correspondente execução, todas as causas da espécie em que houver sido proferida sentença de mérito até a data da conclusão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do julgamento do presente recurso (20/2/2013). 5. Reconhecimento, ainda, da inexistência de repercussão geral quanto ao alcance da prescrição de ação tendente a questionar as parcelas referentes à aludida complementação, bem como quanto à extensão de vantagem a aposentados que tenham obtido a complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada sem que tenha havido o respectivo custeio.³⁴⁸

Três Ministros, entretanto, apresentaram votos-vista: César Peluso, Joaquim Barbosa e Carmem Lúcia. Isso demonstra que a decisão do STF não foi tomada acima de quaisquer dúvidas.

César Peluso defendeu, na ocasião de seu voto, que caberia ao juiz avaliar as circunstâncias do caso concreto para verificar se a adesão ao plano de aposentadoria complementar decorreria ou não do contrato de trabalho.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, expressou entendimento de que a interpretação do §2º do art. 202 não seria suficiente para amparar a conclusão de que a Justiça do Trabalho seria incompetente para dirimir as controvérsias envolvendo a complementação

586.453, Voto do Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013, EMENT vol. 02693-01 PP-00001.)

³⁴⁸ STF, RE nº 586.453, Voto do Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013, EMENT vol. 02693-01 PP-00001.

de aposentadoria. Para ele não seria possível “segregar o contrato de previdência privada complementar das relações de direito de trabalho eventualmente existentes entre o indivíduo e o patrocinador”³⁴⁹, o que repercutiria na necessária fixação da competência da Justiça do Trabalho.

Observa-se que, apesar de os Ministros terem aclamado pela necessidade de estabelecimento de um critério objetivo para a competência, não se cogitou o estabelecimento do critério objetivo de que, sempre que o contrato previdenciário for celebrado com uma EFPC cujo convênio de adesão tenha sido celebrado com um patrocinador, a demanda seria julgada pela Justiça do Trabalho. Isso porque os planos patrocinados pressupõem a prévia celebração de um contrato de trabalho.

Ademais, de fato não é possível ignorar que o plano de previdência privado é uma vantagem adicional que o empregado, ou administrador, leva em consideração no momento da celebração do contrato de trabalho. É, inclusive, visto como uma vantagem a contribuição realizada pelo patrocinador “em favor” do trabalhador, valor esse que, apesar de não ser atribuído ao trabalhador de imediato, passará ao seu patrimônio caso atenda a todos os requisitos do plano ou, caso se desvincule prematuramente, simplesmente opte, por exemplo, pela portabilidade no momento do encerramento de seu vínculo com o patrocinador.

Dessa forma, por mais que o art. 68, §1º, da Lei Complementar nº 109/2001 estabeleça que o participante somente fará jus aos valores da contribuição do patrocinador quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano, é a própria lei que lhe confere legítima expectativa de direito sobre referido montante. Isso porque apesar de o valor do resgate poder ser restringido pelo regulamento do plano, o da portabilidade não o é.

Infelizmente, apesar de o STF ter buscado segurança jurídica ao firmar a competência da Justiça Comum para dirimir os casos envolvendo a EFPC e seus participantes e assistidos, fato é que os contratos de previdência fechada privada não foram analisados pela referida Corte à luz de suas categorias, que são igualmente objetivas. Como visto no presente trabalho, é de simples compreensão que os contratos previdenciários celebrados com EFPCs privadas dependem de um patrocinador ou de um instituidor. Os planos podem ser patrocinados ou instituídos, e isso determina a relação do participante ou assistido com o patrocinador (relação de trabalho) e com o instituidor (relação sindical ou associativa setorial, de natureza cível).

³⁴⁹ STF, RE nº 586.453, Voto do Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013, EMENT vol. 02693-01 p. 1.

Caso se entenda que a celebração do contrato com a EFPC é oriunda da relação de trabalho, por mais que a EFPC seja um ente distinto, ele é um contrato coligado ao contrato de trabalho. Pode ser, inclusive, compreendido como um benefício concedido pelo empregador ao trabalhador, apesar de não integrar o contrato de trabalho por força do §2º do art. 202 da Constituição. Essa norma, calcula-se, tem mais o condão de fazer com que os valores pagos pelo patrocinador não sejam considerados salariais, e que não se tornem direito adquirido em favor do empregador. Contudo, na interpretação da norma constitucional, dever-se-ia desconsiderar o fato de que os pagamentos realizados pelo patrocinador não são absolutamente desinteressados das relações de trabalho subjacentes, estando a elas intimamente relacionadas.

Assim, apesar de o STF ter, de fato, colocado um ponto final na discussão acerca da competência da Justiça Comum para processar e julgar causas envolvendo o participante ou assistido, de um lado, e a EFPC de outro, com o objetivo de gerar segurança jurídica, acabou por criar situações não muito desejadas pelo Direito.

Tome-se o seguinte exemplo: um empregado que pleiteia a equiparação salarial com outro, alegando que deveria ganhar R\$2.000,00, ao invés de R\$1.000,00. Subjacente à relação de trabalho, o empregador também é parte do plano de previdência privada com o qual contribui, junto com o empregador, com quantias equivalentes de R\$50,00 para cada um, totalizando uma contribuição de R\$100,00 para o plano. Caso saia vencedor dessa demanda, uma das decorrências lógicas de seu pedido é a obrigação do empregador de complementar a contribuição realizada em favor da EFPC que, se antes era de R\$50,00, passaria a ser R\$100,00 em razão da procedência na ação trabalhista. Igualmente, parte do êxito do próprio empregado, deveria ser repassada para a EFPC, já que, durante o período de sua vinculação, sua contribuição também deveria ter sido de R\$100,00, totalizando, junto com a contribuição do empregador, o valor de R\$200,00 para a EFPC.

Caso essa situação pudesse ser resolvida no âmbito de uma demanda apenas – como a discussão do contrato de fiança nos autos da execução do próprio contrato de locação – seria muito mais econômico para o Judiciário. Ao contrário, a situação deverá ser resolvida por meio de outra demanda, ajuizada contra a EFPC perante a Justiça Comum, gerando inclusive o risco de decisões contraditórias, já que assuntos correlatos serão necessariamente discutidos em diferentes jurisdições. E o pior: (i) o empregado poderá ajuizar a ação contra a EFPC e contra o empregador, tendo em vista que, no convênio de adesão ela faz estipulação em favor

de terceiro, nos termos do art. 436, parágrafo único, do Código Civil³⁵⁰; (ii) o empregador, por força do art. 125 do Código de Processo Civil³⁵¹, poderá inclusive ser denunciado à lide e, (ii) caso figure como devedor solidário da EFPC nos termos de seu contrato de adesão, poderá ser chamado à lide pelo réu, nos termos do art. 130, III, do Código de Processo Civil³⁵².

3.8.2 Relação jurídica entre o instituidor ou patrocinador e a EFPC

Como visto na seção 3.2, é dupla a relação da jurídica entre o instituidor ou patrocinador e a EFPC, ostentando tanto o caráter institucional quanto o caráter contratual.

O caráter institucional estaria refletido na possibilidade de tanto o patrocinador quanto o instituidor indicarem membros da administração da EFPC e determinarem a política de investimentos. Suas obrigações, nessa ordem, são as gerais de diligência e obrigação do exercício de seu direito de voto a favor dos interesses da EFPC, à semelhança das obrigações de um associado em uma associação, ou de um acionista em uma sociedade anônima.

Não obstante, é por meio do convênio de adesão que o instituidor e o patrocinador assumem suas obrigações perante a EFPC, o que permite a contratação dos planos previdenciários por seus empregados, administradores e associados.

Nesse convênio, o instituidor, caso assuma solidariamente a obrigação de realizar o pagamento do benefício contratado pelo participante, e o patrocinador, caso assuma esta mesma obrigação e/ou a obrigação de realizar contribuições para o plano para fins do cálculo dos benefícios contratados pelo participante, realiza, contratualmente, estipulações em favor de terceiros, nos termos do art. 436 do Código Civil.

Caio Mário da Silva Pereira conceitua a estipulação em favor de terceiros da seguinte forma:

³⁵⁰ Código Civil: “Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438”.

³⁵¹ Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: “Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:

.....
II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.”

³⁵² Código de Processo Civil: “Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu:

.....
III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.”

A estipulação em favor de terceiro é, com efeito, um contrato, e por isto ganha terreno a preferência pela sua nomeação como *contrato em favor de terceiro*. Origina-se da declaração acorde do estipulante e do promitente, com a finalidade de instituir um *iuris vinculum*, mas com a peculiaridade de estabelecer obrigação de o devedor prestar em benefício de uma terceira pessoa, a qual, não obstante ser estranha ao contrato, se torna credora do promitente.³⁵³

O mesmo autor, citando Tito Fulgêncio, exemplifica a constituição de renda e o seguro como espécies de estipulação em favor de terceiros:

- 1 – *Constituição* de renda, em que o promitente recebe do estipulante um capital, e obriga-se a pagar ao beneficiário uma renda por tempo certo ou pela vida toda.
- 2 – *Seguro*, em várias de suas modalidades (de vida, contra acidentes pessoais, contra acidentes do trabalho, dotal), em que o segurado (estipulante) contrata com o segurador (promitente) para pagar ao beneficiário (terceiro) o valor ajustado, em caso de sinistro.³⁵⁴

No caso do contrato previdenciário, portanto, o patrocinador (empregador) figura na posição de estipulante, a EFPC, de promitente (pessoa que se obriga a pagar o benefício), e o participante (empregado) ocupa a posição de participante, podendo ser substituído por seus sucessores.

No seguro, a mesma situação se verifica, para o caso de planos previdenciários organizados sob os regimes de repartição simples e repartição de capitais de cobertura: o patrocinador (empregador) figura na posição de estipulante, ou segurada, a EFPC, de promitente (pessoa que se obriga a pagar o seguro/benefício), e o participante (empregado) ocupa a posição de terceiro beneficiário, podendo igualmente ser substituído por sucessores.

O convênio de adesão aproveita a todos os empregados e administradores do patrocinador, ou a todas as pessoas que possuem relação associativa ou institucional com o instituidor. Sua celebração é necessária à própria formação dos planos. Não será necessário, portanto, que a cada adesão de um novo participante em algum plano administrado pela EFPC, ou que o patrocinador e o instituidor apresentem anuência, ou que concordem em realizar as contribuições de sua parte, no caso do patrocinador. Tal declaração de vontade já terá sido realizada em momento anterior, sendo a adesão de um novo participante ou sua saída do plano apenas a implementação de uma condição para a aumento ou redução das contribuições realizadas pelo patrocinador, ou, dependendo da situação, a implementação de

³⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 108-109.

³⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 108.

uma condição para a ampliação ou redução da responsabilidade abstrata do patrocinador e do instituidor, sempre que prestarem declaração específica de solidariedade.

3.8.3 Relação jurídica entre os participantes e a EFPC

Esta é a relação jurídica de mais importante qualificação para o regime de previdência privada fechada. O contrato previdenciário pode ser classificado como um contato típico, com relação de coligação com outros tipos contratuais, sobre o que se discorrerá nos parágrafos seguintes.

Primeiramente, cumpre salientar que a Lei Complementar nº 109/2001, apesar de descrever os detalhes da relação jurídica entre a EFPC e o participante e/ou assistido, não menciona a existência de um contrato, mas sim do ato de adesão aos planos (art. 16, §2º³⁵⁵). Não obstante, a natureza contratual decorre da própria Constituição, ao mencionar, em seu art. 202, que o regime está “baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”. Ou seja, o benefício previdenciário é decorrente de um contrato, com relação ao qual se obrigam tanto o participante quanto a EFPC. Ademais, nada impede que a celebração de um contrato se dê por meio da adesão³⁵⁶. Funcionaria de forma semelhante à aceitação de uma proposta, momento no qual o contrato é celebrado³⁵⁷.

Igualmente, o fato de a adesão aos planos ser facultativa, conforme reconhecido pelo próprio art. 202 da Constituição, também reforça seu caráter contratual. Diferente, portanto, da adesão ao regime geral de previdência, oferecido pelo Estado, que é obrigatório para todos os trabalhadores³⁵⁸.

Tratando-se de um contrato, isso significa que a relação em comento também constitui um negócio jurídico bilateral, ou *sinagmático*³⁵⁹. Corroborando tal entendimento:

³⁵⁵ Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

.....
§ 2º É facultativa a adesão aos planos a que se refere o caput deste artigo.”

³⁵⁶ Os contratos de adesão são inclusive objeto de regulação no Código Civil: “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

³⁵⁷ Cf. arts. 427 a 435 do Código Civil.

³⁵⁸ Cf. seção 1.2 (*A cultura de prevenção do risco social no Brasil*) e seção 1.3 (*O Sistema Constitucional*).

³⁵⁹ “No contrato há sempre duas ou mais declarações de vontade, com conteúdos diversos, que se harmonizam ou se conciliam mutuamente, ajustando-se uma à outra, como as diversas partes de um mesmo objeto, pois se dirigem à produção de um resultado jurídico unitário, embora tendo para cada um

A participação no plano oferecido pela previdência privada ocorre com a celebração do contrato previdenciário. Através deste negócio jurídico o participante transfere à entidade certos riscos sociais ou previdenciários, mediante o pagamento de contribuições, a fim de que, ocorrendo determinada situação prevista contratualmente, obtenha da entidade benefícios pecuniários ou prestação de serviços. A obrigação da entidade previdenciária, portanto, é atividade de natureza securitária.³⁶⁰

Ainda que não haja contribuições do participante (caso dos planos integralmente patrocinados) ainda assim será necessária a concordância do participante, ou seja, sua adesão, para formalizar sua participação no plano. O fato de o participante não realizar contribuições ao plano, nesse caso, não tira o caráter sinalagmático do contrato, mas sim sua onerosidade, como será visto adiante.

A primeira característica atribuída ao contrato previdenciário celebrado com uma EFPC é a *tipicidade*, tendo em vista que “suas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa nos Códigos e nas leis”³⁶¹. Conforme descrições contidas no capítulo 2 e analisadas neste capítulo 3, extrai-se da legislação, de forma completa, a estrutura da previdência complementar, a relação recíproca de obrigações e a forma de estabelecê-las.

A defendida abertura do sistema não interfere na definição da tipicidade dos contratos. Apesar de, na concepção de Caio Mário, o contrato típico ser aquele que se deduz, da lei, de maneira precisa, suas regras disciplinares, sabe-se que o caso concreto pode trazer situações não consideradas no tipo, mas que não o desnaturam. Na concepção de Canaris, tal fenômeno estaria refletido na própria tendência individualizadora do sistema. Em outras palavras, o fato de a unidade sistemática apresentada pelo contrato previdenciário ser considerada típica, não quer dizer, necessariamente, que está isenta de aberturas, falhas ou imprecisões.

Via de regra, tendo em vista que o participante realiza contribuições para o plano, ou seja, partindo do pressuposto de que ele realiza pagamentos para que, no futuro, possa receber o benefício, isso faz com que o contrato previdenciário celebrado no âmbito do regime de previdência privada fechada seja *oneroso*. Ocorre que, pode ser que o plano seja inteiramente patrocinado, ou seja, pode haver situações em que o participante não realiza contribuições para o plano, casos em que o contrato poderia ser considerado *gratuito*. Além disso, quando

dos declarantes, ou grupo de declarantes, significações distintas e até certo modo antagônicas.” (ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – Direito dos contratos*. Vol. IV. 2ª ed. Salvador, Editora Jus Podivm, 2012. P. 254).

³⁶⁰ STJ, RESP nº 306.155/MG (2001/0023027-0), Min. Nancy Andrighi, 3ª turma. DJ 25/02/2002, p. 377, RSSTJ vol. 26, p. 283.

³⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 60.

parcialmente patrocinado, pelo menos parte das prestações realizadas pela EFPC em prol do participante terão sido igualmente gratuitas, oriundas de uma estipulação em favor de terceiros realizada pelo patrocinador. Sobre a onerosidade ou gratuidade do contrato, portanto, importantes distinções são necessárias para sua qualificação.

Contratos onerosos, para Caio Mário, são “aqueles dos quais ambas as partes visam a obter vantagens ou benefícios, impondo-se encargos reciprocamente em benefício uma da outra”³⁶². A simplicidade dessa definição pode trazer dúvidas sobre a classificação dos contratos previdenciários celebrados por EFPCs, afinal, é obrigatório que tais entidades não possuam finalidade lucrativa. Assim, como poderiam ter alguma vantagem com a sua contratação? A definição de vantagem, entretanto, está muito mais relacionada à ideia de prestação, como se percebe da definição de contratos gratuitos ou benéficos, que seriam “aqueles dos quais somente uma aufer a vantagem, e a outra suporta, só ela, o encargo”³⁶³.

A dificuldade dessa classificação, de fato, transparece na doutrina, conforme reconhecido por Miguel Maria de Serpa Lopes, que indica duas correntes sobre o assunto: a teoria subjetiva e a teoria objetiva:

Um outro ponto importante é o que concerne à distinção entre contratos a título gratuito e a título oneroso. Qualificar cada uma dessas duas categorias estabelecendo os critérios de distinção é objeto de acesas controvérsias doutrinárias. Duas correntes sustentam pontos de vista opostos: a teoria *subjetiva* e a teoria *objetiva*. Na primeira, o ato a título gratuito se reconhece por uma *intenção liberal*, seu árbitro soberano; na segunda, combate-se o *animus donandi*, como uma mística, para se ater a um critério puramente objetivo, econômico. Na primeira concepção, paira-se numa esfera moral, em que se entende ter havido uma *vontade de preferir outrem a si próprio*; na segunda, a gratuidade é deduzida unicamente da estrutura econômica do ato. Consoante o critério econômico, um contrato considera-se a título oneroso, quando *cada uma das partes recebe alguma coisa de outrem*, e a título gratuito, *quando uma só das partes proporciona a outra uma vantagem sem nada receber em troca*.³⁶⁴

Para Nelson Rosenvald, filiando-se à teoria objetiva, a diferença estaria na atribuição patrimonial, ou seja, no sacrifício patrimonial:

Os contratos são gratuitos ou onerosos, consoante origemem, de acordo com a intenção das partes, vantagens para uma só delas ou para as duas. A distinção se refere a respectiva *atribuição patrimonial*, compreendida como a vantagem avaliável em dinheiro. Se esta vantagem tem como contrapartida um sacrifício

³⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.. P. 65.

³⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 65.

³⁶⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Fontes das obrigações: contratos. Vol. III. 4ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. P. 33.

patrimonial suportado pelo beneficiário, o contrato será oneroso; do contrário, será gratuito.³⁶⁵

Para Serpa Lopes, a onerosidade pode ser explicada tanto subjetivamente quanto objetivamente, representado pela equivalência ou compensação de mútuos sacrifícios, sejam eles encarados de forma objetiva ou subjetiva:

Não há ato oneroso onde não houver uma equivalência, embora se discuta igualmente em torno do que se deva considerar como base desta equivalência: se o *interesse moral*, uma prestação cuja realização se propõe a um interesse egoístico; ou um *interesse material*, isto é, a prestação que importe para o que exige num interesse material; ou no *equivalente-sacrifício*, por força do qual o título oneroso implica uma *dualidade de sacrifícios*, de modo que não no equilíbrio das prestações senão no *equilíbrio dos sacrifícios* é que se encontra a *essência do título oneroso*, em razão do que caracteriza-se o ato a título oneroso no caso de equivalência objetiva ou subjetiva de sacrifícios antagônicos, ao mesmo tempo em que se caracteriza o a título gratuito quando a vantagem concedida a uma das partes não tem por intuito a compensação de um sacrifício objetiva ou subjetivamente equivalente.³⁶⁶

Há contratos, contudo, que impõem uma dificuldade maior de classificação, tais como o depósito (art. 628 do Código Civil) e o mandato (art. 658 do Código Civil). Nesses, o tipo é normalmente gratuito, mas pode comportar onerosidade dependendo do caso concreto, por declaração expressa. Para parte da doutrina, tais contratos formariam uma terceira categoria, sendo nomeados neutros, como apontam José Abreu e Nelson Rosenvald³⁶⁷. Para outra corrente, tais tipos contratuais integrariam duas subcategorias dos contratos gratuitos:

Há quem distinga os contratos gratuitos propriamente ditos, ou de pura liberalidade, dos contratos desinteressados, com a observação de que, naqueles, há diminuição patrimonial de uma das partes em proveito da outra (como na doação), enquanto que nos outros um dos contratantes presta um serviço ao outro sem nada

³⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – Direito dos contratos*. Vol. IV. 2ª ed. Salvador, Editora Jus Podivm, 2012. P. 257.

³⁶⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Fontes das obrigações: contratos. Vol. III. 4ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. P. 33.

³⁶⁷ “A doutrina aponta, ao lado dos negócios jurídicos gratuitos e onerosos, uma terceira categoria, a dos negócios jurídicos batizados como *neutros*. Esta categoria resultaria de certas relações negociais que podem encarnar uma ou outra figura, indistintamente, uma vez que negócios existem que somente poderão conceber-se de uma forma ou de outra, como a compra e venda e o arrendamento, que são necessariamente onerosos, e o comodato e a doação, que se caracterizam pela gratuidade. Entre os negócios neutros se apontam, dentre outros, o mandato, o depósito e o mútuo, que tanto podem assumir a forma gratuita como onerosa, conforme haja ou não atribuições patrimoniais recíprocas. Tais negócios, portanto, podem ser de uma ou outra natureza, daí serem batizados de *neutros*”. (ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. P. 84). Sobre esse assunto, vide também ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – Direito dos contratos*. Vol. IV. 2ª ed. Salvador, Editora Jus Podivm, 2012. P. 259.

receber em troca da prestação feita ou prometida, porém sem empobrecer-se, ou sem sofrer diminuição no seu patrimônio.³⁶⁸

Mostra-se relevante essa classificação justamente porque os contratos onerosos ou benéficos são normalmente interpretados de forma desfavorável àquele que teve uma vantagem patrimonial de forma gratuita, como descreve Nelson Rosenvald:

É acentuada a repercussão prática da delimitação dos contratos como gratuitos ou onerosos. A proteção do adquirente a título oneroso é mais sólida do que conferida ao adquirente a título gratuito, afinal o legislador quer acautelar quem poderá sofrer um prejuízo injusto e não aquele que eventualmente será privado de um ganho. Isso justifica o tratamento legislativo diferenciado na fraude contra credores em prol do adquirente em negócios de transmissão gratuita (art. 158, CC0, dispensando-se a perquirição do elemento subjetivo da fraude, ao contrário do que se exige para os contratos onerosos 9art. 159, CC). Igualmente fragilizada será a posição do adquirente de bens a título gratuito do herdeiro aparente, posto ineficaz a transmissão perante o verdadeiro proprietário. Porém esta sanção não se aplicará ao adquirente a título oneroso, tutelado pelos princípios da confiança e da estabilidade do tráfico jurídico (Parágrafo único, art. 1827, CC). A mesma distinção se aplica na aquisição de bens por terceiros em caso de nulidade de casamento (art. 1563, CC).³⁶⁹

Como se vê, relevante e difícil a classificação da relação entre a EFPC, de um lado, e o participante ou assistido, de outro. Por mais que se consiga distinguir os contratos previdenciários de acordo com essas duas facetas – sendo onerosos quando contem com prestações dos participantes ou assistidos, e gratuitos, integralmente ou parcialmente, a depender da contribuição realizada pelo patrocinador –, isso não é suficiente para explicar a relação previdenciária de uma forma global. Apesar de a onerosidade não ser sempre encontrada na relação bilateral entre a EFPC, de um lado, e o participante ou assistido, de outro, pode tal onerosidade ser decorrente de outros contratos, com o qual tenha elevado grau de dependência: tais contratos seriam, justamente o contrato de trabalho e o convênio de adesão. Antes que se adentre nessa análise, importa ainda discutir sobre as eventuais aleatoriedade e complexidade do referido contrato.

O contrato em comento também pode ser considerado *aleatório*, tendo em vista que, nos termos do art. 458 do Código Civil, diz respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assume. Em um plano previdenciário, o regime foi inteiramente construído de forma que o risco de o objeto de investimento não vir a existir – ou

³⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 65.

³⁶⁹ ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – Direito dos contratos*. Vol. IV. 2ª ed. Salvador, Editora Jus Podivm, 2012. P. 259.

seja, o risco de perda dos ativos garantidores das reservas técnicas, de forma a prejudicar o pagamento dos benefícios – seja integralmente assumido pelo participante ou assistido:

Devem-se distinguir duas espécies de contratos aleatórios: os absolutos e os relativos. Nas duas a sorte é o fator de risco preponderante, operando de modo diverso em cada espécie. Nos contratos absolutamente aleatórios, a sorte escolhe qual dos contratantes terá a vantagem com a sua execução. Trata-se de jogo de soma zero: a sorte de um dos contratantes será o azar do outro. Não há possibilidade de os dois alcançarem os seus respectivos objetivos ou de ambos se frustrarem. De outro lado, nos contratos relativamente aleatórios, é sabido, desde o início, qual dos contratantes poderá sofrer prejuízo por azar e qual definitivamente está poupado deste risco. Em qualquer caso, a sorte determinará a vantagem ou a desvantagem para, ao menos, uma das partes na execução do contrato.³⁷⁰

E completa, fazendo distinção entre os contratos onerosos comutativos e os contratos onerosos aleatórios, de acordo com a correspectividade das obrigações:

A correspectividade das atribuições patrimonial é a marca dos contratos onerosos. Busca-se uma compensação através de recíprocas obrigações das partes. Os contratos onerosos comutativos ou pré-estimados são aqueles em que a correspectividade é fixada pelas partes, infensa a variações. A prestação de ambas as partes é determinável de início, sendo os resultados econômicos previstos desde a formação, mantendo-se uma relação de equivalência imediata.

Em contrapartida, nos contratos aleatórios ao menos uma das prestações é incerta quanto à exigibilidade da coisa ou do fato, ou mesmo de seu valor, demandando um evento futuro e incerto que dependerá do acaso. Daí a origem do vocábulo: álea (sorte), relativamente ao desencadeamento de evento incerto.³⁷¹

Ressalta-se que essa comutatividade é esperada, e não necessariamente garantida, como anteriormente mencionado. Ou seja, o participante espera que, no futuro, aufera renda compatível com as contribuições que realizou durante a fase de acumulação de capitais. Nos planos de repartição simples e repartição de capitais de cobertura, a comutatividade, como visto³⁷², seria entre a contribuição e a garantia. No entanto, tendo em vista que a previdência privada fechada foi estruturada como um mecanismo de investimento, sabe-se que as reservas garantidoras do benefício estão, sim, submetidas a diversos tipos de risco e, caso o plano não tenha outro mecanismo de proteção (a exemplo do resseguro), não há quaisquer garantias de que o participante receberá a renda esperada, compatível com as contribuições realizadas. Disso decorre a aleatoriedade do objeto do contrato. A própria possibilidade de revisão das

³⁷⁰ ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – Direito dos contratos*. Vol. IV. 2ª ed. Salvador, Editora Jus Podivm, 2012. P. 261-262.

³⁷¹ ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – Direito dos contratos*. Vol. IV. 2ª ed. Salvador, Editora Jus Podivm, 2012. P. 261. P. 257-258.

³⁷² Cf. seção 3.6 (*Previdência privada fechada e seguro privado*).

contribuições, mesmo nos planos organizados sob os regimes de repartição simples e repartição de capitais de cobertura, confere aleatoriedade aos contratos.

Cumprе salientar que somente os contratos onerosos podem ser classificados como comutativos ou aleatórios. Não seriam aleatórios, portanto, os planos integralmente patrocinados. Igualmente, não seria aleatório o benefício gerado pelas contribuições do patrocinador, no caso dos planos parcialmente patrocinados. Assim, caso o plano seja inteiramente patrocinado, o participante não estará assumindo quaisquer riscos de perda de seu patrimônio. Nos planos parcialmente patrocinados, o participante não assume quaisquer riscos com relação à parcela do plano formada com o patrimônio do patrocinador. Portanto, ainda que os ativos garantidores das reservas técnicas, integralmente ou parcialmente formados por contribuições provenientes do patrocinador, estejam sujeitos a risco, o participante não sujeita o seu patrimônio a risco.

Não obstante, com base na previsão constitucional de garantia do benefício, nos termos do art. 202, anteriormente citado, corroborado pela Súmula nº 289 do STJ³⁷³, que garante o direito do participante a restituição da quantia depositada acrescida de correção monetária, poder-se-ia defender também que os negócios da EFPC são realizados à sua conta e risco. Ou seja, mesmo que os investimentos realizados pela EFPC sejam mal sucedidos, ainda assim haverá a exigência de pagamento do benefício ou restituição da quantia aportada corrigida monetariamente, tal qual dispõe a súmula. Ocorre que tal conclusão não está consentânea com o sistema, prejudicando quem mais deve ser por ele protegido, conforme será abordado com mais detalhes na seção 3.9 (*O direito à restituição e as Súmulas nº 289 e 290 do STJ*).

Por fim, cumpre perquirir se o contrato previdenciário celebrado no âmbito da previdência privada fechada seria ou não complexo.

Nas lições de Arion Sayão Romita, “a relação jurídica de previdência privada apresenta-se como relação complexa, unitária, de trato sucessivo, onerosa, sinalagmática, aleatória, de direito privado e facultativa”³⁷⁴. Weintraub explica que a complexidade da relação seria devida à existência de “um conjunto intrincado de relações entre sujeitos,

³⁷³ Súmula nº 289, STJ: A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.

³⁷⁴ ROMITA, Arion Sayão. *Estrutura da relação de previdência privada (entidades fechadas)*. São Paulo: LTR. Revista de previdência social, V 25, n.º 252, p. 783, novembro 2001.

envolvendo as figuras jurídicas dos participantes, assistidos, beneficiários, patrocinadores, instituidores e entidades de Previdência Privada (abertas e fechadas)³⁷⁵.

