

PRISCILA TANACA

O CONTRATO DE TRABALHO E A PREVIDÊNCIA PRIVADA

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

DEPARTAMENTO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

SÃO PAULO

2006

PRISCILA TANACA

O CONTRATO DE TRABALHO E A PREVIDÊNCIA PRIVADA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Previdenciário, sob a orientação do Professor Doutor Wagner Balera.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

DEPARTAMENTO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

SÃO PAULO

2006

BANCA EXAMINADORA

São Paulo, SP ___ de _____ de 2006.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por seu amor infinito e pela força e alento em todos dias de minha vida.

Aos meus pais, meus irmãos Gustavo e Aline e demais familiares queridos pelo carinho constante.

As minhas amigas maravilhosas e leais que sempre estiveram de coração torcendo por mim e nos momentos de tribulação sempre estiveram segurando na minha mão. Graças a Deus tenho o privilégio de ter amigos que são verdadeiros “anjos”, em especial Andrea e Patrick que mesmo distante estão sempre presentes.

Ao professor e orientador Dr. Wagner Balera, meu maior exemplo de acadêmico dedicado e jurista brilhante, que com maestria muito me ensinou.

Aos meus professores do curso de mestrado da PUC que muito acrescentaram para a conclusão deste trabalho, em especial: professor Jacy Mendonça, professora Maria Garcia, professor Celso Campilongo e professor Paulo de Barros Carvalho.

Aos colegas de mestrado que dividiram as mesmas dificuldades e alegrias desta fase como a querida Clara Angélica, André Studart, Mauro Paiva, Ricardo Padovese, Ana Clarissa, Márcia e outros.

Aos companheiros de trabalho e principalmente ao editor Vinicius Vieira pelo incentivo e entusiasmo.

Em especial tenho muito que agradecer ao meu querido Vinicius, companheiro de todas as horas que com amor, amizade, paciência e força foi e é o maior responsável por esta minha conquista.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem por finalidade analisar o instituto da previdência privada fechada e sua não integração no contrato de trabalho. Primeiramente para adentrarmos ao tema específico necessário se fez a análise da entidade de previdência privada fechada inserida no Sistema de Seguridade Social. Embora fazendo parte deste sistema a Previdência Social e a Previdência Complementar possuem peculiaridades distintas. A Previdência Social tem sua filiação obrigatória e automática exigida em lei, independente da vontade das partes assim como sua contribuição compulsória, enquanto a Previdência Privada é contratual, constituída sob forma autônoma em relação ao Regime Geral fundado em um contrato de adesão e facultativo, baseado na vontade das partes, sendo seu regime financeiro o da capitalização. Embora suas latentes diferenças, a Previdência Privada tem o mesmo objetivo da Previdência Social que é o de proporcionar o bem-estar aos indivíduos e toda coletividade. O regime de previdência complementar é operado pelas entidades fechadas e entidades abertas de previdência complementar. Nosso trabalho estudará a entidade fechada, sua natureza jurídica, seus elementos caracterizadores, a relação jurídica e os sujeitos desta relação.

Realizada a análise da entidade de previdência complementar fechada será estudado o instituto do contrato em seu aspecto geral e as peculiaridades do contrato de previdência privada e o contrato de trabalho. Quando da análise do salário e os elementos que o integram vemos que a contribuição da empresa para com a previdência privada não será incluída como forma de salário, assim, não tem como ser considerado tanto pela jurisprudência como pela doutrina como integrante do contrato de trabalho. O intuito desta pesquisa científica é deixar claro esta desvinculação e com isto estimular as empresas a estarem proporcionando a seus trabalhadores a participação dos planos de previdência privada fechada.

ABSTRACT

The following masters lecture has the purpose of analyzing voluntary, private pension funds and how they are not a part of an employment contract. Before getting into this specific matter, it is necessary to analyze pension funds generally, as part of the social security system. Although they are both part of the social security system, the government pension program and voluntary, private pension funds have distinct characteristics. The government pension program is characterized by mandatory membership and compulsory contributions, imposed by law, regardless of the will of the employer and employee. Voluntary, private pension funds are governed by a legal contract, constructed independently and based on the will of the parties and independent of the rules of the government pension program. Although they each have their own characteristics, voluntary, private pension funds have the same purpose as the government pension program, that is to provide financial security to individuals and to the community. The operation of the voluntary, private pension funds is shared between what we call "closed" and "open" entities. The purpose of this lecture is to study the "closed" entities, including their legal nature, characteristics and the relationship between the parties involved in this legal contract.

To analyze these voluntary, private pension funds carried on by the "closed" entities, we will first consider the general aspects and elements of a legal contract, and then move to the specific elements of a private pension funds contract and an employment contract. When analyzing the nature of an employee's wage, we will learn that contributions to an employee's private pension fund should not be considered a part of the employee's salary. Therefore, it should not be considered as part of the employment contract, neither by legal doctrine nor by judges when making their decisions. The purpose of this scientific research is to establish that there is no relationship between contributions to voluntary, private pension funds and the employment contract, which may stimulate employers to offer participation in voluntary, private pension funds to their employees.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A PREVIDÊNCIA PRIVADA	16
1.1. Análise Histórica	16
2. CONCEITO	23
2.1. A Seguridade Social e a Previdência Complementar	25
2.2. Distinções básicas entre o Regime Privado e o Regime Geral	31
3. DO CONTRATO	35
3.1. Conceito e Análise Histórica	36
3.2. Contrato no Ordenamento Jurídico Brasileiro	40
3.2.1. Requisitos	41
3.2.2. Requisitos Subjetivos	42
3.2.3. Requisitos Objetivos	42
3.2.4. Requisitos Formais	43
3.3. Princípios Fundamentais do Direito Contratual	44
3.4. Contrato Previdenciário	51

4. NATUREZA JURÍDICA	54
4.1. As Entidades Fechadas de Previdência Complementar	70
5. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.....	94
5.1. Contratualidade	94
5.2. Facultatividade	100
6. RELAÇÃO JURÍDICA DA PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA	108
6.1. Sujeitos da Relação Jurídica de Previdência Privada Fechada	112
6.2. Relações Jurídicas Existentes na Entidade Fechada	119
6.2.1. Relação Jurídica entre Patrocinador e Participante	119
6.2.2. Relação Jurídica entre Instituidor e Participante	121
6.2.3. Relação Jurídica entre a Patrocinadora e a Entidade de Previdência Privada	121
6.2.4. Relação Jurídica entre o Instituidor e a Entidade de Previdência Privada Fechada	122
6.2.5. Relação Jurídica entre os Participantes e a Entidade de Previdência Privada Fechada	123
7. CONTRATO DE TRABALHO	126
7.1. Conceito e Características	126
7.2. Contrato de Trabalho e Relação de Emprego	128
8. REMUNERAÇÃO.....	130
8.1. Salário.....	131
8.1.1. Definição	131

8.1.2. Elementos que Integram o Salário 132

9. O CONTRATO DE TRABALHO E OS REFLEXOS NA PRIVADA FECHADA .. 142

CONCLUSÃO 160

BIBLIOGRAFIA 162

INTRODUÇÃO

O homem vive das lembranças do passado e das esperanças do futuro. São boas as recordações e a segurança no porvir que ensejam, no presente, a felicidade humana. A contrário-senso, não viverá tranqüilo quem, sentindo sua vida constantemente ameaçada por acontecimentos aleatórios, embora previsíveis, sabe que, na ocorrência de tais eventos, não terá reparado ou compensado o dano sofrido.¹

Após vários acontecimentos, como guerras e revoluções, o Estado passa a intervir tentando minimizar as necessidades sociais. Entretanto o primado social não consegue a sua satisfação integral através da organização estatal, pois só pode proporcioná-la nos limites das suas possibilidades econômicas. Diante da não resolução da questão pelo Estado, com a redistribuição dos rendimentos através da solidariedade social, que obedece a parâmetros inexoráveis, sendo os mais importantes a expressão do rendimento nacional e a relação entre a população ativa e população inativa, essa insuficiência da máquina estatal em cobrir as situações de riscos sociais tem gerado um pesado ônus para o Estado e esse problema vem ocorrendo em vários países.

Não só o Brasil, mas outros países discutem a questão de equilibrar o custeio da Previdência Social com a queda da natalidade, desemprego e o envelhecimento da população – segundo estatísticas do IBGE², em 2020 haverá 25 milhões de idosos. Como os cofres da Previdência Social poderão arcar, de forma suficiente, com a manutenção

1 SUSSEKIND, Arnaldo. In “Previdência Social Brasileira”. Editora Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 12.

2 www.ibge.gov.br, acessado em 12.01.006.

dos benefícios para essa situação? A solução deverá ser a previdência complementar, pois as pessoas poderão ter uma garantia maior de que seus rendimentos, na inatividade, não serão reduzidos, podendo, assim, manter o mesmo padrão de vida e ter mais tranquilidade.

Numa uma das maiores potências mundiais, os EUA, o governo discute a possibilidade de implantação da privatização da Previdência Social. O governo Bush tenta persuadir os EUA a converterem a Previdência Social em uma conta de investimentos gigantesca (do tipo 401k)³.

A tendência observada em outros países é que a Previdência Social custeie o mínimo necessário para a sobrevivência, e ao trabalhador fique a responsabilidade de resguardar seu futuro com um plano de previdência privada. Mas, infelizmente, a maior parte da população brasileira espera que o Estado seja um “pai”, com o dever de arcar com toda a responsabilidade. A função do Estado é de proporcionar meios aos cidadãos de se realizarem, mas é difícil fazer essa afirmação num país com problemas econômicos e com altas cargas tributárias que abafam o crescimento das empresas geradoras de empregos. Pela análise do texto atual da Constituição verificamos uma alteração do conceito ultrapassado do *Welfare State*. Hoje o Estado invoca a parceria com a sociedade para prover o custeio da Previdência Social removendo a visão ultrapassada de Estado Provedor. A Emenda Constitucional n. 20 de 1998 deu autonomia para que houvesse a participação conjunta da Previdência Complementar (art. 202 da CF), agindo de forma autônoma e fazendo parte a Previdência Complementar do Sistema de Seguridade Social, assim, não restando mais qualquer dúvida quanto à mudança do caráter do Estado diante dessa nova realidade.

Segundo Celso Basto Leite⁴, “os planos privados se enquadram no sistema brasileiro de proteção social. Eles têm surgido no Brasil de forma generalizada e úteis em outros países, e a principal causa de sua virtual inexistência até agora, parece ser, se-

3 Jornal The New York Times do dia 17.12.2004.

4 “A Proteção Social no Brasil”, editora LTR, 1972, p. 102.

gundo alguns estudiosos do assunto, o nível em geral muito baixo da grande maioria dos salários que, apenas num reduzido número de casos, insuficiente para configurar dimensões sociais, deixa margem para ir além de imediata preocupação com o presente”.

Não apenas o baixo rendimento da maior parte da população que não tem como planejar o futuro, mas, sim, sobreviver no presente, é um dos principais fatores da não expansão da previdência privada no Brasil. Outro importante fator que trava o crescimento da previdência privada no Brasil é a falta de cultura do povo brasileiro em programar seu futuro.

O sucesso e expansão da Previdência Privada, em um país, estão ligados à educação e cultura do povo, pois a Previdência Privada é a cautela das pessoas em poupar, em guardar para o futuro, como garantia de obter tranquilidade no período de inatividade, assegurando o mesmo patamar da vida econômica que possuía no período de atividade, portanto, nada mais é do que uma precaução, caso ocorra uma situação de necessidade social a que todos estão sujeitos.

É interessante que, quando se fala em previdência privada, planejar para ter uma melhor condição de vida para o futuro, se faz muito real a antiga fábula do francês Jean de La Fontaine, “A cigarra e a formiga”. Enquanto a formiga trabalha e guarda os mantimentos para o inverno (analogicamente o futuro), a cigarra fica cantando e festando sem qualquer preocupação. Parece uma história apenas lúdica contada para crianças, mas tem uma lição de moral muito sábia para os adultos. A fábula, no passado, era usada para espelhar a moralidade social, sendo utilizada para embutir nas pessoas a preocupação com o estabelecimento da ordem na sociedade, oferecendo um modelo maniqueísta onde o “certo” deve ser copiado e o “errado” evitado. E segundo estudo da pedagoga Cristiane Madanelo de Oliveira⁵, os animais eram utilizados para alegorizar os tipos de homens comparados com eles. Deixando de lado as fábulas e analisando a realidade esclarece Manuel S. Soares Póvoas⁶: “vivemos a situação que era prevista a muito tempo: o alarga-

5 “Estudos das Diversas Modalidades de Textos Infantis”, www.graudez.com.br/litinf/textos.htm, acessado em 22.01.2006.

6 “Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica”. Editora Fundação Escola Nacional de Seguros – FUNSEG, 1985, p. 46.

mento até a complementação plena há satisfação das necessidades previdenciárias sentidas por cada cidadão, em relação à satisfação que recebem da segurança social”.

Na visão do filósofo Leon Duguit, ao Estado cabia a obrigação de dispor de todo o seu poder para fornecer o serviço de solidariedade social, sendo obrigado por direito, a fazer todas as leis que assegurem a cada um a possibilidade material e moral de colaborar na solidariedade social. O Estado realmente deve dispor de meios para assegurar aos que precisam de auxílio, de uma condição mínima de subsistência, mas não cabe mais ao Estado arcar com toda manutenção do Sistema de Seguridade Social. A própria Constituição dividiu essa responsabilidade entre o poder público e os particulares.

Conforme lição do professor Mozart Victor Russomano⁷ trazida por Eliane Costa Romeiro, a Previdência Social do mundo inteiro, inclusive no Brasil, tem levado à formação de sistemas de Previdência Privada, e, na visão do Professor, seria um retrocesso histórico ter programas paralelos para reforçar o esquema das prestações dispensadas pelos órgãos oficiais.

A proteção adicional fornecida por uma instituição privada não vem tomar o lugar da Previdência Social, apenas complementam de forma autônoma, os benefícios do regime geral fornecendo ao segurado uma garantia de futuro econômico mais tranqüilo.

Conforme Ilídio das Neves⁸, “a legitimidade e a necessidade de intervenção de formas privadas de segurança social não devem ser definidas pela negativa, isto é, não têm que ver apenas com a crise, suposta ou real, presente ou futura, dos sistemas oficiais, mas com a própria natureza, a vários títulos estruturalmente limitada, destes mesmos sistemas (...)”

7 COSTA, Eliane Romeiro. “Previdência Complementar na Seguridade Social”. Editora LTR, 2003, p.45.

8 “Direito da Segurança Social”, Coimbra Editora, 1966, p. 829.

Visão mais otimista tem Manuel Sebastião Soares Póvoas⁹ sobre a dimensão da previdência privada:

“Num futuro que já está próximo, a dimensão da previdência privada alargar-se-á até a complementação plena da satisfação das necessidades previdenciárias sentidas por cada cidadão, em relação à satisfação que recebem da segurança social.”

No ordenamento brasileiro, temos o Sistema de Seguridade Social insculpido na Constituição Federal, e o art. 194 o define como sendo o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.

Há 3 regimes previdenciários em nosso ordenamento jurídico: Previdência Social, Previdência Privada e o Regime Próprio dos Servidores Públicos. Nosso estudo enfocará a Previdência Privada regulada pela LC 109/2001 e art. 202 da Constituição Federal, alterado pela EC 20/98, dispondo expressamente que essa é desvinculada do Regime Geral de Previdência Social.

A Previdência Social tem sua filiação obrigatória e automática exigida em lei, independente da vontade das partes assim como sua contribuição compulsória, enquanto a Previdência Privada é contratual, constituída sob forma autônoma em relação ao Regime Geral fundado em um contrato de adesão e facultativo, baseado na vontade das partes, sendo seu regime financeiro o da capitalização. Embora suas latentes diferenças, a Previdência Privada tem o mesmo objetivo da Previdência Social que é o de proporcionar o bem-estar aos indivíduos e toda coletividade.

O regime de previdência complementar é operado por entidades fechadas e entidades abertas de previdência complementar.

9 “Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica”. Editora Fundação Escola Nacional de Seguros – FUNSEG, 1985, p.27.

As entidades fechadas possuem planos de natureza solidário-associativa da cobertura previdenciária complementar, sendo destinado a um grupo específico já delimitado pela lei, diferente dos planos de Previdência Aberta Complementar de que qualquer interessado pode participar. No regime de Previdência Fechada Complementar, seu acesso restrito é limitado à participação exclusiva de determinado segmento: aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, servidores da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, aos associados ou membros de pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial.

Tanto as entidades fechadas como as abertas são rigorosamente privadas, independentemente do perfil do seu patrocinador ou instituidor. São revestidas de personalidade jurídica própria e de capacidade processual. Mas as entidades fechadas devem possuir obrigatoriamente conselho deliberativo, diretoria-executiva e conselho fiscal (art. 35 da LC 109/2001).