A complexidade da relação está refletida, portanto, na multiplicidade de partes e na eventual multiplicidade de objetos constante de um mesmo contrato. Ocorre que, apesar de intrincadas as obrigações contratuais, não decorrem de um mesmo contrato, mas sim de contratos coligados.

Na categorização de Marino, os três contratos celebrados no âmbito da previdência privada fechada seriam coligados entre si. No que tange ao primeiro requisito apontado pelo autor, qual seja, “a incongruência ou insuficiência dos tipos contratuais envolvidos, individualmente considerados, em relação à operação econômica subjacente”³⁷⁶, observa-se que, de fato, o convênio de adesão celebrado pelo patrocinador ou pelo instituidor é o instrumento que permite que os participantes façam sua adesão ao plano. Além disso, podem instituir, para elas, obrigações perante a EFPC que aproveitam aos participantes e assistidos, apenas fazendo sentido se interpretadas em conjunto com os contratos celebrados pelos próprios participantes.

No caso dos instituidores e patrocinadores que prestam declaração de solidariedade, obrigam-se perante a EFPC, de forma a beneficiar terceiros, a saber, os participantes e assistidos do plano. Ou seja, a obrigação de solidariedade estabelecida no convênio de adesão constitui uma estipulação em favor de terceiros, destinada a reforçar o direito do participante ou assistido ao benefício contratado. No caso dos patrocinadores que realizam contribuições ao plano, o próprio cálculo do benefício a ser pago ao participante depende do cômputo das referidas contribuições.

Ocorre que a coligação entre o convênio de adesão e o contrato previdenciário não é a única. Isso porque, na hipótese específica do plano oferecido por patrocinadores³⁷⁷, para que o participante o integre, precisa ser parte de um contrato de trabalho com o patrocinador. É isso que permite que o indivíduo faça sua adesão ao plano.

Outrossim, por mais que a Constituição dite que 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 nem a remuneração dos participantes, é incontestável que a contribuição realizada pelo patrocinador

³⁷⁵ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 160.

³⁷⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.121.

³⁷⁷ Nos planos instituídos, a relação subjacente à adesão é puramente institucional (associativa, sindical, classista), razão pela qual não se menciona a coligação.

constitui uma vantagem decorrente do contrato de trabalho. Certamente é levada em consideração pelo empregado que vai se vincular a uma empresa, como um dos benefícios a ela associados.

Ou seja, a relação econômica subjacente depende da interpretação, de pelo menos dois contratos, o convênio de adesão e o contrato previdenciário, dependendo igualmente da interpretação de um terceiro contrato – o contrato de trabalho –, sempre que for celebrado de forma subjacente às referidas relações jurídicas.

No que toca ao segundo requisito apontado por Marino, qual seja, a existência de “figurantes que apenas participam de algum ou de alguns dos contratos coligados”³⁷⁸, como visto, têm-se três núcleos de interesses, os quais não celebram um único contrato, mas sim contratos separados. O convênio de adesão é celebrado pela EFPC, de um lado, e o patrocinador ou instituidor, de outro; o contrato previdenciário é celebrado pela EFPC, de um lado, e o participante, de outro; e, por fim, o contrato de trabalho (se houver), é celebrado pelo patrocinador (empregador), de um lado, e o participante, de outro.

Finalmente, no que tange ao terceiro e último requisito apontado pelo autor, qual seja, à “diversidade temporal de contraprestação ou instrumental (previsão de cláusulas específicas para cada um dos contratos)”³⁷⁹, tal situação é igualmente verificada no caso em comento.

O convênio de adesão é celebrado pela EFPC, de um lado, e o patrocinador ou instituidor, de outro, no momento da formação do plano. Nessa ocasião, não há quaisquer participantes. Em seguida, os participantes passam a aderir ao plano durante toda sua vigência. A obrigação de pagamento do patrocinador é gerada de acordo com as adesões realizadas, mas prescindem de um novo contrato.

Quanto ao contrato de trabalho, tem-se a seguinte situação: pode ser que um determinado participante, no momento da celebração do contrato de trabalho, não queira celebrá-lo, mas, depois, mude de ideia e faça a sua adesão ao plano. Igualmente, caso algum plano seja instituído no curso do contrato de trabalho, sua própria existência, ainda que anterior, permitirá ao empregado a adesão ao plano, sendo desnecessária a celebração de um novo contrato de trabalho. A existência do contrato de trabalho, portanto, apenas permite a adesão ao plano, sendo uma vantagem adicional ao trabalhador que pode, inclusive, ser recusada, caso, para determinado participante, a relação custo benefício da adesão ao plano não lhe pareça favorável.

³⁷⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.121.

³⁷⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.121.

Não se considera que a relação previdenciária em comento seja consubstanciada em um contrato misto ou complexo, tratando-se, na verdade, de hipótese de coligação contratual de pelo menos dois contratos típicos (convênio de adesão e contrato previdenciário) e talvez um terceiro, sempre que houver (contrato de trabalho).

3.9 Direito à restituição e as Súmulas nº 289 e 290 do STJ

Nos termos da Súmula nº 289, “[a] restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”.

O contexto do ajuizamento das ações que levaram a edição dessa súmula foi a perda financeira gerada pelos expurgos inflacionários relativos aos Planos Bresser (Decreto-Lei 2.335/987), Verão (Lei nº 7.730/1989) e Collor (Leis nº 8.030 e 8.177/1990), imposta à população em geral. Destacam-se os expurgos e junho de 1987 (26,06%), janeiro de 1989 (42,72%), março de 1990 (84,32%), abril de 1990 (44,80%), maio de 1990 (7,87%), julho de 1990 (12,92%), agosto de 1990 (12,03%), outubro de 1990 (14,20%), março de 1991 (11,79%) e junho de 1991 (21,87%). A enxurrada de ações judiciais cujo objetivo era justamente a recomposição financeira por perdas geradas por esses planos não foi um privilégio das entidades fechadas de previdência, tendo afetado o sistema financeiro como um todo.

O assunto é, inclusive, objeto de três temas distintos de recursos repetitivos no STJ.

Tema 511. É devida a restituição da denominada reserva de poupança a ex-participantes de plano de benefícios de previdência privada, devendo ser corrigida monetariamente conforme os índices que reflitam a real inflação ocorrida no período, mesmo que o estatuto da entidade preveja critério de correção diverso, devendo ser incluídos os expurgos inflacionários (Súmula 289/STJ).

Tema 512. A atualização monetária das contribuições devolvidas pela entidade de previdência privada ao associado deve ser calculada pelo IPC, por ser o índice que melhor traduz a perda do poder aquisitivo da moeda.

Tema 514. A quitação relativa à restituição, por instrumento de transação, somente alcança as parcelas efetivamente quitadas, não tendo eficácia em relação às verbas por ele não abrangidas. Portanto, se os expurgos inflacionários não foram pagos aos participantes que faziam jus à devolução das parcelas da contribuição, não se pode considerá-los saldados por recibo de quitação passado de forma geral.

Apesar de as decisões que fundamentaram a edição da súmula serem todas anteriores à Lei Complementar nº 108/2001 e à Lei Complementar nº 109/2001, isso não prejudica a aplicação da súmula para planos regidos pela nova legislação. Isso porque o instituto do resgate já existia na legislação anterior³⁸⁰ e, apesar de ter sido tratado como uma possibilidade e não uma obrigatoriedade, a legislação estabelecia que o regulamento deveria tratar da forma do cálculo da restituição. Ou seja, não eram estabelecidos padrões mínimos, ficando essa questão no âmbito da liberdade contratual das partes. Por outro lado, na legislação atual, é obrigatório o estabelecimento das regras de resgate, nos termos do art. 14, III, que especifica que o objeto do resgate é a “totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada”. No caso, é infraconstitucional a regulação do instituto, que estabelece quais os valores mínimos de resgate, conforme visto nas seções 2.8 (*Benefício proporcional diferido (vesting), autoprocínio, portabilidade e resgate*) e 2.11 (*O que representa do direito acumulado pelo participante?*) deste trabalho. As partes poderiam, então, acordar situação mais favorável a partir desse mínimo. Não obstante, os padrões mínimos estabelecidos na legislação podem chegar a cálculo inferior ao estabelecido na súmula.

Outro argumento que também leva à conclusão pela aplicabilidade da súmula aos planos atuais é a própria argumentação dos acórdãos que levaram à sua edição, sendo o aresto abaixo um excelente exemplo, pois serviu de paradigma para a resolução de diversos agravos regimentais:

Conforme entendimento assentado nesta Col. Corte de Justiça, a correção monetária não se revela em um acréscimo, mas na reposição do valor real da moeda, constituindo, por conseguinte, um imperativo de justiça e de equidade.

(...)

Dessa forma, o resgate dos valores recolhidos pelos participantes de plano de benefícios de previdência privada deve considerar índices de correção monetária que reflitam a real inflação ocorrida no período, ainda que o estatuto da entidade estabeleça critério de reajuste diverso, como no caso em exame, em que se pactuou a incidência do índice utilizado para as cadernetas de poupança.

Impõe-se, por outro lado, examinar se a inclusão dos expurgos inflacionários, com o afastamento do índice de correção monetária estabelecido no estatuto, poderia representar uma descapitalização da entidade e o desequilíbrio no cálculo atuarial.

³⁸⁰

Lei nº 6.435/1977: Art. 42. “Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados dos participantes das entidades fechadas, dispositivos que indiquem:

(...)

V - existência ou não, nos planos de benefícios de valor de resgate das contribuições saldadas dos participantes e, em caso afirmativo, a norma de cálculo quando estes se retirem dos planos, depois de cumpridas condições previamente fixadas e antes da aquisição do direito pleno aos benefícios;”

É certo que, nas entidades de previdência privada, é necessária a preservação do equilíbrio atuarial entre as suas reservas e os compromissos assumidos com os beneficiários, de forma a não ser possível a assunção de novas obrigações sem a criação de respectivas reservas ou fontes de custeio.

No caso em exame, o que se pretende é a preservação do valor real das contribuições efetuadas pelos beneficiários e que objetivavam a formação da reserva de poupança destinada ao cumprimento das obrigações assumidas pela entidade.

Compete à entidade, ora embargante, a administração do seu patrimônio e a adequada aplicação das reservas técnicas, fundos especiais e provisões, cabendo-lhe, portanto, zelar pela preservação da reserva de poupança - cuja restituição se pretende no caso - dos efeitos da inflação.

Assim, considerando que a correção monetária em nada acresce o valor original e que as contribuições dos beneficiários passaram a integrar o patrimônio administrado pela entidade, configura-se devida, na espécie, a pretendida inclusão dos expurgos inflacionários.

Observa-se que o sentido da decisão é, verdadeiramente, o de estabelecer um padrão mínimo para a restituição dos valores aportados no plano, e, mais importante, transferir o risco das aplicações para a EFPC. Tal padrão mínimo, além disso, seria aplicável para qualquer tipo de plano, independentemente se de contribuição definida, contribuição variável ou benefício definido.

Ocorre que essa interpretação gera alguns problemas, especialmente nas situações em que o plano tenha experimentado déficits. Ora, se o fundo administrado pela EFPC sofreu perdas, quem será o responsável pela restituição do participante? Os recursos restituídos serão deduzidos dos próprios fundos coletivos? E sendo esse mesmo o caso – já que o termo utilizado pelo STJ foi “restituição” – a redução de recursos de um plano já deficitário fará com que os demais participantes e assistidos arquem com o prejuízo, nos termos do art. 21 da Lei Complementar nº 109/2001?

Quanto à primeira pergunta, o fato de as EFPCs figurarem no polo passivo das demandas leva à conclusão que é ela a responsável pela restituição.

Quanto à segunda pergunta, a única resposta possível é positiva: os recursos utilizados para a restituição do participante serão deduzidos dos fundos coletivos. O que eventualmente sobejar o saldo de conta do participante será deduzido dos fundos e reservas de contingências, os quais, apesar de afetados a uma finalidade, não deixam de ser coletivos. Esse assunto, inclusive, foi objeto de manifestação pelo STJ:

³⁸¹ STJ, Emb. Div. RESP nº 297.194/DF (2001/0070009-7), Min. Nancy Andrihgi, Segunda Seção, DJ 04/02/2002 p. 271, LEXSTJ vol. 153, p. 194, RSSTJ vol. 22, p. 152, RSTJ vol. 177, p. 339.

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADO POR ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PREVISÃO NO REGULAMENTO DE PLANO DE BENEFÍCIOS ESTABELECIDO A PARIDADE ENTRE OS REAJUSTES DOS BENEFÍCIOS SUPLEMENTARES E OS CONCEDIDOS PELA PREVIDÊNCIA OFICIAL. POSSIBILIDADE, COM A ANUÊNCIA DO ÓRGÃO PÚBLICO FISCALIZADOR, DE NÃO CONTEMPLAR OS AUMENTOS REAIS. A PREVIDÊNCIA PRIVADA BUSCA - SEM DESCUIDAR DO EQUILÍBRIO ATUARIAL, QUE DEVE SER OBSERVADO DURANTE TODO O DECORRER DA RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL - PROPICIAR AO PARTICIPANTE A MANUTENÇÃO DE PADRÃO DE VIDA SEMELHANTE AO QUE DISPUNHA NA OCASIÃO EM QUE PASSA A SER ASSISTIDO. EMBORA A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA GARANTA A IRREDUTIBILIDADE DOS BENEFÍCIOS, NÃO ASSEGURA, EM PREJUÍZO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL, A OBTENÇÃO DE GANHOS REAIS AO ASSISTIDO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DETERMINAÇÃO DO ÓRGÃO PÚBLICO FEDERAL COM ATRIBUIÇÃO LEGAL DE FISCALIZAR E SUPERVISIONAR AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, VEDANDO A EXTENSÃO DE GANHOS REAIS, POR NÃO HAVER FONTE DE CUSTEIO DA DESPESA. DESCABIMENTO DA EXCEPCIONAL INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA RELAÇÃO CONTRATUAL.

.....
 (...) 2. Embora as entidades de previdência privada administrem os planos, não pertence a elas o patrimônio comum, que deve ser estruturado como objetivo de constituir reservas que possam, efetivamente, assegurar os benefícios contratados num período de longo prazo, por isso o reajustamento dos benefícios não prescinde dos respectivos cálculos atuariais que o embasem. 3. Os valores alocados ao fundo comum obtido pelo plano de benefícios, 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, não sendo possível a destinação de recursos para um terceiro que não sejam os próprios participantes e assistidos dos planos de benefícios, incumbindo aos órgãos públicos de regulação e fiscalização determinar padrões mínimos para os planos, assegurando a liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial em uma perspectiva de longo prazo. Por isso, se o Judiciário defere ao assistido mais do que o previsto nos cálculos matemáticos (atuariais) efetuados por ocasião da elaboração do regulamento do plano, resultará em lesão aos demais beneficiários e participantes. 4. A legislação de regência em diversos dispositivos deixa nítido o dever do Estado de velar os interesses dos participantes e beneficiários dos planos de benefícios - verdadeiros detentores do fundo formado - garantindo a irredutibilidade do benefício, mas não a concessão, em prejuízo do equilíbrio atuarial, de ganhos reais ao assistido, que já goza de situação privilegiada com relação aos participantes que, a teor do art. 21, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001 poderão, em caso de desequilíbrio atuarial, ver reduzidos os benefícios a conceder. (...)

PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL. EXTENSÃO DE ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS DA PREVIDÊNCIA PÚBLICA A BENEFICIÁRIOS DE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA QUE, DESDE A ADESÃO DOS PARTICIPANTES, PREVIA A CONTRIBUIÇÃO. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO AO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO DISPOSTO NO ART. 1º DA LEI 7.485/86. IMPOSSIBILIDADE. PREVIDÊNCIA PÚBLICA E PRIVADA COMPLEMENTAR. VÍNCULOS JURÍDICOS DE NATUREZA DISTINTA.

.....
 (...) 3. As entidades de previdência privada fechada administram os planos, mas não são as detentoras de seu patrimônio, que é constituído com o objetivo de

assegurar o custeio das despesas comuns, de sorte que a indevida isenção de contribuição, em prejuízo de terceiros, é providência vedada pelo artigo 3º, VI, da Lei Complementar 109/2001, que impõe ao Estado proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

Por fim, a resposta à terceira pergunta também será positiva, ou seja, caso o plano tenha experimentado déficits, e ainda assim tiver que pagar valor superior ao que o participante faria jus caso a totalidade do patrimônio do fundo fosse liquidada, isso quer dizer que a parcela que sobejar o saldo que esse participante faria jus reduz as reservas dos demais participantes e assistidos. Em outras palavras, a redução de recursos de um plano já deficitário fará, sim, com que os demais participantes e assistidos arquem com o prejuízo, nos termos do art. 21 da Lei Complementar nº 109. E mais: caso todos os participantes ajuízem uma ação com o objetivo de terem aplicada a Súmula nº 289 em seu favor, pode ser que não haja patrimônio suficiente para o pagamento de todos, na hipótese de um plano deficitário.

Dessa forma, por mais que, num primeiro momento, pareça ser justo assegurar a cada participante o direito de receber o valor da sua contribuição corrigida monetariamente, essa interpretação pode trazer consequências perniciosas para os demais participantes e assistidos. Para eles, ocorrerá verdadeira redução patrimonial.

Weintraub chega a conclusão semelhante, ao dizer que “[c]aso a correção por outros índices que não os especificados no regulamento ocasionar o desequilíbrio financeiro da entidade, outros participantes que ingressaram posteriormente no plano poderão ser prejudicados pela insolvência do fundo”³⁸⁴. Para ele, a Constituição teria consagrado o princípio do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos abertos e fechados, o que tornaria inadequada a aplicação da Súmula nº 189 a todos os casos. Explica que os índices podem sempre ser substituídos por outros mais favoráveis, desde que isso não seja feito em prejuízo dos demais participantes e assistidos³⁸⁵.

Por outro lado, a Súmula nº 290 nº estabelece que “[n]os planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador”. Diferentemente da súmula anterior, esta parece preservar os interesses da comunidade de participantes, ao não esvaziar o patrimônio do plano, do que o interesse individual do participante que se desliga do plano.

³⁸³ STJ, RESP nº 814.465/MS (2006/0020048-5), Min. Luiz Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 24/05/2011.

³⁸⁴ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 139.

³⁸⁵ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 140.

Segundo um dos acórdãos paradigmas para essa súmula, o valor pago pelo patrocinador não poderia ser objeto de restituição justamente porque não teria sido pago pelo próprio participante, nem em seu nome, já que o valor não poderia ser considerado uma verba salarial:

Plano de aposentadoria complementar. Demissão do empregado. Devolução da contribuição paga pela empresa patrocinadora.

1. Não é possível devolver o que não foi desembolsado pelo empregado. A devolução, efetivamente, só pode alcançar a parte que foi paga pelo empregado demitido e que interrompe o sistema de aposentadoria complementar. No caso, não se pode falar de salário indireto, à medida que o ingresso no plano é facultativo e que a poupança destina-se a uma complementação do valor da aposentadoria, para isso concorrendo o empregado diretamente, por sua livre e espontânea vontade.³⁸⁶

A regulação infraconstitucional do resgate está, ainda que parcialmente, em consonância com a orientação jurisprudencial. Isso porque, como visto na seção 2.11 (*O que representa o direito acumulado pelo participante?*), na hipótese de resgate³⁸⁷, o direito acumulado pelo participante corresponderá, no mínimo, à totalidade das contribuições vertidas ao plano de benefícios pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo que, na forma do regulamento e do plano de custeio, sejam de sua responsabilidade.

Não obstante, a regulação estabelece ainda que, do valor do resgate, poderá ser deduzida a parcela destinada à cobertura dos benefícios de risco que, na forma do regulamento do plano de custeio seja de responsabilidade do participante. Saber se esse desconto seria lícito ainda é uma questão em aberto. Isso porque a Súmula nº 290 apenas firma entendimento sobre o que não poderia ser resgatado (parcelas aportadas pelo patrocinador), e que a Súmula nº 289 resume-se a estabelecer que o valor a ser recebido pelo participante deve sofrer correção plena, sem dizer exatamente o que seria objeto de restituição, ou seja, sem se pronunciar especificamente sobre o que poderia ser descontado de tais parcelas.

³⁸⁶ STJ, RESP nº 157.993/DF (1997/0087751-5), Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 17/05/1999, p. 197, RSSTJ vol. 22, p. 197, RSTJ vol. 177, p. 382.

³⁸⁷ Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 26. O valor do resgate corresponde, no mínimo, à totalidade das contribuições vertidas ao plano de benefícios pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo que, na forma do regulamento e do plano de custeio, sejam de sua responsabilidade.
§ 1º Do valor previsto no caput, poderá ser deduzida a parcela destinada à cobertura dos benefícios de risco que, na forma do regulamento e do plano de custeio, seja de responsabilidade do participante.
§ 2º O regulamento do plano de benefícios deverá prever forma de atualização das contribuições referidas no caput.”

Tendo em vista que a cobertura de risco tem natureza securitária, como visto na seção 3.6 (*Previdência privada e seguro privado*), estaria correto e em consonância com o sistema o seu não reembolso.

Dessa forma, sendo a Lei Complementar nº 109/2001 e toda a regulação que trata do resgate posterior à edição da Súmula nº 190, é seguro dizer que a primeira tomou a segunda por inspiração. Não por isso, a regra fica a salvo de críticas.

Observa-se, assim, que, caso o participante adote outra estratégia, como solicitar a portabilidade ou o benefício proporcional diferido, poderá ter mais sorte do que aquele que simplesmente solicita o resgate. Isso porque o participante, nessas hipóteses, fará jus a um crédito substancialmente maior, como visto na seção 2.11 (*O que representa o direito acumulado dos participantes?*). O objetivo da norma é justamente induzir a opção pelo benefício proporcional diferido e pela portabilidade, ao invés do resgate. Assim, a poupança popular e os investimentos realizados a partir delas para o fomento do mercado de capitais não é prejudicado.

Cumprе salientar, além disso, que os direitos dos participantes não são modificados caso o encerramento de sua relação empregatícia com o patrocinador, ou institucional com o instituidor, tenha sido com ou sem justa causa.

O resgate, como visto, é a estratégia que impõe maiores ônus ao participante. Privilegiam-se as estratégias que buscam manter investido o valor aportado, seja por meio da portabilidade, benefício proporcional diferido ou autopatrocínio.

Até aqui, a regulação parece fazer sentido sistemático. Contudo, estaria mesmo correto o não deferimento das contribuições ao participante no momento do desligamento do plano?

Para Weintraub, a contribuição do patrocinador é “uma liberalidade do empregador feita em nome do participante (sua titularidade)”. Por isso, “[n]ão teria razão privar o participante (titular) destes valores, pois são tão seus quanto são os valores de participação em lucros e resultados (outra liberalidade do empregador)”³⁸⁸.

O autor teme, ainda, a possibilidade de se aplicar a súmula também para a hipótese de portabilidade, muito embora a legislação estabeleça expressamente que portabilidade não se confunde com resgate (art. 15, I, da Lei Complementar nº 109). Expressa preocupação com a interpretação gramatical da súmula, que levaria à conclusão de que “a única maneira de

³⁸⁸ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 140.

usufruto destas contribuições efetuadas pelo patrocinador seria mesmo em forma de benefício (integral ou proporcional)”³⁸⁹.

Como visto na seção 2.11 (*O que representa o direito acumulado dos participantes?*) é possível concordar com a interpretação do autor, em parte.

Considerando que a Súmula nº 290 não utiliza os termos resgate ou portabilidade, a preocupação de Weintraub é bastante pertinente. Caso prevaleça a interpretação de que, também na hipótese de portabilidade, o participante somente teria direito às suas contribuições, o aporte realizado pelo patrocinador funciona mais como um bônus de retenção, tendo em vista que o participante somente fará jus ao referido crédito se atender todos os requisitos para o seu recebimento, seja mediante o benefício integral ou o benefício proporcional diferido. Isso porque o participante se sentirá extremamente desestimulado de sair da empresa para qual trabalha, caso a penalidade para tanto seja a perda de toda a contribuição feita pelo patrocinador, que, na grande maioria dos casos, representa a metade de todos os recursos que o participante acredita lhe ser cabível. Ademais, de acordo com essa interpretação, o participante que encerrar sua relação com o patrocinador e discordar da política de gestão da EFPC, para que defenda de seu patrimônio por meio da portabilidade, estaria sujeito à perda de boa parte dos recursos.

Weintraub tem razão ao defender a inadmissibilidade dessa interpretação. As estratégias que o participante teria para ter direito à integralidade dos recursos aportados ao fundo seriam a portabilidade e o benefício proporcional diferido.

A não devolução dos recursos aportados pelo patrocinador no plano ao participante somente poderia ser considerada sistematicamente adequada caso tais recursos permanecessem no plano. Isso, entretanto, não acontece, podendo o patrocinador resgatar a sua parte nos termos do art. 23 da Resolução CGPC nº 06/2003, estando submetido apenas a um prazo de carência de 18 meses. Acredita-se que a solução mais adequada seria manter os recursos no plano, como garantia suplementar aos demais participantes e assistidos. Sua restituição ao patrocinador somente ocorreria no encerramento do plano ou na retirada do patrocínio, se houver sobras.

Mais perturbadora ainda é essa conclusão para os planos organizados por regime de repartição, criado para assegurar os participantes e seus familiares nas hipóteses de morte e invalidez, conforme seção 2.7 (*Regimes financeiros. Repartição simples, repartição de capitais de cobertura e capitalização*). Tendo em vista que há solidariedade entre os

³⁸⁹ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 141.

participantes desses planos, assegurar aos demais o direito à restituição do que tiverem contribuído, sem que tenha ocorrido o evento morte ou invalidez, vai de encontro à coerência do sistema. Isso porque o valor aportado sob essa modalidade já terá sido utilizado ou será utilizado para o pagamento de benefícios daqueles que tiverem morrido ou sofrido algum evento de invalidez no período. Como visto, nesses planos ocorre verdadeira repartição do risco.

Além disso, assim como a Súmula nº 289, a Súmula nº 290 também não resolve o problema das possíveis perdas que o plano tenha sofrido antes de um pedido de resgate. A regulação pertinente ao resgate, corroborada pela jurisprudência, garante o direito a uma restituição mínima aos participantes, conforme visto acima. Se as perdas tiverem sido tão relevantes que a parcela cabível ao participante no patrimônio total do plano seja inferior ao valor por ele aportado corrigido monetariamente, a garantia desse mínimo irá necessariamente reduzir o patrimônio cabível aos demais participantes. Essa solução não estaria correta, justamente porque beneficia quem tiver “corrido na frente” e solicitado o resgate antes dos demais. Tendo em vista que o crédito dos participantes e assistidos é representado pela mesma massa patrimonial, dever-se-ia obedecer à proporcionalidade da participação de cada um sobre essa massa patrimonial também no momento do resgate, em atenção ao princípio da igualdade.

A garantia do mínimo, dessa forma, independentemente de esse mínimo incluir ou não a parcela de contribuição do patrocinador, dependeria de outros mecanismos que assegurassem a não redução do patrimônio alheio, seja por meio de resseguro, garantia oferecida pelo próprio patrocinador ou instituidor, garantia do Fundo Garantidor de Créditos ou garantia estatal, e a não restituição dos valores aportados pelo patrocinador, por ausência de previsão legal nesse sentido.

Somente assim, poder-se-ia assegurar, de um lado, a coerência sistemática, e de outro, a proteção à confiança que o instituto da previdência privada fechada demanda.

3.10 Aplicabilidade ou inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor?

Numa tentativa de neutralizar os efeitos negativos decorrentes da estruturação da previdência como um mecanismo de investimento, o STJ havia sumulado o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor seria aplicável à relação jurídica entre a entidade de

previdência privada e seus participantes. Esse era o teor da Súmula nº 321³⁹⁰, cancelada em sessão do dia 24 de fevereiro de 2016 e substituída pela Súmula nº 563³⁹¹, que firmou o entendimento de que o referido código somente seria aplicável às entidades abertas.

Os julgados que serviram de paradigma para a Súmula nº 321 do STJ, mesmo tratando de diferentes assuntos, demonstravam ser o Código de Defesa do Consumidor aplicável, de forma indistinta, às entidades fechadas e às abertas de previdência complementar³⁹², conforme indicado a seguir:

- (i) Recurso Especial nº 119.267-SP³⁹³, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, aplica o Código de Defesa do Consumidor para afastar o foro de eleição previsto no contrato previdenciário. A decisão foi contrária à Montab Previdência, nome fantasia da Embrasil Previdência Privada. Apesar de organizada sob a forma associativa, tal entidade tem sua liquidação extrajudicial administrada pela Susep, o que leva a concluir sobre seu caráter preponderantemente aberto (isso se justifica por sua constituição anterior à Lei Complementar nº 109/2001).
- (ii) Recurso Especial nº 306.155-MG³⁹⁴, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, aplica o Código de Defesa do Consumidor para garantir o direito de aposentadoria à participante nos termos da regra prevista no regulamento do plano quando de sua adesão, mesmo após a alteração do regulamento do plano, que estabeleceu idade mínima para aposentadoria (regra inexistente anteriormente). A decisão foi contrária à Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social – Valia, que é uma EFPC.

³⁹⁰ “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”. (STJ, Súmula nº 231. Segunda Seção. Sessão de 23 de novembro de 2005. Publicada no DJe de 05 de dezembro de 2005. Cancelada em sessão de 24 de fevereiro de 2016. Publicada no DJe de 29 de fevereiro de 2016.)

³⁹¹ “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas”. (STJ, Súmula nº 563. Segunda Seção. Sessão de 24 de fevereiro de 2016. Publicada no DJe de 29 de fevereiro de 2016).

³⁹² MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; SANTOS, Maysa Marise Moreira Ramos dos. Súmula 321 do STJ: primeiras reflexões acerca da (in)aplicabilidade às entidades fechadas de previdência complementar. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 5/2014, p. 195, set. 2014. P.5.

³⁹³ STJ, RESP nº 119.267/SP (1997/0010017-0), Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma. DJ 06/12/1999, p. 94, RSSTJ vol. 26, p. 279.

³⁹⁴ STJ, RESP nº 306.155/MG (2001/0023027-0), Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. DJ 25/02/2002, p. 377, RSSTJ vol. 26, p. 283.

- (iii) Recurso Especial nº 567.938-RO³⁹⁵, de relatoria do Ministro Castro Filho, aplica o Código de Defesa do Consumidor para dizer que a restituição das contribuições destinadas às entidades de previdência privada deve se dar de forma plena, utilizando-se, no cálculo da atualização monetária, índice que reflita a real desvalorização da moeda no período, ainda que outro tenha sido avençado. Confirma ser abusiva a cláusula que outorga exclusivamente à empresa previdenciária a escolha do índice de correção monetária aplicável à devolução que o consumidor faz jus ao desligar-se do plano. A decisão foi contrária à Fundação Sistel de Seguridade Social, que é uma EFPC.
- (iv) Recurso Especial nº 591.756-RS³⁹⁶, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, confirma a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em contrato de mútuo celebrado entre participante e entidade aberta de previdência complementar. A decisão foi contrária à Sabemi Previdência Privada, que é uma entidade aberta.
- (v) Recurso Especial nº 600.744-DF³⁹⁷, de relatoria do Ministro Castro Filho, aplica o Código de Defesa do Consumidor à demanda que, ao final, confirmou o interesse de agir dos participantes de plano de previdência oferecido por EFPC para a ação de prestação de contas contra a entidade, que atuaria como administradora de recursos de terceiros³⁹⁸. A decisão foi contrária à Fundação

³⁹⁵ STJ, RESP nº 567.938/RO (2003/0149898-8), Min. Castro Filho, Terceira Turma. DJ 01/07/2004, p. 192, RSSTJ vol. 26, p. 291.

³⁹⁶ STJ, RESP nº 591.756/RS (2003/0164413-5), Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 21/02/2005, p. 176, RSSTJ vol. 26, p. 297.

³⁹⁷ STJ, RESP nº 600.744/DF (2003/0187717-1), Min. Castro Filho, 3ª Turma. DJ 24/05/2004, p. 274, RJTAMG vol. 97, p.372, RSSTJ vol. 26, p. 301.

³⁹⁸ No Recurso Especial nº 600.744/DF, o Ministro Castro Filho explica as circunstâncias e as razões pelas quais os participantes não seriam obrigados a simplesmente aceitar as memórias de cálculo apresentadas pelas EFPC: “Por outro lado, entendo que os membros de uma fundação de seguridade social, entidade fechada de previdência privada, têm o direito de buscar o acertamento de uma situação pessoal, consistente na prestação de contas quanto às importâncias que lhes foram restituídas, por força do cumprimento de lei federal, não se podendo compeli-los a aceitar demonstrações genericamente efetuadas, mormente quando há discrepância entre os cálculos apresentados.

A assertiva de que essas entidades administrariam recursos próprios e não de terceiros não vinga, pois, a despeito de a fundação ter patrimônio próprio, ela também administra parcela da contribuição paga por seus beneficiários, tanto assim que, desligando-se da empresa patrocinada, têm os participantes o direito de serem reembolsados pelo montante adimplido. Nesse passo, é de lhes ser reconhecida a prestação de contas na forma do artigo 914 do Estatuto Processual Civil.” (STJ, RESP nº 600.744/DF (2003/0187717-1), Min. Castro Filho, 3ª Turma. DJ 24/05/2004, p. 274, RJTAMG vol. 97, p.372, RSSTJ vol. 26, p. 301.)

Banco Central de Previdência Privada Centrus, que era uma EFPC quando os funcionários do Banco Central eram celetistas.

Em razão disso, alertaram Felipe Maia e Maysa Santos para as repercussões negativas da indistinção entre as entidades abertas e as entidades fechadas³⁹⁹, especialmente em julgados que garantem o resgate ao participante antes mesmo do encerramento de seu vínculo com o patrocinador, normalmente empregatício:

Dessa forma, não havendo oferta de planos de benefícios por tais entidades no mercado, não há busca da finalidade lucrativa, pois as referidas entidades apenas se responsabilizam pela capitalização das reservas matemáticas, constituídas pelas contribuições vertidas por empregados e empregadores, seja na condição de patrocinador ou instituidor, cuja única finalidade é a administração dos ativos financeiros, para formação de fundos e reservas previdenciárias que garantam a execução de seus planos de benefícios.⁴⁰⁰

Para os autores, a justificativa para a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor seria o fato de que as EFPCs não possuem fins lucrativos, e que não ofereceriam seus serviços no mercado, como fazem as abertas.

Ada Pellegrini Grinover expôs opinião no mesmo sentido em parecer jurídico encomendado pela Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (ABRAPP)⁴⁰¹, no qual ressaltou as diferenças entre as entidades abertas e as fechadas. Para ela, as entidades abertas constituem forma de poupança individual, sendo seus estudos concentrados nas áreas do direito comercial. Quanto às fechadas, estas sim estariam inseridas no âmbito da previdência social, estando seu funcionamento e a oferta de benefícios limitados à “legislação previdenciária”, do que decorreria, inclusive, a necessidade de organizar-se como entidade sem fins lucrativos. Em suas palavras:

Com efeito, nas entidades de previdência fechada, os integrantes ou partícipes deliberam sobre seus destinos ou sobre o destino do grupo, o que rigorosamente seria, como é, incompatível com a qualidade de consumidores, explicitando, para

³⁹⁹ MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; SANTOS, Maysa Marise Moreira Ramos dos. Súmula 321 do STJ: primeiras reflexões acerca da (in)aplicabilidade às entidades fechadas de previdência complementar. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 5/2014, p. 195, set. 2014. P.5.

⁴⁰⁰ MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; SANTOS, Maysa Marise Moreira Ramos dos. Súmula 321 do STJ: primeiras reflexões acerca da (in)aplicabilidade às entidades fechadas de previdência complementar. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 5/2014, p. 195, set. 2014. P.15.

⁴⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer jurídico sobre o código de defesa do consumidor e as entidades fechadas de previdência complementar. In GRINOVER, Ada Pellegrini; REIS, Adacir; AVENA, Lygia e ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. 1ª Ed. São Paulo: ABRAPP, 2013.

tanto, que os membros do fundo são, na verdade, pessoas que se encontram vinculadas por uma situação de carência – para usar expressão colhida em doutrina já citada – que as une; carência de recursos para o momento em que se aposentarem. Daí a busca de soma de esforços para benefício conjunto. Não há, portanto, o que se possa qualificar propriamente como uma relação de subordinação. Não há, tampouco, hipossuficiência ou vulnerabilidade. Se os partícipes são frágeis, ostentam essa qualidade diante do risco comum de padecerem de falta de recursos quando vierem a se aposentar. conforme já amplamente demonstrado, a 'mediação' ou gestão do fundo não faz do gestor um fornecedor dos serviços destinados aos que o integram e mesmo a remuneração pela administração do fundo só pode ser entendida como despesa do próprio fundo, analogamente ao que ocorre com o associado em uma associação ou com o condômino em um condomínio.⁴⁰²

Para a doutrinadora, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor poderia, inclusive, “inviabilizar o próprio mecanismo em questão”⁴⁰³, na medida em que resultaria na quebra do associativismo, e no prejuízo da coletividade de participantes e assistidos.

Lygia Maria Avena, ao seu turno, apresenta cinco argumentos para refutar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às EFPCs. Inicia sua exposição com a explicação de que as EFPCs não estariam inseridas no âmbito da ordem econômica, regulada no art. 170 da Constituição, em seu Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), mas sim da ordem social, abarcada pelo Título VIII da Constituição. Tendo em vista que a proteção do consumidor se daria no domínio da ordem econômica, por disposição expressa do inciso V do art. 170, esse seria um primeiro indicativo da exclusão das EFPCs do regime consumerista. Na sequência, explica que a noção de fornecedor está relacionada à distribuição do produto ou serviço no mercado de consumo, e que as EFPCs, por não possuírem fins lucrativos e apenas possibilitarem a contratação com um restrito grupo de participantes, não poderiam ser caracterizadas como fornecedoras, do que decorreria a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. O terceiro argumento é consequência lógica do segundo: tendo em vista que a que as EFPCs não seriam fornecedoras, os participantes do plano não poderiam ser considerados expostos a práticas comerciais sujeitas ao regime protetivo. Por sua vez, o quarto argumento para inabilitar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor decorre da interpretação da natureza dos pagamentos realizados pelos participantes em prol das EFPCs que, para a autora, não poderiam ser equiparadas a preço ou remuneração pela prestação do

⁴⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer jurídico sobre o código de defesa do consumidor e as entidades fechadas de previdência complementar. In GRINOVER, Ada Pellegrini; REIS, Adacir; AVENA, Lygia e ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. 1ª Ed. São Paulo: ABRAPP, 2013. P. 56.

⁴⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer jurídico sobre o código de defesa do consumidor e as entidades fechadas de previdência complementar. In GRINOVER, Ada Pellegrini; REIS, Adacir; AVENA, Lygia e ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. 1ª Ed. São Paulo: ABRAPP, 2013. P. 57.

serviço. Reforça o argumento ao expor que, em muitos planos, o patrocinador suporta todos os encargos decorrentes dos riscos de morte, invalidez e doença, havendo planos em que, inclusive, é conferido ao participante o direito de levantar as contribuições do patrocinador. Por fim, ao interpretar o §2º do art. 3º do referido Código, chega à conclusão de que os benefícios prestados pelas EFPCs não podem ser distribuídos ao público em geral, possuindo “abrangência restrita e delimitada”⁴⁰⁴. Isso faria com que seus serviços não estivessem disponíveis no mercado, o que também excluiria a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às referidas relações jurídicas⁴⁰⁵.

Adacir Reis também se opõe à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às EFPCs por argumentos semelhantes aos das duas autoras. Começa por reforçar as intensas diferenças entre as entidades abertas e as fechadas, e ressalta que, nessas últimas, “como o próprio nome evidencia, o acesso é restrito a um grupo de participantes”⁴⁰⁶. Além disso, as EFPCs não podem ter finalidade lucrativa por disposição expressa da lei (art. 31, §1º, da Lei Complementar 109/2001); seus serviços não seriam efetivamente remunerados, estando inseridos no plano de custeio, nos termos do art. 18 da Lei Complementar nº 109/2001. Ressalta também que os participantes e assistidos têm representatividade nas EFPCs, que sua relação com a entidade é de associativismo, de natureza condominial, com o objetivo de “conjugação de esforços para uma finalidade social comum, a exemplo dos planos de saúde na modalidade de autogestão, por ocasião do julgamento do RESP 1.121.067/PR, de 2011 (Terceira Turma do STJ)”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ AVENA, Lygia Maria. Da inaplicabilidade do código de defesa do consumidor no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar. In: REIS, Adacir (Org.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.57.

⁴⁰⁵ AVENA, Lygia Maria. Da inaplicabilidade do código de defesa do consumidor no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar. In: REIS, Adacir (Org.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.47-65.

⁴⁰⁶ REIS, Adacir. *As entidades de previdência complementar e a súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; REIS, Adacir; AVENA, Lygia e ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. 1ª Ed. São Paulo: ABRAPP, 2013. Disponível em: <<http://www.reisadvocacia.com.br/novo/publicacoes/80-artigos/162-as-entidades-fechadas-de-previdencia-complementar-e-a-sumula-321-do-superior-tribunal-de-justica>>. Acesso: 30 abr. 2016.

⁴⁰⁷ REIS, Adacir. *As entidades de previdência complementar e a súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; REIS, Adacir; AVENA, Lygia e ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. 1ª Ed. São Paulo: ABRAPP, 2013. Disponível em: <<http://www.reisadvocacia.com.br/novo/publicacoes/80-artigos/162-as-entidades-fechadas-de-previdencia-complementar-e-a-sumula-321-do-superior-tribunal-de-justica>>. Acesso em: 30 abr. 2016. P.04 da versão digital.

Não são esses os únicos autores a opinar nesse sentido⁴⁰⁸, sempre ressaltando as diferenças entre as entidades abertas e as fechadas, o que afastaria as últimas da égide do Código de Defesa do Consumidor. Mesmo aqueles que não se posicionam de forma definitiva sobre o assunto, como Daniel Pulino, é categórico ao diferenciar uma da outra:

Há marcante diferença entre as entidades fechadas e abertas, diferença esta que se verifica quanto à finalidade por elas perseguida. É esta, aliás, a principal diferença da previdência privada aberta para a fechada, quanto às entidades, a ponto de ser ela a fonte de grande parte das demais distinções que a lei faz entre uma e outra dessas modalidades. Vejamos por que. Embora a lei geral de regulação do regime de previdência privada – a Lei Complementar n. 109, de 2001 - estabeleça, em seu art. 2º, ser o mesmo o objetivo principal de entidades abertas e fechadas, à segunda delas, às fechadas, foi vedada a finalidade lucrativa, o que, no entanto, será perseguido pelas entidades abertas de previdência complementar.

.....
Com efeito, dispõe o art. 31, § 1º, e o art. 8º, parágrafo único, respectivamente, das Leis Complementares ns. 109 e 108, de 2001, em idêntica redação, que as entidades fechadas "organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos". Foi, portanto, vedada por lei a busca de lucro pelas entidades fechadas de previdência complementar.

Por seu turno, embora não esteja explícito no texto da lei, as entidades abertas, diferentemente, perseguirão lucros, porque, primeiramente, elas se organizam, como visto, sob a forma de sociedades anônimas – sociedades regidas pela Lei n. 6.404, de 1976, que, em seu art. 2º (e 154), expressamente, se refere à finalidade lucrativa, que jamais poderá ser recusada - e, em segundo lugar, porque, apenas por respeito a situações já estabelecidas perante a legislação anterior, a Lei Complementar n. 109, de 2001, admitiu, transitoriamente, a existência de entidades abertas sem fins lucrativos (art. 77), que foram, assim, tratadas como figuras em extinção.

Diante dessa diferenciação que a lei estabeleceu, pode-se dizer, numa análise funcional do regime de previdência privada, que a proteção previdenciária - o intuito protetivo-previdenciário – corresponde à finalidade legal do instituto da previdência privada ou complementar; vale dizer, o bem ou valor em razão do qual existe esse conjunto estruturado de normas conformadoras de um regime de previdência privada consiste na proteção previdenciária complementar – em esquema previdenciário – dos indivíduos.

Entendemos por proteção previdenciária complementar a cobertura autônoma àquela conferida pelo regime básico – mas tendente à sua melhoria – aos participantes dos planos de benefícios e seus beneficiários, trazendo vantagens diretas para estes e para as patrocinadoras ou instituidoras, e que justamente por isso foi contratada pelas partes no intuito específico de preservação, em alguma medida (a medida contratada), do particular nível de vida do participante e dos seus beneficiários.

.....
Podemos dizer, então, na esteira dessas lições, que também na separação feita no regime de previdência privada brasileiro entre as entidades abertas e fechadas a finalidade lucrativa (determinada às primeiras e negadas às segundas) funciona como verdadeira chave lógica para a compreensão da própria disciplina legal que foi imposta às atividades de complementação previdenciária desenvolvidas por uma

⁴⁰⁸ Vide, por exemplo, ARRUDA, Maria da Glória Chagas. A inaplicabilidade do código de defesa do consumidor em face da previdência fechada. São Paulo: LTr, 2008; e também JOÃO, Paulo Sérgio. *Previdência Social Complementar*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1983.

ou outra dessas entidades, daí se originando em grande parte, as marcantes diferenças de regime assinaladas para o funcionamento delas na lei, e que ora estamos a analisar neste item 5.2. Assim, por exemplo, enquanto uma é organizada como fundação (as fechadas), a outra (abertas) o é enquanto companhia - sociedade na qual, já o dissemos, a finalidade lucrativa é da sua essência -; uma (a entidade fechada) terá gestão participativa, e a outra (aberta), não; apenas aos planos de uma delas (os das fechadas) foi imposta disciplina específica para tratamento de resultado superavitário (art. 20 da lei Complementar n. 109, de 2001), possibilidade nem sequer cogitada para planos de entidades abertas (onde, atingidos os resultados contratados, os excedentes podem ser considerados lucros, a serem distribuídos entre os acionistas); uma (fechada) pode existir para administrar plano de benefícios para apenas uma empresa patrocinadora ou entidade instituidora (entidade fechada singular), o que é inimaginável para as abertas; uma, enfim, terá disciplina jurídica ainda mais próxima das instituições financeiras e de seguro (é o caso das abertas), do que aquela imposta às entidades fechadas.⁴⁰⁹

A aprovação da Súmula nº 563 reproduziu essa preocupação, ao confirmar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor apenas às entidades abertas.

Foram seis os julgados utilizados como paradigma para a alteração do entendimento anteriormente aplicado pela corte, todos eles referentes a EFPCs patrocinadas, ou seja, em que o contrato previdenciário era celebrado de forma coligada com um contrato de trabalho.

No mais recente dos paradigmas, o Recurso Especial nº 1.536.786/MG⁴¹⁰, julgado em 20 de outubro de 2015, sob a relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, ressalta-se, mais uma vez, que:

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.⁴¹¹

Discutia-se, na referida demanda, o foro de eleição estabelecido pelo contrato previdenciário, que, por aplicação da Súmula nº 321, deveria ser declinado em benefício do consumidor. Não obstante, o relator reconheceu a possibilidade de o autor ajuizar ação, alternativamente, no foro de domicílio da EFPC, no eventual foro de eleição, ou mesmo no foro onde prestou serviços em prol do patrocinador, não por aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas sim por interpretação da própria Lei Complementar nº 109/2001:

⁴⁰⁹ PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P. 130-133.

⁴¹⁰ STJ, RESP nº 1.536.786/MG (2015/0082376-0), Min. Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção. DJe 20/10/2015.

⁴¹¹ STJ, RESP nº 1.536.786/MG (2015/0082376-0), Min. Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção. DJe 20/10/2015.

De fato, refletindo com mais profundidade sobre a questão – que, na verdade, é um desdobramento da não incidência do CDC à relação contratual mantida entre as entidades fechadas e a coletividade dos planos de benefícios –, atento à circunstância de que, embora a relação autônoma de previdência complementar não se confunda com a trabalhista, a própria legislação de regência (art. 16 da Lei Complementar n. 109/2001) impõe que a entidade confira tratamento isonômico com relação a todos os empregados da patrocinadora, reformulo meu voto, para dar provimento ao recurso.⁴¹²

Com efeito, o art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 estabelece a obrigatoriedade de que os planos de benefícios sejam “oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores”, do que se extrai o princípio da isonomia.

Cumprido ressaltar que não foi esquecido, no referido julgado, o contexto que inevitavelmente marca as contratações realizadas pelas EFPCs de patrocinadores, qual seja, a relação de trabalho existente entre o participante e o patrocinador, conforme já anteriormente mencionado. O acórdão em comento diz respeito à demanda ajuizada contra a Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social – Valia, EFPC ligada à Vale S.A., da qual o autor era empregado. Dentre os fundamentos utilizados para a resolução da controvérsia, foi citado o art. 651 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que também busca conferir à relação de emprego o caráter protetivo necessário à relação entre partes desiguais:

Outrossim, como o contrato previdenciário patrocinado tem por origem a relação de emprego, constituindo o patrocínio um salutar benefício reflexo – que não deve, pois, ser desestimulado –, sendo possível vislumbrar hipóteses pontuais em que poderá também figurar o patrocinador no polo passivo – v.g., ação vindicando resgate, em plano de benefícios, cujo regulamento preveja também a possibilidade do resgate das contribuições do patrocinador, que não as recolheu –, é bem de ver que, *mutatis mutandis*, o art. 651, caput, da CLT – Diploma protetivo que busca proteger a parte débil da relação contratual (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: contratos. 4 ed. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 79) – estabelece, como regra geral, que o foro competente para ajuizamento de demanda trabalhista é o da localidade onde o autor tiver prestado serviços ao empregador, não prevendo a faculdade do obreiro (parte vulnerável) manejar ação em seu domicílio.⁴¹³

Por fim, reforçou o argumento do acórdão a constatação de que o direito civil possui mecanismos suficientes para a proteção do participante contra cláusulas abusivas, conforme se depreende do trecho a seguir:

Com efeito, na III Jornada de Direito Civil do CJF, com propriedade, foram aprovados enunciados bastante pertinentes. Dessarte, o enunciado n. 171 propugna que “[o] contrato de adesão mencionado nos arts. 423 e 424 do CC, não se

⁴¹² STJ, RESP nº 1.536.786/MG (2015/0082376-0), Min. Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção. DJE 20/10/2015.

⁴¹³ STJ, RESP nº 1.536.786/MG (2015/0082376-0), Min. Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção. DJE 20/10/2015.

confunde com o contrato de consumo". O enunciado n. 172, por seu turno, esclarece que “[a]s cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002”.⁴¹⁴

Também aqui pertinentes as ponderações do Tribunal. O Código de Defesa do Consumidor não pode ser visto como a única tábua de salvação capaz de equilibrar relações travadas entre sujeitos desiguais, seja do ponto de vista econômico, seja do ponto de vista informacional. Nas relações jurídicas envolvendo EFPCs de patrocinadores, tais circunstâncias são ainda mais evidentes, uma vez que a própria legislação trabalhista e a proteção por ela conferida poderão servir de fonte para a resolução das controvérsias existentes, antes mesmo que se precise recorrer ao Código de Defesa do Consumidor. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor deve ser visto mais como um complemento do sistema, que nele atua de forma harmônica. Se assim não fosse, seria o mesmo que admitir que, fora do âmbito do referido Código, o sistema reproduz injustiças.

Entretanto, por se tratar de assunto novo e de cunho processual, cuja prescrição não se extrai de forma clara da legislação, as interpretações tendem a ser diversas. No julgado em comento, houve divergência do Ministro Marco Buzzi quanto aos fundamentos do acórdão, ainda que o resultado tenha sido o mesmo no caso concreto. Em seu voto-*vista* – apesar de ter se posicionado pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, assim como o relator – expos que a prorrogação do foro escolhido pelo autor, em sua opinião, seria decorrência lógica da relatividade da competência territorial, contra a qual não insurgiu a Valia, ré na ação:

Esta situação fática, cristalizada e imutável nos autos, não pode ser ignorada: **a)** o objeto da ação é um **direito pessoal**, incidindo a regra do art. 94 do CPC; **b)** em momento algum o participante se insurgiu ou sequer peticionou sobre esta modificação de foro; **c)** a comarca mineira é a sede da banca de advogados contratada espontaneamente pelo beneficiário; **d)** o autor não sustentou eventual estado de hipossuficiência; e, por fim, **e)** o **réu**, mesmo possuindo foro contratual de eleição, manifesta **expressamente** interesse que a demanda se desenvolva no foro de distribuição inicial, **renunciando** um direito seu e aceitando livremente a vontade emanada pelo proponente.⁴¹⁵

Essa interpretação, em outras situações, poderia fazer justamente com que se exigisse do participante o ajuizamento da demanda no foro de eleição, se porventura a EFPC

⁴¹⁴ STJ, RESP nº 1.536.786/MG (2015/0082376-0), Min. Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção. DJE 20/10/2015.

⁴¹⁵ STJ, RESP nº 1.536.786/MG (2015/0082376-0), Min. Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção. DJE 20/10/2015.

reclamasse nesse sentido. Ou seja: os efeitos da não aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ainda serão conhecidos, existindo espaço para controvérsia.

Em outros quatro julgados – Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.483.876/SE⁴¹⁶, e Recursos Especiais nº 1.431.273/SE⁴¹⁷, nº 1.443.304 /SE e nº 1.421.951/SE, sendo os dois primeiros de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, e os dois últimos de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva –, o STJ validou a aplicação das regras previstas nos novos regulamentos do plano de benefícios da Fundação Petrobrás de Seguridade Social – Petros, em detrimento das regras vigentes na época da contratação, sendo abaixo citado o trecho idêntico dos dois últimos arestos:

5. Seja sob a égide da Lei nº 6.435/1977 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. Daí o caráter estatutário do plano de previdência complementar, próprio do regime de capitalização.

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.^{418/419}

No último dos acórdãos paradigma – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 504.022/SC⁴²⁰ –, confirmou-se a validade de transação celebrada entre o participante e a entidade de previdência privada, em que promoveu a migração entre planos previdenciários. Neste aresto, a ré é a Fundação CODESC de Seguridade Social – FUSESC, EFPC administradora de planos patrocinados, oferecidos aos empregados dos patrocinadores

⁴¹⁶ STJ, AgRg. no AgRg. no RESP nº 1.483.876-SE (2015/0082376-0), Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma. DJe 05/05/2015.

⁴¹⁷ STJ. RESP nº 1.431.273/SE (2014/0013949-1), Min Moura Ribeiro, Segunda Seção. DJe 18/06/2015.

⁴¹⁸ STJ, RESP nº 1.443.304/SE (2014/0066303-1), Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, DJe 02/06/2015.

⁴¹⁹ STJ, RESP nº 1.421.951/SE (2013/0394822-0), Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção. DJe 19/12/2014.

⁴²⁰ STJ, AgRg. no Ag. em RESP nº 504.022/SC, Min. Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção. DJe 30/09/2014.

Badesc, Bescor, Codesc, Banco do Brasil e Fusc, sendo, portanto, uma entidade multipatrocinada⁴²¹.

Observa-se que todos os paradigmas são de EFPCs vinculadas a patrocinadores, em que necessariamente existe uma relação de trabalho subjacente à contratação previdenciária, conforme anteriormente explicado. Por essa razão, os serviços prestados especificamente por esse tipo de EFPC não estão disponíveis no mercado. Tanto não estão disponíveis no mercado, que inexistente competição entre as EFPCs dessa natureza. Afinal, para que tenha direito às contribuições realizadas pelo patrocinador, o participante terá necessariamente que aderir ao plano oferecido pela EFPC a ela vinculado e, se preferir não aderir ao plano, perderá necessariamente tal vantagem. Ainda que ele tenha mais de um vínculo empregatício, mesmo assim inexistirá competição: afinal, se pretender ter os benefícios oriundos das contribuições de ambos os empregadores, deverá aderir a ambos os planos. O participante não pode escolher a qual EFPC o patrocinador irá realizar as contribuições; será necessariamente uma EFPC por empregador, o que lhe impede de exercer livremente seu direito de escolha com relação ao plano e à EFPC aos quais deseja se vincular. Na doutrina estrangeira, tais circunstâncias não passam despercebidas, funcionando como fundamento da própria regulação financeira de atividades dessa natureza⁴²².

Por mais que ainda sejam desconhecidos os efeitos da nova interpretação, e de serem preocupantes os julgados que tratam da ausência de direito adquirido dos participantes na hipótese de alteração do regulamento do plano, fato é que o equilíbrio das relações entre EFPCs de patrocinadores e seus participantes e assistidos pode ser alcançado sem que se recorra ao Código de Defesa do Consumidor, conforme demonstrou o STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.536.786-MG, ao tratar do foro para discussão das demandas envolvendo EFPCs de patrocinadores.

⁴²¹ Contra a mesma ré, outro julgado que trata da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor: STJ, ED no AgRg. no RESP nº 1.504.986-SC (2012/0045246-5), Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma. DJE 26/06/2016.

⁴²² “Consumers Association (1998). The information imbalance that has arisen between the consumer and industry has enabled the sale of substandard products which has, in many cases, cost the consumer (and the taxpayer) dear. For example, in the personal pensions mis-selling saga, hundreds of thousands of consumers fell victim to disgraceful sales practices and poor advice... Personal pensions and life products such as endowment plans can pose particular problems because of the hidden penalties for switching, inflexibility and high charges. In many cases it is next to impossible for consumers to work out exactly what the charges are because of the euphemisms and obscure language to disguise charges. All this has meant that there is no real competition in these markets. The lack of transparency means consumers have been unable to compare products, shop around and so in turn exert competitive pressure.” (LLEWELLYN, David. *The Economic Rationale for Financial Regulation*. Occasional paper series n. 1. Londres: Financial Services Authority, 1999. Disponível em: <http://www.fep.up.pt/disciplinas/pgaf924/PGAF/Texto_2_David_Llewellyn.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2016. P. 44.)

O sistema de proteção dos participantes nos planos patrocinados teria, portanto, outras fontes: (i) da legislação específica aplicável à previdência privada (em especial as Leis Complementares nº 108/2001 e nº 109/2001); (ii) do Código Civil, ao tratar da interpretação dos contratos de adesão e quando da aplicação das regras de boa-fé objetiva; e até mesmo (iii) da legislação trabalhista, conforme reconhecido pelo STJ⁴²³, tendo em vista que a contratação do plano previdenciário, nessa situação, dá-se necessariamente de forma subjacente ao contrato de emprego.

Cumpra perquirir se, afinal, o mesmo resultado poderia ser alcançado para as EFPCs de instituidores, o que será verificado na seção seguinte.

3.11 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às EFPCs instituídas

O contrato previdenciário celebrado entre participantes de EFPCs patrocinadas diferenciam-se sobremaneira daqueles dos planos instituídos, em que as únicas contribuições realizadas são dos próprios participantes e, eventualmente, dos assistidos.

Os participantes de planos patrocinados não encontram, no mercado, serviço similar; não exercerão sua liberdade de escolha entre diversos outros produtos ou serviços disponíveis para a mesma finalidade. Caso queiram se beneficiar das contribuições realizadas pelo patrocinador, deverão, necessariamente, aderir ao plano de benefícios da EFPC patrocinada.