Assim, dentro da limitação estipulada em lei da Previdência Fechada Complementar estudaremos os seguintes enfoques: parte histórica da Previdência Privada; conceito do instituto; diferenças básicas com o Regime Geral; a estrutura das entidades de Previdência Complementar; sua natureza jurídica; os aspectos legais da entidade de Previdência Fechada; suas características; seus objetivos; a relação jurídica da Previdência Privada Fechada; os sujeitos da relação e outras relações jurídicas existentes no regime fechado de Previdência Complementar. Outro ponto analisado é do instituto de direito privado, o contrato; suas características, elementos, natureza jurídica e as peculiaridades do contrato de trabalho e contrato previdenciário.

O estudo será finalizado focalizando os conceitos e características do salário decorrente da relação empregatícia e a não-integração dos planos de previdência privada fechada neste, assim como as divergências decorrentes dos reflexos da previdência privada no contrato de trabalho e quanto sua competência jurisdicional.

1. A PREVIDÊNCIA PRIVADA

1.1. Análise Histórica

O homem sempre buscou a segurança e bem-estar. Desde os tempos mais remotos ele visa à proteção aos infortúnios e os riscos aos quais está sujeito. O professor espanhol Antônio Romeu de Armas cita como sendo origem da Previdência Social, na América, o espírito de fraternidade que caracterizava a antiga constituição do Império dos Incas. O regime de propriedade coletiva de terras a serem cultivadas com o trabalho comum tinha a finalidade de atender aos inválidos, anciãos e órfãos que não podiam suprir a sua subsistência. Assim, tanto a revolução industrial nos seus efeitos históricos, são marcos na evolução da humanidade, em termos de bem-estar.¹⁰

A Inglaterra destaca-se como sendo o país pioneiro em estabelecer a assistência devida aos pobres como responsabilidade do Estado. Após a tentativa frustrada de conseguir prestar assistência através do corporativismo medieval e depois pelas paróquias (isto é, realização do serviço social à iniciativa privada), houve um despertar de intelectuais que absorveram a idéia de que ao Estado pertencia a responsabilidade do bem-estar social. Ao lado da idéia do liberalismo econômico de Adam Smith, cresciam duas questões fundamentais: a de constituir-se um Estado-protetor, e na outra extremidade, o Estado-providência. E a sociedade definiria se o Estado deveria garantir a sobrevivên-

10 PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. "Previdência Privada - Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica", FUNSEG, 1985, p. 25.

cia ou bem-estar básico do cidadão. Em 1908, foi instituída a Lei de Pensões de Velhice que estabelecia aos maiores de 70 anos uma pensão. Em 1942 o sistema foi aperfeiçoado e implantado o Plano Beveridge, sistema de seguros sociais que substituiu o sistema de ajuda aos pobres por um sistema nacional de assistência.

Não se pode deixar de destacar, na evolução do movimento previdenciário a atuação dos sindicatos na Alemanha. A primeira instituição de um sistema previdenciário, por parte do Estado, deu-se na Alemanha por meio da iniciativa do Chanceler Otto Von Bismarck. Foram promulgadas, em 1883 e 1889, as primeiras leis sobre seguros sociais e obrigatórios – contra doenças, acidentes, invalidez – sendo designadas como leis de Bismarck as quais são fontes de referência no estudo da previdência.

“O Estado Assistencial é um produto da época do aço, da época do uso industrial da eletricidade e da especialização do trabalho, mas não foi, de forma alguma, um produto definido, no que diz respeito à assistência social. E porque, se, historicamente, se pode falar da transformação do Estado Liberal em Estado Assistencial, na prática essa transformação no que se respeita ao bem-estar, foi o produto de um longo e variado esforço intelectual, na medida em que as idéias mais simples e de mais fácil apreensão, que eram as que endossavam ao Estado a obrigação de cuidar da proteção social da população, iam de encontro à realidade econômica da nação.”¹¹

Com o direito à assistência social renasce a busca pela dignidade humana e solidariedade entre as gerações, e, ainda hoje a terminologia assistência social é o direito que visa à garantia de um mínimo de subsistência e que vai enformar todos os sistemas de Previdência Social.

A previdência deixa de ser uma questão assistencial para tornar-se parte integrante de um conjunto de questões mais amplas, relacionadas ao mundo do trabalho. Esse novo modelo deriva do conceito de seguro baseado na contribuição tripartite entre

11 PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. “Previdência Privada - Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica”, p. 8.

empregados, empregadores e Estado.

Embora havendo a intervenção assistencial do Estado, observa-se, que no período final do século XIX, a iniciativa privada se manteve atuante, desenvolveu-se e foram criadas as sociedades de beneficência e montepios, com esquemas de pensões de aposentadoria e de pensões às viúvas.

Após a 2ª Grande Guerra, os sistemas dos seguros obrigatórios foram uma conquista para os trabalhadores da indústria, comércio e agricultura. Eles representaram um problema para as instituições assistenciais, sendo que a causa principal e inibidora da assunção da responsabilidade do estado, o custeio, foi resolvida através do financiamento dos sistemas que contavam com as contribuições dos trabalhadores, das empresas e do Estado, ficando o Estado, além disso, com o controle da respectiva administração.

Assim, esse conjunto da Assistência Social e da Previdência Social formava uma unidade da segurança social, também chamada de Seguridade Social.

Explica o professor Manuel Póvoas o que é a tão almejada segurança social:

“Segurança Social é um processo socioeconômico ao nível de cada nação utilizando a solidariedade entre entidades e pessoas que representam as suas forças produtivas e beneficiando de uma estrutura operacional definida, orientada e controlada pelo estado, objetiva proporcionar a cada pessoa os meios indispensáveis para, nas eventualidades negativas da sua vida, em termos de perda de capacidade de ganho por razões aleatórias como o desemprego, a doença, o acidente, ou por razões inerentes à própria condição humana como o casamento, a maternidade, a infância, a velhice e a morte, poder suportar as conseqüências, nomeadamente ter assegurado o sustento da família.”¹²

12 *Op.cit.* p. 13.

As associações de Previdência Privada no Brasil partiram do espírito fraterno e religioso trazido pelos portugueses, com o objetivo de assistir os trabalhadores e funcionários nas suas enfermidades, proporcionando-lhes aposentadoria por velhice ou incapacidade de trabalho.

O Brasil, segundo Manuel Soares Póvoas¹³, tem uma rica história previdenciária, tanto no que diz respeito às estruturas privadas, como às governamentais, e isso decorre da preocupação do povo em relação a segurança do porvir.

A primeira manifestação de previdência e mutualismo no Brasil se deu em 1543, quando Brás Cubas fundou a Santa Casa de Misericórdia de Santos, criando um fundo de pensão para os empregados da Santa Casa.

O nascimento da Previdência Privada no Brasil data de 10.01.1835 com o Decreto Imperial que criou o Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado-Mongeral. Era uma associação voluntária extensiva a todos os empregados civis e militares de qualquer Província do Império.

A primeira entidade fechada de Previdência Complementar foi a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil S.A – Previ – criada em 16.04.1904, com a finalidade de conceder benefícios aos funcionários do Banco do Brasil.

Antes da Lei Eloy Chaves, não houve nenhuma manifestação legal que obedecesse a um planejamento de segurança social. Muitas das experiências mutualistas ocorridas no Brasil foram fracassadas, causando prejuízos aos associados devido ao desconhecimento das bases atuariais.

Nos anos 70, surge um modelo que consolida a previdência brasileira baseado no binômio social-privado.

A institucionalização da Previdência Privada no Brasil ocorreu através da Lei 6.435,

13 “Na Rota das Instituições do Bem-Estar – Seguro e Previdência”, p. 221.

de 15.07.77, data que alguns doutrinadores consideram como ser a data do nascimento da Previdência Privada no país.

A sociedade carecia de opções seguras para se vincular na busca da proteção supletiva contra riscos futuros e incertos. A Previdência Social não atendia a todos, assim a Lei 6.435 trouxe benefícios à coletividade, pois, de acordo com ela, o objetivo da Previdência Complementar era instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante a participação da contribuição dos participantes.

A legislação de 1977 foi a base de instrumentalização para que a previdência aberta se desenvolvesse¹⁴ e desempenhasse efetivamente a função essencial para a qual foi constituída, incentivando a conscientização de um maior número de pessoas para essa proteção.

O Decreto nº 81.240/1978 dispôs especificamente sobre a previdência privada fechada.

Com a Emenda Constitucional 20/98, houve inovação nos termos constitucionais ao promover alterações no sistema, determinando que a matéria fosse regulada por Lei Complementar. De acordo com a Reforma da Previdência, o regime de previdência complementar é organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, além de ser facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado por meio de lei complementar.

A previdência privada complementa a oficial, é facultativa e assegura o mesmo padrão de vida e renda dos que aderiram. Nossa previdência social é baseada nas contribuições dos trabalhadores ativos, sustentando o pagamento dos inativos (seja aposentadoria ou benefícios). Antigamente essa relação era de um dia para

14 SANTOS, Jerônimo Jesus dos, "Previdência Privada", Editora Rio de Janeiro, 2005, p. 48.

15 trabalhadores na ativa para um aposentado e hoje chega apenas a 2 trabalhadores para cada aposentado pelo INSS¹⁵.

Para João Paulo Rodrigues da Cunha¹⁶, o sistema oficial de previdência no Brasil não tem sido capaz de garantir aos trabalhadores a proteção de sua qualidade de vida durante a aposentadoria, resultando em que, inexoravelmente, sejam expulsos do mercado consumidor, no momento em que encerram a atividade laborativa.

O regime de previdência complementar passou a ser regulado pela Lei Complementar nº 109/2001 que revogou a Lei nº 6.435/1977. Ao contrário de outras experiências de países vizinhos¹⁷, prevalece a manutenção da Previdência Social como sendo o regime obrigatório e solidário – sustentação central do Sistema Previdenciário.

O objetivo a ser alcançado com a previdência complementar, segundo exposição de Motivos da Lei Complementar 109, é o de funcionar como instrumento de poupança a longo prazo, poupança considerada socialmente mais desejável por estimular o desenvolvimento econômico, do que a poupança a curto prazo.

“(…) a previdência complementar trabalha com compromissos intergeracionais, a presente proposta de lei complementar busca dotar o regime de flexibilidade, evitando o atual ‘engessamento’ de regras num diploma legal desta envergadura, de forma que possamos estabelecer condições para uma expansão sustentada da poupança coletiva. Desse modo, estarão estabelecidas as condições para a modernização do regime de previdência complementar, com seus reflexos positivos em relação ao aumento da pou-

15 *Op. cit.* p. 50.

16 “(In)Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Entidades Fechadas de Previdência Privada”, *Revista de Previdência Social*, nº 273, ago/2003, p. 663.

17 Chile: a administração da previdência pública passou para um sistema de capitalização individual administrado por instituições privadas. Argentina: a previdência oficial foi abandonada e criou-se um modelo misto – público e privado – e ao contribuinte faz a opção. Os que escolherem a administração privada pouparão 11% do seu salário e podem aplicar no fundo de pensão de sua escolha.

pança agregada, bem como pelo estímulo aos investimentos que demandam financiamentos de médio e longo prazo e sua relevante contribuição para melhoria do nível de emprego.”¹⁸

O regime privado tem a intenção de dar segurança e adequada proteção social, mediante os planos de renda e benefícios que permitirão a aproximação dos rendimentos da vida ativa do trabalhador, mantendo o mesmo patamar de vida futuramente, na inatividade.

E essa busca, para garantir um melhor futuro, também se observa em outros países como na Itália conforme explica o jurista italiano Mattia Persiani:

“Já há algum tempo, contudo, e cada vez com mais frequência, o interesse dos trabalhadores em ver garantidos tratamentos de pensão apropriados, de modo a manter quase inalterado o seu padrão de vida alcançado durante a atividade laboral, foi atendido com a instituição - por obra da autonomia coletiva - de regimes previdenciários integrativos, frequentemente (mas nem sempre) empresariais. Mesmo ali onde formas de previdência de gestão empresarial eram instituídas com regulamentos administrativos empresariais, estas foram sucessivamente contratadas com as organizações sindicais e, portanto, são de natureza a reconduzir à autonomia coletiva”¹⁹.

18 Item 4 da Exposição de Motivos da Lei Complementar 109/2001.

19 PERSIANI, Mattia. “Diritto della Previdenza Sociale”. Editora Cedam, 2005. (tradução livre) , p. 43.

2. CONCEITO

A seguridade social brasileira apresenta três regimes diversificados: regime geral promovido pelo Poder Público que garante as necessidades básicas dos beneficiários; o regime próprio dos servidores públicos e os regimes privados colocados à disposição dos particulares.

Conforme explica o professor Wagner Balera²⁰, a seguridade social terá duas vias de proteção do tipo previdenciário: a) via básica (seguro social, que compreende a proteção dos trabalhadores em geral, servidores públicos e dos dependentes desses dois grupos); e b) via complementar (seguro facultativo do tipo aberto ou fechado)

O Regime de Previdência Complementar, integrado pelas entidades abertas e entidades fechadas, juntamente com o Regime Geral de Previdência Social caminham paralelamente autônomos e harmônicos entre si.

Assim, consideramos que o regime de previdência complementar será: FACULTATIVO, CONTRATUAL, AUTÔNOMO e COMPLEMENTAR.

O regime de previdência privada é complementar na medida em que atua paralelamente à previdência social, sem intenção de substituí-la.

Conforme explicação de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub²¹, “o termo ‘complementar’ é mais apropriado ao tema do que o conceito de subsidiário. (...) a Pre-

20 “Aspectos Jurídicos dos Fundos Multipatrocinados de Previdência Complementar”, Revista de Previdência Social, nº 267, fev/2003, p. 131.

21 “Não Subsidiariedade e Complementariedade”, Revista de Previdência, vol. nº 261, ago/2002, p. 683.

vidência Privada tem um caráter completo, ou suplementar em relação à Previdência Social.” Não podendo ser aceito o conceito de subsidiariedade já que este termo tem o sentido de secundário, que reforça um outro de maior importância. Mas complementar traz a idéia de um complemento de algo principal.

O regime complementar de previdência visa alargar a proteção do campo material da proteção dos sistemas públicos. O crescimento da previdência privada já é fato em outros países e hodiernamente no Brasil²². Assim, são pertinentes os escritos do professor Ilídio das Neves: “A legitimidade e a necessidade de intervenção de formas privadas de segurança social não devem ser definidas pela negativa, isto é, não têm que ver apenas com a crise, suposta ou real, presente ou futura, dos sistemas oficiais, mas com a própria natureza, e vários títulos estruturalmente limitada, destes mesmos sistemas (...)”²³

O professor Wagner Balera²⁴:

“Ao regime complementar, por seu turno, compete proporcionar planos de proteção que atendam à demanda daquela parcela da comunidade cujas rendas se situem acima dos limites de proteção estabelecidos pelo regime geral e pelo regime próprio. As entidades que poderão compô-lo classificam-se em fechadas e abertas.”

É facultativo, pois o participante tem a liberdade de decidir ou não a sua filiação. Dessa aceitação acarretará a obrigação de arrecadar suas contribuições voluntariamente, diferentemente da compulsoriedade da contribuição ao Regime Geral.

A sua autonomia decorre da própria Carta Magna que instituiu no *caput* do art.

22 Jornal Estadão do dia 08.12.2004 – “No acumulado de 2004, o aporte de novos recursos totalizou R\$ 14,5 bilhões, o que representa uma alta de 31,13% sobre o mesmo período do ano passado. A expectativa da entidade é de que as captações da previdência atinjam R\$ 17 bilhões até o fim do ano.”

23 NEVES, Ilídio. “Direito da Segurança Social”, Editora Coimbra 1996, p. 56.

24 “Sistema de Seguridade Social”. Editora LTR, 2001, p. 10.

202 ser o regime de previdência privada “organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social.”

A autonomia da previdência privada também pode ser observada com bastante clareza no texto da Súmula 92 do STJ que estabelece: “O direito à complementação de aposentadoria, criado pela empresa, com requisitos próprios, não se altera pela instituição de benefício previdenciário por órgão oficial.”

O contrato é o pacto que materializa a livre vontade das partes em participar do regime de previdência privada, sendo essa relação regida pelo Direito Privado e baseado no acúmulo de reservas dos participantes que garantam os benefícios contratados.

2.1. A Seguridade Social e a Previdência Complementar

Segundo Eliane Romeiro Costa²⁵, a seguridade social é mecanismo de prevenção e de proteção contra o sinistro que afeta o indivíduo como integrante da sociedade. A seguridade está inserida no rol dos direitos sociais assim, todos os que trabalham e os que não trabalham estão protegidos dos riscos sociais pelo sistema de segurança social. O direito social à seguridade, no ordenamento jurídico, é direito fundamental do ser humano.

A ação do Estado abrange todos os cidadãos que se encontram num sistema universal. A proteção complementar, contratual e privada faz parte do direito privado. A seguridade define-se como uma atividade pública dirigida ao bem-estar público não sendo responsável por atender todas as necessidades, mas àquelas necessidades advindas da contingência materializada.

25 “Previdência Complementar na Seguridade Social”. Editora LTR, 2003, p. 36.

A seguridade supletiva não abrange a seguridade básica. O significado “complementar” compreende um modelo paralelo ao básico, destinado a “adicionar” o bem-estar aos trabalhadores²⁶.