Além disso, apesar de não ter sido citada pelo STJ, o próprio conceito de serviço de que trata o §2º do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor exclui as “atividades decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Tendo em vista a coligação do contrato previdenciário com o contrato de trabalho nos planos patrocinados, isso seria suficiente para o afastamento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Situação diferente é aquela dos planos instituídos, ou seja, em que as únicas contribuições para a formação do plano são realizadas pelos participantes e assistidos, lembrando que a contribuição dos últimos somente se dá para fins de equalização de eventuais déficits. Quando de sua contratação, a pessoa interessada em um plano previdenciário terá, à sua disposição, tanto os planos oferecidos por entidades abertas, quanto os planos oferecidos por entidades fechadas, e fará sua escolha com base na instituição que lhe parecer mais sólida, e cujo desempenho nos investimentos seja historicamente mais eficiente. Uma pessoa mais

⁴²³ STJ, RESP nº 1.536.786/MG (2015/0082376-0), Min. Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 20/10/2015.

bem informada terá, igualmente, à sua disposição, a possibilidade de formar uma carteira de investimentos conservadora, mediante a aplicação de seus recursos em fundos de investimento, a aquisição de títulos da dívida pública, aquisição de certificados de depósitos bancários (CDBs), dentre outros, que sirva à mesma finalidade dos planos oferecidos por EFPCs instituídas.

Para corroborar esse entendimento, toma-se a doutrina de Paula Forgioni, que ensina que, para a verificação de um mercado relevante material, cumpre:

... identificar a necessidade do consumidor satisfeita pelo produto que esta sendo considerado para verificar se ele está normalmente disposto a substituí-lo por outro(s). Se a resposta for afirmativa, ambos (ou todos) farão parte do mesmo mercado relevante material. Assim, a *fungibilidade* (ou *intercambialidade*) dos produtos para o consumidor faz com que integrem mercado relevante material idêntico.⁴²⁴

Os serviços oferecidos pelas EFPCs instituídas fariam parte, sem dúvida, do mesmo mercado relevante material daqueles oferecidos por entidades abertas e outras entidades privadas de administração de carteiras de investimentos⁴²⁵, haja vista a fungibilidade ou intercambialidade entre eles.

O direcionamento das ofertas a um grupo específico de pessoas, que possui algum vínculo profissional ou setorial com o instituidor, não tem o condão de excluir a EFPC do mercado.

Observe-se, por exemplo, a OABPrev, EFPC que oferece planos a advogados dos Estados no Acre, Amapá, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Distrito Federal, Pará, Rondônia e Roraima. Por mais que exista uma restrição de escopo, sua abrangência continua relevante, caso contrário se inviabilizaria a estruturação do mecanismo de investimentos coletivos. Ademais, a EFPC deve ter abrangência suficiente para que seus custos se justifiquem e sejam diluídos mediante a divisão entre os participantes e assistidos, diluição essa realizada em medida suficiente para que os custos não se sobreponham aos ganhos decorrentes dos investimentos realizados.

A dimensão da comunidade de advogados de nove estados brasileiros, acrescido do Distrito Federal, faz com que seja mais fácil compreender a abrangência das EFPCs instituídas e o mercado em que atuam. Os profissionais liberais, públicos alvo de diversos

⁴²⁴ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 241.

⁴²⁵ Vide Instrução CVM nº 558, de 26 de março de 2015, que “[d]ispõe sobre o exercício profissional de administração de carteiras de valores mobiliários”, nos termos de sua ementa.

planos instituídos, certamente irão buscar no mercado, dentre todas as opções disponíveis – inclusive as oferecidas pelas entidades abertas e demais instituições financeiras e que atuam no mercado de valores mobiliários –, aquela que lhes pareça a melhor. Isso porque os planos das EFPCs de instituidores não apresentam as mesmas vantagens daqueles de patrocinadores, em que os participantes são beneficiados por contribuições realizadas por seus respectivos empregadores. Ou seja, aqui é possível o exercício da liberdade de escolha.

Nem se diga que a ausência de finalidade lucrativa da EFPC inviabilizaria sua inserção no mercado. Seria o mesmo que afirmar que as entidades sem fins lucrativos não poderiam exercer atividades econômicas, discussão há muito superada na doutrina⁴²⁶. A vedação que se impõe às entidades sem fins lucrativos diz respeito à distribuição de seus resultados. A mera existência de resultados positivos (superávits) não lhe tira o caráter de entidades sem fins lucrativos.

Além disso, os serviços prestados pelas EFPCs são, sim, remunerados, tendo em vista que são os participantes e assistidos que arcam com suas despesas, nos termos do art. 14, III⁴²⁷, e do art. 19⁴²⁸ da Lei Complementar nº 109/2001.

Salienta-se, igualmente, que sequer vantagens competitivas as EFPCs de instituidores possuem, uma vez devem, obrigatoriamente, “terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente”, nos termos do art. 31, §2º, II, da Lei Complementar nº 109/2001. Ou seja, tendo em vista que a gestão não pode ser exercida diretamente pela EFPC, os custos decorrentes de sua terceirização serão necessariamente arcados pelos participantes e assistidos. Embute-se, portanto, no custo do plano, o lucro da entidade gestora, que obviamente não está obrigada a contratar com a EFPC a preço de custo. Assim, por mais que a EFPC não distribua resultados, a existência de mais uma pessoa na cadeia de contratações (entidade gestora) eleva os custos da prestação dos serviços, o que abre a outras pessoas jurídicas a possibilidade de, efetivamente, concorrer em

⁴²⁶ “A associação não se desnatura mesmo que realize negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, contudo, não pode proporcionar ganhos aos associados, por exemplo, associação esportiva que vende aos seus membros uniformes, alimentos, bolas, raquetes, etc., embora isso traga, como consequência, lucro para a entidade”. (PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social*. 6ª edição. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2006. P. 64).

⁴²⁷ “Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

.....
III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada;”

⁴²⁸ “Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.”

igualdade de condições com as EFPCs, mesmo que se organizem como sociedades empresárias. Caso contrário, se a ausência de finalidade lucrativa se revertisse inteiramente em favor dos participantes, seria inimaginável a um profissional liberal contratar um plano previdenciário de uma entidade aberta. Aliás, se isso fosse verdadeiro, as entidades abertas estariam fadadas ao fracasso, uma vez que não conseguiriam competir com as EFPCs instituídas.

Não há dúvidas de que as EFPCs de instituidores estejam inseridas no mercado, e que há fungibilidade ou intercambialidade, nas palavras de Paula Forgioni, entre os serviços por ela prestados e outros prestados por entidades abertas, instituições financeiras e outras entidades administradoras de recursos de terceiros.

A conclusão acerca do enquadramento dos contratos previdenciários em planos instituídos como relação de consumo, entretanto, depende da análise dos outros elementos apresentados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Cumprir verificar, primeiramente, a própria interpretação semântica do Código de Defesa do Consumidor⁴²⁹, com relação às definições de *consumidor* e *fornecedor*, tendo em vista que a aplicação do Código é realizada em razão das características das pessoas da relação de consumo⁴³⁰.

Consumidor seria “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Necessário acrescentar-se aqui, igualmente, o critério da vulnerabilidade, de que trata o art. 4º, I, do referido Código⁴³¹.

Para Cláudia Lima Marques, portanto:

Consumidor é o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade “de consumo” ou de massa.⁴³²

⁴²⁹ Interpretação semântica, nas palavras de Canaris.

⁴³⁰ “O campo de aplicação do Código possuiria, por força dos arts. 1º, 2º e 3º, uma importante limitação *ratione personae*, aplicando-se somente aos contratos em que está presente um consumidor ante a um fornecedor de produtos ou serviços”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 302.)

⁴³¹ Código de Defesa do Consumidor: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da **vulnerabilidade** do consumidor no mercado de consumo;” (grifo nosso).

⁴³² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 302.

Os consumidores teriam, hoje, em razão de suas relações de consumo no mercado e como destinatários dos próprios serviços públicos prestados pelo Estado, a mesma importância do papel desempenhado pelos trabalhadores na evolução dos direitos sociais e humanos no século XX⁴³³, conforme se extrai dos ensinamentos de Zygmunt Bauman. Sua vulnerabilidade, enquanto *homo economicus et culturalis*, na definição de Cláudia Lima Marques, seria diferente daquele do *homo faber*, da definição de Hanna Arendt⁴³⁴, justamente em razão das mudanças culturais verificadas desde o século XX, mas seriam semelhantes as razões da necessidade de sua proteção:

Este é um consumidor, um agente econômico ativo no mercado e na sociedade de consumo (de crédito e de endividamento), e ao mesmo tempo *persona* com identidade cultural específica e diferenciada pela cultura de sua nação, seu mercado, sua língua e interesses locais. Um sujeito mais ciente de seus direitos e de seu papel na sociedade global e local, mas cada vez menos consciente e racional frente às pressões e tentações do mercado: cada vez mais vulnerável frente aos fornecedores.⁴³⁵

A vulnerabilidade do consumidor seria uma presunção legal e absoluta⁴³⁶. Nos termos da ementa do acórdão de relatoria do Ministro Herman Benjamin, a presunção de vulnerabilidade seria o “mecanismo que visa a garantir a igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo”⁴³⁷. Tal orientação, portanto, atende ao próprio postulado da justiça.

Tendo em vista que tanto o participante quanto o assistido são os destinatários finais e econômicos das atividades desempenhadas pela EFPC, ou seja, são eles os destinatários finais

⁴³³ BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo e nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa, 2003. P. 48 e 73 e ss. *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 303.

⁴³⁴ ARENDT, Hanna. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. P.147. *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 303.

⁴³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 303.

⁴³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2010. P. 65. *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 304.

⁴³⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso especial 586.316/MG (2003/0161208-5), Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, Julgado em 17/04/2007, publicado no DJe 19/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=586316&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 abr. 2016. *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 304.

dos benefícios previdenciários contratados, enquadram-se, necessariamente, como consumidores⁴³⁸.

Fornecedor, por sua vez, seria, nos termos do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

... toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Para completar a definição de fornecedor, a lei caracteriza *serviços*, em seu §2º do art. 3º, como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Conforme anteriormente discutido, as atividades desenvolvidas pela EFPC consistem na instituição e administração de planos previdenciários, conforme definido no art. 2º da Lei Complementar nº 109/2001. Apesar de as referidas entidades não terem finalidade lucrativa, elas são remuneradas pelos participantes e assistidos. Tais valores correspondem às parcelas de custeio administrativo, que não podem ser objeto de resgate, nos termos do art. 14, III, da Lei Complementar nº 109/2001.

Tendo em vista que as EFPCs de instituidores são pessoa jurídicas que desenvolvem atividades específicas de prestação de serviços no mercado – qual seja, a instituição e administração de planos previdenciários –, enquadram-se, igualmente, como fornecedoras.

Para Cláudia Lima Marques, a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor ao participante e assistido de um plano previdenciário fechado estaria fundamentada, além de tudo, por seu enquadramento como um contrato cativo de longa duração, em que a relação de dependência de uma parte apresenta-se com maior evidência⁴³⁹.

⁴³⁸ “Em relação à associações, estão excluídas desta categoria aquelas que servem, exclusivamente, à gestão da coisa comum, em que todos os associados decidem os atos que serão praticados, e cujas contribuições são por eles mesmo estipuladas, a exemplo dos condomínios e associações desportivas³ não são fornecedores, pois não se destinam à prestação de serviços em mercado de consumo.

Contudo, se o ente é formado com o objetivo de fornecer determinado serviço, mediante cobrança de mensalidade ou contribuição e não exclusivamente para gerir os recursos comuns, caracteriza-se como fornecedor⁴. É o caso das entidades fechadas de previdência privada.

Essa entidade (fechada, quando a participação no plano é limitada a uma categoria de pessoas, ou aberta, quando acessível a qualquer interessado) presta o serviço mencionado no art. 3º, § 2º, do CDC, pois objetiva, como anteriormente exposto, a realização de atividade securitária”. (STJ, RESP 306.155/MG (2001/0023027-0), Min. Nancy Andrighi, 3ª turma. DJ 25/02/2002, p. 377, RSSTJ vol. 26, p. 283).

⁴³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 96.

Tal proteção seria necessária para a preservação da igualdade e da confiança em razão de sua caracterização como contrato relacional:

Os contratos relacionais se caracterizam pela presença da confiança no comportamento futuro do outro parceiro contratual e pelo interesse na continuidade da relação contratual. Neste sentido a tutela dos direitos e interesses dos contratantes deve compreender o interesse pressuposto de manutenção do vínculo contratual o que conseqüentemente implica manutenção do equilíbrio de interesses do contrato e, quando for o caso, proteção do contratante vulnerável/dependente do contrato naquela dada relação contratual.

Nos contratos relacionais de consumo, dentre os meios mais destacados para a proteção do consumidor vulnerável está a eficácia do dever de informar do fornecedor com a finalidade de reduzir os efeitos da assimetria informativa entre o fornecedor e o consumidor. A eficácia deste dever de informar do fornecedor, de sua vez, não se restringe ao momento prévio à celebração do contrato, senão durante toda sua execução, nos contratos relacionais, de modo a informar ao consumidor sobre os riscos a que está sujeito, bem como todos os demais aspectos da relação contratual.⁴⁴⁰

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, portanto, decorreria das próprias características do contrato previdenciário, adiante descritas:

Os contratos de previdência privada apresentam as seguintes características:

(a) são contratos contínuos, de longa duração, uma vez que pressupõem a existência de um acúmulo de contribuições financeiras do participante do contrato como condição para fruição futura do benefício financeiro;

(b) são contratos de estruturação econômica complexa, fundado em cálculos atuariais em vista das características distintivas de um grupo de contratantes. Isto, naturalmente, acentua a vulnerabilidade do consumidor-participante;

(c) são contratos cuja prestação de uma das partes (participante) é dependente da boa gestão dos recursos financeiros do prestador do serviço (entidade de previdência), razão pela qual se destaca a necessidade de acentuar-se os laços de confiança entre as partes ao longo da relação contratual, característico do princípio do administrador prudente (*prudent person rule*), observado no direito norte-americano; e

(d) o controle do equilíbrio econômico das prestações pressupõe seu correto dimensionamento ao longo do tempo em que são realizadas (cálculo atuarial), razão pela qual se tem de ter em vista o interesse útil do consumidor participante/assistido com o contrato, de modo a proteger suas legítimas expectativas.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. Os contratos de previdência privada e o código de defesa do consumidor na visão do superior tribunal de justiça Comentários sobre as Súmulas 289, 291, 321 e 427 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 78/2011, p. 315-336, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>, Acesso em: 21 out. 2015. P. 03 da versão digital.

⁴⁴¹ MIRAGEM, Bruno. Os contratos de previdência privada e o código de defesa do consumidor na visão do superior tribunal de justiça Comentários sobre as Súmulas 289, 291, 321 e 427 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 78/2011, p. 315-336, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>, Acesso em: 21 out. 2015. P. 03 da versão digital.

Tem-se, portanto, que a interpretação do Código de Defesa do Consumidor em consonância com a teoria finalista levaria, sem reservas, ao enquadramento do contrato previdenciário em planos instituídos como relações jurídicas de consumo.

Ocorre que as EFPCs de instituidores têm, ainda, duas características adicionais que as diferenciam dos demais agentes de mercado: (i) a representatividade dos participantes e assistidos nos órgãos decisórios da EFPC, conforme explicado na seção 2.4 (*Classificação e estrutura das EFPCs*); e (ii) o compartilhamento dos riscos inerentes aos investimentos, conforme explicado na seção 2.9 (*Superávits e equacionamento dos déficits*), e argumentado por Ada Pellegrini Grinover em seu parecer⁴⁴².

A representatividade dos participantes e assistidos nos órgãos das EFPCs de instituidores indicaria que a vontade da EFPC se confunde com a vontade dos próprios participantes e assistidos. Diferentemente das EFPCs de patrocinadores, as entidades que oferecem os referidos planos já tem por condão a defesa dos interesses de um setor ou de uma classe de trabalhadores.

Por mais abrangente que seja o escopo de uma EFPC instituída, presume-se que não haveria conflitos de interesse entre elas e os participantes; afinal, o não pagamento dos benefícios contratados em nada beneficia a EFPC, que não se aproveita dos lucros decorrentes de sua atividade. Diferentemente dos patrocinadores, os instituidores, via de regra, não teriam interesses conflitantes com os participantes e assistidos, tendo em vista (i) que são entidades de representação classista ou setorial e (ii) não têm expectativa de devolução de recursos, haja vista que não contribuem para a formação das reservas garantidoras.

A presunção de ausência de conflitos de interesses, entretanto, não é suficiente para a descaracterização das relações de consumo de uma forma geral. Se assim fosse, as pessoas jurídicas públicas também estariam fora do escopo consumerista; isso porque, também em tese, não haveria conflito de interesses entre o Estado e a coletividade, e a representatividade da população seria o suficiente para garantir que os representantes agiriam necessariamente em benefício dos representados.

Quanto ao compartilhamento dos riscos, aqui também não é suficiente para se descaracterizar a relação de consumo, tendo apenas o condão de conferir à relação contratual em análise características próprias. As regras sobre a equalização de déficits são inerentes ao regime jurídico da previdência privada fechada, e o respeito dessas regras em nada obsta a

⁴⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer jurídico sobre o código de defesa do consumidor e as entidades fechadas de previdência complementar. In GRINOVER, Ada Pellegrini; REIS, Adacir; AVENA, Lygia e ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. 1ª Ed. São Paulo: ABRAPP, 2013.

aplicação do Código de Defesa do Consumidor em defesa dos participantes e assistidos. Decerto, é essa a regra que impede a aplicação irrestrita da Súmula nº 289 do STJ, segundo a qual “[a] restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”, conforme já anteriormente mencionado. Isso porque, como visto, essa aplicação irrestrita pode gerar prejuízos aos demais participantes e assistidos, na medida em que atenta contra o equilíbrio econômico-atuarial do plano.

Nos casos envolvendo planos de saúde organizados sob o regime de autogestão, o STJ apresentou essa mesma solução. Até o momento, é cediço o entendimento da Corte a favor aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que “a relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso a cobertura médico-hospitalar, sendo desinfluyente a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que se diga sem caráter lucrativo, mas que mantém plano de saúde remunerado”⁴⁴³. Tal entendimento foi, inclusive, reproduzido em acórdãos mais recentes^{444/445/446}.

Mesmo no Recurso Especial nº 1.121.067/PR⁴⁴⁷, citado por Adacir Reis para confirmar a ausência de abusividade em determinadas restrições impostas pelo plano de saúde na modalidade de autogestão, tal entendimento decorre, unicamente, na interpretação do regime, e não do afastamento do Código de Defesa do Consumidor, cuja incidência ainda assim é reconhecida. Nas palavras do relator:

III - A questão ultrapassa a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor. Nos planos de autogestão, os regulamentos e normas restritivas que buscam a proteção do equilíbrio atuarial e mensalidades de custo menor, não podem ser vistas como cláusulas contratuais abusivas. A relação jurídica desses planos tem peculiaridades, seja na sua constituição, administração, obtenção de receitas e forma de associar-se, completamente diferentes dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam o lucro. A Lei dos planos de saúde dá tratamento diferenciado a essa modalidade (Lei 9.656/98 - art. 10, § 3º).

IV - O tratamento legal a ser dado na relação jurídica entre os associados e os planos de saúde de autogestão, os chamados planos fechados, não pode ser o mesmo dos planos comuns, sob pena de se criar prejuízos e desequilíbrios que, se

⁴⁴³ STJ, RESP nº 469.911/SP (2002/0123795-4), Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 10/03/2008.

⁴⁴⁴ STJ, AgRg. no Ag. em RESP nº 718.634/DF (2015/0124129-7), Min. Raul Araújo, Quarta Turma. DJe 16/12/2015.

⁴⁴⁵ STJ, AgRg. no Ag. em RESP nº 605.163/PB (2014/0281376-0), Min. Marco Buzzi, Quarta Turma. DJe 30/11/2015.

⁴⁴⁶ STJ, ED no Ag. em RESP nº 480.579/PB (2014/0042213-2), Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma. DJe 23/10/2015.

⁴⁴⁷ STJ, RESP nº 1.121.067/PR (2009/0018858-4), Min. Massami Uyeda, Terceira Turma. DJe 03/02/2012, RDDP vol. 110, p. 151.

não inviabilizarem a instituição, acabarão elevando o ônus dos demais associados, desrespeitando normas e regulamentos que eles próprios criaram para que o plano desse certo. Os associados que seguem e respeitam as normas do plano, arcarão com o prejuízo, pois a fonte de receita é a contribuição dos associados acrescida da patronal ou da instituidora.

V - Portanto, as restrições de cobertura ou de ressarcimento a eventos nos planos de autogestão não violam princípios do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁴⁸

Ou seja, o reconhecimento da ausência de abusividade da cláusula decorre da interpretação do tipo jurídico sob análise, e não da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, fica consignado no acórdão que tais restrições não violam os princípios do referido Código.

Por tudo isso, a relação entre os participantes e assistidos nos planos de instituidores enquadram-se como relações de consumo.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações travadas por participantes e assistidos no âmbito específico de planos de instituidores e, mesmo anteriormente, quando ainda aplicável a Súmula nº 321 a todos os tipos de planos, configura uma verdadeira tentativa de corrigir as incongruências do sistema, decorrentes do fato de que o regime foi construído como um mecanismo de investimento, e não um mecanismo de proteção social. Os problemas resultam justamente dessa dicotomia, tendo em vista a impossibilidade de se estruturar um regime cujo objetivo principal é a proteção social como um mecanismo de investimento, e não especificamente da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Por essa razão, é claro que diversas outras incongruências seriam captadas no sistema, como a própria regra constante da Súmula nº 289, que garante ao participante o direito à restituição das parcelas pagas ao plano de previdência privada, corrigidas por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda, sem perquirir se essa decisão prejudicaria os demais participantes e assistidos e atentaria contra o próprio princípio da igualdade.

Compartilha-se, neste trabalho, da preocupação dos autores supracitados com relação aos efeitos decorrentes da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação entre os participantes e assistidos e a EFPC, especialmente no caso de resgate, conforme exposto na seção 3.9 (*O direito à restituição e as Súmulas nº 289 e 290 do STJ*) acima. Contudo, adota-se com reservas a posição daqueles que defendem a absoluta inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às EFPCs.

⁴⁴⁸ STJ, RESP nº 1.121.067/PR (2009/0018858-4), Min. Massami Uyeda, Terceira Turma. DJe 03/02/2012, RDDP vol. 110, p. 151.

Nas palavras de Daniel Pulino:

Deverá haver, por isso, certa *contemporização*, certa ponderação quanto à aplicabilidade de alguns dos princípios do art. 170 da Constituição quando estiver em questão a atuação previdenciária complementar exercida pelas entidades *fechadas*, como ocorrerá, por exemplo, no caso dos princípios explícitos da livre concorrência e da defesa do consumidor (arts. 170, incisos IV e V, da Constituição).⁴⁴⁹

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor deve ser realizada de forma atenta, justamente para não prejudicar os direitos dos demais participantes e assistidos de cada plano, conferindo, a alguns participantes, porção maior do patrimônio a que tiver direito. Ou seja, deve ser aplicado em atenção ao princípio da igualdade. Ainda que isso seja feito, é importante que os Tribunais verifiquem de forma detalhada a origem dos recursos para pagamento dos valores mínimos assegurados jurisprudencialmente. Nenhum desses cuidados, ressalta-se, inviabiliza a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁴⁹ PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P. 223.

4 GARANTIAS E MECANISMOS DE PROTEÇÃO

4.1 Garantias *versus* obrigações de garantia (garantias *stricto sensu*)

De modo amplo, *garantia* pode ser conceituada, juridicamente, da seguinte forma:

Garantia. Esta palavra, em sentido amplíssimo, quer dizer proteção ou segurança que se dispensa a alguém que é titular de um direito subjetivo ou de um poder jurídico, no sentido que possa, *efetivamente*, exercitá-lo (e.g., na Const. Federal, art. 153, §4º, está a garantia do princípio da legalidade), ou de ocorrendo falha ou omissão de uma vantagem ou possibilidade jurídica originariamente devidas, possam ser essas falhas ou omissões supridas mediante o acionamento de uma situação equivalente e substitutiva das primeiras. Por exemplo, estipula-se a fiança (v.) para que, caso não cumpra o devedor a obrigação assumida, fique outra pessoal igualmente responsável pelo débito (CC, art. 1.481).⁴⁵⁰

Em acepção semelhante e mais detalhada:

Garantia. Deriva-se de *garante*. E possui o sentido amplo de significar segurança ou poder de se usar, fruir ou de se obter tudo aquilo que é de nosso direito, segundo os princípios formulados em lei, ou consoante afirmativas asseguradas por outrem.

Especializando-se, então, a garantia mostra-se como *de direito* ou *convencional*, a primeira das quais também se diz *natural* e a segunda, *contratual* ou *obrigacional*.

A primeira decorre do princípio jurídico ou regra instituída em lei, não necessitando de declaração de vontade da pessoa. A segunda é a que decorre de vontade de obrigação do garante, que assumiu o ônus da garantia

No primeiro caso, a garantia evidencia-se um *direito*, uma *prerrogativa*, ou uma *segurança* firmada legalmente.

No segundo caso, a garantia é a *fiança*, o *aval*, o *endosso*, o *abono*, o *penhor a caução*, a *hipoteca*, dizendo-se pessoal ou real, segundo as circunstâncias em que se manifesta, as quais, por sua vez, demonstram os traços dominantes e distintivos de cada espécie.

E pode ser tida na equivalência de *responsabilidade*, quando num sentido generalizado, e, assim, *garantia* exprime a situação em virtude da qual o devedor é obrigado ou compelido a cumprir a prestação devida ao credor.⁴⁵¹

O sentido por trás da palavra, portanto, indica uma função dupla⁴⁵². A primeira é a proteção ou segurança para que determinado direito subjetivo possa efetivamente ser

⁴⁵⁰ FRANÇA. R. Limongi (coord). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 39. São Paulo: Saraiva, 1977. P. 317.

⁴⁵¹ SILVA. De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaib Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31ª 3d. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 658-659.

exercido, aferido ou verificado. A segunda é a proteção ou a segurança necessária para o exercício, aferimento ou verificação desse direito subjetivo nas hipóteses de falhas ou omissões de seu cumprimento (garantia *stricto sensu*).

Tomem-se como exemplo, primeiramente, as garantias fundamentais constitucionais, tal como o princípio da legalidade, indicado na própria conceituação acima. Do citado princípio, emanam as normas infraconstitucionais e a noção de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Por essa razão, as autoridades públicas estão vinculadas a esse princípio para que exijam, de qualquer pessoa, o cumprimento de determinada obrigação. Além disso, se alguma autoridade da administração pública exigir, de alguém, o cumprimento de qualquer obrigação que não possui suporte legal, tal obrigação não precisaria ser cumprida. E mais: caso, ainda assim, alguém seja obrigado a cumprir determinada obrigação que não possui respaldo legal – denotando, assim, uma falha ou omissão no cumprimento do referido direito subjetivo –, poderá buscar o judiciário para fazer valer a garantia do princípio da legalidade. Em linhas gerais, é esse o sistema da garantia do princípio da legalidade.

Esse sentido de garantia se confunde com o sentido de direito em si. A legalidade, assim, é um direito assegurado constitucionalmente; pode, por isso, ser exigido para que sua confirmação seja verificada na prática.

Não são, porém, todas as garantias que possuem a vocação absoluta de ter o direito subjetivo subjacente cumprido, verificado ou aferido de forma absoluta e concreta. Isso não tira, entretanto, a força da obrigação de garantia em si (garantia *stricto sensu*). No âmbito privado e patrimonial, isso pode acontecer.

Imagine-se o exemplo de uma fiança vinculada a um contrato de locação. Sabe-se que a fiança é, sem sombra de dúvidas, uma obrigação de garantia, ou seja, uma garantia *stricto sensu*. Na hipótese de inadimplência do locatário, o direito subjetivo do locador de receber o

⁴⁵² No mesmo sentido: “Garantia. *Direito constitucional, direito civil, direito comercial, direito do consumidor, direito cambiário e direito bancário*. 1. Ação ou efeito de garantir. 2. Segurança dada ao titular de um direito para que possa exercê-lo. 3. Ato assecuratório de uma obrigação. 4. Documento que vem a assegurar a autenticidade de um ato ou negócio jurídico, a boa qualidade de um produto ou serviço. 5. Documento em que o fornecedor assume perante o comprador o compromisso de ressarcir-lo em caso de vício ou fraude. 6. Período em que vigora uma garantia. 7. Obrigação assumida por alguém de assegurar a uma pessoa o gozo de uma coisa ou direito, ou de proteger contra um dano ao qual esteja exposta, ou de indenizar quando sofreu efetivamente o dano (Daloz). 8. Cláusula contratual que visa assegurar ao credor, pela concessão, por exemplo, de um financiamento, que o devedor cumprirá o assumido. Com isso, obriga-se o devedor a cumprir a prestação devida ao credor. 9. Caução. 10. Proteção concedida ao credor aumentando a possibilidade de receber aquilo que lhe é devido. 11. É o reforço jurídico, de caráter pessoal ou real, de que se vale o credor acessoriamente, para aumentar a possibilidade de cumprimento, pelo devedor, do negócio principal (Tucci e Villaça Azevedo)”. (DINIZ. Maria Helena. Dicionário Jurídico. Vol. 2. 2ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 747).

pagamento do aluguel é comprometido. A fiança surge, nesse cenário, justamente para garantir o pagamento do aluguel e, portanto, o cumprimento do direito subjetivo do locador de recebê-lo. O direito de recebimento do aluguel já existe por força do contrato de locação. A fiança, assim, funciona como um reforço desse direito (garantia *stricto sensu*).

No entanto, se, além do locatário, o próprio fiador também tornar-se insolvente ou falido, a verdade é que o cumprimento da prestação, que corresponde ao direito subjetivo de recebimento do valor do aluguel, poderá não ser verificado na prática. Essa circunstância fática não afeta, entretanto, a obrigação propriamente dita. De um lado, a obrigação de pagamento e, de outro, a obrigação de garantia (garantia *stricto sensu*) existem e podem ser exigidas. O que se compromete, no caso, é a eficácia do direito subjetivo de garantia, e não sua existência e validade. Esse é um exemplo de obrigação de garantia, ou garantia *stricto sensu*.

Conforme ensina Fábio Konder Comparato⁴⁵³, as obrigações poderiam ser classificadas como de *meio*, de *resultado* e de *garantia*.

As obrigações de meio seriam aquelas que exigem do devedor a realização de uma atividade com determinado grau de diligência. A prestação de serviços advocatícios para a defesa de interesses em determinado litígio é um exemplo disso, uma vez que o resultado do processo não integra o objeto da prestação.

As obrigações de resultado, por outro lado, seriam aquelas cuja prestação constitui na entrega de um determinado resultado desejado pelo credor, como ocorre no caso do contrato de empreitada.

As obrigações de garantia, por fim, têm por objeto a eliminação de determinado risco. Tratar-se-ia, para Comparato, de uma espécie de obrigação de resultado.

Observa-se a diferença, portanto, entre as noções de *garantia* e de *obrigação de garantia*. Enquanto a primeira constitui o próprio direito subjetivo estabelecido constitucionalmente ou legalmente, a segunda constitui o reforço de determinado direito subjetivo, previsto contratualmente (garantia *stricto sensu*).

A garantia de que trata o art. 202 da Constituição é o próprio direito ao benefício contratado. Por isso se diz que o resultado da contratação deve ser, necessariamente, o recebimento do benefício e, por essa razão, o regime deve ser organizado de forma que as reservas constituídas efetivamente garantam o seu pagamento no futuro. Caso haja qualquer

⁴⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. In FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 55. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 249.

possibilidade de que o resultado de recebimento do benefício não seja alcançado, estar-se-ia diante de uma falha do sistema.

No entanto, tendo em vista que a relação entre o participante dos planos previdenciários e as EFPCs é privada, como poderia tal garantia se fazer valer? É necessário reconhecer que são efetivamente diferentes as garantias estabelecidas como direitos absolutos por lei (como o direito à legalidade, dignidade, saúde), e aqueles direitos decorrentes de relações privadas ou que estejam baseados em relações privadas. Ainda que a garantia ao benefício contratado tenha sido prevista constitucionalmente, ela deve se fazer valer no âmbito do próprio sistema, que é privado.

Assim, mesmo na esfera privada, o fato de a própria Constituição estabelecer que o regime de previdência privada deva estar baseado na constituição de reservas que garantam o benefício precisa ter algum valor. A garantia ao benefício deve ser verificável no âmbito do sistema, que precisa ser distinguível de um mero mecanismo de investimento privado, sujeito a todo tipo de riscos. Caso contrário, o contrato previdenciário é totalmente transmutado para uma obrigação de meio, correspondente à mera administração de investimentos.

É o próprio sistema da previdência privada fechada, portanto, que precisa conferir as condições necessárias para o exercício do direito subjetivo ao benefício. Daí porque se diz que a garantia de que trata o art. 202 deve ser refletida em obrigações de garantia (garantias *stricto sensu*), que possam reforçar o direito subjetivo ao benefício. No âmbito privado, é assim que as garantias são verificáveis, como mecanismos de reforço.

Precisa-se verificar, agora, se isso efetivamente ocorre no regime de previdência privada fechada, da forma como atualmente concebido na legislação infraconstitucional.

4.2 As reservas técnicas e matemáticas podem ser entendidas, juridicamente, como modalidade de garantia?

Como se lê do art. 202 da Constituição, o regime de previdência privada baseia-se na constituição de reservas que garantam o benefício contratado. Nesse sentido, as reservas técnicas e matemáticas poderiam ser entendidas, juridicamente, como modalidade de garantia?

Conforme visto na seção 2.6 (*O plano de custeio, as reservas garantidoras dos benefícios, os fundos e as provisões*), acima, as reservas são constituídas pelos próprios participantes, com os recursos por eles aportados para a formação do plano de benefícios, os

quais serão investidos no mercado para possibilitar futuramente o pagamento dos benefícios contratados, organizados sob a forma de patrimônio de afetação, nos termos da fundamentação constante da seção 3.5 (*Patrimônio de afetação*). Conforme visto anteriormente⁴⁵⁴, ainda que não haja formação de reserva individual, como nos planos organizados sob o regime de repartição simples, as contribuições dos participantes deverão ser suficientes para formar as reservas da EFPC que serão utilizadas para o pagamento dos benefícios.

Independentemente da conclusão acerca da propriedade dos participantes e assistidos sobre os recursos, é inegável que as reservas são objeto de investimento e, por isso, sujeitas a diversos tipos de riscos financeiros. As reservas são, portanto, o patrimônio sujeito a riscos. Ou seja, na prática, as reservas são, ao mesmo tempo, o objeto do direito subjetivo dos participantes e assistidos, e o objeto sobre o qual os riscos financeiros incidirão, ainda que constituam um patrimônio de afetação.

Ocorre que as reservas não podem ser, ao mesmo tempo, o objeto do direito subjetivo dos participantes e sua garantia *stricto sensu*. Seria o mesmo que dizer que a obrigação assumida pelo locatário em um contrato de locação é a garantia do cumprimento do contrato de locação, confundindo-se a obrigação principal com a garantia. Como se viu acima, a garantia deve ser um reforço, algo externo, que possa de alguma forma assegurar o cumprimento da obrigação principal, como no caso da fiança prestada no contrato de locação.

Igualmente, ressalta-se que a garantia do benefício não poderia ser reduzida às capacidades de solvência, liquidez e equilíbrio econômico, financeiro e atuarial⁴⁵⁵ dos planos administrados pela EFPC. A reunião dessas características, decerto, assegura o pagamento dos benefícios, representa justamente as características de um fundo sadio. Sabe-se, no entanto, que as causas que podem mais impactar o desempenho dos investimentos realizados com os recursos aportados no plano são externas. E é nos momentos de crise que se verifica a existência ou não de garantias.

⁴⁵⁴ Cf. seção 2.7 (*Regimes financeiros. Repartição simples, repartição de capitais de cobertura e capitalização*).

⁴⁵⁵ Cf. art. 7º da Lei Complementar nº 109/2001, que diz que “[o]s planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial”. No mesmo sentido, o art. 1º da Resolução CGPC 18, de 28 de março de 2006, que diz que “[a]s Entidades Fechadas de Previdência Complementar - EFPC deverão observar, na estruturação de planos de benefícios de caráter previdenciário, os parâmetros técnico-atuariais previstos no anexo desta Resolução, com fins específicos de assegurar a transparência, sua solvência, liquidez e equilíbrio econômico, financeiro e atuarial”.

Pouco importa, nesse cenário, a conclusão sobre o direito de propriedade ou não dos participantes sobre os recursos aportados no plano. Em ambos os casos, como se verá, as reservas não podem ser entendidas como modalidade de garantia *stricto sensu*.

Caso se interprete, por um lado, que há transferência de propriedade do patrimônio dos participantes e assistidos para a EFPC, as reservas matemáticas são entendidas como um patrimônio de afetação, mas não como uma garantia. Isso porque o objetivo do patrimônio de afetação é de segregar o patrimônio de cada plano administrado por uma mesma EFPC, de forma que os as reservas garantidoras de um plano não se misturem com a de outro plano, e que as perdas de um plano não repercutam em outro plano. Isso significa uma técnica de segregação de responsabilidade, mas não um mecanismo de garantia. O patrimônio de afetação continua a integrar o patrimônio do devedor (EFPC), sendo o objeto do direito subjetivo dos participantes e, por isso, não pode ser entendido como uma garantia. Assim como o depósito não pode ser entendido como garantia do correntista na falência da instituição financeira, a reserva não pode ser entendida como garantia dos participantes e assistidos.

Caso, no entanto, seja entendido que as reservas matemáticas seriam de propriedade dos participantes e assistidos – mesmo diante de todas as ressalvas feitas anteriormente sobre a impossibilidade dessa conclusão dentro do sistema tal como hoje concebido⁴⁵⁶ –, com menos razão poderão ser interpretadas como uma garantia. Seria o mesmo que afirmar que o participante, com seu patrimônio, é garante de si mesmo.

Como se vê, as reservas representam os o direito acumulado pelos participantes, ou seja, o objeto do direito subjetivo, e, portanto, não podem ser entendidas como modalidade de garantia *stricto sensu*.

Essa conclusão é preocupante para o regime de previdência privada fechada, tendo em vista que demonstra a fragilidade do direito subjetivo do participante e do assistido quanto ao recebimento do benefício previdenciário. A estrutura básica apresentada pelas Leis Complementares nº 108 e 109/2001 indica uma verdadeira deficiência do sistema, que compromete os seus objetivos de justiça e segurança sociais. Cumpre questionar, a partir de agora, se existiriam outros mecanismos capazes de dar aos participantes e assistidos uma maior segurança quanto à expectativa de direito gerada quando da contratação de um plano previdenciário, ainda que essa contratação tenha sido realizada de forma privada, com uma EFPC.

⁴⁵⁶ Cf. seção 3.4 (*Propriedade ou crédito? Conclusões*)

4.3 Resseguro

Sobre a contratação de resseguro, estabelece a Lei Complementar nº 109/2001 o seguinte:

Art. 11. Para assegurar compromissos assumidos junto aos participantes e assistidos de planos de benefícios, as entidades de previdência complementar poderão contratar operações de resseguro, por iniciativa própria ou por determinação do órgão regulador e fiscalizador, observados o regulamento do respectivo plano e demais disposições legais e regulamentares.

O resseguro seria mais uma forma de assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pela EFPC; assim, se os recursos administrados pela EFPC não forem suficientes para o pagamento dos benefícios previdenciários contratados, um terceiro cobrirá as obrigações assumidas pela entidade fechada. Esse mecanismo funcionaria como um reforço do direito subjetivo dos participantes e assistidos e, assim, como uma obrigação de garantia (garantia *stricto sensu*), gerada no meio privado.

A Confederação Nacional das Seguradoras define o resseguro como o “seguro do risco assumido pela seguradora, que não pode ou não deseja garantir sozinha”⁴⁵⁷. O seu objetivo é “pulverizar os riscos e fortalecer as relações econômicas do mercado”, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que dispõe sobre o sistema nacional de seguros privados, e regula as operações de seguros e resseguros. A atividade também é regulada pela Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007, que dispõe sobre a política de resseguro, retrocessão e sua intermediação, as operações de cosseguro, as contratações de seguro no exterior e as operações em moeda estrangeira do setor securitário.

Cumprе salientar que o resseguro é uma modalidade mais restrita de seguro, tipo jurídico este conceituado pelo o art. 757 do Código Civil, da seguinte forma: “[p]elo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. Tecnicamente, por ser um contrato coligado a outro contrato de seguro, somente teriam a natureza de resseguro os contratos celebrados entre resseguradoras e EFPCs que tivessem por objeto a cobertura de riscos relacionados a planos organizados sob os regimes de repartição simples e repartição de capitais de cobertura. Essa conclusão se justifica pela natureza

⁴⁵⁷ BIDINO, Maria Helena. *Introdução ao resseguro facultativo*. Disponível em <http://www.funenseg.org.br/arquivos/14_03_resseguro_facultativo_maria_elena_bidino.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

securitária desses planos, conforme anteriormente esclarecido⁴⁵⁸. Assim, os contratos celebrados entre resseguradoras e EFPCs para a cobertura de riscos relacionados a planos organizados sob o regime de capitalização seriam, na verdade, *seguros* e não *resseguros*. Contudo, não sendo identificados prejuízos na nomenclatura utilizada pela legislação, será ela mantida neste trabalho para fins didáticos.

As entidades autorizadas a contratar operações de resseguro são fiscalizadas pela Susep, mesmo órgão fiscalizador das entidades abertas de previdência complementar (art. 2º da Lei Complementar nº 126/2007). Os riscos assumidos e controlados por uma EFPC bem como os cálculos atuariais e as operações por ela realizadas são, portanto, de conhecimento do órgão regulador e fiscalizador, o que confere ainda maior credibilidade as contratações de resseguro, quando realizadas.

No caso da contratação do resseguro pela EFPC, o que se busca resguardar é o compromisso dela perante terceiros (participantes e assistidos), compromisso esse consubstanciado no pagamento do benefício contratado.

A Resolução CNPC nº 17, de 30 de março de 2015, regulamenta a contratação de seguro para planos de benefícios operados pelas EFPCs, e estabelece que o resseguro contratado poderá dar cobertura aos planos de benefícios de riscos decorrentes de invalidez de participante, morte de participante ou assistido, sobrevivência do assistido, e desvios das hipóteses biométricas.

Os riscos poderão ter sua cobertura total ou parcial, e deverão ser contratados de sociedade seguradora autorizada a funcionar no Brasil (art. 2º da Resolução CNPC 17/2015) sendo a Lei Complementar nº 126/2007 ainda mais específica, ao estabelecer que as operações de resseguro relativas a seguro de vida por sobrevivência e previdência complementar são exclusivas de resseguradores locais (art. 9º, §1º). Por se tratar a lei complementar de norma hierarquicamente superior, conclui-se que não basta a seguradora estar autorizada a funcionar no Brasil (como no caso de uma seguradora estrangeira autorizada a funcionar no Brasil). Deverá, obrigatoriamente ser uma sociedade brasileira, ainda que seu capital seja majoritariamente ou totalmente estrangeiro.

Cumprе ressaltar que é a EFPC a segurada, sendo vedado o pagamento de valores diretamente a participante ou assistido (art. 4º, I, da Resolução CNPC 17/2015) ou a transferência de participantes ou assistidos. A própria Lei Complementar nº 126/2007, contudo, possibilita esse pagamento direto, na hipótese de insolvência, de decretação de

⁴⁵⁸ Cf. seção 3.6 (*Previdência privada fechada e seguro privado*).

liquidação ou de falência da cedente, desde que o pagamento da respectiva parcela não tenha sido realizado ao segurado pela cedente nem pelo ressegurador à cedente, quando o contrato de resseguro for considerado facultativo na forma definida pelo órgão regulador de seguros, e se o pagamento direto tiver sido contratado no caso concreto (art. 14, parágrafo único). Tal possibilidade seria mais consentânea com o caráter protetivo da Lei Complementar nº 109/2001, e deveria ser aplicável em todos os casos, tendo em vista que é o interesse dos participantes e assistidos dos planos de previdência fechada o objeto do resseguro.

Além disso, é vedada a transferência da reserva garantidora ao ente ressegurador contratado (art. 4º, III, da Resolução CNPC 17/2015). Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de transferência de participante ou assistido na hipótese do §2º do art. 33 da Lei Complementar nº 109/2001, que estabelece que para os assistidos de planos de benefícios na modalidade contribuição definida que mantiveram esta característica durante a fase de percepção de renda programada, poderá o órgão regulador e fiscalizador autorizar, em caráter excepcional, a transferência dos recursos garantidores dos benefícios para companhia seguradora autorizada a operar planos de previdência complementar, com o objetivo específico de contratar plano de renda vitalícia, observadas as normas aplicáveis. Nesse caso, ressalta-se, não há contratação de resseguro, mas sim a transferência das obrigações de pagamento do benefício para outra entidade.

Nos termos do art. 13 da Lei Complementar nº 126/2007, os contratos de resseguro devem conter cláusula estabelecendo que, em caso de liquidação da cedente (posição ocupada pela EFPC), subsistem as responsabilidades do ressegurador perante a massa liquidanda, independentemente de os pagamentos de indenizações ou benefícios aos segurados, participantes ou assistidos haverem ou não sido realizados pela cedente, ressalvados os casos enquadrados no art. 14⁴⁵⁹ da referida Lei Complementar. Tal disposição é de extrema importância para a efetividade do resseguro tendo em vista que é necessariamente no momento de crise que o resseguro será acionado.

Entretanto, as fragilidades estruturais do regime de previdência privada fechada não são corrigidas pela mera contratação de um contrato de resseguro. Prova disso são as regras

⁴⁵⁹ “Art. 14. Os resseguradores e os seus retrocessionários não responderão diretamente perante o segurado, participante, beneficiário ou assistido pelo montante assumido em resseguro e em retrocessão, ficando as cedentes que emitiram o contrato integralmente responsáveis por indenizá-los.
Parágrafo único. Na hipótese de insolvência, de decretação de liquidação ou de falência da cedente, é permitido o pagamento direto ao segurado, participante, beneficiário ou assistido, da parcela de indenização ou benefício correspondente ao resseguro, desde que o pagamento da respectiva parcela não tenha sido realizado ao segurado pela cedente nem pelo ressegurador à cedente, quando:
I - o contrato de resseguro for considerado facultativo na forma definida pelo órgão regulador de seguros;
II - nos demais casos, se houver cláusula contratual de pagamento direto.”

de equacionamento de déficits previstas na legislação, que admitem a redução de benefícios ou o estabelecimento de contribuições extraordinárias, que reduzem indiretamente os benefícios. Um resseguro, nesse caso, não cobre, via de regra, os riscos nos investimentos; não haverá inadimplência se o plano for simplesmente revisto.

Sempre que houver, portanto, a contratação de resseguro que assegure o pagamento dos benefícios contratados, existirá uma obrigação de garantia. Os únicos problemas são (i) o fato de a contratação do resseguro ser facultativa, (ii) a possibilidade de o resseguro ser parcial; e (iii) a garantia obedecer as regras de funcionamento do plano, quando esse plano não estabelecer a garantia do benefício, acompanhando a sistemática da lei.

Como ressalta Weintraub, “[o] resseguro pode até significar uma despesa a mais para a entidade, mas esse gasto se coaduna com a idéia de segurança e proteção pela qual quis primar o legislador”⁴⁶⁰. Com efeito, tendo em vista que as reservas da EFPC não são suficientes para garantir o benefício contratado, seria mais congruente com o regime protetivo da previdência privada fechada que fosse exigido algum tipo de reforço em todos os casos, sendo o resseguro um dos mecanismos atualmente disponíveis.

4.4 Fundo de solvência

O parágrafo único do mesmo art. 11 que trata sobre a possibilidade de contratação do resseguro estabelece que “[f]ica facultada às entidades fechadas a garantia referida no *caput* por meio de fundo de solvência, a ser instituído na forma da lei”. Seria, para o legislador, mais uma forma de garantir o pagamento dos benefícios contratados pelos participantes. No entanto, como tal possibilidade ainda não está regulamentada, acaba por não ser factível sua utilização. Além disso, não está ainda claro como funcionaria a constituição desse fundo; caso fosse feito com recursos provenientes das próprias contribuições dos participantes ou das reservas, certamente sofreria os mesmos riscos destas.

Ressalta-se que a lei já determina qual a finalidade dos superávits dos planos de benefícios, que servirão para a constituição de reserva de contingência, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) das reservas matemáticas, devendo os valores excedentes ser utilizados para a constituição de reserva especial para revisão dos benefícios. Fica, por isso,

⁴⁶⁰ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 98.

ainda mais difícil aferir como funcionaria o fundo de solvência e de onde seriam provenientes os recursos para sua formação.

Por essas razões, o fundo de solvência não pode ser considerado, ainda, uma modalidade de garantia para a previdência privada fechada.

4.5 Garantia prestada pelo patrocinador ou pelo instituidor

Estabelece a Lei Complementar nº 109/2001 que o patrocinador e o instituidor poderão prestar garantia adicional aos planos:

Art. 13. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.

§ 1º Admitir-se-á solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos, desde que expressamente prevista no convênio de adesão.

A solidariedade que se estabelece no art. 13 da Lei Complementar nº 109/2001 é a tratada nos arts. 264 a 285 do Código Civil, resultante da lei ou da vontade das partes (art. 265). Corresponde à situação segundo a qual, na mesma obrigação, concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda (art. 264).

Tal garantia adicional, portanto, funcionaria não como uma fiança⁴⁶¹, mas sim como uma corresponsabilidade, ou seja, o patrocinador ou instituidor assume a mesma responsabilidade da EFPC com relação aos respectivos planos, como se a contratação realizada pelo participante tivesse sido tanto com a EFPC quanto com o patrocinador ou o instituidor. Assim como no caso do resseguro, essa modalidade de garantia é facultativa, nos termos da lei, e deve estar expressamente prevista no convênio de adesão.

Não se considera fiança essa modalidade de garantia prestada pelo patrocinador ou pelo instituidor justamente porque não admitiria a cessação do vínculo por falta de estipulação do tempo da garantia (art. 835 do Código Civil⁴⁶²). Tal concepção, além disso, estaria descasada com a interpretação semântica do dispositivo legal, bem como com o regime da

⁴⁶¹ Arts. 818 a 839 do Código Civil.

⁴⁶² “Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.”

previdência privada fechada como um todo, que deve sempre ser compreendido à luz das normas constitucionais que regem o instituto.

Sabe-se que a solidariedade, no Direito brasileiro, não se presume, devendo ser decorrente de lei ou de algum negócio jurídico. O regime da previdência privada fechada, assim, prestigia a solidariedade decorrente do negócio jurídico, não sendo ela decorrente de lei.

Via de regra, tal disposição legal não seria necessária, tendo em vista que a relação entre a EFPC e seu instituidor ou patrocinador é privada e, portanto, ainda que tal dispositivo legal não existisse, essa possibilidade estaria disponível às partes, exceto se a lei expressamente vedasse a concessão de garantia adicional pelo instituidor ou patrocinador. Nesse raciocínio, igualmente, seria admissível a contratação típica de quaisquer outras garantidas pelo instituidor e pelo patrocinador em prol da EFPC, desde que realizada de forma expressa e também de forma voluntária.

As estipulações contratuais de solidariedade eventualmente constantes dos convênios de adesão, por serem realizadas em prol dos participantes e assistidos, são benéficas ao regime, uma vez que representam mais um reforço ao direito subjetivo dos participantes e assistidos ao benefício previdenciário. Mais uma vez, apesar de constituírem-se em obrigações de garantia, ou garantias *stricto sensu*, a solidariedade não resolve as fragilidades estruturais do regime de previdência privada fechada; afinal, se o plano de equacionamento de déficits prever a redução de benefícios ou o pagamento de contribuições extraordinárias, reduz-se naturalmente o escopo da obrigação principal e, conseqüentemente, a abrangência da solidariedade.

Outra forma de garantia estabelecida na regulação infralegal decorre da responsabilidade adicional atribuída ao patrocinador quando da retirada do patrocínio.

Conforme abordado na seção 2.10 (*Retirada de patrocínio*), no momento da retirada do patrocínio, caso seja apurada insuficiência patrimonial em determinado plano de benefícios, seu equacionamento será, via de regra, realizado na proporção dos montantes atribuíveis aos participantes e assistidos, de um lado, e ao patrocinador, de outro, observada a proporção contributiva do período que ocorreu sua constituição (art. 12 da Resolução CNPC nº 11/2013).

Não obstante, o resultado deficitário poderá ser equacionado pelo patrocinador que se retira, de forma exclusiva ou majoritária, sem observância da proporção contributiva do plano de benefícios, mediante homologação da Previc, desde que a medida seja favorável aos participantes e assistidos (art. 12, §2º, da Resolução CNPC nº 11/2013). Essa obrigação,

ressalta-se, é facultativa, e dependerá, obviamente, de declaração de vontade específica do patrocinador, seja no momento da retirada do patrocínio, seja por previsão contratual constante do convênio de adesão.

A possibilidade de equacionamento de forma diversa da estabelecida no art. 12, §2º, da Resolução CNPC nº 11/2013, entretanto, não se aplicaria às EFPCs regidas pela Lei Complementar nº 108/2001, nos termos do art. 8º, §3º, da Resolução CNPC nº 11/2013. Conforme já exposto previamente neste trabalho, essa disposição não parece adequada nos casos em que o patrocinador, ainda que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, tenham se obrigado solidariamente junto às suas respectivas EFPCs, nos termos do art. 13 da Lei Complementar nº 109/2001. Afinal, sendo a responsabilidade solidária, assumida no convênio de adesão, nada mais natural que os eventuais déficits apurados nos planos sejam equacionados previamente à sua retirada da condição de patrocinador.

Ainda na ocasião da retirada do patrocínio, o art. 18 da Resolução CNPC nº 11/2013 estabelece ser de responsabilidade do patrocinador o pagamento da diferença a menor entre o valor de avaliação e o da realização de ativos após a precificação a valores de mercado. Como diz o texto do dispositivo, a responsabilidade do patrocinador surgirá na hipótese em que o valor de avaliação dos ativos que compõem as reservas tiverem valor superior àquele que lhes for conferido no momento de sua realização, ou seja, no momento em que o bem ou direito transformar-se em dinheiro (seja por compra e venda, apuração de haveres, pagamento, etc.). Isso refletirá em uma especial diligência exigida pelo patrocinador para a avaliação dos ativos no momento da retirada do patrocínio.

Cumprido ressaltar, entretanto, que, uma vez avaliados os ativos e já verificado que o plano é deficitário, inexistirá obrigação do patrocinador para a recomposição do déficit, exceto nas hipóteses facultativas de solidariedade (art. 13 da Lei Complementar nº 109/2001) e de recomposição voluntária do déficit (art. 12, §2º, da Resolução CNPC nº 11/2013), mas tão somente quanto às diferenças a menor entre o valor de avaliação e o valor de realização.

A responsabilidade de que trata o art. 18 da Resolução CNPC nº 11/2013, portanto, apesar de ser um avanço para a proteção dos participantes e assistidos em decorrência das vicissitudes do plano, não garante o pagamento dos benefícios na hipótese em que o plano é deficitário. Trata-se de garantia quanto a um risco específico (divergência entre os valores de precificação e realização dos ativos), e não de garantia do benefício contratado.

4.6 Garantia prestada pelo Fundo Garantidor de Créditos

O impulso que provocou o surgimento do Fundo Garantidor de Créditos (FGC) foi o inciso VI da antiga redação do art. 192 da Constituição, que, ao tratar sobre o sistema financeiro nacional, estabelecia caber à lei complementar dispor sobre “a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União”⁴⁶³.

Essa redação foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 40/2003, mas a previsão de proibição de utilização de recursos públicos para socorrer instituições do sistema financeiro nacional permaneceu na legislação infraconstitucional, mais especificamente na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que institui normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal:

Art. 28. Salvo mediante lei específica, não poderão ser utilizados recursos públicos, inclusive de operações de crédito, para socorrer instituições do Sistema Financeiro Nacional, ainda que mediante a concessão de empréstimos de recuperação ou financiamentos para mudança de controle acionário.

§ 1º A prevenção de insolvência e outros riscos ficará a cargo de fundos, e outros mecanismos, constituídos pelas instituições do Sistema Financeiro Nacional, na forma da lei.

§ 2º O disposto no caput não proíbe o Banco Central do Brasil de conceder às instituições financeiras operações de redesconto e de empréstimos de prazo inferior a trezentos e sessenta dias.

Nesse contexto, a Resolução CMN nº 2.197, de 31 de agosto de 1995, autorizou a constituição de entidade privada, sem fins lucrativos, destinada a administrar mecanismo de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras (preâmbulo e art. 1º), que foi constituída sob o formato de associação, tendo por associadas as instituições financeiras que recebem depósitos garantidos pelo FGC.

A Resolução CMN nº 4.222, de 23 de maio de 2013, altera e consolida as normas que dispõem sobre o estatuto e o regulamento do FGC, sendo o principal normativo sobre o funcionamento do referido mecanismo de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras. O estatuto estabelece, em consonância com a resolução, quais seriam as

⁴⁶³ “Em 1988, foi promulgada nova Constituição Federal sendo determinante na forma que o FGC viria a tomar em 1995. Isso porque o Capítulo que tratava do Sistema Financeiro Nacional, vetou o uso de qualquer tipo de recursos públicos em mecanismos garantidores de crédito”. (SILVA, Antonio Carlos Bueno de Camargo. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Ano 8, n. 30, outubro-dezembro de 2005, Coordenação: Arnaldo Wald.)

instituições cujos credores teriam seus créditos protegidos pelo FGC⁴⁶⁴, e o regulamento, por sua vez, também em consonância com a Resolução, diz quais são os créditos garantidos pelo FGC e qual a garantia⁴⁶⁵.

Sobre as instituições cujos credores terão seus créditos protegidos, o art. 1º, §§ 1º e 2º, da Resolução CMN 2.197/1995, restringe a proteção aos depósitos das associadas ao FGC; estas devem ser, necessariamente, instituições financeiras que recebam depósitos à vista, a prazo e em contas de poupança, e as associações de poupança e empréstimo, excetuadas as cooperativas de crédito e as seções de crédito das cooperativas.

De forma mais específica, a Resolução CMN 4.222/2013, em seu art. 8º, reproduzido no art. 1º do estatuto do FGC, indica quais são as instituições associadas ao FGC, cujos credores, portanto, terão seus créditos protegidos:

Art. 8º São instituições associadas ao FGC a Caixa Econômica Federal e as instituições constituídas sob a forma de banco múltiplo, banco comercial, banco de investimento, banco de desenvolvimento, sociedade de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, companhia hipotecária e associação de poupança e empréstimo em funcionamento no País que:

I - recebam depósitos à vista, em contas de poupança ou depósitos a prazo;

II - realizem aceite em letras de câmbio;

III - captem recursos mediante a emissão e a colocação de letras imobiliárias, de letras hipotecárias, de letras de crédito imobiliário ou de letras de crédito do agronegócio; e

IV - captem recursos por meio de operações compromissadas tendo como objeto títulos de emissão de empresa ligada.

O parágrafo único desse mesmo dispositivo estabelece, como medida de segurança, ser obrigatória a comprovação ao Banco Central do Brasil da filiação das instituições financeiras que vierem a ser constituídas com as características mencionadas no referido dispositivo:

⁴⁶⁴ Resolução CMN nº 2.197, de 31 de agosto de 1995: “Art. 2º O estatuto da entidade a que se refere o artigo anterior será submetido à aprovação do Conselho Monetário Nacional, e disporá, inclusive, sobre: I - órgãos de administração e respectivas competências e atribuições; II - forma de fiscalização da aplicação dos recursos e dos atos de gestão da entidade; III - exame, por auditor externo independente, das demonstrações financeiras da entidade.”