O art. 194 da Carta Magna assim instituiu:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Segundo Meire Lúcia Gomes Monteiro²⁷, o atual ordenamento jurídico não mais se compadece com uma conceituação limitada tão-somente à Previdência Social, para traduzir transformações tão rápidas e perceptíveis pela comunidade social. Assim, nessa estrutura, chancelou a presença da Previdência Privada, pelo inegável e relevante empenho de suas funções para auxiliar o Poder Público. O texto constitucional asseverou a idéia de que o bem-estar geral não depende apenas do Estado, pela Previdência e Assistência Social, mas também da previdência em nível de atividade privada.

Assim, fazendo a previdência privada parte do sistema de seguridade social, submete-se ao princípio do bem-estar, mas não ao princípio da solidariedade social ou pacto das gerações como o regime geral.

O significado “complementar” corresponde ao sentido de adicionar bem-estar aos trabalhadores, um bem-estar adicional e opcional, custeado com contribuições adicionais. Conforme Eliane Romeiro Costa²⁸ “o bem-estar suplementar-privado equivale ao campo não preenchido pelas políticas públicas de seguridade e de Previdência Social básica. Trata-se da majoração dos benefícios de caráter previdenciário

26 “Previdência Complementar na Seguridade Social”. Editora LTR, 2003, p. 43.

27 “A Previdência Complementar e os Direitos Sociais”. Revista de Previdência Social, LTR, nº 236, jul/2000, p. 661.

28 *Op.cit.* p.91

fundados no contrato, como poupança de capitalização ou como conta de capitalização previdenciária.”

Segundo Wladimir Novaes, “previdência fechada é insitamente complementar (aduz o valor devido pela previdência básica) e subsidiária. Vale dizer, sob esse aspecto, depende do deferimento do benefício do INSS para ser comandado o do fundo de pensão. Este último, mesmo quando de valor pecuniário maior, é acessório daquele.”²⁹

Salientamos que o termo “complementar” utilizado à previdência privada para não criar confusão deve ser bem delineado. Embora a Carta Magna alterada pela Emenda Constitucional nº 20/98 atribua à previdência privada natureza complementar, não deve ser entendida como um complemento do Regime Geral, pois, como pode-se falar em complemento ao regime oficial o eventual benefício pago pela entidade aberta? As entidades abertas podem oferecer planos de benefícios a qualquer cidadão que queira dela participar independente de este ser vinculado ou não ao Regime Geral; dessa forma não tem como afirmar ser a previdência privada complementar ao Regime Geral.

Assim, não precisa haver vinculação entre os participantes dos planos de entidades abertas e a Previdência Social e, neste sentido, Silvio Wanderley Lima³⁰ cita a explicação do ilustre mestre Celso Barroso Leite que critica a utilização errônea do termo:

“Temos, então, hoje, instituído por Lei Complementar, um programa teoricamente previdenciário ainda com dois ramos, um fechado e o outro aberto, e ambos, em conjunto, independentes da previdência social. Por isso tendo sido observado que a LC n. 109 criou uma aberração jurídica: complemento sem principal. Muitos até receiam que esse absurdo tenha sido intencional,

29 MARTINEZ, Wladimir Novaes. “Pareceres Selecionados de Previdência Complementar”. Editora LTR 2001, p. 61.

30 LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento Lima. “Regulação e Previdência Complementar Fechada”. Editora LTR, 2004, p. 59.

porque atende aos interesses do setor privado, ou mais precisamente, do poder econômico.

Essa impressão é fortalecida pelo fato de que a Emenda Constitucional nº 20, ao dar nova redação ao art. 202 da Constituição, falou em ‘previdência privada de caráter complementar’, o que não chega a ser irrepreensível em matéria da terminologia.

Por essas razões, entre as quais a precariedade formal do seu texto, existe outra generalizada impressão: a LC nº 109 trouxe mais problemas do que soluções.”

Realmente essa terminologia utilizada tanto pela Carta Magna como pela Lei Complementar pode causar esse mau entendimento. Mas entendo que o sentido da “complementariedade” utilizado no ordenamento jurídico se refere à impossibilidade de haver substituição da previdência pública pela privada. A previdência privada é uma via à qual poderão ter acesso tanto os vinculados obrigatoriamente pelo Regime Geral como aqueles não vinculados, garantindo-se a essas pessoas um planejamento de rendimento futuro.

Neste entendimento é clara e objetiva a explicação de Silvio Wanderley Lima:

“Então, a complementariedade afirmada em matriz constitucional não se refere às prestações ministradas, mas sim à impossibilidade de substituição da previdência pública pela privada, esta última será sempre opcional e não excludente da oficial.

Assim, o recurso à previdência privada não promove qualquer interferência no vínculo jurídico firmado pelo segurado e a previdência social. Razão pela qual não autoriza que o segurado, ao aderir a um plano de previdência privada, possa eximir-se da obrigação de verter a contribuição previdenciária fixada em lei. Do mesmo modo, a existência de cobertura privada não isen-

tará o Estado de conceder os benefícios do Regime Geral, quando se fizer presente uma hipótese autorizadora.”³¹

O direito à seguridade social embasou-se na teoria dos riscos coletivos sociais, compensando-se assim os riscos que causaria ao trabalho e à própria vida social.

Como ensina Manuel Póvoas³²: “riscos sociais são os perigos a que estão submetidos os homens, em sociedade, e cuja materialização se reflete sempre, negativamente, em seu bem-estar e no de sua família, criando problemas sociais.” Esse autor separa os riscos sociais exógenos que se materializam por causas alheias ao indivíduo; e os endógenos que se materializam por causas inerentes à natureza bio-social do indivíduo. É a materialização dos riscos sociais (como a morte, velhice, doença, desemprego, etc) que cria a alteração negativa do bem-estar do agregado familiar; são alterações que diminuem o nível de vida e que determinam o aparecimento das necessidades previdenciárias, necessidades estas que para serem tuteladas, devem ser fixadas em lei ou contrato, tratando-se de previdência privada.

Para o professor Mozart Victor Russomano³³, o crescimento da previdência privada é um retrocesso histórico: “É curioso registrar-se, porém, que, hoje em dia, a insuficiência dos benefícios e serviços propiciados pela Previdência Social tem conduzido, no mundo inteiro, inclusive no Brasil, à formação de sistemas de Previdência Privada, que representam uma espécie de retorno ou retrocesso histórico, através de programas paralelos ou subsidiários, que reforçam o esquema das prestações dispensadas pelos órgãos oficiais.” Posicionamento que respeito mas com o qual não concordo, pois acredito que, pelo caminhar do Regime Geral, será a Previdência Complementar o meio eficaz para que as pessoas tenham um melhor planejamento futuro.

31 LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. “Regulação e Previdência Complementar Fechada”. Editora LTR, 2004, p. 60.

32 *Op.cit.* p.7.

33 “Curso de Previdência Social”. Editora Forense, 1983, p.65.

Assim, a Previdência Complementar, sob a forma de proteção adicional à oferecida pelo Estado, não assume a proteção social total, mas exerce função de provisão coletiva privada com fins econômicos e sociais³⁴. Ele vai complementar os valores da previdência oficial, mas tal complementação será alcançada através de um contrato regido pelo direito privado, autônomo em relação ao regime de Previdência Social.

“O primeiro país do mundo a organizar a previdência foi a Alemanha, com Bismarck. A partir daí espalhou-se pela Europa e, mais tarde, pelos demais continentes, o modelo pelo qual, consolidada a previdência social básica estatal, forma mais duas vertentes, a complementar e a individual, caracterizando o *tripé* que passou a simbolizar a responsabilidade previdenciária repartida entre o Estado e os cidadãos.

A primeira perna do tripé, a da seguridade oficial, caracteriza-se pelo regime de caixa ou de repartição simples. Nele não há patrimônio acumulado previamente, de modo que o dinheiro que entra das contribuições é imediatamente utilizado no pagamento das aposentadorias e pensões. Uma outra característica universal da previdência estatal é ser compulsória: dela todos participam obrigatoriamente. Seu efeito é distributivo e o regime é de benefício definido, havendo um piso e um teto. (...)

Já os fundos de pensão, organizados pelas empresas para os seus empregados e, com a mudança da legislação, também por sindicatos e associações para as categorias que representam, constituem o segundo pilar do tripé, oferecendo planos de capitalização, que permitirão que as reservas já estejam constituídas quando chegar o momento da concessão da aposentadoria. Os planos podem ser de benefício definido, de contribuição definida ou mistos. Ao final, a soma dos recursos terá um duplo efeito: garantirá uma melhor renda ao aposentado e proporcionará ao país um maior volume de poupança interna. (...)

34 Conforme definido por Eliane Romeiro Costa, *op.cit.* p. 9.

A terceira vertente do tripé é formada pelas poupanças individuais caracterizadas pelos planos de capitalização, por natureza voluntária, ausência de efeito distributivo e plano de contribuição definida ligados à performance obtida pelo gestor.”³⁵

Conforme explica o jurista Wagner Balera³⁶: “Integram o quadro do Sistema de Seguridade Social brasileiro os entes de previdência privada.

Servem, os entes supletivos, como estruturas de expansão do arcabouço de proteção, formando, como já se costuma dizer em França, segunda rede de seguridade social, em estreita colaboração com o Poder Público, no interior do aparato do bem-estar. Mas não perdem os traços característicos que são peculiares às pessoas privadas.”

Tanto a previdência privada como a seguridade social tem o mesmo objetivo que é proporcionar o bem-estar aos indivíduos e conseqüentemente a toda coletividade. Conforme citação feita pelo professor Wagner Balera³⁷ a entidade de previdência complementar exerce um serviço privado de interesse público.

2.2. Distinções básicas entre o Regime Privado e o Regime Geral

Conforme explicação de Arion Sayão Romita³⁸, “dois são os ramos em que bifurca a previdência social no Brasil: um, oficial e outro, privado. O primeiro, obrigatório, é

35 SILVA, Devanir da. “De 1977 a 2002: Reflexões para o atual momento de transição”. Fundos de Pensão em Debate. Editora Brasília Jurídica, 2002, p. 37-38.

36 “Sistema de Seguridade Social”. Editora LTR, 2001, p. 11.

37 Citando Moreira Neto em aula ministrada no curso de mestrado em abril de 2005, PUC/SP.

38 “Estrutura da Relação de Previdência Privada”, Revista de Previdência Social, nº 252, nov/2001, p. 773.

gerido pelo Estado, por intermédio de órgãos descentralizados (administração indireta, isto, é autarquias). O outro, facultativo, é desenvolvido por pessoas jurídicas de direito privado (sociedades anônimas, sociedades civis ou fundações)".

Como ensina o professor Wagner Balera,³⁹ o binômio característico da previdência privada é a contratualidade e facultatividade. Esses são os diferenciadores do regime de Previdência Privada com o da Previdência Social.

"(...) entre o seguro social e o seguro privado há distinções que os extremam, mas não ao ponto de suscitar completa separação conceitual entre os dois. O seguro social é, no entanto, um instituto de direito público, regulado imperativamente em todos os seus aspectos e vicissitudes; tem como fonte imediata a própria lei, que o impõe, tornando-o obrigatório; a relação constitui-se *ope legis*; o ônus de fazê-lo e mantê-lo incumbe a quem não é o seu destinatário, e tantas outras particularidades que, entretanto, repercutem na sua conceituação e levantam dúvidas a propósito da natureza da relação jurídica de previdência social da qual ainda se diz que é o meio técnico".⁴⁰

O art. 202, *caput* da Constituição estabelece que o regime de previdência privada seja 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 contrato. Estas reservas técnicas, conforme define o procurador federal Jerônimo Jesus dos Santos⁴¹ "são provisões técnicas, pois se trata de obrigações potenciais das Entidades com os seus participantes."

A previdência privada é organizada de forma autônoma em relação ao regime geral de Previdência Social. Na Previdência Social a filiação compulsória é obrigatória

39 "Sistema de Seguridade Social", Editora LTR, 2001, p. 11.

40 GOMES, Orlando. "Estrutura da sociedade aberta de previdência privada", Editora Saraiva 1981, p. 209 e 210.

41 "Previdência Privada". Editora Rio de Janeiro, 2005, p. 76.

ope legis, isto é, obrigatória. A adesão à Previdência Privada é facultativa, pois concede um direito ou poder de fazer ou não a opção por esse regime que será originário de um contrato, baseado no princípio da autonomia da vontade. Cada indivíduo é livre para integrar-se ao plano de Previdência Privada que atender melhor a seus interesses.

“As regras para a concessão de benefícios oferecidos pelas entidades (fechadas ou abertas) de previdência complementar não dependem da concessão do benefício do regime geral da previdência social, pois tais regimes organizam-se de forma autônoma. O benefício complementar só dependerá do benefício oficial se tal exigência estiver convencionada no regulamento do plano de benefícios”⁴². Essa exceção corre por conta das entidades patrocinadas pela Administração Pública direta ou indireta, nos planos de benefício definido, concebidos a partir da vigência da Lei Complementar nº 108/01. Neste caso específico, a concessão de benefício pelo regime ao qual o participante esteja filiado - regime geral ou regime próprio de previdência - é condição necessária para a concessão do benefício complementar, conforme art. 3º, II.

A autonomia do sistema privado reserva normas e princípios próprios sendo desvinculado do Regime Geral, são regimes independentes tanto no aspecto econômico como jurídico. “A previdência complementar, conquanto se ache sob o domínio do direito privado, é instrumental de que se vale o Estado brasileiro para organizar a ordem econômica e financeira e para incrementar o desenvolvimento⁴³.”

Citamos a valiosa lição do jurista Orlando Gomes⁴⁴ sobre a distinção do seguro privado e seguro social:

“A relação de Previdência Social é historicamente uma relação jurídica que se constitui para a prevenção de determinados riscos que ameaçam indi-

42 REIS, Adacir. “Temas Centrais da Nova Legislação”, Fundos de Pensão em Debate. Editora Brasília Jurídica, 2002, p. 18.

43 Balera, Wagner (coordenação). “Comentários à Lei de Previdência Privada”, Editora Quartier Latin, 2005, p. 32.

44 “Escritos Menores”, Editora Saraiva, 1981, p. 38.

vidualmente a continuação do trabalho, ou o estancam, ocasionando diminuição ou perda do salário ou do ganho”.

Uma das principais características da previdência privada é a CONTRATUALIDADE. O objetivo do contrato de previdência privada é a manutenção do padrão de vida dos respectivos participantes, mediante o benefício complementar da seguridade social. É através do contrato que a pessoa participante, por sua livre vontade, estabelece o vínculo com a entidade de previdência privada, fazendo nascer uma relação de direitos e obrigações para ambas as partes.

“Não há, portanto, dúvidas de que as relações entre qualquer dessas entidades e qualquer pessoa que se inscreva nos seus planos, dependem da existência entre elas de um contrato previdenciário. Na base da inscrição num plano previdenciário está o encontro das vontades da entidade e do inscrito.”⁴⁵

É importante esclarecer conforme salienta Ana Cláudia Pompeu Torezan Adreucci⁴⁶, citando José Luiz Monereo Perez, que “os regimes privados não podem invadir o espaço vital reservado à proteção social que confere à Seguridade Social espaço desenhado pela Constituição para o regime público da Seguridade Social. Os planos e fundos de pensão só podem incidir na cobertura de riscos sobre a pessoa com caráter privado, ampliando ou completando a ação protetora do sistema público, ou relacionando simplesmente no que tange à quantia e extensão das estabelecidas nos regimes públicos.”

45 Póvoas, Manuel Sebastião Soares. “Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica”, Ed. Funseg, 1985, p. 192.

46 ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, “A organização institucional das entidades fechadas de previdência privada”. Revista de Direito Social, n. 8, out/dez 2000, p. 69.

3. DO CONTRATO

O contrato juridiciza o fenômeno mais freqüente do cotidiano das pessoas, em todas as épocas. Desde as épocas mais remotas, os contratos (pactos particulares) fazem parte da vida das relações inter-humanas. Na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços.

O contrato é um instrumento versátil e evoluiu no decorrer dos tempos devido às necessidades do próprio mercado, ainda mais nos dias de hoje em que vivemos em uma economia globalizada. É de grande valia a sua análise nos dias atuais, já que o presente instrumento é mutável e atrelado as idéias filosóficas e econômicas que prevalecem em cada época.

O contrato é o acordo entre duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.⁴⁷

Durante os séculos XVII a XIX, os juristas construíram os princípios da liberdade contratual, de força obrigatória dos contratos e de seus efeitos relativos, decorrentes da autonomia da vontade dos contratantes. Supunha-se que tudo o quanto tivesse sido objeto de acordo entre os contratantes seria essencialmente justo.

Para Kant, quando alguém decide algo a respeito de outrem, é sempre possí-

47 Conceito baseado em Antunes Varela, in "Direito das Obrigações", Editora Forense, 1977, p.76.

vel que lhe faça uma injustiça, mas toda injustiça se mostra possível quando se decide por si próprio.⁴⁸

3.1. Conceito e Análise Histórica

O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados⁴⁹.

Segundo Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito”,⁵⁰ o negócio jurídico mais importante no Direito moderno é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral chamado contrato.