⁴⁶⁵ Resolução CMN nº 2.197, de 31 de agosto de 1995: “Art. 3º O regulamento do mecanismo de que trata esta Resolução será aprovado pelo Conselho Monetário Nacional, devendo dispor, inclusive, sobre: I - situações capazes de acionar o mecanismo de proteção. II - instituições cujos credores terão seus créditos protegidos; III - créditos que serão protegidos e respectivos limites; IV - critérios de contribuições, inclusive extraordinárias, das instituições participantes; V - política de aplicação dos recursos financeiros da entidade, inclusive critérios de composição e diversificação de riscos; VI - forma e época de pagamento dos créditos protegidos; VII - limite de responsabilidade da entidade em relação ao seu patrimônio.”

A Resolução CMN nº 4.222/2013 apresenta, ainda, no §10 de seu art. 3º, uma limitação adicional para as instituições cujos credores terão seus créditos protegidos por garantia especial do FGC nas hipóteses de depósitos a prazo, caso em que somente poderiam captar recursos por meio de depósito a prazo com garantia do FGC os bancos comerciais, os bancos múltiplos, os bancos de desenvolvimento, os bancos de investimento, as sociedades de crédito, financiamento e investimento e as caixas econômicas.

A primeira constatação é de que as EFPCs não constam da relação de associados obrigatórios do FGC, o que levaria à primeira conclusão de que seus credores não teriam seus créditos protegidos.

Por outro lado, no tocante às garantias, o FGC oferece, atualmente, dois tipos específicos para os créditos contra seus associados.

A primeira, denominada *ordinária*, garante o valor máximo de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) por titular ou conjunto de titulares (como, por exemplo, no caso de uma conta conjunta ou contas detidas por associações e entidades despersonalizadas), conforme o art. 2º do regulamento do FGC. Relevante, nesse sentido, o teor do inciso IV do §3º do art. 2º do regulamento, que estabelece que, para determinação do valor garantido, “os créditos titulados por associações, condomínios e entidades assemelhadas, sem personalidade jurídica, quando cobertos nos termos deste regulamento, serão garantidos até o valor referido no § 2º deste artigo, na totalidade de seus haveres, em um mesmo conglomerado financeiro”.

A segunda, denominada *especial*, garante o valor máximo de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) por titular ou conglomerado financeiro, nos termos de seu regulamento. Os depósitos que possuem a garantia especial devem ser celebrados com um único titular, a ser identificado pelo respectivo número do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), vedada a manutenção de depósitos na modalidade de conta conjunta (arts. 5º e 6º do regulamento do FGC).

Por fim, acerca dos *créditos protegidos*, o regulamento do FGC, aprovado pela mesma Resolução CMN nº 4.222/2013, aponta, em seu art. 2º, quais são:

I - depósitos à vista ou sacáveis mediante aviso prévio;

II - depósitos de poupança;

III - depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado;

IV - depósitos mantidos em contas não movimentáveis por cheques, destinadas ao registro e controle do fluxo de recursos referentes à prestação de serviços de pagamento de salários, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares;

V - letras de câmbio;

VI - letras imobiliárias;

VII - letras hipotecárias;

VIII- letras de crédito imobiliário;

IX - letras de crédito do agronegócio; e

X - operações compromissadas que têm como objeto títulos emitidos após 8 de março de 2012 por empresa ligada.

De forma mais específica, o §1º do mesmo art. 2º indica os créditos que não estariam cobertos pela garantia ordinária do FGC:

I - os depósitos, empréstimos ou quaisquer outros recursos captados ou levantados no exterior;

II - os depósitos captados de residentes no exterior; III - as operações relacionadas a programas de interesse governamental instituídos por lei;

IV - os depósitos judiciais;

V - qualquer instrumento financeiro que contenha cláusula de subordinação, autorizado ou não pelo Banco Central do Brasil a integrar o patrimônio de referência de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pela referida Autarquia;

VI - os créditos:

a) de titularidade de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, **de entidades de previdência complementar**, de sociedades seguradoras, de sociedades de capitalização, de clubes de investimento e de fundos de investimento; e

b) representados por cotas de fundos de investimento ou que representem quaisquer participações nas entidades referidas na alínea “a” ou nos instrumentos financeiros de sua titularidade. (*grifo nosso*)

A segunda conclusão extraída do regulamento do FGC é que os créditos de entidades de previdência complementar não são protegidos pela garantia ordinária oferecida pelo FGC, em qualquer valor.

Caso se entenda, contudo, que os créditos depositados nas instituições associadas não são da EFPC, mas sim dos participantes e assistidos, ainda assim, de acordo com o regulamento do FGC, a garantia ordinária somente seria paga uma única vez, por força do já citado inciso IV do §3º do art. 2º, que dispõe que os créditos de associações, condomínios e entidades assemelhadas, sem personalidade jurídica (dentre os quais se enquadraria também os fundos de investimento), quando cobertos nos termos deste regulamento, serão garantidos

até o valor de R\$250.000.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), na totalidade de seus haveres, em um mesmo conglomerado financeiro.

Os créditos protegidos pela garantia especial, por sua vez, são apenas os depósitos a prazo, sem emissão de certificado, nas condições e nos limites estabelecidos pelo CMN, captados pelas instituições autorizadas, sendo conhecidos como "Depósitos a Prazo com Garantia Especial do FGC (DPGE)", devendo assim ser especificados nos respectivos contratos (art. 5º do regulamento do FGC).

No caso da garantia especial, poderão ser protegidos os créditos titulados por entidades de previdência complementar, observado o limite de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) na totalidade de seus haveres em um mesmo conglomerado financeiro⁴⁶⁶. Também nessa hipótese, também pouco importa a conclusão acerca da propriedade dos recursos que compõem as reservas para o cumprimento das obrigações do plano de benefícios, já que em ambos os casos, impõe-se a mesma regra. Isso porque o art. 6º, parágrafo único, inciso III, do regulamento do FGC, submete o limite de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) tanto aos créditos titulados por entidades de previdência complementar, quanto aos créditos titulados por associações, condomínios e entidades assemelhadas, sem personalidade jurídica (dentre os quais se enquadraria também os fundos de investimento). O objetivo foi, portanto, de deliberadamente limitar a garantia mesmo nas situações em que há dúvidas acerca da propriedade dos créditos objetos de garantia especial.

A regulação, portanto, é clara quanto às limitações das garantias oferecidas às EFPC e, indiretamente, aos seus participantes e assistidos. Cumpre questionar, agora, se tais limitações estariam em consonância com a finalidade do FGC e a função pública por ele desempenhada.

⁴⁶⁶ Regulamento do FGC: “Art. 6º O total de créditos de cada pessoa contra a mesma instituição associada ao FGC, ou contra todas as instituições associadas do mesmo conglomerado financeiro, relativo aos DPGE, será garantido até o valor máximo de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Parágrafo único. Para efeito da determinação do valor garantido dos créditos de cada depositante, serão observados os seguintes critérios: I - titular do crédito é aquele em cujo nome o crédito estiver registrado na escrituração da instituição associada ou aquele designado em título por ela emitido ou aceito; II - devem ser somados os créditos de cada credor identificado pelo respectivo Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) contra todas as instituições associadas do mesmo conglomerado financeiro; e III - os créditos titulados por associações, condomínios, cooperativas, grupos ou administradoras de consórcio, **entidades de previdência complementar**, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e demais sociedades e associações sem personalidade jurídica e entidades assemelhadas serão garantidos até o valor de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) na totalidade de seus haveres em um mesmo conglomerado financeiro.” (Grifo nosso).

4.7 A controvérsia acerca da garantia do Fundo Garantidor de Créditos

Conforme exposto na seção 3.3 (*Propriedade ou crédito? O estado da arte com relação à controvérsia*), é ampla a controvérsia acerca da garantia prestada pelo FGC no âmbito do regime de previdência privada fechada.

A defesa de que a garantia ordinária deveria ser paga em favor de cada participante e assistido dos planos previdenciários, cujos recursos teriam sido objeto de depósito em instituições associadas, baseia-se em dois principais argumentos. O primeiro deles é a interpretação segundo a qual os recursos aportados no plano são de propriedade dos participantes e assistidos. O segundo deles é a disposição, no regulamento do FGC, de procedimento específico para que, nos casos em que a aplicação de recursos realizar-se mediante instituição intermediária, esta apresente ao interventor ou ao liquidante a relação de seus clientes, contendo os valores aplicados, a data e as demais características da aplicação em instrumentos financeiros de responsabilidade de emissor sob intervenção ou sob liquidação extrajudicial⁴⁶⁷.

Quanto ao primeiro argumento, foi exposto na seção 4.6 que o próprio regulamento do FGC acaba com qualquer controvérsia acerca do pagamento múltiplo da garantia, ainda que se conclua que as reservas dos planos previdenciários são de propriedade dos participantes e assistidos. Conforme visto acima, o valor tanto da garantia ordinária quanto da garantia especial, em qualquer caso, seria pago apenas uma vez às associações, condomínios e entidades assemelhadas, sem personalidade jurídica (dentre as quais se enquadraria também os fundos de investimento, principal forma de organização dos recursos aportados no plano).

Quanto ao segundo argumento, caso se entenda que a EFPC é instituição intermediária dos investimentos, ainda assim o credor seria identificado como um condomínio ou entidade assemelhada, sem personalidade jurídica (dentre os quais se enquadraria também os fundos de investimento, principal forma de organização dos recursos aportados no plano). Ou seja, o

⁴⁶⁷ Regulamento do FGC: “Art. 3º (...) § 3º Para efeito da determinação do valor garantido dos créditos de cada pessoa, devem ser observados os seguintes critérios: (...) III - na hipótese de aplicação em instrumento financeiro relacionado nos incisos do caput cuja negociação seja intermediada por instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional (SFN), a titularidade dos créditos contra as instituições associadas ao FGC deve ser comprovada, pelo cliente da instituição intermediária na operação, mediante a apresentação da nota de negociação da operação, nos termos da legislação aplicável; (...) § 4º No caso previsto no § 3º, inciso III, a instituição intermediária da operação deve apresentar ao interventor ou ao liquidante a relação de seus clientes contendo os valores aplicados, a data e as demais características da aplicação em instrumentos financeiros de responsabilidade de emissor sob intervenção ou sob liquidação extrajudicial.”

resultado seria o mesmo: o pagamento, uma única vez, tanto do valor da garantia ordinária quanto do valor da garantia especial.

Os mesmos dispositivos que hoje estão vigentes já existiam na época da quebra das instituições financeiras, que gerou toda a controvérsia já anteriormente explicada envolvendo a titularidade da garantia prestada pelo FGC⁴⁶⁸.

Entretanto, não é apenas a regulação infralegal do FGC que deve ser levada em consideração no momento de estudo do instituto. Por mais que o FGC seja uma pessoa jurídica de direito privado, exerce uma função específica no âmbito do sistema financeiro nacional. É isso que deve ser investigado, a fim de se verificar a possibilidade jurídica de concluir-se que as garantias prestadas pelo FGC no âmbito da previdência privada fechada seriam, ou deveria ser, mais amplas.

O que resta descobrir, nesse caso, é qual a verdadeira finalidade e vocação do FGC, e se as limitações impostas pelas resoluções do CMN, pelo estatuto e pelo regulamento do FGC estariam em consonância com esta finalidade.

Conforme ensina Felipe Fernandes Ribeiro Maia, baseado na premissa de que é dever de todo governo atuar com o objetivo de manter íntegro e estável o sistema financeiro, seria estabelecida uma rede de garantias, da qual o CMN e o Banco Central seriam os principais atores. Nesse contexto, a função do FGC seria complementar, voltado para o depositante ou investidor, conforme se observa do trecho a seguir:

Esse complexo de mecanismos de proteção no âmbito do Sistema Financeiro Nacional concretiza-se na denominada “rede de proteção ao mercado financeiro”, que pretende conferir segurança e confiança aos poupadores (depositantes) e investidores, evitando crises ou contendo seus graves efeitos quando já instaladas.

A atividade de assistência financeira de liquidez é tarefa acometida privativamente ao BCB, la qualidade de “banco dos bancos”, função clássica que lhe é atribuída pela doutrina e expressamente pelo art. 10, inciso V da Lei nº 4.595/64.

A análise do mecanismo de depósito compulsório, inerente ao sistema de reservas fracionárias adotado no Brasil, levou à conclusão de que ao BCB incumbe a execução das políticas estipuladas pelo CMN e tendentes ao controle da liquidez do mercado. Tal atribuição não cabe ao FGC.

Por fim, não cabe ao FGC nenhum papel saneador. A decretação e condução dos regimes especiais (liquidação ou RAET) são providência de competência exclusiva do BCB.

Ao FGC, condutor do esquema de garantia de depósitos e investimentos, cumpre apenas colaborar com a manutenção da estabilidade do mercado financeiro, na medida em que evita corridas bancárias e em que preserva a confiança dos participantes, poupadores e investidores nas instituições e no próprio sistema.

⁴⁶⁸ Cf. seção 3.3 (Propriedade ou crédito? O estado da arte com relação à controvérsia)

O mecanismo de garantia de depósitos e investimentos é direcionado ao depositante ou investidor, minimizando os riscos da atividade financeira.⁴⁶⁹

A contribuição do FGC para a integridade e estabilidade do sistema seria, portanto, voltada para o depositante e investidor, como instrumento que preserva a confiança no sistema.

Felipe Fernandes Ribeiro Maia relata que o atual *status* do FGC foi alcançado mediante alterações constitucionais, legislativas e regulatórias.

A primeira delas ocorreu no já mencionado art. 192 da Constituição, inteiramente reestruturado por meio da Emenda Constitucional nº 40/2003. A referida emenda tinha por objetivo facilitar a regulação do sistema financeiro nacional, uma vez que – conforme visto na seção 1.5 (*Previdência privada e o sistema financeiro nacional*) do capítulo 1 – a redação anterior dava a entender que deveria ele ser regulado, como um todo, mediante uma única lei complementar.

Ocorre que, no meio da reforma, foi também suprimido o inciso VI do art. 193, que estabelecia caber à lei complementar dispor sobre “a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União”. Tal mecanismo seria justamente o FGC. Nem nas discussões travadas no Congresso, nem na exposição de motivos ou em qualquer relatório emitido pelo órgão, entretanto, apresentou-se qualquer justificativa para a supressão desse dispositivo em específico.

A reforma, de uma maneira geral, foi impulsionada pela necessidade de se regular o sistema financeiro nacional de forma fragmentada, e não de suprimir direitos e princípios consagrados pela Constituição, em evidente retrocesso aos avanços alcançados pelo legislador constituinte.

Tendo em vista a falta de justificativa para a supressão do dispositivo, defende Felipe Fernandes Ribeiro Maia que sua força normativa persiste, havendo necessariamente de ser considerada como norma condutora do funcionamento do Fundo Garantidor de Créditos⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 96-97.

⁴⁷⁰ “Deve prevalecer, assim, a ponderação do próprio relator no Senado, quando da apresentação da PEC 21/97, no sentido de que o momento político enfrentado pelo País (quando da Assembleia Nacional Constituinte) motivara a inclusão do Sistema Financeiro Nacional na referida Constituição. Se a matéria foi objeto de discussão para ser inserida, a legitimidade democrática exige que seja também discutida para ser extirpada.

.....

Mais razão ainda assiste ao autor, ao retomarem-se os princípios que regem os atos administrativos, que estabelecem que a existência de justificativa é um dos requisitos de sua própria validade⁴⁷¹.

No mesmo sentido, o estatuto do FGC estabelece suas finalidades:

Art. 2º O FGC tem por finalidades:

I - proteger depositantes e investidores no âmbito do sistema financeiro, até os limites estabelecidos pela regulamentação;

II - contribuir para a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional (SFN); e

III - contribuir para prevenção de crise bancária sistêmica.⁴⁷²

O citado inciso I reflete a proteção desejada ao sistema, que é de proteção aos depositantes e investidores, ou seja, os consumidores do sistema financeiro nacional. Trata-se, aqui também, de estipulação em favor de terceiro, nos termos do art. 436 do Código Civil.

A existência dessa garantia é, portanto, um dos elementos geradores e multiplicadores de confiança no sistema e como tal deve ser reconhecido. As limitações estabelecidas pela regulação devem ter por fundamento essa função geradora de confiança, refletida no papel do FGC de garantir integridade e estabilidade no sistema.

Lançando mão, mais uma vez, da teoria da instituição de Maurice Hauriou, o cumprimento do objeto do FGC é o próprio fundamento de sua existência⁴⁷³.

A partir da Resolução CMN nº 4.087, de 24 de maio de 2012, passou a integrar o objeto do FGC também a contratação de assistência e suporte financeiro para as suas associadas, nos termos da nova redação do art. 4º de seu estatuto:

Art. 4º Integra também o objeto do FGC, consideradas as finalidades previstas nos incisos II e III do art. 2º, a contratação de operações de assistência ou de suporte financeiro, incluindo operações de liquidez com as instituições associadas, diretamente ou por intermédio de empresas por estas indicadas, inclusive com seus acionistas controladores⁴⁷⁴

Não se diga que a nova redação do art. 192 afastaria a configuração da afronta ao propósito da Constituição. A EC 40/2003 não justificou ou debateu a supressão do inciso VI no processo legislativo, o que manteve efetivo e íntegro o Poder Constituinte da regra (...).” (MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 157-159).

⁴⁷¹ MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 96-97.

⁴⁷² Estatuto do FGC, aprovado pela Resolução CMN nº 4.222, de 23 de maio de 2013.

⁴⁷³ HAURIOU, Maurice. *Teoria da instituição e da fundação* – Ensaio de vitalismo social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. P. 24.

⁴⁷⁴ Estatuto do FGC, aprovado pela Resolução CMN nº 4.222, de 23 de maio de 2013.

Cumpra ressaltar que tal alteração está em consonância com o art. 28 da Lei Complementar nº 101/2000, já acima citado (seção 4.6), que estabelece, em seu §1º, que “[a] prevenção de insolvência e outros riscos ficará a cargo de fundos, e outros mecanismos, constituídos pelas instituições do Sistema Financeiro Nacional, na forma da lei”. Conforme estudado, o objetivo dessa norma era o mesmo do inciso VI do art. 192 da Constituição, qual seja, proibir a utilização de recursos públicos para socorrer instituições do sistema financeiro nacional.

Com fundamento nesse dispositivo do estatuto do FGC, a entidade passou a ser mais conhecida pelas operações realizadas no âmbito do sistema financeiro nacional para socorro de bancos e seus sócios⁴⁷⁵, o que traria, ainda que de forma indireta, proteção aos depositantes e investidores e, portanto à economia popular. Ocorre que o discurso foi mudando com o tempo, legitimando toda e qualquer decisão de aplicação de recursos do FGC, ao argumento de que seria uma associação privada de instituições financeiras e que, diante disso, seus atos e decisões institucionais seriam soberanos.

Pode-se dizer, portanto, que a finalidade inicial, que marcou a constituição do FGC, vem sendo desvirtuada. De instituição garantidora dos depositantes e investidores, passa, aos poucos, a ser vista como associação privada de instituições financeiras, utilizada para os propósitos que melhor lhes aprouver. Não está claro, contudo, que seria mesmo essa a finalidade do FGC.

Se por um lado as associadas do FGC possuem, sob seu controle, um importante mecanismo para prestar assistência à sua liquidez, por outro, os participantes dos planos previdenciários, cujos recursos são depositados e investidos nas instituições associadas, não são, de nenhuma forma protegidos, pelo sistema financeiro nacional. Pelo contrário, o regulamento do FGC é muito claro ao excluir toda e qualquer garantia que poderia ser prestada a essas pessoas.

Não se pode contestar que são os participantes dos planos de benefícios previdenciários os verdadeiros depositantes ou investidores dos recursos que formam o patrimônio de afetação administrado pela EFPC. A discussão sobre a propriedade dos recursos, nesse momento, também pouco importa. Apesar da controvérsia existente sobre propriedade dos recursos depositados nas instituições financeiras, não se pode esquecer que o

⁴⁷⁵ Citam-se, como exemplos, o empréstimo de R\$3,8 bilhões realizados à Silvio Santos participações Ltda. para, na condição de sócia do Banco Panamericano S/A, capitalizá-la, bem como as seguidas ampliações de limites de investimento do patrimônio do FGC em suas associadas, a exemplo da ampliação de 20% para 50% em aplicações de CDBs, aprovada pela Resolução CMN nº 3.656/2008. (MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 164-173).

depósito de bens fungíveis é, de acordo com a lei, regido pelas regras do mútuo, o que faz com que os depositantes de instituições financeiras sejam credores delas, e não proprietários dos recursos depositados. O FGC é, dessa forma, um mecanismo de proteção do crédito, e não da propriedade.

O que se discute, portanto, são os limites estabelecidos pelo próprio regulamento do FGC, que praticamente inviabilizam qualquer garantia às EFPCs ou aos seus participantes. Estaria o FGC, na condição de associação privada, livre para estabelecer esses limites? Não estaria o FGC adstrito à sua função de geração de confiança no sistema financeiro nacional, contribuindo para sua integridade e estabilidade? Estaria o CMN exercendo seu papel ao aprovar as referidas limitações? Não seria, por fim, o caso de se exigir que as EFPCs se associassem diretamente ao FGC, pelo fato de receberem depósitos a prazo, nos termos do artigo 8º da Resolução CMN 4.222/2013, reproduzido no art. 1º do estatuto do FGC?

Acredita-se que a resposta a todos esses questionamentos decorra, justamente, da confiança que o FGC traz ao sistema financeiro nacional, confiança essa desencadeadora de responsabilidade:

A responsabilidade pela confiança é parte integrante do direito civil vigente. Na sua essência, exprime a justiça comutativa, na forma específica de justiça correctiva (meramente) compensatória. O seu reconhecimento radica intimamente na indeclinável exigência do Direito segundo a qual aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados. O recurso a este pensamento torna-se imprescindível para a racionalização de certas soluções normativas, mas transcende por força os concretos afloramentos em que se plasma. A sua intervenção autónoma, superadora do plano da lei, terá naturalmente, como correspondente à sua natureza de princípio jurídico fundamental, de compartilhar-se com as demais determinações, princípios e valores que informam a ordem jurídica, que não pode subverter. Tal qual qualquer outro princípio de carácter geral, a força expansiva que lhe inere conhece por isso limites e restrições no processo de concretização-aplicação. É tarefa da ciência jurídica operacionalizá-lo em contextos específicos típicos. A sua subordinação a condições de relevância não prejudica a sua característica de princípio fundamentador de consequências jurídicas. Entre aquelas condições avulta usualmente a presença de uma relação especial entre sujeitos, cujo preenchimento se torna assim determinativo da responsabilidade pela confiança.⁴⁷⁶

Por mais que as EFPCs não sejam associadas do FGC, é possível identificar uma relação especial entre o FGC e os participantes das EFPCs, na condição de depositários e investidores do sistema financeiro nacional, destinatários de um importante mecanismo de captação de poupança popular.

⁴⁷⁶ FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Cerneiro da. Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil. Reimpressão da edição de fevereiro/2004. Lisboa: Almedina, 2007. P. 901.

Ao estabelecer, em seu estatuto, que o FGC tem por finalidade proteger depositantes e investidores no âmbito do sistema financeiro (art. 2º, I), faz aqui uma estipulação em favor de terceiro, nos termos do art. 436 do Código Civil. Apesar de poder limitar essa garantia, conforme diz seu regulamento, tal prerrogativa não seria irrestrita. Entende-se que a regra que prevê o pagamento de uma única indenização por EFPC configura uma verdadeira supressão de garantia, que deveria ser dirigida justamente para os participantes e assistidos de uma EFPC, na condição de depositantes e investidores, ainda que não sejam proprietários dos recursos.

Assim, o sistema, que deveria servir para gerar confiança, atua no sentido oposto. Para que alcançasse sua verdadeira finalidade, seu estatuto e regulamento não deveriam simplesmente restringir o âmbito de incidência de sua garantia, mas sim identificar os casos que apresentam maior fragilidade aos depositantes e investidores, com o objetivo de oferecer garantias efetivas.

A falência dos bancos onde estão depositados os ativos garantidores das reservas técnicas administrados pela EFPC é uma dessas situações que devem ser protegidas pelo FGC, e não excluídas de sua garantia. A discussão deveria estar no sentido oposto, ou seja, o próprio FGC e o CMN deveriam discutir o que deveria ser feito no âmbito da estrutura financeira do FGC para fazer valer tal garantia, sem prejudicar o equilíbrio econômico financeiro da instituição.

Afinal, as EFPCs não têm outra opção senão depositar a integralidade de suas disponibilidades em instituições bancárias autorizadas a funcionar pelo Bacen. Da mesma forma em que os títulos e valores mobiliários eventualmente integrantes da carteira de investimentos devem ser depositados em conta individualizada da EFPC no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), na Cetip S.A. – Balcão Organizado de Ativos e Derivativos (Cetip), na BM&FBovespa S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (BM&FBovespa) ou em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados a funcionar pelo Bacen ou pela CVM, nas suas respectivas áreas de competência.

Todos esses mecanismos funcionariam para fins de proteção do patrimônio de afetação constituído para o pagamento dos benefícios contratados. Nesse sentido, não poderia o regime de reservas fracionárias utilizado pelas instituições financeiras⁴⁷⁷ ser mais um elemento de risco suportado pelos participantes e assistidos.

⁴⁷⁷ CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. Análise Jurídica da Economia. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 159/160, p. 53-86, jul./dez. 2011.

Além disso, caso se entenda que as EFPCs deveriam ser associadas do FGC em razão das atividades que desempenham, os participantes e assistidos da entidade, na condição de depositantes e investidores, não poderiam, no caso concreto, ser prejudicados pela eventual falha do FGC e do CMN na interpretação do sistema e de sua verdadeira finalidade.

Assim, a responsabilidade pela confiança e a interpretação da verdadeira finalidade do FGC seriam, atualmente, os únicos argumentos capazes de permitir o pagamento da garantia ordinária do FGC levando em consideração cada um dos participantes e assistidos do plano, e não uma única vez para a EFPC.

4.8 Responsabilidade dos administradores

A responsabilidade dos administradores, de acordo com a Lei Complementar nº 109/2001, têm o condão de submetê-los à ação de regresso nas hipóteses em que tenham dado causa a dano ou prejuízos à entidade de previdência complementar:

Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

O fundamento da responsabilidade, portanto, é a mesma prevista no art. 186 do Código Civil, segundo o qual “[a]quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O art. 35 da Lei Complementar nº 109/2001, por sua vez, regulamentado pelo Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003⁴⁷⁸, inova ao instituir a solidariedade entre os administradores que concorreram para os danos e prejuízos causados pelo membro da diretoria-executiva responsável pelas aplicações dos recursos da entidade:

Art. 35. As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.
.....

⁴⁷⁸ Regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, de que trata o art. 66 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, a aplicação das penalidades administrativas, e dá outras providências.

§ 5º Será informado ao órgão regulador e fiscalizador o responsável pelas aplicações dos recursos da entidade, escolhido entre os membros da diretoria-executiva.

§ 6º Os demais membros da diretoria-executiva responderão solidariamente com o dirigente indicado na forma do parágrafo anterior pelos danos e prejuízos causados à entidade para os quais tenham concorrido.

Além disso, no âmbito da falência do patrocinador, aborda o art. 57, parágrafo único, da Lei Complementar nº 109/2001 a responsabilidade dos seus administradores “pelos danos ou prejuízos causados às entidades de previdência complementar, especialmente pela falta de aporte das contribuições a que estavam obrigados”⁴⁷⁹. A mesma regra é aplicável para a liquidação extrajudicial da EFPC⁴⁸⁰, sendo cabível, em ambos os casos (falência ou liquidação extrajudicial) a indisponibilidade dos bens dos administradores:

Art. 58. No caso de liquidação extrajudicial de entidade fechada motivada pela falta de aporte de contribuições de patrocinadores ou pelo não recolhimento de contribuições de participantes, os administradores daqueles também serão responsabilizados pelos danos ou prejuízos causados.

Art. 59. Os administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades.⁴⁸¹

Art. 63. Os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar.

Parágrafo único. São também responsáveis, na forma do caput, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada.

Não obstante a boa intenção da legislação, há de se reconhecer que disposições dessa natureza são ineficazes, justamente porque os danos causados por erros da administração são

⁴⁷⁹ Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 57. Os créditos das entidades de previdência complementar, em caso de liquidação ou falência de patrocinadores, terão privilégio especial sobre a massa, respeitado o privilégio dos créditos trabalhistas e tributários.

Parágrafo único. Os administradores dos respectivos patrocinadores serão responsabilizados pelos danos ou prejuízos causados às entidades de previdência complementar, especialmente pela falta de aporte das contribuições a que estavam obrigados, observado o disposto no parágrafo único do art. 63 desta Lei Complementar.”

⁴⁸⁰ Lei Complementar nº 109/2001.

⁴⁸¹ Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 58. No caso de liquidação extrajudicial de entidade fechada motivada pela falta de aporte de contribuições de patrocinadores ou pelo não recolhimento de contribuições de participantes, os administradores daqueles também serão responsabilizados pelos danos ou prejuízos causados.”

de tamanha magnitude, que o ressarcimento não poderia ser eficientemente obtido do patrimônio de seus dirigentes. Para tornar mais palpável tal afirmação, tomemos como exemplo a punição cominada por uma única infração praticada pelos administradores da Fundação Petrobrás de Seguridade Social, decorrente do uso indevido de informação privilegiada, que gerou para a referida fundação uma multa no valor de R\$17.115.545⁴⁸². Apesar de o valor da multa em comento não ser tão relevante para a Petros, certamente o será para o patrimônio das pessoas naturais que exercem a administração da referida fundação. Afinal – salvo raríssimas exceções que, por falta de exemplos, são ora admitidas exclusivamente para fins retóricos – é deveras incomum que pessoas detentoras de patrimônio tão vultoso optem por administrar o patrimônio alheio, e não se dediquem ao exercício de suas próprias atividades empresariais e administração de seu próprio patrimônio.