A base do contrato é a auto-regulamentação estabelecida pelos interesses das partes, sendo reconhecida pela órbita jurídica e dando-lhe força criativa. Num contrato, as partes vão, de comum acordo, combinar seus interesses, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações. Seu fundamento de validade é a vontade humana, desde que esteja alicerçada no ordenamento jurídico.

Para a doutrina inglesa,⁵¹ a definição é a seguinte: *“Definitions of contract are usually cast in terms either of agreements or of promises. So English lawyers generally*

48 Apud Lyra Jr, Eduardo Messias Gonçalves, in “A teoria do contrato e o novo código civil”, Editora Nossa Livraria, 2003, p. 44 .

49 Definição dada por Maria Helena Diniz, in “Curso de Direito Civil Brasileiro”, vol 3, Editora Saraiva, 2001.

50 Kelsen. Hans. “Teoria Pura do Direito”, Editora Martins Fontes, 2000, p. 65.

51 ATIYAH, P.S. “an Introduction to the Law of Contract”, Clarendon Press, 5ª ed. 1996. Tradução livre: “Contrato por definição é normalmente um tipo de acordo ou promessa. Em inglês os advogados definem contrato como um acordo de vontade que legalmente é reconhecido como o surgimento de uma obrigação entre as partes e há várias definições relativas ao termo denominado promessa. O contrato é um promessa ou acordo determinado que ocorrendo um lacuna a lei dispõe de instrumento para solucionar, ou reconhece a lei ao mesmo tempo o dever.”

define a contract as 'an agreement which is legally enforceable or legally recognized as creating a duty', and used definition is that in the American Restatement of Contracts:

A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognises as a duty."

O contrato não é apenas um negócio jurídico mas também será um fato criador de direito, ou seja, de norma jurídica individual, pois apenas vinculará as partes. O efeito almejado subordina-se, no espírito de cada uma das partes, ao consenso da outra, de tal maneira que nenhum dos contraentes possa alterar unilateralmente o que foi acordado.

Karl Llewellyn, expoente do Realismo Jurídico norte-americano, ao ser encarregado de redigir a primeira versão do Uniform Commercial Code (UCC) de 1954, que influenciaria decisivamente toda a história do direito contratual americano, procurou substituir os princípios dos contratos descontínuos por parâmetros mais adequados a contratos com termos abertos. Isto ficou evidente na própria definição de contrato adotada pelo UCC: "Contrato significa toda a obrigação legal que resulta de acordo das partes tal como afetado por este ato e qualquer outra norma jurídica aplicável."⁵²

No direito contratual de matriz europeia, altera-se a definição do contrato enquanto um mero feixe de promessas, passando a sua definição a incluir outras fontes de obrigações. É o caso do Código Civil Português de 1966 que define como: "Contrato é o acordo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação."

João Altúcio generalizou a doutrina do contrato, utilizando, para explicar, todas as formas de associação humana. O contrato não é só contrato de governo que rege as relações entre governante e seu povo, mas é também um contrato social no sentido mais amplo, como acordo tácito que fundamenta toda comunidade e que leva os indivíduos a

52 Apud Ronaldo Porto Macedo Jr. "Contratos relacionais e defesa do consumidor", Editora Max Limonad, p. 97.

conviver. Esta teoria foi usada por Locke para defender a revolução liberal inglesa de 1688. Locke fala do contrato como acordo entre homens para “unirem-se numa sociedade política”; por isso, define-o como “pacto que existe e deve necessariamente existir entre indivíduos que se associam ou fundam um Estado”. Hoje, a idéia fundamental de contratualismo não é mais incorporada como pelos filósofos do séc. XVIII, mas fazemos o uso que as ciências e a filosofia fazem dos conceitos, como convenção, acordo, compromisso, a noção de contrato talvez pudesse ser retomada para análise da estrutura das comunidades humanas, com base na noção da reciprocidade de compromissos e do caráter condicional dos acordos dos quais se originam direitos e deveres.⁵³

Atualmente o contrato se faz cada vez mais presente na vida cotidiana, desde um contrato internacional até um simples contrato de locação, representando o centro da vida dos negócios. É o instrumento jurídico que atua sob as mais variadas finalidades da vida econômica, que se compõe de interesses de vontades inicialmente opostas, mas que colidem e, ao mesmo tempo, se unem caminhando para um mesmo fim. Segundo o jurista francês Denis Mazeaud⁵⁴ que sustenta, no que tange à tutela da parte mais débil das relações contratuais paritárias, que o contrato deve ser o repositório do interesse comum dos contratantes, não se constituindo, portanto, nem o assento de individualismo exacerbado, nem, tampouco, de um altruísmo contrário aos interesses particulares dos respectivos parceiros contratuais. Em nome de uma ética contratual que conjugue as virtudes da lealdade e da solidariedade – as quais não se mostram incompatíveis com os imperativos de previsibilidade e segurança – esta união de interesses convergentes, que se constitui no contrato, deve obrigatoriamente traduzir-se pelo respeito mútuo dos parceiros e por um equilíbrio contratual mínimo.

Assim, observamos que o contrato é o acordo entre duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, contendo dois elementos básicos, conforme ensina a professora

53 Abbagnano, Nicola. “Dicionário de Filosofia”, Editora Martins Fontes, 1998, p. 672.

54 Apud Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Júnior citando MAZEAUD, in “Les Clauses Abusives entre Professinnels”. Paris Economica, 1998, p, 76.

Maria Helena Diniz⁵⁵:

- Estrutural – refere a alteridade, pois o contrato sendo um negócio jurídico bilateral (ou plurilateral), requer a fusão de duas ou mais vontades contrapostas. É imprescindível a intervenção de duas ou mais pessoas que se põem de acordo sobre determinado objeto, por ser o contrato negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que vincula os contraentes à observância de comportamento idôneo à satisfação dos interesses que regularam.⁵⁶

- Funcional – composto por interesses contrapostos, mas harmonizáveis entre as partes, constituindo, modificando e solvendo direitos e obrigações na área econômica. O contrato tem seus diferentes tipos, de acordo com os interesses das partes, (por exemplo interesse em locar um imóvel, teremos o contrato de locação; a vontade de comprar um bem, temos o contrato de compra e venda) exercendo função econômica específica, com intuito de atingir fins ditados pelos interesses patrimoniais dos contratantes.

Embora a base seja o interesse das partes, a liberdade contratual não pode ser desmedida, pois nem tudo que se estipula num contrato é justo. Assim, o ordenamento jurídico representa o trilho que ordenará o caminho pelo qual as contraentes deverão seguir.

Não havendo vício de ilegalidade constante de cláusula do contrato, em razão de estipulação contratual que se apresente contra a prescrição legal correspondente e aplicável a dada situação concreta, as partes baseadas no princípio da autonomia da vontade terão liberdade para dispor do contrato. O art. 425 do Código Civil estabelece que:

“É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Enquanto mantidos e atendidos os pressupostos de legalidade do contrato e de

55 Diniz, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro”, vol. 3, Editora Saraiva, 2001, p. 72.

56 Segundo definição romana de Ulpiano o contrato é: “*est pacto duorum pluriumve in idem placitum consensus*”, ou seja, o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.

suas disposições, as partes devem observar e cumprir o contrato como se estivessem diante de uma lei imperativa, com todos os pressupostos de obrigatoriedade e executoriedade coercitiva que da lei poderiam diretamente derivar.

3.2. Contrato no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Os princípios e normas gerais que regem e orientam os efeitos das relações contratuais, constantes do Código Civil de 2002, seguindo a secular formação das *institutas* do direito romano, praticamente permaneceram inalterados. O Código Civil de 2002 trouxe poucas modificações neste aspecto. Uma das mais relevantes alterações foi a reunificação das obrigações com o núcleo da matéria contratual de direito privado passando a ser regida pelo novo Código, ficando revogada toda a primeira parte do Código Comercial de 1850. Em linhas gerais, a estrutura e os princípios do direito contratual permaneceram praticamente inalterados no que se refere aos efeitos do contrato.

Os contratos em geral estão disciplinados no “Título V”, arts. 421 a 480 do Código Civil. Uma das novidades inseridas no códex civil foi o art. 421 que estabelece a liberdade de contratar exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Essa norma representa uma inovação formal diante do Código Civil de 1916, ao vincular o princípio da autonomia da vontade à exigência teleológica de que o contrato deve cumprir uma função social, além de servir como instrumento de regulação privada do comportamento dos contratantes. O princípio da função social do contrato tem como fundamento de validade o art. 170, III da CF, estabelecendo que o exercício dos direitos de propriedade deverão respeitar e se harmonizar com os princípios constitucionais supra-ordenadores, como os direitos individuais (art. 5º), sociais (art. 7º) e justiça social (art. 170). Assim, a liberdade de contratar esta limitada pelas exigências de ordem pública e as demais relacionadas ao bem comum. Citamos, nesse sentido, Pontes de Miranda:

“O direito tinha de considerar vinculadas as pessoas que se inseriram, como figurantes, em negócio jurídico bilateral ou plurilateral, tendo, porém, de investigar se houve ou não ofensa a interesses gerais ou a interesses de outrem.”⁵⁷

Para o professor Miguel Reale, o contrato nasce de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. Em sua visão:

“O contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida.”⁵⁸

3.2.1. Requisitos

Sendo o contrato um negócio jurídico são exigidos para sua validade, segundo o art. 104 do Código Civil:

- agente capaz;
- objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- forma prescrita ou não defesa em lei.

Além desses requisitos essenciais, para configurar a validade do negócio jurídico será necessária a presença dos requisitos subjetivos, objetivos e formais para que o contrato seja válido.⁵⁹

57 MIRANDA, Pontes de, in “Tratado de Direito Privado”, Editora RT, 1998, p. 61.

58 REALE, Miguel, in “O projeto do Código Civil”, editora Saraiva, 1986, p. 46.

59 Requisitos explicados pela professora Maria Helena Diniz, in “Curso de Direito Civil Brasileiro”, vol. 3, Editora Saraiva, 2001, p.68.

3.2.2. Requisitos Subjetivos

Os requisitos subjetivos são assinalados como:

- existência de duas ou mais pessoas já que o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral;
- capacidade genérica das partes contratantes para praticar os atos da vida civil;
- aptidão específica para contratar, pois a ordem jurídica estabelece algumas limitações, como, por exemplo, estabelece o art. 496 do CC que considera anulável a venda de ascendente a descendentes;
- consentimento das partes contratantes, isentos de vícios. Deve haver coincidência de vontades embora tenha cada contraente determinado interesse e o acordo de vontade das partes é a força propulsora do contrato.

3.2.3. Requisitos Objetivos

Os requisitos objetivos estão relacionados ao objeto do contrato, ou seja, a obrigação que será constituída, modificada ou extinta. São estipulados os seguintes requisitos objetivos para a validade e a eficácia do contrato:

- licitude de seu objeto, isto é, o contrato não pode ser contrário à lei, à moral, aos princípios da ordem pública e aos bons costumes. Ex: jogos de azar.
- possibilidade física ou jurídica do objeto. Se o negócio tiver objeto físico ou materialmente impossível, de modo que o agente jamais possa vencer o obstáculo à sua realização, por contrariar as leis físico-naturais. Ex: vender parte da lua. Esclarece a professora Maria Helena Diniz que a impossibilidade material deverá existir no momento da constituição do contrato e não em momento ulterior, pois sendo ulterior ocorrerá a inexecução do contrato. Uma impossibilidade jurídica do objeto é contratar herança de

pessoa viva, conforme art. 426 do CC.

Determinação de seu objeto que deverá ser certo, ou pelo menos, determinável. O contrato deverá apresentar os elementos necessários como especificação do gênero, da espécie, da quantidade ou dos caracteres individuais, para que se possa determinar o seu objeto, de modo que a obrigação do devedor tenha sobre o que incidir.

Economicidade de seu objeto deverá versar sobre interesses economicamente apreciáveis, capazes de se converterem direta ou indiretamente, em dinheiro.

3.1.4. Requisitos Formais

Os requisitos formais são referentes à forma do contrato. O contrato se estabelece a partir da declaração de vontade, seja ela oral ou escrita, gerando seus efeitos independentemente da forma como foi feita a declaração. Mas a lei impõe a exigência da forma para algumas espécies de contrato. A regra é a da liberdade contratual, mas há exceções como determina o art. 108 do CC:

“Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no país.” (d.n)

A forma, segundo o jurista Clóvis Beviláqua, “é o conjunto de solenidades que se devem observar para que a declaração de vontade tenha eficácia jurídica”, enquanto a prova “é o conjunto de meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de negócios jurídicos”.⁶⁰

60 Apud Maria Helena Diniz, “Curso de Direito Civil Brasileiro”, vol. 3, Editora Saraiva, 2001, p. 75.

3.3. Princípios Fundamentais do Direito Contratual

A doutrina enuncia e descreve vários princípios fundamentais que devem ser atendidos por todos aqueles que se encontrem vinculados sob uma relação contratual. Os princípios são diretrizes ou normas superiores que regem todo o processo de contratação que se inicia desde a negociação preliminar, passando pela formalização do vínculo contratual até a execução do contrato.

Orlando Gomes define os princípios fundamentais em quatro: 1) princípio da autonomia da vontade; 2) consensualismo; 3) força obrigatória do contrato e 4) boa-fé.⁶¹ Segundo o entendimento do professor Washington de Barros Monteiro, são: 1) autonomia da vontade; 2) supremacia da ordem pública e 3) obrigatoriedade da convenção.⁶²

Neste estudo iremos seguir a classificação dos princípios estabelecida pela professora Maria Helena Diniz⁶³ que divide os em cinco:

1º) Princípio da Autonomia Privada

O princípio da autonomia privada frente ao novo Código Civil veio substituir o princípio da autonomia da vontade.

O contrato, instituto típico do Direito Privado, vem sofrendo alterações conceituais e a antiga visão da autonomia da vontade perde espaço para uma elaboração voltada para a realidade social dos envolvidos na relação contratual. Segundo o que já se adota na doutrina italiana, não se fala mais em princípio da autonomia da vontade mas em autonomia privada.

Conforme definição de Francisco Amaral⁶⁴:

61 GOMES, Orlando, in "Contratos", Editora Forense, 2000, p. 34.

62 MONTEIRO, Washington de Barros, in "Curso de Direito Civil", Editora Saraiva, 2001, p. 63.

63 Diniz, Maria Helena Maria. "Curso de Direito Civil Brasileiro", vol. 3, Editora Saraiva, 2001, p. 76.

64 AMARAL, Francisco. "Direito Civil", Editora Renovar, 2003, p. 348.

“A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde existindo entre ambas uma sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de modo objetivo, concreto e real.”

A vontade humana será o elemento que proporcionará a realização dos contratos. É a declaração da vontade o elemento central do negócio jurídico.

Há diferença no que se refere à “liberdade para contratar” e à “liberdade de contratar”, conforme explicação de Flávio Tartuce⁶⁵:

“(…) percebe-se no mundo negocial, uma plena liberdade para a celebração dos pactos e avenças, sendo o direito à contratação inerente à própria concepção da pessoa humana, um direito da personalidade advindo do princípio da liberdade, que não se confunde com a liberdade de contratar. Em um primeiro momento, a liberdade de contratar será relacionada com a escolha da pessoa ou das pessoas com quem o negócio será celebrado.

Em outro plano, essa face da autonomia pode estar relacionada com o conteúdo do negócio jurídico, ponto em que residem limitações ainda maiores à liberdade da pessoa humana. (...) há muito tempo os sujeitos do direito vêm encontrando limitações ao seu modo de viver, inclusive para as disposições contratuais, já que o velho modelo individualista de contrato encontra-se superado.”

O novo Código Civil prevê, no art. 425, a liberdade para contratar, pois prevê a possibilidade de haver a celebração de contratos atípicos.

65 TARTUCE, Flávio. “A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil”, Editora Método, 2005, p. 140.

De acordo com o art. 421, a liberdade de contratar tem seu exercício limitado à função social do contrato havendo algumas restrições como ocorre nos contratos de adesão em que a parte aderente não dispõe de quase nenhum poder para interferir no conteúdo das normas contratuais. Nesses contratos de adesão, típico dos contratos bancários, seguro, previdência privada, etc. as condições para contratar já estão preestabelecidas por uma das partes.

Assim, a liberdade de contratar não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada à supremacia da ordem pública que veda convenções contrárias aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo. A função social do contrato é uma limitação ao princípio da autonomia privada.

Segundo doutrinador argentino Ricardo Luis Lorenzetti; “a ordem jurídica atual não deixa em mãos dos particulares a faculdade de criar ordenamentos contratuais, equiparáveis ao jurídico, sem um interventor. (...) o Estado requer um Direito Privado, não um direito dos particulares. Trata-se de evitar que a autonomia privada imponha suas valorações particulares à sociedade; impedir-lhe que invada territórios socialmente sensíveis. Particularmente, trata-se de evitar a imposição a um grupo, de valores individuais que lhe são alheios. Aqui faz seu ingresso a ordem pública de coordenação, de direção⁶⁶”. O autor aponta a necessidade da presença estatal para concepção do princípio da autonomia privada.

Hoje, o contrato é constituído por uma soma de fatores e não mais pela vontade pura dos contratantes, delineando-se o significado do princípio da autonomia privada, pois outros elementos de cunho particular influenciarão o conteúdo do negócio jurídico patrimonial⁶⁷.

As condutas contratualmente normatizadas ou auto-reguladas no ajuste privado e conseqüentemente esperadas pelas partes, estão representadas dentro da lógica do

66 “Fundamentos do Direito Privado”. Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 540.

67 TARTUCE, Flávio, op.cit. p. 146.

dever ser a qual informa o conteúdo obrigacional do contrato. As modalidades integrantes do assim denominado functor deôntico⁶⁸, que orienta o conteúdo prescritivo da lógica do dever ser, segundo a lição do jusfilósofo Lourival Vilanova, implica a presença de três condutas possíveis: a obrigatória, a permitida e a proibida. Tendo em vista que a cláusula contratual constitui norma de direito positivo, na medida em que ela tem fundamento de validade em disposição legal, estendem-se a essas regras de conduta os mesmos princípios estruturantes do dever ser normativo, assim citamos:

“O que uma norma de direito positivo enuncia é que dado um fato, seguir-se-á uma relação jurídica, entre sujeitos de direito, cabendo, a cada um, posição ativa ou passiva. (...) nessa relação jurídica primária⁶⁹, define-se o conteúdo da conduta, modalizando-a como obrigatória, permitida ou proibida.”⁷⁰

2º) Princípio da Função Social do Contrato

A função social do contrato adentrou o novo Código Civil brasileiro como um princípio básico que deve reger as relações contratuais. Perde o contrato, face a esta regra, seu caráter absoluto, e os negócios jurídicos celebrados entre as partes têm sua força obstaculizada pelos aspectos sociais.

Observamos que a plena liberdade das partes de contratarem baseadas nas suas vontades, hoje, deve ser voltada ao princípio da socialidade, sendo a função social do contrato e a boa-fé objetiva princípios orientadores da matéria contratual.

Como aponta Wagner Balera⁷¹: “(...) “o Código brasileiro entrou em vigor em

68 São expressos os modais deônticos, segundo professor Vilanova, com a seguinte abreviação: Op (obrigatório), Pp (permitido) e Php (proibido).

69 Normas primárias segundo definição do professor Lourival Vilanova, são aquelas que prescrevem sanção no pressuposto de conduta antijurídica, o dever de seguir a conduta que evita a sanção. Os direitos subjetivos e deveres jurídicos ocorrem no interior das relações jurídicas.

70 VILANOVA, Lourival. “Causalidade e relação no direito”, Editora RT 2003, p. 56.

71 “Sistema de Seguridade Social”, Editora LTR 2002, p. 72.

janeiro de 2003 – ao sentenciar, em seu artigo 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato -, ajusta-se como uma luva ao ambiente da previdência privada”.

3º) Princípio do Consensualismo

Princípio segundo o qual o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido. Embora alguns contratos, por serem solenes exijam formalidade especial estabelecida em lei, a maioria deles é consensual, já que o mero consentimento tem o condão de criá-los, sendo suficiente para sua perfeição e validade. Assim, de acordo com o art. 107 do Código Civil, “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Esse princípio somente opera seus efeitos na relação contratual a partir do momento em que as partes acordarem, sem a presença de qualquer vício de consentimento, em constituir, entre si, um vínculo obrigacional, formalizado através do contrato.

4º) Princípio da Obrigatoriedade da Convenção

Este princípio decorre do brocardo latino “pacta sunt servanda” que expressa a força vinculante do contrato como uma das principais fontes das obrigações. O contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante a pedir a intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação, porventura, não cumprida, segundo a vontade que a constituiu. O contrato é intangível, ao menos que ambas as partes rescindam voluntariamente ou haja impossibilidade de cumprimento devido a força maior ou caso fortuito (conforme art. 393 do CC).

Este princípio da força obrigatória funda-se na regra segunda qual o contrato é lei entre as partes, desde que estipulado validamente. A partir da celebração do contrato e da constituição do vínculo obrigacional, as normas contratuais consideram-se incorporadas ao ordenamento jurídico como normas de direito positivo, passíveis de exigibilidade coativa. Todavia a convenção não será válida se contiver vício de ilegalidade e, ocorrendo uma cláusula ilegal, a invalidade de uma cláusula não contamina o restante do pacto

que será considerado eficaz em relação às demais disposições.

Nas relações normativas supra-infra ordenação⁷² presentes na estrutura escalonada do sistema jurídico, as normas contratuais devem ser consideradas, sempre, como normas derivadas ou inferiores, subordinadas aos princípios e preceitos estabelecidos na lei. Para Kelsen, as normas contratuais não são normas jurídicas autônomas, ou seja, o contrato não tem eficácia bastante em si mesmo, na medida em que as normas contratuais “apenas são normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem sanções”⁷³.

Para Kelsen, a sanção é entendida com sendo um “mal” necessário do sistema, pois só haverá norma jurídica se houver sanção, pois isso é que a distingue das demais normas. A sanção ocorre quando houver o descumprimento do pressuposto jurídico através da coação⁷⁴.

Para que o contrato possua a necessária força obrigacional, ele depende da sua harmonização diante das normas superiores do sistema de direito positivo que prescrevem hipóteses e determinam as sanções pelo descumprimento da obrigação pactuada, cabendo, em última instância, ao Poder Judiciário, decidir pela obrigatoriedade, ou não, da prestação ou conduta contratualmente regulada.

5º) Princípio da Relatividade dos Efeitos do Negócio Jurídico Contratual

Visto que o contrato não aproveita nem prejudica terceiros, vinculando exclusivamente as partes que nele intervieram, o contrato somente produz efeito entre os contratantes. O ato negocial deriva do acordo de vontade das partes, sendo lógico que

72 Segundo Ivanildo Figueiredo. “Efeitos do Contrato”, in A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil, Editora Nossa Livraria, 2003, p. 53.

73 KELSEN, Hans. “Teoria Pura do Direito”, Editora Martins Fontes, 2003, p. 84.

74 Conforme anotações da aula ministrada no curso de Lógica Jurídica pelo professor Paulo de Barros Carvalho no dia 18.05.2005 (PUC/SP) diferente é a opinião professor Lourival diferentemente do estabelecido por Kelsen, a sanção é o ato coercitivo exercido pelo Estado. É a vontade do Estado posta à vontade do sujeito. Sanção é a aplicação da penalidade prevista na norma primária.

apenas as vincule, não tendo eficácia em relação a terceiros. Segundo o professor Sílvio Rodrigues:

“(...) representa um elemento de segurança, a garantir que ninguém ficará preso a uma convenção a menos que a lei o determine, ou a própria pessoa o delibere. Assim, a relação contratual, e os efeitos relacionais decorrentes, apenas vinculam as partes que manifestaram a vontade de contratar, não alcançando ou obrigando terceiros.”⁷⁵

Todavia o princípio da relatividade dos contratos sofre exceções como ocorre nas hipóteses da estipulação, em favor de terceiro que estende seus efeitos a outras pessoas, criando-lhes direitos e impondo-lhes deveres, apesar de elas serem alheias à constituição da avença (arts. 436 a 438) e dos herdeiros universais na sucessão (art. 1792).

6º) Princípio da Boa-fé

O novo Código Civil trouxe explicitamente a previsão do princípio da boa-fé objetiva. A referência expressa ao princípio da boa-fé na execução dos contratos não constava do Código Civil de 1916, existindo apenas como princípio de interpretação dos contratos mercantis no Código Comercial de 1850. O novo Código Civil enuncia, no art. 422, que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Segundo lição de Fernando Noronha,⁷⁶ há duas concepções de boa-fé, uma subjetiva e outra objetiva: a subjetiva relacionada aos dados internos, fundamentalmente psicológicos. A objetiva relacionada a normas de conduta que determinam como se deve agir. Uma boa-fé é estado, a outra é princípio.

75 “Direito Civil” n. 3. Editora Saraiva, 2003, p. 83.

76 “O direito dos contratos e seus princípios: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual”, Editora Saraiva, 1994, p. 132.

O princípio da boa-fé representa um princípio essencial tanto para a interpretação das normas e das cláusulas do contrato, quanto para garantir a prevalência do interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas.

Observa-se que o artigo associou ao princípio da boa-fé o que denominou de princípio da probidade. No direito público a probidade constituiu um princípio autônomo da Administração Pública, previsto explicitamente no art. 37 da CF, como “princípio da moralidade” a que se subordinam todos os agentes públicos. No direito privado, a probidade é sempre qualidade exigível à conduta da boa-fé.

A boa-fé representa o componente ético que deve estar presente na relação contratual em que as partes contratantes devem conduzir-se com respeito, lealdade e consideração recíprocas, ausente qualquer intenção de prejudicar, tirar proveito ou obter vantagem indevida, além do conteúdo das prestações contratualmente estipuladas. Assim, o ato ou conduta das partes desviada deste princípio importa na ineficácia da prática desleal e de má-fé, sujeitando-se a parte infratora às sanções que a lei determina, como o pagamento de perdas e danos (art. 403).

A boa-fé não é apenas aplicável à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (*in contrahendo*), ou após a extinção do contrato (*post pactum finitum*), dessa forma, os comportamentos dos contratantes terão a presença da boa-fé antes, durante e após o contrato.

3.4. Contrato Previdenciário

As entidades de previdência privada são figuras de direito privado, assim identificadas pelo sistema e pelo gestor estatal da seguridade social. E conforme explicação do professor Wagner Balera⁷⁷:

77 “Aspectos jurídicos dos fundos multipatrocinados de previdência complementar”, Revista de Previdência Social, nº 273, ago/2003, p. 664.

“A estrutura organizacional do direito privado é, por natureza, aberta. Seus termos são delimitados pelo contrato, aqui entendido o ato constitutivo ou institutivo, modificável ao talante daquele que o celebrou.

(...) contrato de previdência privada é aquele mediante o qual são implementados os planos previdenciários.

O objeto desse contrato de direito privado consiste na manutenção do padrão de vida dos respectivos participantes, mediante benefício complementar de seguridade social.”

Sendo instituída a previdência privada, seja aberta ou fechada, a inscrição nos planos só será feita através do contrato.

Conforme definição de Manuel Soares Póvoas⁷⁸:

“O contrato previdenciário é o ato bilateral que, pressupondo uma massa consistente de inscritos definida e garantida pelos órgãos do Sistema Nacional de Seguros Privados, uma pessoa (contratante) que deseja garantir-se ou garantir seus empregados, contra a materialização de certos e determinados riscos sociais que lhes criem estados de necessidade (participantes), acorda com uma pessoa jurídica legalmente autorizada a efetuar, no domínio privado, a compensação desses riscos (operadora), para o que lhe pagará, de um só vez ou na forma de anuidades (mensalidades ou anualidades) uma importância (contribuição), tendo como contrapartida a obrigação da entidade pagar, aos inscritos ou às pessoas que designarem (beneficiários) a respectiva compensação ou reparação, na forma de rendas ou de pecúlios (benefícios previdenciários).”

Segundo definição de Ronaldo Porto Macedo Jr.⁷⁹ “os contratos previdenciários

78 “Na Rota das Instituições de Bem-Estar – Seguro e Previdência”, Editora Academia Nacional de Seguros e Previdência, 2000, p. 313.

79 “Contrato previdenciário como contrato relacional”, Revista de Direito do Consumidor, nº 22, jan/mar 1998, p. 105.

são relacionais (dinâmicos), envolvem relações complexas entre diversas partes nas quais os vínculos pessoais e solidariedade, confiança e cooperação são determinantes. (...) Visam criar relações contínuas e duradoras, nas quais os termos da troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua, determinado tanto pelas relações promissórias como pelos vínculos não promissórios que de fato se estabeleceram entre as diversas partes, como por exemplo status (ex: vulnerabilidade, hipossuficiência), confiança e dependência econômica.”

Os contratos previdenciários se caracterizam por serem de longa duração, não podendo ser redigidos como os demais. Porém devem preservar o princípio da função social do contrato, a boa-fé, a interpretação favorável ao aderente nos contratos - quando cláusulas forem ambíguas ou contraditórias - , e o equilíbrio contratual, dentre outros, serão utilizados.

“O contrato previdenciário é bilateral, aleatório e formal e nele é previsto o pagamento a ser efetuado pelo participante (contribuição), que é a única fonte de receita da previdência privada, que tem uma equivalência com o benefício suscrito⁸⁰ .”

O contrato celebrado entre a entidade de previdência privada aberta e o participante será de adesão, conforme veremos em capítulo posterior.

80 PORTUGAL, Flávio Jahrmann. “A contribuição na previdência complementar”. Estudos em Homenagem ao Professor Wagner Balera. Moreau - Advogados, 2003, p. 20.

4. NATUREZA JURÍDICA

Conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Helga Klug Vieira⁸¹:

“A definição da natureza jurídica decorre do regime normativo aplicável àquela figura jurídica. Fora do sistema normativo aplicável, poderá se aproximar o cientista do direito do objeto, mas não lhe proporcionará uma relação íntima com a constituição da realidade perquirida.

Não se pode determinar a natureza jurídica em relação à finalidade a que se destina o instituto; qualquer juízo dessa ordem é metajurídico.

Assim, para determinar a natureza jurídica, faz-se necessário contrastá-la inicialmente dentro do próprio ordenamento jurídico.”

O texto constitucional distinguiu a previdência em duas categorias: Previdência Social Pública, básica e obrigatória submetida ao regime de Direito Público e a Previdência Privada, facultativa e autônoma submetida ao regime de **Direito Privado**.

Na visão do professor Ilídio das Neves a natureza jurídica da vinculação dos interessados aos respectivos regimes complementares, são de dois tipos distintos:

“Os regimes complementares podem ser legais, isto é criados por lei, mediante iniciativa estatal, ou impostos por ela a partir de uma iniciativa particular, no que não se distinguem muito dos regimes públicos propriamente

81 VIEIRA, Helga Klug Doin, “O Regime Jurídico da Previdência Privada no Sistema Brasileiro”, tese de doutorado PUC/SP de 2003, p.158.

ditos. No entanto, **normalmente os regimes complementares consideram-se não legais no sentido de que resultam de livre opção dos interessados, de acordo com o princípio da autonomia da vontade das partes inerentes à matriz contratual, embora sejam submetidos a um quadro normativo regulados**⁸².” (destacamos)

Segundo Arthur Weintraub⁸³ “a natureza jurídica da Previdência Social está centrada na supletividade facultativa da Previdência Social, dentro do âmbito de proteção social. Podemos dizer que a relação jurídica previdenciária privada se desenvolve por meio de um contrato de trato sucessivo, aleatório e de adesão, caracterizando, em princípio um mútuo securitário de consumo”.

O professor Dr. Wagner Balera salienta a existência do binômio característico da Previdência Privada: a **contratualidade** e a **facultatividade**. E assim complementa: *“a previdência privada é de índole contratual, negociada, engendrada e arrumada pelos interessados, constituída de forma autônoma ao regime geral de previdência social.”*⁸⁴

No mesmo sentido Manuel Soares Póvoas: *“A previdência privada é uma instituição paralela à previdência social, perseguindo os mesmos fins, mas diferindo em que a previdência oficial é de caráter público, e a previdência supletiva é de caráter privado, a primeira é compulsória e a segunda voluntária.”*

Arion Sayão Romita⁸⁵ considera esta definição a mais ampla por abranger todas as características e peculiaridades da natureza jurídica da previdência privada:

82 “Direito da Segurança Social”, Editora Coimbra, 1996, p. 831.

83 WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. “Previdência Privada - Doutrina e Jurisprudência”, Editora Quartier Latin, 2005, p. 160.

84 BALERA, Wagner. “Sistema de Seguridade Social”, Editora LTR 2002, p. 62.

85 ROMITA, Arion Sayão. “Estrutura da relação de previdência privada (entidades fechadas), Revista de Previdência Social, v. 25, n. 252, Editora LTR, nov/2001, p. 783.

“a relação jurídica de previdência privada apresenta-se como relação complexa, unitária, de trato sucessivo, onerosa, sinalagmática, aleatória, de direito privado e facultativa.”

Determinar a natureza jurídica significa classificar juridicamente, em termos gerais, um instituto com base em suas características. Assim, as duas essenciais características da previdência privada é a facultatividade e a contratualidade. A facultatividade é o aspecto subjetivo em que o participante manifestará sua vontade de participar da previdência privada, isto é, seu ingresso, mas também a faculdade de retirar-se. A relação jurídica de previdência privada nasce de um contrato. Esse contrato será de adesão, isto é, não será discutido, modificado pela parte contratante, só uma das partes estipulará suas condições e cláusulas. Mas, embora obedecendo aos critérios preestabelecidos pela parte, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve ser adotada a interpretação mais favorável ao aderente, conforme previsão legal do art. 423 do Código Civil.

4. ESTRUTURA DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E OS ASPECTOS LEGAIS DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

O art. 2º da LC 109/2001 estabelece que “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 (...)”.

O regime de previdência complementar é um regime jurídico, conforme preciosas lições do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello que, ao tratar do regime jurídico-administrativo, assim define regime:

“Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito⁸⁶.”