4.9 O regime da previdência privada fechada oferece garantias suficientes?

Como visto no capítulo 2 (*Previdência privada fechada: estrutura*), os recursos aportados pelos participantes dos planos de previdência privada fechada constituem as reservas garantidores dos benefícios e são administrados para possibilitar o futuro pagamento dos planos previdenciários.

Ocorre que, conforme abordado na seção 2.9 (*Equacionamento de déficits*), os planos de benefícios podem sofrer perdas, que deverão ser equalizadas pelos participantes e assistidos, seja mediante a complementação de contribuições ou a correspondente redução dos benefícios.

⁴⁸² O Colegiado da CVM condenou a Fundação Petrobrás de Seguridade Social (“Fundação Petros”) ao pagamento de multa no valor de R\$17.115.545, pela alienação de ações da Brasil Telecom S.A. (BRT) após a obtenção de informações privilegiadas. O Colegiado entendeu que a Fundação Petros utilizou-se de informações obtidas em razão da sua qualidade de controladora indireta da BRT para alienar as ações da referida companhia antes da divulgação de fato relevante que tornaria público o aumento da provisão relativa às contingências judiciais no balanço da BRT. Dentre as razões da condenação, o Colegiado da CVM argumentou o Plano Básico de Organização das Fundação Petros e os depoimentos colhidos nas investigações indicam a ineficácia da “chinese wall” (segregação de atividades) estruturada pela Fundação Petros, posto que as responsabilidades funcionais das gerências só seria cumpridas com um constante diálogo entre as áreas. Nesse sentido, concluiu o Relator que “um possível insider não pode se acobertar sob eventuais falhas de seus funcionários para se eximir de suas responsabilidades”. O valor da multa aplicada é equivalente ao dobro da perda evitada pela Fundação Petros com a alienação das ações da BRT. Cabe, porém, à Fundação Petros, recurso ao Conselho de Recursos de Sistema Financeiro Nacional. (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2015/20151208_PAS_152010.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015).

Esse regime é inerente aos planos. Ou seja, a verificação de déficits não configura um descumprimento contratual das EFPCs. Ele reduz a contraprestação devida, seja pela cobrança de novas contribuições, seja pela redução dos benefícios, tudo com o objetivo de manter a solvência, liquidez e equilíbrio econômico, financeiro e atuarial do plano.

Estaria adequada essa solução de redução do direito subjetivo para a garantia do seu cumprimento? Parece a saída discursiva perfeita: a redução do escopo do direito em si garantiria o seu cumprimento mesmo que o plano perdesse a totalidade de seus recursos.

Evidentemente, a solução apresentada pela lei não estaria em consonância com o regime constitucional. A ausência de reforço do direito significa verdadeira subversão do caráter protetivo do instituto, já que a totalidade dos riscos decorrentes da administração dos recursos são imputados exclusivamente aos participantes e assistidos.

Isso transforma o contrato de previdência privada fechada em um contrato aleatório, conforme defendido anteriormente. O cumprimento da prestação devida pela EFPC ficaria submetida unicamente ao sucesso dos investimentos realizados com os recursos garantidores dos planos de benefícios. Conforme ensina Maria Fernanda de Medeiros Redi, as próprias deficiências do sistema são transformadas em álea contratualmente assumida pelo participante:

[A]s *garantias financeiras* inerentes à capitalização, designadamente por via das aplicações financeiras, já eu sujeitas às oscilações do mercado ou às dificuldades ou mesmo aos erros de gestão, são em si menos sólidas e menos duradouras do que as garantias emergentes do próprio Estado, que gozam de regimes legais. Estas dificuldades e estes riscos serão tanto maiores quanto mais vultosas forem as reservas necessárias para garantir o pagamento das pensões.

Perceba-se que nos regimes de capitalização individual, principalmente, nos de benefícios livres, ou seja, sem garantia de benefício mínimo, o que se vê, como forma de institucionalização da própria deficiência do regime, é a transformação do que, antes, seria inadimplência em álea assumida contratualmente pelo próprio participante.

Os chamados fundos de pensão seriam, portanto, um excelente mecanismo de fomento da economia e do mercado de capitais, transferindo para o pequeno investidor todos os riscos inerentes aos investimentos privados, ainda que realizados de forma conservadora. Afinal, no caso de perdas significativas nos investimentos realizados, independentemente de sua causa,

⁴⁸³ NEVES, Ilídio. *Direito da Segurança Social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. P. 845.

⁴⁸⁴ REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 268.

são os participantes que suportam as consequências financeiras, em decorrência do arcabouço sobre o qual foi estruturado o regime da previdência privada fechada.

Os planos de benefício, estruturados como mecanismos de investimento, transmitem, dessa forma, a falsa ideia de segurança, culturalmente relacionada com benefícios típicos de natureza previdenciária, consubstanciados por prestações continuadas que visam à manutenção de determinada renda na velhice. Não obstante, por serem contratos de longa duração, somente em momentos de crise que se percebe que inexistem garantias quanto ao benefício contratado, e que os planos previdenciários cumprem não o objetivo de proteção social, mas sim de fomento da atividade econômica empresarial⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ De forma semelhante, conclui Maria Fernanda de Medeiros REDI: “Primeiramente, é inevitável a tendência para a anti-seleção ou à seleção adversa dos riscos cobertos, em regimes empresariais. Os riscos cujas coberturas são as mais procuradas pelos segurados são os riscos mais prováveis. Esses, portanto, apresentam uma demanda maior, assim, essas coberturas têm o preço mais elevado. De outro lado, os “riscos bons”, segundo a perspectiva da entidade previdenciária, ou seja, os riscos menos prováveis, apresentam menor preço, para que isso atraia a demanda pela contratação de sua cobertura. Há, portanto, uma seleção de serviços previdenciários adversa à ordem de prioridade dos que precisam dessa cobertura, inerente à atividade previdenciária desenvolvida na economia de mercado. Essa situação, por exemplo, relaciona-se à crescente participação dos planos de contribuição definida e benefício variável, os quais, em geral, não representam riscos para a entidade previdenciária, descompromissada com a garantia de um valor mínimo de benefício, transferindo ao participante o risco financeiro da prática previdenciária. Tratados como planos previdenciários, transmitem a falsa ideia de uma garantia de benefícios dessa natureza que, culturalmente, por razões institucionais, o homem, relaciona a benefícios típicos. Como as prestações previdenciárias são e longo prazo, a desilusão quanto a esses planos demora a se verificar, nesse intervalo temporal, a entidade previdenciária cumpre sua função não do ponto de vista da proteção social, mas de geradora de lucro para o empresariado financeiro e de estabilizadora das relações capital/trabalho nos casos dos fundos de pensão. (REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau). P. 265-266.)

CONCLUSÕES

Diz o art. 202 da Constituição, também reproduzido no art. 1º da Lei Complementar nº 109/2001, que “[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”.

Essa é norma que mais bem espelha o caráter protetivo conferido pela Constituição à previdência privada, na condição de ação de iniciativa da sociedade destinada a assegurar o direito social relativo à previdência (art. 194) e, conseqüentemente, o alcance dos objetivos de bem-estar e justiça social que compõem a ordem social (art. 193). É com base nela que se desenvolve toda a doutrina jurídica que ressalta o caráter protetivo da previdência privada, em contraposição aos riscos decorrentes de sua estruturação como mecanismo de investimento.

Sistematicamente, a previdência privada, mesmo não sendo oferecida pelo Estado, nem gozando do mesmo status constitucional conferido ao regime geral de previdência social, de caráter público e obrigatório, ainda assim constitui um dos institutos integrantes da ordem social utilizados para assegurar o bem-estar e a justiça social⁴⁸⁶.

Por se tratar de norma constitucional, deve ser utilizada como fonte justificadora e unificadora de todo o sistema de previdência privada, vinculando tanto o legislador, como fonte de explicação e inspiração para a confecção das normas que regulam o instituto, quanto o intérprete do direito, na sua aplicação ao caso concreto.

Ressalta Gustavo Tepedino, nesse sentido, a superioridade hierárquica dos princípios constitucionais frente àqueles ditos gerais, de que tratam o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Caso tal superioridade não seja reconhecida, estariam prestigiadas a legislação ordinária e até mesmo os costumes e a analogia, em detrimento da principiologia constitucional, que somente seria utilizada como recurso interpretativo na hipótese de omissão do legislador⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Seguindo esse raciocínio, Arthur Bragança de Vasconcellos WEINTRAUB ressalta o caráter protetivo da previdência complementar privada, o que deve necessariamente ser refletido na postura do legislador, já que “[m]esmo sendo privada, porém, ela não perde jamais seu traço distintivo constitucional de elemento de proteção social”. (WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 81).

⁴⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito privado. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 18.

Assim, a construção do regime de previdência privada fechada precisa, necessariamente, ser realizado em consonância com as normas constitucionais, sob pena de se conferir mais força jurídica à forma com que o instituto foi construído no âmbito infraconstitucional, como mecanismo de investimento, ainda que de modo conflitante com a própria Constituição.

É com base nesse caráter de proteção social que a norma constitucional trouxe para o instituto a necessidade de estar baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado. A utilização do termo “garantia” no texto constitucional não pode ser vista de forma supérflua, como uma eventualidade fortuita decorrente da boa administração dos recursos que futuramente serão utilizados para o pagamento dos benefícios. Essa interpretação tira todo o conteúdo da norma constitucional.

O resultado da contratação, portanto deve ser necessariamente o recebimento do benefício e, por essa razão, o regime deve ser organizado de forma que suas reservas efetivamente garantam o seu pagamento no futuro. Trata-se, portanto, de uma garantia constitucional, a qual deve estar refletida também em uma obrigação de garantia (*garantia stricto sensu*), que deve repercutir por todo o sistema da previdência privada.

Ocorre que no momento da estruturação da previdência privada fechada, esse objetivo foi perdido de vista. Isso porque, o sistema de previdência privada fechada no Brasil foi inteiramente organizado sob a forma de um mecanismo de investimento privado, com vistas no fomento do mercado de capitais.

Essa estruturação, que sujeita os recursos garantidores dos benefícios contratados a todo tipo de riscos, foi positivada a despeito de ser a previdência privada fechada reconhecida como um mecanismo de proteção e justiça social, fundamentado tanto na sua origem histórica quanto na sua normatização constitucional.

As dificuldades resultam justamente dessa dicotomia (lacuna de colisão), tendo em vista a impossibilidade de se estruturar um regime cujo objetivo principal é a proteção social como um mecanismo de investimento. Não resultam, especificamente, da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ou da discussão acerca do direito de propriedade dos ativos garantidores dos benefícios, ou do direito à restituição com recomposição integral das perdas decorrentes da desvalorização da moeda, ou da garantia do Fundo Garantidor de Créditos. Tais seriam os efeitos do problema real (dicotomia) e não a sua causa.

Todas as inconformidades e incongruências do sistema, e mesmo as dificuldades interpretativas sobre as quais se discorreu ao longo deste trabalho, decorrem dessa lacuna de colisão estabelecida em seu bojo, em que, de um lado, privilegia-se o desenvolvimento do

mercado e, de outro, compromete-se a dignidade daquele que contribuiu com sua força de trabalho para a formação de um capital que asseguraria sua aposentadoria.

A jurisprudência, assim, ao aplicar os entendimentos que privilegiam os participantes e assistidos nas discussões acerca do direito de propriedade dos ativos garantidores dos benefícios, do direito à restituição com recomposição integral das perdas decorrentes da desvalorização da moeda, da garantia do Fundo Garantidor de Créditos, ou mesmo da aplicação do Código de Defesa do Consumidor – ainda que tal discussão esteja temporariamente superada – atua na tentativa de corrigir, de forma tópica, a lacuna existente no regime de previdência privada fechada.

Ao assim proceder, privilegia-se a “tendência individualizadora” da justiça, que ao comunicar-se com a “tendência generalizadora do sistema”, tem por resultado inevitável o surgimento de normas que contrariam o próprio sistema⁴⁸⁸, a exemplo da Súmula nº 289, que diz que “a restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”. Essa súmula na tentativa de corrigir um problema decorrente do sistema (risco no investimento dos recursos) acaba por reduzir, de uma forma geral, o montante patrimonial existente para o pagamento dos benefícios dos demais participantes, conforme abordado na seção 3.9 (*Direito à restituição e as Súmulas nº 289 e 290 do STJ*). Em outras palavras: a tendência individualizadora do direito acaba por contrariar o próprio sistema.

A garantia ao benefício de que trata o art. 202 da Constituição é normalmente perseguida pelo aplicador do direito, sendo apenas identificável em sua estrutura normativa como a *busca pelo equilíbrio financeiro-atuarial dos planos*, o que não é suficiente.

Todas essas circunstâncias demonstram que o regime de previdência privada fechada, assim como atualmente concebido, é inadequado à garantia do benefício contratado.

⁴⁸⁸ “A referência aos limites de uma obtenção do Direito a partir do Sistema, que constitui a conclusão do último parágrafo, indicou logo os limites postos ao pensamento sistemático na Ciência do Direito. De facto, a formação de um sistema completo numa determinada ordem jurídica permanece sempre um objetivo não totalmente alcançado. Opõe-se-lhe, invencivelmente a natureza do direito e isso a dois títulos. Por um lado, uma determinada ordem jurídica positiva não é uma ‘ratio scripta’, mas sim um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, apresentando como tal, de modo necessário, contradições e incompletudes, inconciliáveis com o ideal da unidade interior e da adequação e, assim, como pensamento sistemático. Mas por outro, há na própria ideia de Direito um elemento imanente contrário ao sistema e, designadamente, a chamada ‘tendência individualizadora’ da justiça que contracenando com o pensamento sistemático – assente na ‘tendência generalizadora’! – tem como consequência o surgimento de normas que *a priori* se opõe à determinação sistemática. ‘Quebras no sistema’ e ‘lacunas no sistema’ são, por isso, inevitáveis”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 199-200).

Algumas soluções para tornar mais bem protegido o direito dos participantes e assistidos são vislumbradas dentro do próprio sistema, tais como (a) a manutenção dos recursos aportados pelo patrocinador ao plano, mesmo depois da saída dos participantes e do resgate realizado sobre suas reservas individuais; (b) a ampliação da garantia do Fundo Garantidor de Créditos, para que inclua, e não exclua, as EFPCs, tendo em vista suas peculiaridades; (c) a obrigação de contratação de resseguro; (d) a não penalização das EFPCs por ilícitos praticados por seus administradores, os quais deveriam receber unicamente punições pessoais.

As soluções extraídas do sistema, entretanto, não corrigem a lacuna decorrente da impossibilidade de se estruturar um regime cujo objetivo principal é a proteção social como um mecanismo de investimento. Enquanto não realizada mudança legislativa no sentido de endereçar essa lacuna, as inconsistências do sistema continuarão a ser resolvidas de forma casuística e individualizada, ainda que sejam realizadas de forma contraditória dentro do sistema.

Os largos poderes de intervenção estatal sobre as EFPCs deveriam ter como contrapartida uma melhor proteção do participante quanto à garantia do benefício contratado, conforme reconhece a doutrina nas palavras de Duarte Ivo Cruz, incapaz, no entanto, de insurgir contra problemas dessa natureza:

Ainda por cima, todo o processo de liquidação, previsto nos arts. 63 a 74, não vai mais longe do que a atribuição de direitos de preferência e a qualificação dos créditos privilegiado, para os beneficiários do plano em crise.

Este é, portanto, um problema muito sério, devendo admitir-se a necessidade de se estudar qualquer outro tipo de garantia para beneficiários terceiros de boa fé, pois, frente à extinção da entidade, os prejuízos são normalmente muito superiores aos resultantes, p. ex., da falência empresarial. E, da mesma forma, deveriam os direitos adquiridos beneficiar-se de qualquer tipo de garantia previdenciária ou de resseguro estatal.

Isto aponta, então, para a contrapartida de largos poderes de intervenção estatal. Mas o pior é que esses largos poderes existem, sem que ocorra a contrapartida de segurança absoluta. E, dessa forma, resta tentação de intervenções estatizantes e desprovidas de controle, que não seja o autocontrole.⁴⁸⁹

Ressalta-se que sequer é necessário ir tão longe quanto foi Duarte Ivo Cruz, ao tratar da quebra das EFPCs. Isso porque, ao longo da existência da EFPC e da administração dos diversos patrimônios de afetação que compõem cada plano, podem ocorrer perdas

⁴⁸⁹ FRANÇA. R. Limongi (coord). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 60. São Paulo: Saraiva, 1977. P. 454-455.

significativas⁴⁹⁰, o que acarretaria a redução dos benefícios, se comparado aos níveis inicialmente idealizados. E pior: em determinados casos, tais circunstâncias podem comprometer o próprio conteúdo do contrato, qual seja o seu caráter previdenciário.

A título de exemplo, cita-se o caso da Postalís, fundo de pensão da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que acumulava um déficit de R\$ 5,6 bilhões em apenas um de seus planos. Conforme noticia o jornal Valor Econômico, os aposentados terão uma redução de 17,92% sobre o valor dos benefícios recebidos, o que perdurará por vinte e três anos⁴⁹¹.

Os estudos aqui apresentados tiveram por objetivo apresentar, de forma detalhada, os meandros do regime de previdência privada fechada, na condição de estrutura que começa a se arvorar na prestação de um serviço eminentemente público, voltado para a promoção da proteção e justiça sociais, a partir de um instrumento privado de investimento, com objetivos contraditórios. É importante, assim, que tal estrutura não seja capaz de tirar o conteúdo que acompanha o termo “previdência”, ou a norma que busca garantir o benefício contratado pelos participantes.

É papel do direito, na visão do prof. Calixto Salomão Filho, “discutir uma alternativa para a visão positivista do direito que permita ligar com estruturas de poder econômico que hoje em dia influenciam de maneira dominante a organização da sociedade”⁴⁹². Tais construções, no entanto, demandam tempo e uma própria alteração da forma de pensar o Direito, sendo que o presente trabalho representa uma semente dessa visão.

⁴⁹⁰ Cf. amplamente noticiado na imprensa: CPI aponta prejuízos e má gestão nos fundos de pensão. *Valor Econômico*. 22 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniao/4533245/cpi-aponta-prejuizos-e-ma-gestao-nos-fundos-de-pensao>>. Acesso em: 22 de abril de 2016.

No mesmo sentido: MOTA, Marcelo; FOLEGO, Thais. Fundos de pensão não batem suas metas e ampliam o risco. *Valor Econômico*, 24 de janeiro de 2012. [on line] Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/2499284/fundos-de-pensao-nao-batem-suas-metas-e-ampliam-o-risco>>. Disponível em: <<http://www.revistavalor.com.br/home.aspx?pub=1&edicao=50>>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

⁴⁹¹ “O equacionamento do déficit do Postalís será arcado por 71 mil trabalhadores da ativa e em torno de 30 mil aposentados. A cobrança será feita por 279 meses e recai sobre uma parte dos salários - o que varia caso a caso. Para o pessoal inativo, o desconto tende a ser mais doloroso. Os aposentados recebem um valor do INSS e um pagamento da previdência complementar. A cobrança de 17,92% incidirá sobre essa segunda parte”. CAMAROTTO, Daniel; RITTNER, Murilo. Empregados dos Correios pagarão rombo do Postalís durante 23 anos. *Valor Econômico*. 31 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/4504854/empregados-dos-correios-pagaram-rombo-do-postalis-durante-23-anos>>. Acesso em: 22 de abril de 2016.

⁴⁹² SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o Direito? *In Revista dos Tribunais*. V. 926, dezembro de 2012. P. 533.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Fundos de pensão. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 4, p. 288, jan. 1999.

ABRAPP – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. *Como criar um fundo de pensão a partir do vínculo associativo*. São Paulo: ICSS SINDAPP, 2003. Disponível em: <http://www.abrapp.org.br/SiteAssets/SitePages/Cartilha/Cartilha_para_Instituidores2003.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2016.

ABREU, Marcelo de Paiva; FERNANDES, Felipe Tâmega. *The insurance industry in Brazil: a long term view*. Working Paper 10-19, Harvard Business School, 2010. Disponível em: <<http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/10-109.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2016.

AFONSO, Luiz Eduardo. *Previdência social e fundos de pensão*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1996.

ALBERTI, Verena (coord.). *Entre a solidariedade e o risco: a história do seguro privado no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

ALMIRO, Affonso. *A previdência supletiva no Brasil*. São Paulo: LTr, 1978.

ALVAREZ, Anselmo Prieto. Aplicação do CDC na previdência fechada. *Revista de Previdência Social*, ano XXXVIII, n. 400, p. 222-228, mar. 2014.

_____. Princípios de direito previdenciário. *Revista de Previdência Social*, ano XXXVIII, n. 400, p. 312-324, mar. 2014.

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AMARAL FILHO, Léo do. *Previdência privada aberta*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

AMARAL, Hudson Fernandes. Fundos de pensão como formadores de poupança interna: uma alternativa para o financiamento da atividade econômica. *Revista de Administração Contemporânea*. Curitiba, v. 8, nº 2, jun. 2004. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552004000200008>. Acesso em: 05 mai. 2015.

ANTOLIN, Pablo; STEWART, Fiona. *Private pensions and policy responses to the financial and economic crisis*. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, OCDE, Working paper on insurance and private pensions n. 36, 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/finance/financial-markets/43294808.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2016.

ARAÚJO, Waldemir Messias de. Decisões do conselho de recursos do sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 15, p. 221, jan. 2002.

ARNOTT, Richard; STGLITZ, Joseph. *Moral Hazard and Nonmarket Institutions: Dysfunctional Crowding Out of Peer Monitoring?* American Economic Association. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2006794?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 14 mai. 2016.

ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A inaplicabilidade do código de defesa do consumidor em face da previdência fechada*. São Paulo: LTr, 2008.

BAENA, Pedro Jesús Baena. *El derecho de rescate de la provisión matemática des seguros de vida*. Valencia: Tirant le Branch, 2008.

BALERA, Wagner. A retirada do patrocínio na previdência privada. *Revista EPD Direito Previdenciário*, a. II, n. 2, p. 11-26, mar./abr. 2006.

_____ (coord). *Comentários à Lei de Previdência Privada, LC 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. O crédito de previdência privada em liquidação extrajudicial. *Revista de Direito do Trabalho*, RT, vol. 142/2011, p. 367-383, abr./jun. 2011.

_____. Reforma constitucional da seguridade social. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 18/1997, p. 188-194, jan./mar. 1997.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Sistema Financeiro nacional* (apresentação). 06 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SFNCOMP>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

_____. *Composição e segmentos do Sistema Financeiro Nacional*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/Pre/bcUniversidade/Palestras/BC%20e%20Universidade%202.6.2006.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública. A proteção das Expectativas legítimas dos cidadãos como limite á retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 11, jul/ag/set 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-PATRICIA%20BATISTA.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

BAYÃO, Enéas Virgílio Saldanha. Responsabilidade civil, administrativa e criminal dos dirigentes da EFPC. In. GÓES, Wagner de. (coord). *Gestão de fundos de pensão*. São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – Abrapp, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo e nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa, 2003.

BECK, Ulrich. *Sociedades e risco – rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERNARDO, Leandro Ferreira. *Direito previdenciário na visão dos tribunais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BERTUOL, André Stefani; FELICIANO, Guilherme; MENEZES NETO, Almir Serra Martins; MOURA, Alice Teodoro de; PEREIRA, Lucieni. Previdência complementar do regime próprio de previdência: aspectos de constitucionalidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 41, p. 33-60, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados unidos do Brasil*. V. 5. Rio de Janeiro, Rio, 1952.

_____. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do Ministério da Justiça – Imprensa Nacional, 1972, p. 173.

BIDINO, Maria Helena. *Introdução ao resseguro facultativo*. Disponível em <http://www.funenseg.org.br/arquivos/14_03_resseguro_facultativo_maria_elena_bidino.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BLACKBURN, Robin. *Banking on death, or, investing in life: the history and future of pensions*. Londres: Verso, 2003.

BRASIL. Congresso Nacional. *Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 53-A/1999 posteriormente convertida na EC 40*. Disponível em

<<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14312>>.
Acesso em: 17 jan. 2016.

BUSCHMANN, Marcus Vinicius. Imunidade das entidades fechadas de previdência privada? *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 53/2003, p. 86-104, nov./dez. 2003.

BULGARELLI, Waldírio. *Normas jurídicas empresariais*. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

BURANELLO, Renato; CERQUEIRA, Bruno. Regulação dos fundos de pensão brasileiros ou entidades fechadas de previdência complementar. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, Ano XLVI, nº 147, jul-set, 2007, , p. 234.

CALONGE, Marcelo. *A previdência complementar privada na forma instituída conforme a lei complementar 109 de maio de 2001*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima.

CAMPOS, Daniele Russi. Imunidade tributária das entidades fechadas de previdência privada. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 46/2002, p. 105-125, set./out. 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2009.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO, Mario Tavernard Martins de. Fundos de investimento: aspectos polêmicos. In FREITAS, Bernardo Vianna; VERSIANI, Fernanda Valle (coord). *Fundos de Investimento, aspectos jurídicos, regulamentares e tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARVALHO, Rodrigo José de Kühl e. As entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos e o novo código civil. *Revista dos Tribunais*, vol. 830/2004, p. 77-129, dez. 2004.

CASSA, Ivy. *Contrato de Previdência Privada*. São Paulo: MP, 2009.

_____. *Natureza jurídica da reserva matemática nos planos de previdência privada aberta*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientadora Profª. Drª. Vera Helena de Mello Franco).

CASTRO, Marília Vieira Machado da Cunha. Alguns conceitos atuairiais. *In. Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

CAVALCANTI, Flávio de Queiróz Bezerra; TZIRULNIK, Ernesto; PIMENTEL, Ayrton. *Contratos de seguro de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pre-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CHEDEAK, José Carlos Sampaio; PAIXÃO, Leonardo André; PINHEIRO, Ricardo Pena. Regulação dos investimentos nos fundos de pensão: evolução histórica, tendências recentes e desafios regulatórios. *Revista de Previdência*, n.º 3. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito / UERJ, p. 35-53, out. 2005. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/previdencia-complementar/publicaes/artigos/>>. Acesso em: 1º fev. 2016.

CLARKE, Malcolm. *Policies and perspectives of insurance Law in the twenty-first century*. New York, Oxford University, 2005.

COELI, Joao Pedro Medina. Regime de previdência privada fechada (fundos de pensão). *Revista de previdência social*, ano XI, n. 74, p. 13-21, jan. 1987.

COELHO, Inocêncio Mártires. O regime jurídico único e a previdência complementar dos servidores do banco central do Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. vol. 21/1997, p. 180-187, out./dez. 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. In FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 55. São Paulo: Saraiva, 1977.

CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão; CORREA-LIMA, Osmar Brina. Responsabilidade dos administradores de instituições gestoras de previdência complementar. In. *Temas Essenciais de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. Análise Jurídica da Economia. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 159/160, p. 53-86, jul./dez. 2011.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (coord.); VILLELA, José Corrêa (org.). *Previdência privada. Doutrina e comentários à lei complementar 109/01*. São Paulo: LTr. 2004.

CUNHA, João Paulo Rodrigues. (In)aplicabilidade do código de defesa do consumidor às entidades fechadas de previdência privada. *Revista de Previdência Social*, a. XXVII, n. 277, p. 663-673, ago. 2003.

DAMODARAN, Aswath. *Gestão estratégica do risco*. Porto Alegre: Bookman, 2003.

DANTAS, San Tiago. *Problemas de Direito Positivo*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2002.

DE LUCCA, Newton. *Comentários ao Código Civil*, v. XII, dos atos unilaterais; dos títulos de crédito. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 34.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Confiança e desconfiança sistêmicas. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger. (Org.). *Tributação: Democracia e Liberdade em homenagem à Ministra Denise Arruda Martins*. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 1007-1032.

DIAS, Eduardo Rocha. Liberdade de indicação dos beneficiários nos planos de previdência privada. *Revista dos Tribunais*, vol. 948/2014, p. 117, out. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Vol. 2. 2ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Anna Luiza. *A gestão dos fundos de pensão e a sua influência sobre a organização interna das empresas participadas*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Calixto Salomão Filho).

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE; Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 159, p. 173-206, Set/dez 2002.

FACAL, Carlos José Maria. *El Contrato de seguro de vida em la Argentina*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Anníbal. Previdência complementar: histórico – conceito – direito adquirido e expectativa de direito em relação a ela. *Revista da Academia de Direito do Trabalho (A Justiça do Trabalho e a reforma do poder judiciário e outros temas)*. Ano. 8, nº 8, p. 155-164, 2000.

FERNANDES, Anníbal. *Previdência social anotada: planos de custeio e de benefícios: previdência social, pública e complementar*. 7ª ed. rev., atual. e coment. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

FERREIRA, Odím B. A imunidade tributária das entidades de previdência fechada - (4.º parte - final). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 13/1995, p. 57- 81, out./dez. 1995.

FERREIRA, Patrícia Cândido Alves Ferreira. O princípio da confiança: proteção e tópica jurisprudencial dos contratos de saúde suplementar. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 2/2015, p. 83 – 10, | Jan - Mar 2015.

FERREIRA, Paulo Pereira; MANO, Cristina Cantanhede Amarante. *Aspectos Atuariais e Contábeis das Provisões Técnicas*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2009. P. 1. Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=funenseg2_wi&pagfis=20054&pesq=>. Acesso em: 13 mar. 2016.

FERREIRA, Sérgio De Andréa. Entidades de previdência complementar: seguridade social. *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, vol. 5, p. 1249-1265, set. 2012.

FITERMAN, Mauro. Os complexos contratos de previdência privada e a colação. *Revista dos Tribunais*, vol. 953/2015, p. 101-110, mar. 2015.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro*. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2011.

FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Cerneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Reimpressão da edição de fevereiro/2004. Lisboa: Almedina, 2007.

FRANÇA. R. Limongi (coord). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 60. São Paulo: Saraiva, 1977. P. 450-451.