Conforme explicação clara e objetiva formulada por Maria da Glória Arruda, “o regime jurídico é o conjunto de princípios e regras que forma a unidade sistemática de determinado instituto jurídico ou campo do Direito, conferindo-lhe autonomia e identidade própria⁸⁷.”

O regime de previdência privada ou complementar distingue-se do regime geral e do regime próprio, já que cada qual possui seus princípios e regras próprias, exceto os princípios do art. 194, parágrafo único da CF, que direciona todo o sistema de seguridade social do qual o regime de previdência complementar faz parte.

86 MELLO, Celso Antônio Bandeira. “Curso de Direito Administrativo”, Editora Saraiva, 2005, p. 43.

87 ARRUDA, Maria da Glória Chagas. “A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo”, Editora LTR, 2004, p. 37.

“O regime de previdência complementar, como regime jurídico que é, em nada mais consiste senão no arcabouço normativo definidor dos direitos e deveres inerentes a esse segmento do sistema jurídico.

Ninguém opera o regime jurídico. O regime é o programa normativo de implantação dos planos que serão operados pelas entidades de previdência complementar⁸⁸.”

A Lei 6.435/77 estruturou a Previdência Privada instituindo a **Previdência Privada Fechada** e **Previdência Privada Aberta**. A LC 109 manteve esta classificação.

“Art. 4º da LC 109: “As entidades de previdência complementar são classificadas em fechadas e abertas, conforme definido nesta Lei Complementar.”

Embora haja esta classificação em aberta e fechada e cada qual com suas peculiaridades, o objetivo principal de ambas é o mesmo, isto é, preservar o mesmo padrão de vida do participante quando diferentes causas que levem a inatividade ocorram.

A diferença básica entre as entidades de previdência FECHADA e ABERTA é que a aberta oferece planos de benefícios individuais a todas as pessoas interessadas e também ao coletivo, quando uma pessoa jurídica tem interesse em garantir benefícios previdenciários direta ou indiretamente. A fechada tem seu acesso restrito limitando a participação exclusiva de determinado segmento: aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, servidores da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, aos associados ou membros de pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial. Conforme terminologia utilizada por Jerônimo Jesus dos Santos⁸⁹, a entidade de previdência complementar fechada tem sua clientela restrita e a aberta tem sua clientela de caráter geral.

88 BALERA, Wagner (coordenação). “Comentários à Lei de Previdência Privada”, Editora Quartier Latin, 2005, p. 29.

89 SANTOS, Jerônimo dos Santos. “Previdência Privada”, Editora Rio de Janeiro, 2005, p. 120.

Antes da LC 109/2001, o vínculo entre os participantes da entidade fechada era somente empregatício. A LC 109 abriu a possibilidade de vínculos associativos, profissional ou de classe, como pressupostos ao ingresso em fundo de pensão.

As entidades de previdência complementar são sempre pessoas jurídicas de direito privado, sendo que no âmbito fechado não podem possuir finalidade lucrativa, ou seja, caráter econômico no sentido empresarial.⁹⁰

Outra diferença é que a aberta só poderá ser constituída sob a forma de sociedade anônima com finalidade lucrativa e a fechada, segundo a LC 109, art. 31, § 1º, determina que sua organização seja sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, conforme art. 31, § 1º da LC 109.

A ausência de finalidade lucrativa das entidades fechadas de previdência complementar é expressa, determinada e é delimitada e circunscrita à abrangência de atuação dessas entidades na prestação dos seus benefícios, consistindo essas características diferenciadoras das entidades abertas de previdência complementar e seguradoras em geral.

Com o Novo Código Civil – Lei 10.406/2002, que começou a vigorar em 11.01.03, a sociedade civil sem fins lucrativos não mais encontra resguardo legal sendo substituída pela sociedade simples. A sociedade civil e a sociedade comercial passam a ser designadas pelo Novo Código Civil como sociedade simples e sociedade empresária, não podendo mais caracterizar uma sociedade como não tendo fins lucrativos. Dispõe o art. 982 do Código Civil: “Salvo as exceções, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples, a cooperativa”.

De acordo com o art.981 do Novo Código Civil, “celebram contrato de socie-

90 BALERA, Wagner (coordenação). “Comentários à Lei de Previdência Privada”. Editora Quartier Latin, 2005, p. 207.

dade 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.” (destaque nosso).

Conforme definição dada pela Professora Maria Helena⁹¹, sociedade simples: “é a que visa fim econômico ou lucrativo, que deve ser repartido entre os sócios, sendo alcançado pelo exercício de certas profissões ou prestação de serviços técnicos. (...) Mesmo que a sociedade simples venha praticar, eventualmente, atos peculiares ao exercício de uma empresa, tal fato não a desnatura, pois o que importa para identificação da natureza da sociedade é a atividade principal por ela exercida.(...)”

Sociedade empresária visa lucro, mediante exercício da atividade mercantil, assumindo as formas de: sociedade em nome coletivo; sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações; sociedade limitada; sociedade anônima ou por ações (CC, arts. 1.039 a 1.092)”

Diante da nova realidade trazida pelo Código como adequar ao novo ordenamento a organização da entidade de previdência fechada? Já pela própria definição não se teria a possibilidade de adequar a entidade fechada de previdência complementar como sociedade simples, por não ter fins lucrativos, e hoje não há como falar em sociedade sem finalidade econômica.

Assim, resta apenas o enquadramento das entidades de previdência privada fechada como fundações. O Novo Código Civil, no parágrafo único do art. 62, limitou as finalidades da fundação apenas para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

“Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

91 DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 1º vol. Editora Saraiva, 2005, p. 238.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”.

As fundações particulares são:

“universalidades de bens, personalizadas pela ordem jurídica, em consideração a um fim estipulado pelo fundador, sendo este o objetivo imutável e seus órgãos servientes, pois todas as resoluções estão delimitadas pelo instituidor. (...)

A fundação deve almejar a consecução de fins nobres para proporcionar a adaptação à vida social, a obtenção da cultura, do desenvolvimento intelectual e o respeito de valores espirituais, artísticos, materiais ou científicos. Não pode haver abuso, desvirtuando-se os fins fundacionais para atender a interesses particulares do instituidor, por exemplo.”⁹²

Esse acervo de bens livres (*universitas bonrum*: reunião de bens) recebe capacidade jurídica para realizar suas finalidades, mas essas finalidades, conforme se observa no parágrafo único do art. 62, estão delimitadas. Assim, as finalidades a serem alcançadas pelo instituidor podem ser religiosas, morais, culturais ou assistenciais. A fundação compõe-se de dois elementos: o patrimônio e o fim (estabelecido pelo instituidor e não lucrativo). O objetivo dessa limitação pelo Novo Código Civil foi evitar a formação de fundações sem fins nobres.

O Novo Código Civil não menciona as atividades de previdência como objeto das fundações. Assim:

“(...) verifica-se que a polêmica é grande, até porque algumas entidades têm procurado se adequar aos preceitos do contrato ao seu auto incluírem num conceito abrangente da assistência. Antes da vigência do NCC, essas entidades eram registradas como fundações ou sociedades civis sem fins

92 DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 1º vol. Editora Saraiva, 2005, p. 220.

lucrativos. Agora, a legislação extinguiu o conceito das civis e limitou a abrangência das fundações ou, como sociedades civis sem fins lucrativos, as associações.”⁹³

Assim, surge a seguinte situação jurídica com o novo códex civil: extinção da figura da sociedade civil, sob a qual está constituída a maior parte dos fundos de pensão, e restrição das áreas de atuação das fundações. O novo Código Civil trata apenas das seguintes pessoas jurídicas, conforme art. 44:

- a) Fundações particulares, que são universalidades de bens, personalizadas pela ordem pública, conforme finalidade definida pelo fundador;
- b) Associações civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias e as associações de utilidade pública, que abrangem um conjunto de pessoas que buscam uma mesma finalidade sem qualquer finalidade lucrativa.
- c) Sociedades, que podem ser simples ou empresárias. As simples, visam a um fim econômico ou lucrativo, sendo o lucro repartido entre os sócios; às empresárias visam ao lucro mediante o exercício da atividade empresarial ou comercial.⁹⁴
- d) Organizações religiosas: há liberdade de organização, estruturação interna e funcionamento das organizações religiosas. Está garantida a autonomia e liberdade dos cultos religiosos.
- e) Partidos políticos visam ao exercício do regime democrático e serão organizados e funcionarão de acordo com leis específicas.

93 SANTOS, Jerônimo Jesus dos. “Previdência Privada”, Editora Rio de Janeiro, 2005, p. 332.

94 Segundo cristalina explicação da professora Maria Helena Diniz (in Código Civil Anotado, p. 77) para fazer a distinção entre sociedade simples ou empresária é preciso verificar se “o objeto é o exercício de atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens ou de serviços, próprias de empresário, sujeito a registro (CC, arts, 982 e 967), a sociedade será empresária; caso contrário será simples, mesmo que adote quaisquer das formas empresariais, como permite o art. 983 do Código Civil, exceto se for anônima, que por força de lei, será sempre empresária.”

Segundo o posicionamento da obra de coordenação de Marcus Orione Gonçalves Correia, no que se refere às sociedades civis sem fins lucrativos, expõe-se que: “As sociedades civis sem fins lucrativos são, muitas vezes, chamadas de associações e reguladas pelo Código Civil. Também são pessoas jurídicas de direito privado. Elas se formam pela união de pessoas organizadas para determinado fim não econômico.”⁹⁵

O art. 2.031 do CC, alterado pela Lei 11.127/2005, dilatou o prazo para regularização das sociedades, conforme descrito abaixo:

“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.”

Como se organizarão as entidades fechadas de previdência complementar diante dos novos regramentos e conceitos trazidos pelo Novo Código Civil?

Uma solução apresentada pela doutrina seria encaixarem as entidades de previdência complementar fechada nas hipóteses previstas na legislação civil vigente como entidades *sui generis*⁹⁶.

Conforme observa-se na edição da Revista ABRAPP⁹⁷, no artigo “Novo Código não altera o regime jurídico das EFPC”, havia uma grande preocupação das entidades fechadas de previdência complementar quanto às mudanças exigidas pelo Novo Código Civil. Assim, os especialistas reunidos no Congresso Brasileiro de Fundos de Pensão recomendaram procedimentos e sugeriram a elaboração pela Secretária de Previdência Complementar de uma orientação nesse sentido.

95 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (coordenação). “Previdência Privada - Doutrina e Comentários à Lei Complementar n. 109/01”, Editora LTR, 2005, p. 283.

96 BALERA, Wagner (coordenação). In “Comentários à Lei de Previdência Privada”, Editora Quartier Latin, 2005, p. 207.

97 “Fundos de Pensão”. Revista da Abrapp, Sindapp, Icss nº 290, jan.2004, p.16

Foi publicada a Portaria da Secretaria de Previdência Complementar nº 02/2004 que soluciona, de certa forma, essa problemática, conforme redação do artigo 1º abaixo transcrito:

“Art. 1º. As entidades fechadas de previdência complementar, regidas por lei complementar, **não estão obrigadas** a promover em seus estatutos as adaptações a que se refere o artigo 2.031 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil)”. (destaque nosso)

Assim, não temos como concluir de outra forma, pois se analisarmos texto legal do Novo Código Civil *ipsis literis*, não há como encaixarmos as entidades de previdência complementar em nenhum formato jurídico. Por serem as leis complementares 108 e 109 leis especiais, estas devem sobrepor-se à lei ordinária, que é o Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Segundo citação de Lygia Avena apresentada por Jerônimo de Jesus dos Santos⁹⁸, “é preciso que se entenda que as entidades fechadas são regidas por lei complementar própria e ordenamento jurídico especial.”

Além da legislação específica, as entidades fechadas de previdência privada são, subsidiariamente, reguladas tanto pelo Código Civil, e pela legislação previdenciária, como por outras normas do ordenamento jurídico aplicável em que não conflitem com a legislação específica⁹⁹.

O art. 2.033 do mesmo códex civil prevê esta solução:

“Art. 2.033. **Salvo disposto em lei especial**, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transfor-

98 SANTOS, Jerônimo Jesus. “Previdência Privada”, Editora Rio de Janeiro, 2005, p. 331.

99 CUNHA, João Paulo Rodrigues da. “(IN)Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Entidades Fechadas de Previdência Privada”, Revista de Previdência Social, nº 273, ago/2003, p. 664.

mação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código.”
(destaque nosso)

Assim, havendo lei especial que rege determinado setor, como ocorre com o setor de previdência complementar, aplicar-se-á a lei especial. Segundo coordenadora da comissão técnica nacional de Assuntos Jurídicos da Abrapp, Lygya Maria Avena¹⁰⁰: “as entidades já constituídas estão amparadas pelas Leis Complementares 108 e 109, que permitem a constituição de entidades sob a natureza jurídica de fundação ou ainda de sociedade civil”. Quanto às novas, Lygia entende que a pessoa jurídica, sob a forma de fundação, é a que mais se identifica com o princípio do fundo de pensão que reverte integralmente os recursos acumulados para uma finalidade previdencial, sem fins lucrativos.

Conforme lição do professor Arthur Weintraub: “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”.¹⁰¹

Tramita, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 7.160/2002 de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que propõe a supressão do parágrafo único do art. 62 do Código Civil. Sendo esse projeto convertido em lei, a celeuma seria resolvida em relação às entidades fechadas de previdência complementar constituídas sob a forma de fundação.

Outra distinção refere-se aos órgãos fiscalizadores e regulamentadores. Sendo as entidades de previdência privada serviços privados de interesse público, elas sofrerão interferência estatal, no que se refere à autorização, pelo órgão regulador e fiscalizador. Outra distinção entre a aberta e a fechada é o fato de terem órgãos fiscalizadores e

100 Artigo da Revista “Fundos de Pensão”. Revista da Abrapp, Sindapp, Icsc nº 290, jan.2004, p.16.

101 WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. “Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência”. Editora Quartier Latin, 2005, p. 117.

reguladores distintos. Na aberta, essa função é exercida pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (Susep); no segmento fechado, será exercida pelo Ministério da Previdência Social, através do Conselho de Gestão de Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), conforme art. 41 da LC 109.

Embora não seja o cerne de nosso trabalho a discussão sobre a interferência estatal, é importante salientar algumas questões sobre essa temática.

Assim prescreve o art. 3º da LC 109/2001:

Art. 3º. A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

I - formular a política de previdência complementar;

II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro;

III - determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades;

IV - assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios;

V - fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e

VI - proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

Embora sejam entidades de direito privado, elas sofrerão interferência estatal por fazerem parte do Sistema de Seguridade Social, pois atuam para concretização dos fins objetivados pelo Estado no que se refere à Seguridade Social. A Constituição não deli-

mitou os objetivos que deveriam ser atingidos através da atuação do Estado perante o regime de Previdência Complementar, cabendo essa função ao legislador infraconstitucional.

“Esta nova figura legal prevê que o Estado, em sentido abrangente, venha formular políticas disciplinatórias, determinando condições mínimas ao funcionamento desta atividade empresarial, bem como assegurando aos seus participantes o pleno acesso às informações destes órgãos, inclusive com fiscalização e aplicação de penalidades, caso ocorra desvio deste empreendimento principal.”¹⁰²

Nesta questão não há como não adentrar o âmbito do Direito Constitucional, quanto à intervenção do Estado no domínio social, explica o constitucionalista Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A intervenção do Estado no domínio social tanto se faz pela prestação dos serviços públicos desta natureza (educação, saúde, previdência e assistência social) como pelo *fomento da atividade privada* mediante trespasse a particulares de recursos a serem aplicados em fins sociais.

Quanto aos serviços sociais, a Constituição é expressa em apontar o dever do Estado na prestação de serviços de saúde (arts. 196-198). Uma vez que a previdência privada terá caráter complementar (art. 202), fica evidente que todos os dispositivos do art. 201 reportam-se ao dever do Estado na prestação da previdência social (...)”¹⁰³

A intervenção do Estado visa evitar que ocorram abusos ou mau gerenciamento das entidades tanto abertas como fechadas, acarretando um prejuízo aos participantes,

102 Santos, Jerônimo Jesus dos. “Previdência Privada”. Editora Rio de Janeiro, 2005, p. 79.

103 MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. “Curso de Direito Administrativo”. Editora Malheiros, 2005, p. 751-752

já que estes muitas vezes não têm conhecimento especializado para avaliar o procedimento adotado pelas entidades referente aos investimentos financeiros e cálculos atuariais.

Citamos valiosa lição ensinada pelo mestre Wagner Balera:

“O sistema de previdência supletiva, no Brasil, é privado. Essa característica não pode ser considerada apenas como um rótulo, presente no nome (previdência privada) e ausente na prática. Não! Convém que haja um esquema estatal de proteção e que, ao lado dele, caliça uma estrutura privada facultativa.”¹⁰⁴

Assim, “É na verdade o setor de atuação do ente privado – a previdência – que se acha sob o pálio do direito público. Essa circunstância decorre da natural força atrativa do regime geral de previdência social em torno do qual a previdência complementar segue gravitando.”¹⁰⁵

A Carta Magna, no seu artigo 22, VIII disciplina as matérias que são de competência da União e dentre elas, está a função de fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguro e de **previdência privada**.

Segundo Maria Cibele de Oliveira Ramos ao Estado, cabe o poder-dever de controlar a previdência social e a previdência complementar, pois “são meios de economia da população. É importante ressaltar que controlar não é intervir, uma vez que intervenção só se dá quando há abuso. Daí a necessidade de fiscalização, visto que, se fosse dado ao aparelho estatal intervir diretamente, o princípio da autonomia da vontade, regente da matéria, restaria prejudicado.”¹⁰⁶

104 BALERA, Wagner. “A Seguridade Social na Constituição de 1988”. Editora RT, 1988, p. 109.

105 BALERA, Wagner (coordenação). “Comentários à Lei de Previdência Privada”. Editora Quartier Latin, 2005, p. 32.

106 RAMOS, Maria Cibele de Oliveira. “Os Planos de Benefícios das Entidades de Previdência Privada”. Editora LTR, 2005, p. 61.

Embora o ordenamento constitucional possibilite à entidade privada assumir funções basicamente estatais como a previdência, é inafastável o papel regulador e fiscalizador do Estado nas entidades de previdência privada.

O art. 174 da Carta Magna estabelece: “Como agente normativo e regulador da atividade, o Estado exercerá na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” Conforme comentário do constitucionalista José Afonso da Silva, não deverá ser interpretado este artigo como intervenção no domínio econômico em sentido amplo, para abranger todas as formas de atuação do Estado na economia, havendo, segundo o constitucionalista, duas modalidades de participação estatal – “a participação e a intervenção, tomada esta em sentido restrito. A primeira com base nos arts. 173 e 177, caracterizando o Estado administrador de atividades econômicas, a segunda fundada no art. 174, em que o Estado aparece como agente normativo e regulador da atividade econômica, que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica.”¹⁰⁷

Para Ilídio das Neves,¹⁰⁸ a intervenção dos poderes públicos nas entidades de previdência privada visa à proteção dos direitos sociais dos cidadãos.

Embora ao Estado caiba a função de regulamentar a relação jurídica que irá se formar entre o participante e a entidade de previdência, autorizar seu funcionamento, fiscalizar, tutelar os direitos os interesses dos participantes e assistidos “não pode e não deve substituir, completamente, o particular no planejamento e na execução de projetos de interesse coletivo.”¹⁰⁹

107 SILVA, José Afonso da Silva. “Comentário Contextual à Constituição.” Editora Malheiros, 2005, p. 721.

108 NEVES, Ilídio. “Direito da Segurança Social”. Editora Coimbra, 1996, p. 850

109 SAAD, Eduardo Gabriel. “Perspectivas da Previdência Complementar no Brasil”. Suplemento Trabalhista nº 123/01, p.582.

“A interferência do poder estatal social na vida das entidades de previdência privada não deve mais, sob pena de desdobrar dos limites constitucionais bem traçados, ser de molde a ditar comportamentos; configurar estruturas; impor exigências.

Ao órgão regulador e fiscalizador compete, apenas e tão-somente, vigiar para que a entidade mantenha seu perfil a um só tempo previdenciário e securitário.”¹¹⁰

4.1. As Entidades Fechadas de Previdência Complementar

O art. 201 da Constituição Federal institui como sendo obrigatória a previdência social estatal no Brasil que se apresenta por meio dos regimes próprios de previdência social ou pelo Regime Geral de Previdência Social.

Conforme já fora dito, os planos de previdência privada sejam derivados de entidades abertas ou fechadas, são facultativos.

As entidades fechadas de previdência complementar, inicialmente nascidas no âmbito das empresas patrocinadoras vinculadas à Administração Pública, e posteriormente, no contexto das empresas patrocinadoras privadas, surgiram como instrumentos da política de recursos humanos dessas empresas. Foram criadas com os objetivos de propiciar a renovação dos seus quadros de pessoal, incentivando a aposentadoria dos empregados aposentáveis, e de proporcionar uma vida digna a esses quando da sua passagem para a inatividade laborativa, em razão da notória insuficiência do Estado na adequada prestação assistencial e previdenciária oficial.

110 BALERA, Wagner. “Aspectos Jurídicos dos Fundos Multipatrocinados de Previdência Complementar”. Revista de Previdência Social, nº 267, fev/2003, p. 135.

Sobre expansão das entidades fechadas de previdência privada, citamos o texto de Celso Barroso Leite que, embora escrito em 1972, ainda se encontra atual:

“Também na área privada tem crescido de maneira acentuada nos últimos anos o número das empresas que instituem planos de previdência para seus empregados.

Embora se tenha a impressão de que o fenômeno é mais corrente entre as empresas de origem estrangeira ou vinculada a grupos estrangeiros, começa também a firmar-se entre as empresas nacionais a convicção do alcance desse reforço do sistema previdenciário geral.

(...) repito minha convicção de ser este um setor em que ainda nos resta longo caminho a percorrer, mas para o qual devemos estar atentos, por se tratar de terreno promissor, onde muito se pode fazer para ampliar e reforçar o sistema brasileiro de proteção social, tudo indicando que já existe uma tendência neste sentido.”¹¹¹

As entidades de previdência complementar fechadas ou também conhecidas como fundo de pensões¹¹² (do inglês *pension funds*), objeto de nosso estudo, constitui-se de atividades instituídas por empresas (ou grupo de empresas) estatais ou privadas, ou por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, como instrumento restrito de proteção social aos seus prestadores de serviço ou associados, mediante custeio exclusivo da patrocinadora ou do participante, ou divididos os encargos entre os participantes e a patrocinadora. O acesso ao plano de previdência complementar fechada é permitido exclusivamente aos participantes dos mencionados grupos, como empregados, servidores públicos, membros das entidades coletivas

111 LEITE, Celso Barroso. “A Proteção Social no Brasil”, p. 105. Editora LTR, 1972.

112 Esta expressão “fundo de pensão” passou a ser popularizada para designar as entidades fechadas de previdência complementar. Segundo Silvio Wanderley do Nascimento (in *Regulação e Previdência Complementar Fechada*, p. 84) a utilização desta expressão é errônea pois o vocábulo fundo traz a idéia de conjunto de haveres ou recursos financeiros destinados a atender determinado fim. Os fundos são de regra despersonalizados e isto não se encaixa com a definição da EFPC pois esta necessariamente tem personalidade jurídica.

referidas na lei. Preexiste uma relação que antecipará a relação da entidade de previdência complementar.

Segundo descrição de Flavio Martins Rodrigues,¹¹³ “As entidades fechadas de previdência complementar são pessoas jurídicas ‘armazenadoras’ de recursos vertidos pelos trabalhadores na fase produtiva de suas vidas. Os ativos econômicos das EFPC’s, em verdade, destinam-se a ‘devolver’ a esses próprios indivíduos valores financeiros no momento em que não podem mais trabalhar ou prover o sustento de seus dependentes. São situações próprias especiais, a merecer tratamento específico da sociedade, inclusive quanto a aspectos de natureza tributária.”

Assim, é importante ressaltar que a entidade fechada é sempre uma pessoa jurídica. “Não se pode considerar atividade de previdência privada a simples instituição de pecúlio por morte, no âmbito limitado de uma empresa, de uma fundação ou de outra entidade de natureza autônoma, desde que administrado exclusivamente sob a forma de rateio entre os participantes: são as denominadas mútuas, não dotadas de personalidade jurídica”¹¹⁴.

Segundo estabelece o art. 32 da Lei Complementar 109/2001; “As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.”

O antigo ordenamento regulatório da previdência privada (arts. 1º e 39 da Lei 6.435/77) estabelecia como objetivo das entidades fechadas a administração de planos previdenciários permitindo a operação de outras atividades não previdenciárias. O novo texto legal em vigor restringiu às entidades fechadas apenas a execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, mas o parágrafo único desse dispositivo abre exceção no que se refere à prestação de serviços assistenciais à saúde pelas entidades fechadas, desde que elas, por ocasião da publicação da lei, já de-

113 RODRIGUES, Flavio Martins. “Fundos de Pensão: temas jurídico”, p. 04. Editora Renovar, 2003.

114 ROMITA, Aryon Sayão. “Estrutura da Relação de Previdência Privada (Entidades Fechadas)”, Revista de Previdência Social, nº 252, nov/2001, p. 780.

sempenhassem tal atividade.

“A intenção do legislador foi conferir às entidades fechadas apenas a operação de benefícios previdenciários de natureza complementar, impossibilitando-as de empreender qualquer outra atividade. Sendo assim, o objetivo destas entidades está relacionado com a concessão e a manutenção de benefícios previdenciários, não podendo conceder serviços ou prestações em espécie.”¹¹⁵

Elas desempenham importante papel mediante a prestação de atividade supletiva, colaborando com a função social exercida pelo poder público. A Lei 6.435/77, revogada pela LC 109/2001, reconhecia que tais entidades enquadravam suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social:

“As entidades fechadas consideram-se complementares ao sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando suas atividades nas áreas de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social (sic).”¹¹⁶

Segundo o estabelecido na Instrução Normativa SPC nº 37, de 2002¹¹⁷, são caracterizados os planos de benefícios oferecidos por entidades fechadas de previdência complementar os que oferecem cobertura para os seguintes riscos: sobrevivência, invalidez, morte, reclusão e doença.

Conforme explicação de João Paulo Cunha,¹¹⁸ “Os fundos de pensão brasileiros possuem um mecanismo institucionalmente amadurecido, voltado para a formação de

115 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (coordenador). “Previdência Privada – Doutrina e Comentários à Lei Complementar n. 109/01”. Editora LTR, 2005, p.286.

116 Art. 34 da revogada Lei 6.435/77.

117 Art. 1º, § 1º da Instrução Normativa SPC 37, de 11.04.2002.

118 CUNHA, João Paulo Rodrigues da. “(IN)Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Entidades Fechadas de Previdência Privada”, Revista de Previdência Social, nº 273, ago/2003, p. 664.

poupança estável e de longo prazo. Atuando sob o regime de capitalização, a reserva de recursos sustenta a retomada do crescimento econômico nacional, financiando projetos no setor privado e colaborando para fortalecer a independência do país em relação à poupança externa que se constitui na história financiadora de sua economia. Como não visam lucros, seus ganhos são reinvestidos e, ao final, incorporados às reservas necessárias ao pagamento das aposentadorias e pensões.

Por serem entidades que não têm finalidade lucrativa e não distribuem parcela de seu patrimônio, suas contribuições são investidas para a formação do fundo previdenciário, o qual, a posteriori, mantém os benefícios dos próprios participantes, não se caracterizando a receita dessas contribuições em remuneração ou preço no sentido geral de pagamento em um contexto comercial.”

Iremos encontrar 3 figuras na relação existente nas entidades de previdência privada fechada: a empresa (ou grupo de empresas) denominada patrocinadora; as pessoas jurídicas de entidade profissional, classista ou setorial em que seus participantes podem ser denominados membros, associados, filiados sindicalizados ou cooperados é denominada instituidora; e os sujeitos participantes que são os empregados de uma empresa ou grupo de empresas, associados, os servidores públicos estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários.

Segundo definição dada pelo professor Hely Lopes Meirelles,¹¹⁹ os servidores públicos constituem subespécies dos agentes públicos administrativos, categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à administração e a ela vinculada por relações profissionais, em razão de investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária. O doutrinador classifica como sendo servidor público, em sentido amplo, todos os agentes públicos que se vinculam à Administração Pública direta e indiretamente, sob o regime estatutário, administrativo, especial ou celetista.

Os servidores públicos, em sentido estrito, são os estatutários, os titulares de

119 “Direito Administrativo”. Editora Malheiros, 24ª edição, 2000, p. 365.

cargo público efetivo e em comissão, integrantes da administração direta, das autarquias e das fundações com personalidade jurídica de Direito Público.

Os empregados públicos são titulares de emprego público e não de cargo público e seguem o regime jurídico da CLT, portanto, não são submetidos ao regime de previdência peculiar, como os titulares efetivos e os agentes políticos.

Os contratados por tempo de serviço determinado são os servidores públicos submetidos ao regime jurídico administrativo previsto no art. 37, IX da CF.

Esses planos são acessíveis somente aos empregados das patrocinadoras ou associados/membros das instituidoras, visando à complementação das prestações fornecidas pelo Regime Geral de Previdência Social.

Importante ressaltar o inciso II do § 2º do art. 31 da LC 109 que estabelece que as entidades fechadas constituídas por instituidores devam ofertar exclusivamente planos de benefícios na modalidade de contribuição definida (nesta modalidade o segurado tem conhecimento prévio do *quantum* a aportar mas desconhece o valor das prestações). Inova o inciso I deste mesmo artigo quanto à obrigatoriedade da administração financeira ser terceirizada.

Essas exigências estabelecidas às entidades fechadas de previdência complementar instituídas pelos instituidores demonstram uma preocupação com o controle estatal de garantir o bom funcionamento destas entidades em virtude da proteção social.

“A exigência de terceirizar diz respeito à transferência da gestão dos recursos do plano de benefícios previdenciários. Esta tarefa será entregue a uma instituição especializada, tendo em vista a profissionalização da administração dos recursos. São elas instituições financeiras confiáveis mediante os resultados e a sua tradição no mercado. A gestão dos recursos não se confunde com a administração da própria entidade fechada de previdência privada. Esta continua sob a responsabilidade da instituidora, os recursos

garantidores compreendem os ativos patrimoniais relativos às reservas técnicas e as provisões.”¹²⁰

Há uma obrigatoriedade das instituidoras no que se refere à gestão dos recursos que devem ser terceirizados. Assim determina o texto da Resolução CGPC nº3 de 2003, art. 1º, que alterou a redação do §2º do art. 3º da Resolução CGPC nº 12/2002:

“§ 2º. A EFPC constituída por instituidor deverá terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada na gestão de recursos de terceiros autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente;”

Pelo fato de não poder assumir qualquer responsabilidade financeira por eventuais *déficits* apurados pela entidade, pois o plano de benefício instituído não abrangerá necessariamente todo o universo de seus associados, esses planos de benefícios são oferecidos facultativamente a todos os empregados das patrocinadoras e a todos os associados ou membros, sem qualquer restrição, com exceção dos planos em extinção, com acesso vetado a novos participantes.

Observa-se uma diferença entre os planos dos instituidores dos já existentes pois nascem da vontade originária dos trabalhadores que objetivam uma garantia a mais para suas vidas. Não havendo a figura da patrocinadora a relação que se forma com o participante é direta, sendo que eventuais contribuições dos empregadores não irá caracterizar obrigação como ocorre na relação de patrocínio”¹²¹.

Estabelece o art. 2º da Resolução CGPC nº12/2002:

120 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. “Previdência Privada – Doutrina e Comentários à Lei Complementar n.109/01”. Editora LTR, 2005, p. 283.

121 Op.cit. p. 208.

“Art. 2º Considera-se Instituidor a pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que oferecer plano de benefícios previdenciários aos seus associados.

Parágrafo único. Poderão ser Instituidores:

I - os conselhos profissionais e entidades de classe nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;

II - os sindicatos, as centrais sindicais e as respectivas federações e confederações;

III - as cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;

IV - as associações profissionais, legalmente constituídas;

V - outras pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, não previstas nos incisos anteriores, desde que autorizadas pelo órgão fiscalizador.”

Segundo Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci,¹²² são várias as vantagens oferecidas com a instituição e participação de uma entidade fechada de previdência complementar para os trabalhadores e patrocinadores. A autora elenca as seguintes vantagens:

a) para os participantes

- direito à complementação dos benefícios pagos pela Previdência Social Oficial;

- abatimento do imposto de renda do total das contribuições feitas ao fundo;

- maior segurança e credibilidade em um futuro que está por vir;

- possibilidade de participar do fundo, mesmo quando não esteja mais na empresa ou então opte pela retirada do dinheiro com as devidas correções;

122 ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. “A Organização Institucional das Entidades Fechadas de Previdência Privada”. Revista de Direito Social n. 8, ou/dez 2002, p. 73.

b) para os patrocinadores

- ganho de produtividade, pois a preocupação com o futuro dos empregados estimula os trabalhadores que terão mais credibilidade e tranquilidade no porvir;

- redução da rotatividade de empregados.

As entidades fechadas estão vinculadas ao Ministério de Previdência Social que é o responsável pela sua regulação, tendo sua constituição, organização, funcionamento e fiscalização submetidos à Secretaria de Previdência Complementar (SPC).

A aplicação dos estatutos e regulamentos das entidades de previdência privada fechada está sujeita à autorização do órgão regulador e fiscalizador. O estatuto estabelece a forma com que se apresenta e organiza gestão da entidade. O estatuto é um ato constitutivo que gera direitos e obrigações para as partes. Conforme art. 2º da Resolução CGPC nº 08/2004 o estatuto deverá conter:

“Art. 2º. O estatuto das entidades fechadas de previdência complementar deverá dispor sobre:

I - denominação, sede e foro;

II - objeto da entidade;

III - prazo de duração, que deverá ser indeterminado;

IV - indicação das pessoas físicas ou jurídicas que, na qualidade de participante, assistido, patrocinador ou instituidor, podem se vincular a plano de benefícios administrado pela entidade;

V - estrutura organizacional – órgãos e suas atribuições, composição, forma de acesso, duração e término do mandato dos seus membros”.