FRAGA, Vitor Bizarro. Prescrição na previdência privada fechada, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 145/2012, p. 307-324, jan./mar. 2012.

FRANCO, Vera Helena de Melo. *Contratos no direito privado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GANDA, Cláudio. *Seguro privado: entre a solidariedade e o risco*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Nelson Nery Junior).

GAUDENZI, Patrícia Bressan Linhares. *Tributação dos investimentos em previdência complementar privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GÓES, Wagner (Coord.). *Introdução à previdência complementar*. São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2005.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Forense: Rio de Janeiro, 1993.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª ed. revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Contratos*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; REIS, Adacir; AVENA, Lygia e ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. 1ª Ed. São Paulo: ABRAPP, 2013.

GUSHIKEN, Luiz, FERRARI, Augusto Tadeu e FREITAS, Wanderley José de. *Previdência complementar e regime próprio – complexidade e desafios*. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2002.

HALPERÍN, Isaac. *Seguros, exposición crítica de la ley 17418*. Buenos Aires, 1972. P. 46 e 536.

HAURIUO, Maurice. *Teoria da instituição e da fundação – Ensaio de vitalismo social*. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009.

HENRIQUE, Adriano Cardoso. *Aspectos contratuais na previdência privada complementar fechada*. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-contratuais-na-previdencia-complementar-fechada,44272.html>>. Acesso em 05 mai. 2016.

JOÃO, Paulo Sérgio. *Previdência Social Complementar*. 1983. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador prof. Cássio de Mesquita Barroso Junior).

JOBIM, Nelson. Imunidade das entidades fechadas de previdência privada. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 9/1994, p. 114-120, out./dez. 1994.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; LEVENEUR; Laurent. *Droit des assurances*. 13ª ed. Paris: Dalloz, 2011.

LEITE, Celso Barroso. Privatização da previdência social. *Revista de Previdência Social*. P. 195, abr., 1991.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Contratos coligados, redes contratuais e contatos conexos. In. FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LLEWELLYN, David. *The Economic Rationale for Financial Regulation*. Occasional paper series n. 1. Londres: Financial Services Authority, 1999. Disponível em: <http://www.fep.up.pt/disciplinas/pgaf924/PGAF/Texto_2_David_Llewellyn.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2016.

LOBATO NETO, Lucival Lage. *As vantagens advindas com a reforma do art. 192 da Constituição Federal*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 253, 17 mar. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4983>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Fontes das obrigações: contratos. Vol. III. 4ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

LUDWIG, Marcos de Campos. Contrato de previdência privada: análise dogmática e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 41/2002, p. 166-184, jan./mar. 2002.

LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1995.

_____. *Sociedad y sistema: la ambicion de la teoria*. Barcelona: 1990.

LUSTOSA, Paulo Rodrigues; MOREIRA, Aroldo. *A previdência supletiva e o fundo de pensão empresarial*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1978.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22/1997, p. 105-116, abr./jun. 1997.

_____. Os Contratos Previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, RT, vol. 26/1998, p. 221-229, abr./jun. 1998.

_____. *Sociologia jurídica e teoria do direito: a teoria relacional e a experiência contratual*. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. José Eduardo Campos Faria).

MAGANO, Octavio Bueno. Previdência complementar. *Revista de previdência social*, ano XI, n. 74, p. 10-12, jan. 1987.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. A garantia do Fundo Garantidor de Créditos - FGC em face dos administradores de recursos de terceiros. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 65/2014, p. 145, jul. 2014.

_____. *Fundo Garantidor de Créditos – FGC*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; SANTOS, Maysa Marise Moreira Ramos dos. A relação previdenciária entre entidades fechadas de previdência complementar e seus participantes. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 9/2015, p. 391-414, mai./jun. 2015.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; SANTOS, Maysa Marise Moreira Ramos dos. Súmula 321 do STJ: primeiras reflexões acerca da (in)aplicabilidade às entidades fechadas de previdência complementar. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 5/2014, p. 195, set. 2014.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARENSI, Voltaire Giavarina. Breves comentários da lei previdenciária privada e do seguro. *Revista dos Tribunais*, vol. 699/1994, p. 262-268, jan. 1994.

_____. Lei de previdência privada (n. 6.435/77) – Comentários frente às propostas de alterações. *Revista dos Tribunais*, vol. 612/1986, p. 27-35, out. 1986.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contatos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINEZ, José Luis Maestro. *Provisiones matemáticas y rescates en el ROSSP*. Disponível em: <https://www.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1028308>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. *Curso de Direito Previdenciário*. 3ª Ed.. São Paulo: LTr, 2010.

_____. Distinções necessárias na previdência complementar. *Revista de Direito Previdenciário*, vol. 1/2013, p. 149, nov. 2013.

_____. *Pareceres selecionados de previdência complementar*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Portabilidade na previdência complementar*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Primeiras lições de previdência complementar*. São Paulo: LTr, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidade das entidades fechadas de previdência privada à luz de decisões da suprema corte. *Revista dos Tribunais*, vol. 802/2002, p. 81-92, ago. 2002.

MARTINS, José Antonio de Andrade. Imposto de renda e contribuição social sobre o lucro em face da impossibilidade de lucrar - A questão tributária da previdência complementar. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 43/2002, p. 199-239, mar./abr. 2002.

MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV jornada de direito civil, *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 40, p. 11-19, jan./mar. 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEMBIELA, Juan B. Lorenzo de. El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la administración pública. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 171, p. 249-263, set/dez 2006.

MESSINA, Roberto Eiras. Previdência complementar fechada. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 117/2005, p. 224-237, jan./mar. 2005.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Fundos de Pensão: coletânea de normas*. Brasília: MPS, SPPC, 2015.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

_____. Os contratos de previdência privada e o código de defesa do consumidor na visão do superior tribunal de justiça Comentários sobre as Súmulas 289, 291, 321 e 427 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 78/2011, p. 315-336, abr./jun. 2011.

MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 153, p. 131-149, jan./mar 2002.

MOREAU, Pierre. *Responsabilidade jurídica na previdência complementar*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MOREAU, Pierre; MARTINS, Ana Paula Oriola. Responsabilidade dos gestores das entidades de previdência provada sob o prisma da solidariedade. *Revista de Previdência Social*, a. XXV, n. 250, p. 640-641, set. 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Contrato de trabalho e contrato de previdência privada. *Revista de Previdência Social*, ano XXX, n. 305, p. 242-254, abr. 2006.

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. Mandado de segurança coletivo e eficácia subjetiva do julgado. *Revista Soluções Práticas - Arruda Alvim*, vol. 1, p. 397-429, ago. 2011.

NEVES, Andrea Nogueira. Da não-incidência da CPMF sobre contribuições para entidades de previdência complementar. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 59/2004, p. 71-82, nov./dez. 2004.

NEVES, Ilídio. *Direito da Segurança Social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NISHIOKA, Alexandre Naoki. A imunidade das entidades fechadas de previdência privada. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 5/1999, p. 157-172, mai./ago. 1999.

NOGUEIRA, Rio. *Reservas e Regimes Financeiros das Entidades Previdenciais*. Rio de Janeiro: STEA, 2007.

OLIVEIRA, Átila Einstein. *Entidades fechadas de previdência no Brasil – Política de investimentos em fundos de pensão – ALM*. 2005. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. II, 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. O contrato de seguro-saúde e o regime do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 24/1997, p. 140-153, jul./dez. 1997.

OLIVEIRA, Francisco E. Barreto de; PASINATO, Maria Tereza de Marsillac; PEYNEAU, Fernanda Paes Leme. *Evolução recente do sistema de previdência privada complementar no Brasil e mercado potencial*. Disponível em: <<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/todos/evolu%C3%A7%C3%A3o%20recente%20do%20sistema%20de%20previd%C3%Aancia%20complementar....pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Alves. *Riscos em planos de capitalização de contribuição definida na previdência complementar*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Marcus Orione Gonçalves Correia).

OLIVEIRA, Sérgio Alves de. Fundos de pensão algemados. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 10/1995, p. 205-206, jan./mar. 1995.

ORSZAG, Peter; STIGLITZ, Joseph E. Rethinking Pension Reform: ten myths about social security systems. In HOLZMANN, Robert; STIGLITZ, Joseph E. *New Ideas about Old Age Security: proceedings of the World Bank Reform Research*. Washington: The World Bank, 2001. P. 17-56. Disponível em: <http://www.ssc.wisc.edu/~scholz/Teaching_742/Orszag-Stiglitz.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2016.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social*. 6ª edição. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2006.

PAIVA, Mauro A.. Pequeno histórico da previdência privada no Brasil. *Revista EPD Direito Previdenciário*, a. II, n. 2, p. 145-168, mar./abr. 2006.

PAIXÃO, Leonardo et al. Regulação dos investimentos nos fundos de pensão: evolução histórica, tendências recentes e desafios regulatórios. In: *Revista de Previdência*, nº 3. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito/UERJ, outubro de 2005, p. 35-53.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II, 20ª ed. atual por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Instituições de direito civil*. Volume I. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERES, Antônio Galvão. Previdência privada complementar. Repercussões salariais. *Revista de Previdência Social*, ano XXVIII, n. 286, p. 822-827, set. 2004.

PIORINO FILHO, Francisco. Eloy Chaves e as origens da previdência social no Brasil. *Jornal o Lince*, n. 040, jul./ago. 2011. Disponível em: <<http://www.jornalolince.com.br/2011/arquivos/focus-eloy-chaves-edicao040.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*. Vol. V. Rio de Janeiro: Borsóí, 1955.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada, filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PORTUGAL, Flávio Jahrmann. A natureza jurídica da previdência privada. *Revista de Previdência Social*, a. XIV, n. 118, P. 517-519, set. 1990.

PREVIC – SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. *Guia Previc Melhores práticas atuariais para Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. São Paulo: 2003. Disponível em: <<http://www.previc.gov.br/menu-de-apoio/guia-de-melhores-praticas-1/melhores-praticas-atuariais.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

PUJOL, Eliseu Álvares. Previdência privada fechada. *Revista de previdência social*, a. XIV, n. 120, P. 668-670, nov. 1990.

PULINO, Daniel. A atuação estatal na regulação e fiscalização das entidades fechadas de previdência complementar. In *Fundos de Pensão – aspectos jurídicos fundamentais*. SP: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2009, p.24-49. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/previdencia-complementar/publicacoes-previdencia-complementar/artigos-sobre-previdencia-complementar>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

_____. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

QUINTELA, Guilherme Camargos. A confiança como base das relações sociais pós-modernas: sua indispensabilidade à atividade estatal, em especial na seara tributária. O mecanismo subjetivo de proteção da confiança legítima. *Revista do CAAP*, 2009 (2), Belo Horizonte, p. 19-48, jul-dez 2009.

REALE, Miguel. As entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos e o código civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, vol. 843/2006, p. 115-120, jan. 2006.

REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da Regulação da Previdência Privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau).

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Litígio entre participante e operadora de plano previdenciário patrocinado por empresa privada: competência da Justiça Trabalhista *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 115/2004, p. 370-374, jul./set. 2004.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Plano de previdência complementar e dispensa por atingimento de idade. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 157/2014, p. 219-229, mai./jun. 2014.

ROMITA, Arion Sayão. Estrutura da relação de previdência privada (entidades fechadas). São Paulo: LTR. *Revista de previdência social*, v 25, nº 252, p. 783, nov. 2001.

ROSENVOLD, Nelson. *Curso de direito civil – Direito dos contratos*. Vol. IV. 2ª ed. Salvador, Editora Jus Podivm, 2012.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Previdência social privada. *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, RT, vol. 5, p. 12-33, set. 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o Direito? In *Revista dos Tribunais*. V. 926, dezembro de 2012. P. 533

_____. *O novo direito societário*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Lei da previdência complementar comentada*. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica, 2004.

SILVA, Antonio Carlos Bueno de Camargo. Fundo Garantidor de Créditos – FGC In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Ano 8, n. 30, outubro-dezembro de 2005, Coordenação: Arnaldo Wald.

SILVA, Fabiana Lopes da. *Impacto do risco de longevidade em planos de previdência complementar*. 2010. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade), Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Gilberto Andrade Martins).

SILVA. De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaib Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31ª 3d. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Previdência complementar privada e fechada (fundos de pensão). *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 114/2004, p. 109-121, abr./jun. 2004.

SOMÕES, Aguinaldo. *Princípios de segurança social: previdência social e assistência social*. Pão Paulo: 1967.

SOUZA, Silas Cardoso de. *As entidades fechadas de previdência complementar enquanto instrumentos de atuação do estado na economia*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Luiz Fernando Massoneto).

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito privado. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TODESCHINI, Remígio. *Gestão da previdência pública e fundos de pensão: a participação da comunidade*. São Paulo: LTr, 2000.

TOLEDO, Gastão Alves de. Questões relativas aos projetos de lei complementar 08, 09 e 10, de 1999, visando regular o sistema de previdência complementar instaurado pela emenda constitucional 20, de 15.12.1998. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 30/2000, p. 163-185, jan./fev. 2000.

TORRES FILHO, Sérgio M. Martins. Breves anotações sobre derivativos e securitização no Brasil. In *Revista de Direito Empresarial*, vol, 14, p. 95-136, mar-abr, Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra, Almedina: 2010

VASQUES, José. *Contratos de seguro – Notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

VALENÇA, Maria Cibele de Oliveira Ramos. A importância da previdência privada – principais características. *Revista EPD Direito Previdenciário*, a. II, n. 2, p. 123-143, mar./abr. 2006.

VALENÇA, Marcelo Morelatti. As entidades de previdência privada e o instituto do resgate. *Revista EPD Direito Previdenciário*, a. II, n. 2, p. 401-406, mar./abr. 2006.

VARELLA, Marcelo Dias (coord.). *Responsabilidade e socialização do risco*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://marcelodvarella.org/Riscos_files/Responsabilidade%20Risco.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2016.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial: fundamentos da teoria geral dos contratos*, vol. 4, T. I. São Paulo: Malheiros, 2011.

YAZBEK, Otávio. *Critérios materiais para a regulação das atividades financeiras – dos riscos negociáveis à “sociedade do risco”*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (orientador Prof. Dr. Eros Roberto Grau).

WALD, Arnoldo. A reforma da previdência privada (a constitucionalidade do Decreto 3.721, de 08.01.2001). *Revista dos Tribunais*, vol. 791/2001, p. 11-30, set/2001. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 6, p. 833-860, mai. 2011.

WALD, Arnoldo. Aspectos constitucionais e legais do regime jurídico das entidades fechadas de previdência privada, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 3/1993, p. 5-18, abr./jun. 1993.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Aspectos atuais da previdência brasileira. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 7/2001, p. 152-160, jan./jun. 2001.

_____. O regime de previdência privada e a lei complementar n. 10, de 15.5.2001. *Revista de Previdência Social*, a. XXV, n. 250, p. 642-647, set. 2001.

_____. *Previdência privada, atual conjuntura e sua função complementar ao regime geral da previdência social*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Previdência privada, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Private pension, Law in Brazil and Private Pension Systems in South America*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. Resgate e carência nos programas de previdência privada - Questão atuarial e tributária, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 156/2014, p. 247-256, mar./abr. 2014.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 231 (cancelada). Segunda Seção, j. 23/11/2005. DJ 05/12/2005. Cancelada em sessão de 24/02/2016. DJe de 29/02/2016, DJ 05/12/2005, p. 410, RDDP vol. 35 p. 232, RSSTJ vol. 26 p. 275, RSTJ vol. 198 p. 630. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=321&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 297. Segunda Seção, j. 12/05/2004. DJ 09/09/2004, p. 149, RSSTJ vol. 23 p. 243, RSTJ vol. 185 p. 666. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=297&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 289. Segunda Seção, j. 28/04/2004. DJ 13/05/2004 p. 201, RSSTJ vol. 22 p. 115, RSTJ vol. 177 p. 305, RT vol. 824 p. 151. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=289&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 290. Segunda Seção, j. 28/04/2004. DJ 13/05/2004 p. 201, RSSTJ vol. 22 p. 177, RSTJ vol. 177 p. 365, RT vol. 824 p. 152. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=290&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 563. Segunda Seção, j. 24/02/2016. DJe 29/02/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=563&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 600.744/DF (2003/0187717-1), Recorrente: Fundação Banco Central de Previdência Privada CENTRUS; Recorrido: Arlindo Soutelo Salgado Filho e outros; Rel. Min. Castro Filho, 3ª turma. Julgado em 18/10/2004. Publicado no DJ de 24/05/2004 p. 274, na RJTAMG vol. 97 p. 372, e na RSSTJ vol. 26 p. 301. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=472454&num_registro=200301877171&data=20040524&formato=PDF. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 936.302/SP (decisão monocrática), Agravante: Fundo Garantidor de Créditos – FGC; Agravado: Fundação Cosipa de Seguridade Social – FEMCO; Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma. DJ 28/05/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=936302.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especial nº 1.453.957/SP (2012/0264726-0), Recorrentes: Fundação Codesc de Seguridade Social, Fundo Garantidor de Créditos – FGC; Recorridos: os mesmos; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 02/06/2015. DJe 26/06/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47809018&num_registro=201202647260&data=20150626&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.454.238/SP (2014/0026201-4), Recorrente: Fundo Garantidor de Créditos – FGC ; Recorrido: PREVIG – Sociedade de Previdência Complementar; Rel. Min. Maria Isabel Galotti, 4ª Turma, j. 15/12/2015, DJe 01/02/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53608372&num_registro=201400262014&data=20160201&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 544.974/DF (2004/0148804-9), Recorrente: Ana Lúcia Santana Lobo e outros; Recorrido: Fundação Banco Central de Previdência Privada CENTRUS; Rel. Min. Castro Filho, Segunda Seção. Julgado em 13/04/2015. DJ 06/06/2015, p. 177. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=528821&num_registro=200401488049&data=20050606&formato=PDF>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especial nº 547.426/DF (2003/0085822-1), Recorrente: Fundação Banco Central de Previdência Privada CENTRUS; Recorrido: Maria Leonor da Cunha Condurú e outros; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 02/12/2003, DJe 01/03/2004, p. 185. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1071185&num_registro=200300858221&data=20040301&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especial nº 471.746/DF (2002/0128919-7), Recorrente: Fundação Sistel de Seguridade Social; Recorrido: Ivan Sofonias de Araújo e Outros; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 15/05/2003. DJe 04/08/2003, p. 315. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial>>

=794535&num_registro=200201289197&data=20030804&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especial nº 545.968/DF (2003/0085846-0), Recorrentes: Carlos Henrique Azeredo Neves e outros; Recorrido: Fundação Banco Central de Previdência Privada CENTRUS; Rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, j. 18/10/2004. DJ 17/12/2004, p.411, RSTJ Vol 199, p.283. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1372301&num_registro=200300858460&data=20041217&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especial nº 1.414.672/MG (2011/0282776-0), Recorrente: Valia Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social; Recorrido: Altivo José dos Santos; 4ª Turma, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 26/11/2013, DJ 03/02/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34116606&num_registro=201201275734&data=20140507&tipo=0>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 212.886 (1999/0039717-7). Recorrente: Banco Central do Brasil; Recorridos: Banco do Progresso S/A – Massa Falida e Maria Cristina Diniz Silva. Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, unanimidade, j. 29/06/2000, publicado no DJ em 28/08/2000, p. 77. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900397177&dt_publicacao=28-08-2000&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 08 de maio de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especial nº 814.465/MS (2006/0020048-5), Recorrente: Brasil Forti e outros; Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil PREVI; Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 17/05/2011, DJe 24/05/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15555016&num_registro=200600200485&data=20110524&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 501.401 (2002/0176825-0). Recorrente: Banco Central do Brasil; Recorridos: Banco do Progresso S/A – Massa Falida e Maria Cristina Diniz Silva. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, maioria, j. 14/04/2004, DJ 03/11/2004, p. 130. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=420290&num_registro=200201768250&data=20041103&formato=PDF>. Acesso em: 08 de maio de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 157.993/DF (1997/0087751-5), Recorrente: Marcos Rogério Rocha Mendlovitz e outro; Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, Julgamento em 09/03/1999, Publicado no DJ de 17/05/1999, p. 197, RSSTJ vol. 22 p. 197, RSTJ vol. 177 p. 382. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700877515&dt_publicacao=17-05-1999&cod_tipo_documento=>. Acesso em 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 148.902/RJ (1997/0066129-6), Recorrente: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI; Recorrido: Joares Costa Martins; Rel. Min. César Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 06/06/2000, DJ 04/09/2000 p. 156, RADCOASP vol. 15 p. 24, RSSTJ vol. 22 p. 187, RSTJ vol. 177 p. 373. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700661296&dt_publicacao=04-09-2000&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 306.155/MG (2001/0023027-0), Recorrente: Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social – VALIA; Recorrido: Maria das Graças Malaquias Silva; Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19/11/2001. Publicado no DJ 25/02/2002, p. 377, e na RSSTJ vol. 26 p. 283. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=26838&num_registro=200100230270&data=20020225&formato=PDF>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 297.194/DF (2001/0070009-7), Embargante: Regius Sociedade Civil de Previdência Privada; Embargado: Clauberto Pereira Conceição e outros; Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. 12/02/2001, DJ 04/02/2002 p. 271, LEXSTJ vol. 153 p. 194, RSSTJ vol. 22 p. 152, RSTJ vol. 177 p. 339. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=33089&num_registro=200100700097&data=20020204&formato=PDF>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 119.267-SP (1997/0010017-0), Recorrente: Paulo Roberto Benasse; Recorrido: MONTAB Previdência; Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 04/11/1999, DJ 06/12/1999, p. 94, RSSTJ vol. 26, p. 279. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700100170&dt_publicacao=06-12-1999&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 01 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 567.938/RO (2003/0149898-8), Recorrente: FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL; Recorrido: Hebe da Silva Leão e outros; Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, j. 17/06/2004, DJ 01/07/2004, p. 192, RSSTJ vol. 26, p. 291. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>>

459441&num_registro=200301498988&data=20040701&formato=PDF>. Acesso em: 01 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 591.756/RS (2003/0164413-5), Recorrente: SABEMI Previdência Privada; Recorrido: Lauro Miguel Nunes; Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 07/10/2004, DJ 21/02/2005, p. 176, RSSTJ vol. 26, p. 297. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1612449&num_registro=200301644135&data=20050221&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.536.786-MG (2015/0082376-0), Recorrente: Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social – VALIA; Recorrido: Johnson Candido Pereira; Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 26/08/2015. Publicado no DJe de 20/10/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1422340&num_registro=201500823760&data=20151020&formato=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.483.876/SE (2015/0082376-0), Agravante: Rafael Alves de Albuquerque; Agravado: Fundação Petrobrás de Seguridade Social Petros; Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 14/04/2015, DJe 05/05/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1398262&num_registro=201402085856&data=20150505&formato=PDF>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.431.273/SE (2014/0013949-1), Recorrente: Fundação Petrobrás de Seguridade Social Petros; Recorrido: Austenio Alves de Moraes; Rel. Min Moura Ribeiro, Segunda Seção, Julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1415026&num_registro=201400139491&data=20150618&formato=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.443.304/SE (2014/0066303-1), Recorrente: Fundação Petrobrás de Seguridade Social Petros; Recorrido: Gentil Gomes de Santana Filho; Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, j. 26/05/2015, DJe 02/06/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1412181&num_registro=201400663031&data=20150602&formato=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.421.951/SE (2013/0394822-0), Recorrente: Fundação Petrobrás de Seguridade Social Petros; Recorrido: Antero Matias Santos; Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, j. 25/11/2014, DJe 19/12/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1370247&num_registro=201303948220&data=20141219&formato=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 504.022/SC, Agravante: Moizes Ferreira e outros; Agravado: Fundação Codesc De Seguridade Social – FUSESC; Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 10/09/2014, DJe 30/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1348050&num_registro=201400933671&data=20140930&formato=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.504.986/SC (2012/0045246-5), Embargante: Fundação Codesc de Seguridade Social; Embargado: Tânia Maria Souza Krueger; Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 16/06/2015, DJe 26/06/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1415026&num_registro=201400139491&data=20150618&formato=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 469.911/SP (2002/0123795-4), Recorrente: Alejandro Felipe Cáceres Olave e outros; Recorrido: Centro Transmontano de São Paulo; Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 12/02/2008, DJe 10/03/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=752983&num_registro=200201237954&data=20080310&formato=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 718.634/DF (2015/0124129-7), Agravante: Geap Autogestao em Saude; Agravado: Estevam Strauss Filho; Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 01/12/2015, DJe 16/12/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1470575&num_registro=201501241297&data=20151216&formato=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 605.163/PB (2014/0281376-0), Agravante: Caixa de Assistência dos Empregados da Saelpa – FUNASA Saúde; Agravado: Nildeval Chianca Rodrigues Júnior e outro(s); Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 24/11/2015, DJe 30/11/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

1468057&num_registro=201402813760&data=20151130&formato=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 480.579/PB (2014/0042213-2), Embargante: Caixa de Assistência dos Empregados da Saelpa – FUNASA Saúde; Embargado: Edson Pessoa Amorim – Espólio; Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 20/10/2015, DJe 23/10/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1455346&num_registro=201400422132&data=20151023&formato=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.121.067/PR (2009/0018858-4), Recorrente: Caixa de Assistência Aposentadoria e Pensões dos Servidores Municipais de Londrina – CAAPSML; Recorrido: João Batista Ferreira de Pinho e outro; Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 21/06/2011, DJe 03/02/2012, RDDP vol. 110, p. 151. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1072782&num_registro=200900188584&data=20120203&formato=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 449, Requerente: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA; Requeridos: Congresso Nacional, Presidente da República; Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 29/08/1996. DJ 22/11/1996, p. 45683, EMENT vol 01851-01 P. 60, RTJ vol. 00162-02, P. 420. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=321&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 586.453/SE, Rel. Min. Ellen Gracie e Dias Toffoli, Recorrente: Fundação Petrobrás de Seguridade Social – Petros; Recorrido: Nivaldo Mercenas Santos; Tribunal Pleno, j. 20/02/2013, DJe106 divulg. 05/06/2013, public. 06/06/2013, EMENT vol. 2693-01 p. 1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630014>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Processo Administrativo Sancionador nº 15/2010, Acusada: Fundação Petrobras de Seguridade Social; j. 08/12/2015. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2015/20151208_PAS_152010.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 1ª Câmara Cível, Embargos Infringentes 1.0000.00.203942-8/001. Embargante: Banco Central do Brasil; Embargada: Jacqueline Aparecida Fontoura de Souza; Rel. Des. Antônio Hélio Silva, maioria,

j. 11/062002, DJ 21/06/2002. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=13&totalLinhas=302&paginaNumero=13&linhasPorPagina=1&palavras=contrato%20de%20p%20F3sito%20banc%20E%20lrio%20e%20plena%20disponibilidade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20E%20Ancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 08 mai. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0687.13.008095-9/001. Apelante: APROTEVE – Associação De Proteção Veicular; Apelado: Walder Albert do Couto. Relatora Desembargadora Maria Luiza Santana Assunção, unanimidade, julgado em 12 de agosto de 2015, publicado em 19 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=11&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=prote%20E%20o%20automotiva%20e%20associa%20E%20o%20e%20seguro&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20E%20Ancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 08 mai. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0106.12.003972-7/001. Apelante: Luiz Antônio de Almeida; Apelada: Associação de Benefícios Aos Amigos Caminhoneiros Cia do Truck. Relator Desembargador Luciano Pinto, unanimidade, julgado em 12 de novembro de 2015, publicado em 24 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=11&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=prote%20E%20o%20automotiva%20e%20associa%20E%20o%20e%20seguro&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20E%20Ancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 08 mai. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0140070-44.2012.8.26.0100, Apelante: Fundo Garantidor de Créditos FGC; Apelado: Metrus - Instituto de Seguridade Social; Rel. Des. Márcia Cardoso, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 16/09/2015, DJ 16/09/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8805141&cdForo=0&v1Captcha=dhd fz>>. Acesso em: 11/05/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1021530-83.2013.8.26.0100, Apelante: Fundo Garantidor de Créditos FGC; Apelado: Metrus - Instituto de Seguridade Social; Rel. Des. Thiago de Siqueira, 14ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 13/05/2015, registrado em 18/05/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8463512&cdForo=0>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0201353-39.2010.8.26.0100, Apelante: WEG Seguridade Social; Apelado: Fundo Garantidor de Créditos FGC; Rel. Des. Jovino de Sylos, 16ª Câmara de Direito Privado, j. 01/07/2014, DJ 12/01/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9101192&cdForo=0>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0201351-69.2010.8.26.0100, Apelante: BANESES Fundação Banestes de Seguridade Social; Apelado: Fundo Garantidor de Créditos FGC; Rel. Des. Spencer Almeida Ferreira, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 28/08/2013, DJ 30/08/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6979294&cdForo=0>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0129663-13.2011.8.26.0100, Apelante: FIPECQ Fundação de Previdência Complementar dos Empregados ou Servidores da FINEP, IPEA, do CNPQ, do INPE e do INPA; Apelado: Fundo Garantidor de Créditos FGC; Rel. Des. Carlos Abrão, 37ª Câmara de Direito Privado, j. 26/03/2013, DJ 28/03/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6614249&cdForo=0&v1Captcha=jfadh>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação em Mandado de Segurança AMS nº 0053271-06.1998.4.03.6100/SP, processo de origem 2004.03.99.035611-8/SP, Apelante: Banco BMD S/A; Apelado: Sorobens Consorcio S/C Ltda.; Rel. Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy, Turma C, DJ 24/11/2010. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/907278>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação/Reexame necessário nº 0033215-49.1998.4.03.6100/SP, processo de origem 2001.03.99.004296-2/SP, Apelante: Fundo Garantidor de Créditos FGC; Apelado: Unicof União de Concessionários Fiat Administração de Consorcio S/C Ltda.; Rel. Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, 3ª Turma, julgado em 14/07/2011, DJ 25/07/2011. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/1065061>>. Acesso em: 19 mar. 2016.