Depende de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador:

- a constituição e o funcionamento da entidade fechada de Previdência Complementar, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos pla-

nos de benefícios e suas alterações;

- as operações de fusão¹²³, cisão¹²⁴, incorporação¹²⁵ ou qualquer outra forma de reorganização societária da entidade fechada;

- as retiradas de patrocinadores; e

- as transferências de patrocínio, de grupos de participantes, de planos e de reservas entre entidades fechadas.

A autorização para funcionamento das entidades fechadas será concedida mediante portaria do Ministério da Previdência Social. Para que a entidade tenha existência legal deve obedecer aos requisitos legais, pois, conforme preceitua o art. 119 da Lei 6.015//73, é preciso o registro de seus atos constitutivos e obtido mediante aprovação da autoridade da qual depende o seu funcionamento. Conforme explica Walter Ceneviva, “o ato constitutivo é a inequívoca manifestação escrita da vontade, individual (na instituição de fundações) ou coletiva (nas sociedades e associações), com ânimo de criar pessoa jurídica, sob forma permitida em lei, para realização de objetivo determinado, para obtenção do registro imprescindível.”¹²⁶

Os dispositivos da Lei de Registros Públicos e a LC 109/2001 (art. 33) estão em perfeita sintonia ao preceito do art. 45 do Código Civil que estabelece:

“Art. 45: Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando

123 Conforme art. 1.119 do CC: “A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.”

124 Conforme art. 229 da Lei 6.404/76: “A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcela do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.”

125 Conforme art. 1.116 do CC: “Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.”

126 CENEVIVA, Walter. “Lei dos Registros Públicos Comentada”. Editora Saraiva, 2005, p. 260.

necessário de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro toda a alteração por que passar o ato constitutivo.”

O art.34 da LC 109 estabelece a qualificação das entidades fechadas que será de acordo com os planos que administram ou em conformidade com seus patrocinadores ou instituidores.

- Qualificação

De acordo com os planos, podem ser plano comum ou multiplano. Plano comum é aquele em que a entidade fechada administra plano ou conjunto de planos acessíveis ao universo dos participantes, ou seja, todos os participantes desse tipo de entidade fechada de previdência complementar seriam alcançados por um único plano comum.

O multiplano não era referido na Lei 6.435/77 e ocorre quando as entidades fechadas de previdência complementar administram plano ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial.

O inciso II do art. 34 irá qualificar de acordo com seus patrocinadores ou instituidores como singulares ou multipatrocinadas.

Nos planos singulares haverá um único patrocinador ou instituidor. Nas multipatrocinadas haverá mais de um instituidor ou patrocinador. “Para facilitar a expansão do sistema previdenciário, oferecendo uma alternativa viável às pequenas empresas, o MPAS (*sic*), através da SPC, permitiu a criação de Fundos Multipatrocinados.”¹²⁷

“Na verdade, as entidades fechadas de previdência geralmente são multipatrocinadas, visando, única e exclusivamente, à combinação de meios jurídicos e financeiros, para o desenvolvimento de um sistema

127 SANTOS, Jerônimo Jesus dos. “Previdência Privada”. Editora Rio de Janeiro, 2005, p. 345.

previdenciário próprio e auto-suficiente, e segundo alguns doutrinadores, estas entidades são fundadas no instituto da solidariedade.”¹²⁸

A grande vantagem dos fundos multipatrocinados reserva-se principalmente às pequenas e médias empresas e associação pois diminuem os custos de manutenção e operação de um fundo que sendo suportado por um único patrocinador ou instituidor, só será possível se este tiver um bom porte financeiro para arcar com os elevados custos.

Quanto à formação das entidades multipatrocinadas, não há imposição legal de que as patrocinadoras de uma entidade fechada de previdência complementar pertençam a um mesmo grupo econômico, assim como as instituidoras pertençam ao mesmo segmento econômico ou profissional. O professor Silvio Wanderley Lima vai mais além ao afirmar que “não há impecilho legal para a criação de EFPC, que poderíamos denominar como multipatrocinadoras mistas, isto é, instituídas pela vontade comum de empresas e entidades associativas.”¹²⁹

- Estrutura Administrativa

O art. 35 da LC 109/2001 estabelece a estrutura administrativa:

Art. 35. As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.

§ 1º. O estatuto deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas.

§ 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.

128 BALERA, Wagner (coordenação). “Comentários à Lei de Previdência Privada”. Editora Quartier Latin, 2005, p. 219.

129 LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. “Regulação e Previdência Complementar Fechada”. Editora LTR, 2004, p. 78.

§ 3º. Os membros do conselho deliberativo ou do conselho fiscal deverão atender aos seguintes requisitos mínimos:

I - comprovada experiência no exercício de atividades nas áreas financeira, administrativa, contábil, jurídica, de fiscalização ou de auditoria;

II - não ter sofrido condenação criminal transitada em julgado; e

III - não ter sofrido penalidade administrativa por infração da legislação da seguridade social ou como servidor público.

§ 4º. Os membros da diretoria-executiva deverão ter formação de nível superior e atender aos requisitos do parágrafo anterior.

§ 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.

§ 7º. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 31 desta Lei Complementar, os membros da diretoria-executiva e dos conselhos deliberativo e fiscal poderão ser remunerados pelas entidades fechadas, de acordo com a legislação aplicável.

§ 8º. Em caráter excepcional, poderão ser ocupados até trinta por cento dos cargos da diretoria-executiva por membros sem formação de nível superior, sendo assegurada a possibilidade de participação neste órgão de pelo menos um membro, quando da aplicação do referido percentual resultar número inferior à unidade.

As entidades fechadas terão uma administração diferenciada tendo uma estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.

Ao Conselho Deliberativo cabe:

- fixar a orientação geral das entidades da EFPC e de seus planos de benefícios;
- eleger e destituir os diretores da entidade e fixar-lhes as atribuições;
- dispor sobre a gestão de investimentos e planos de aplicação de recursos;
- autorizar investimentos que envolvam valores iguais ou superiores a cinco por cento dos recursos garantidores;
- fiscalizar a gestão dos administradores;
- manifestar-se sobre relatórios da administração e as contas da diretoria;
- manifestar-se previamente sobre os atos ou contratos;
- autorizar, caso o estatuto não determine ao contrário, a alienação de bens do ativo permanente, constituição de ônus reais e prestação de garantias a obrigações de terceiros;
- escolher e destituir auditores;
- manifestar-se sobre ou propor alterações no estatuto e regulamentos;
- examinar em grau de recurso, as decisões da diretoria-executiva; e
- outras atividades impostas pelo estatuto.

Ao Conselho Fiscal compete:

- fiscalizar qualquer de seu membros verificando o cumprimento dos seus deveres legais;
- denunciar, por qualquer de seus membros, ao conselho deliberativo e, se este não tomar as providências necessárias para a proteção dos interesses da entidade, ao órgão regulador, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem;

- opinar sobre relatório anual da administração;
- analisar trimestralmente os balancetes e demonstrações financeiras;
- outras atividades fixadas pelo estatuto.

À Diretoria-Executiva cabem funções executivas focadas na gestão administrativa, segundo as determinações do conselho deliberativo e a representação legal das entidades fechadas de previdência complementar.

Houve duas novidades trazidas pela Lei Complementar 109. A primeira delas sintoniza-se com o disposto no §6º do art. 202 da CF que estabeleceu a obrigatoriedade de “inserção dos participantes colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação” Assim, a lei da previdência complementar estabelece uma estrutura mínima para as entidades fechadas, devendo estas ser compostas por um conselho deliberativo, conselho fiscal e uma diretoria-executiva. Aos participantes e assistidos é assegurado o mínimo de um terço das vagas dos conselhos deliberativo e fiscal.

Outra novidade foi a solidariedade estabelecida entre os dirigentes quanto às aplicações dos recursos financeiros garantidores da entidade, não obstante seja indicado um único deles como responsável pelo cumprimento da obrigação.

O § 6º do art. 35 juntamente com o *caput* do art. 21 da LC 109 visam a responsabilização daqueles que deram causa a dano ou prejuízo à entidade em decorrência das aplicações dos recursos financeiros bem como os demais membros responderão solidariamente com aquele escolhido como responsável pelas aplicações dos recursos da entidade, à medida que tenham concorrido para a ocorrência dos mencionados danos e prejuízos.

“(…) o estabelecimento da solidariedade entre os membros da Diretoria Executiva, revela uma face que pode contrariar ao que se espera que

tenha sido o intuito do legislador, punir com o maior rigor os atos de gestão ilegais.”¹³⁰

Segundo Flavio Martins Rodrigues, “Está-se no campo do direito social e os benefícios previdenciários que vão ser providos pelos fundos de pensão estão dentre aqueles considerados fundamentais. Por conseqüência, há que se esperar desses agentes atuação a mais cuidadosa em favor das reservas garantidoras dos benefícios dos participantes (...)”¹³¹

Toda esta formalidade exigida pela lei como a efetiva autorização, regulamentação e fiscalização do Estado nas entidades fechadas de previdência complementar se dá pelo fato deste segmento estar inserido na Ordem Social da Constituição Federal que revela sua finalidade social, na medida em que se destina à proteção dos trabalhadores. Segundo dados do INSS, a Previdência Complementar no nosso país, constituído, atualmente, por cerca de 350 entidades que administram aproximadamente 1.000 planos previdenciários, com valores superiores a R\$ 200 bilhões - 90% do segmento de toda a Previdência Complementar Privada englobando 2,3 milhões de pessoas que estão cobertas por esse regime previdenciário.¹³²

- Planos de Benefícios das Entidades Fechadas

Estabelece o art. 12 da LC 109/2001 que os planos de benefícios das entidades fechadas poderão ser instituídos por patrocinadores e instituidores conforme dispõe o art. 31 da Lei Complementar. Os planos de benefícios serão estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador e atenderão aos padrões mínimos fixados pelo órgão com objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio-financeiro e atuarial (art. 7º da LC 109), sendo as seguintes modalidades possíveis:

130 BALERA, Wagner (coordenação). “Comentários à Lei de Previdência Privada” . Editora Quartier Latin, 2005, p. 224.

131 RODRIGUES, Flavio Martins. “Fundos de Pensão: Temas Jurídicos”. Editora Renovar, 2003, p. 237.

132 Dados retirado do site www.inss.gov.br, acessado em 10.12.2004.

- benefício definido;
- contribuição definida e
- contribuição variável.

a) plano de benefício definido – é o plano em que se terá a possibilidade de conhecer previamente o valor do seu benefício, mas não tem como saber o valor exato revertido às contribuições, pois irá depender do aumento ou diminuição das condições de déficit ou superávit do plano de benefícios. No momento da contratação do plano já se tem conhecimento do valor do benefício. O plano de benefício definido é estruturado sob o regime financeiro de repartição simples¹³³.

Segundo explicação de Maria Cibele de Oliveira Ramos, “os planos de benefício definido normalmente **eram** instituídos pelas entidades fechadas de previdência privada, como uma forma de incentivo à permanência de empregados nas empresas patrocinadoras sendo certo que havia contribuições dos participantes empregados e do empregador patrocinador. (destaque nosso).

Os planos de benefício definido serão extintos com o passar do tempo. (...) Caso ocorresse cessão do vínculo empregatício, nos termos da revogada Lei n. 6.435/77, os participantes poderiam optar por continuar pagando a sua contribuição, acrescida da contribuição da patrocinadora, objetivando a manutenção do contrato firmado para o recebimento de benefícios (...). Com a introdução da portabilidade, grande novidade trazida pela Lei Complementar n. 109/01 acelerou-se o processo de desmotivação das entidades de previdência privada em instituir o plano de benefício definido (...).”¹³⁴

133 Conforme explicação de Jerônimo Jesus dos Santos (in *Previdência Privada*, p. 151), o regime de repartição simples “é utilizado quando o pagamento de contribuição é fixado, em um determinado período, para fazer frente ao pagamento estimado nesse mesmo período. Neste regime não há acumulação de reservas, ou seja, todo recurso arrecadado em determinado período é utilizado no mesmo período.”

134 RAMOS, Maria Cibele de Oliveira. “Os Planos de Benefícios das Entidades de Previdência Privada”. Editora LTR, 2005, p. 75.

Conforme citação acima, percebemos a devida utilização pela autora do verbo no passado, já que a alteração da EC 20/98 ao § 2º do art. 202 da CF explícita a total desvinculação do contrato de trabalho dos planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar, matéria que será estudada com mais detalhamento em capítulo posterior.

O valor final do benefício garantido contratualmente será cumprido e os riscos do não cumprimento será suportado pelo plano e pelos demais participantes.

b) plano de contribuição definida – neste caso ocorre o inverso do plano acima, pois, neste, o valor do benefício não é definido somente será conhecido o valor no momento de sua concessão, com base nas contribuições vertidas. Neste caso as contribuições têm seus valores fixados no momento da contratação do plano. Este plano está estruturado sob o regime financeiro de capitalização¹³⁵. É utilizado nos planos tradicionais de previdência individual, que não havendo surpresa desagradável ao participante que pagará uma quantia pré-estipulada (e com isso fica mais fácil de controlar seu próprio orçamento) e tem garantidos contratualmente os juros e correção, por um índice de inflação, e podendo ocorrer também um excedente financeiro, “que é a diferença entre o rendimento prometido e o efetivamente obtido.”¹³⁶

Maria Cibele de Oliveira Ramos elenca as principais vantagens deste plano em comparação com os planos de benefício definido: este plano afeta individualmente os participantes, não havendo comunicabilidade dos patrimônios; quem assume o risco é o participante (diferente do benefício definido em que a patrocinadora assume o risco) e o valor do benefício será variável decorrente do tempo de contribuição e idade do participante. Segundo a autora, “o objetivo dessa espécie de plano é proporcionar benefícios de aposentadoria (risco programado) por prazo determinado, sem

135 Conforme explicação de Jerônimo de Jesus dos Santos (in *Previdência Privada*, p. 152), o regime de capitalização “prevê a acumulação de recursos em um determinado período para cobrir a todo e qualquer compromisso futuro. É utilizado normalmente, para financiar resgates, saldamentos e benefícios de renda, cujo evento gerador seja a sobrevivência.”

136 SANTOS, Jerônimo de Jesus. “Previdência Privada”. Editora Rio de Janeiro, 2005, p. 153.

predeterminá-los no respectivo regulamento.(...) por oferecer como benefício o saldo acumulado da conta individual de cada participante, não proporcionará cobertura aos benefícios de risco (doença, invalidez etc)".

c) contribuição variável – este plano também é chamado como misto pois está estruturado sob o regime financeiro de capitalização juntamente com a modalidade de benefícios definidos. Eles são delimitados conforme o desejado por cada plano. Segundo explicação de Wladimir Martinez: “planos de contribuição variável são aqueles que tendem para a obtenção de benefício previamente decantado e, para tanto, flexionam a contribuição no curso do período contributivo.”¹³⁷

Embora simplificada mente foi definido os tipos de planos de benefícios aceitos pelas entidades de previdência privada, é relevante o estudo de que estes planos não integram mais o contrato de trabalho como ocorria outrora. Assim, como iremos tratar dos planos, é importante se ter esta noção dos diferentes planos. No mesmo sentido será a análise do art. 14 da LC 109 que estabelece os institutos obrigatórios dos planos de previdência privada pois decorrem estes institutos da necessária adequação feita pela Lei Complementar frente à dinamização das relações de trabalho, repercutindo estas, fortemente, no âmbito da Previdência Complementar.

“Característica marcante do atual momento vivido consiste no fato de que o empregado dificilmente mantém-se vinculado a uma única empresa ou associação durante toda a vida produtiva. Frente a essa nova condição dos trabalhadores, os planos de benefícios da Previdência Complementar precisaram passar por uma certa flexibilização, da qual resultou, no campo previdenciário, a adoção de normas que regulamentem o direito das partes frente às possíveis rupturas da relação jurídica previdenciária complementar.”¹³⁸

137 MARTINEZ, Wladimir Novaes. “Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar”. Editora LTR, 2003, p. 68.

138 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. “Previdência Privada – Doutrina e Comentários à Lei Complementar nº 109/01”. Editora LTR, 2005, p. 186.

Sendo finda a relação empregatícia - não importando nesta seara a causa do rompimento do vínculo empregatício - , pode ser, conforme explicação de Délio Maranhão,¹³⁹ citando as causas de extinção do contrato de trabalho: uma rescisão, resolução, revogação, rescisão ou força maior; ou uma extinção normal do contrato de trabalho quando se refere a termo determinado ou obra da determinada. Conforme Resolução CGPC nº 12/2004 também foi equiparada à cessação do vínculo empregatício a transferência do empregado, participante do plano de benefícios, de seu empregador, patrocinador de plano de benefícios para outra empresa, embora seja do mesmo grupo econômico, desde que não seja patrocinador daquele plano. Nesses casos são assegurados aos empregados-participantes o direito aos seguintes institutos: benefício proporcional diferido (*vesting*); portabilidade; resgate e autopatrocínio.

a) Benefício Proporcional Diferido – *Vesting*

Este instituto possibilita o participante de um determinado plano optar por um benefício proporcional calculado sobre as suas contribuições ao tempo de sua vinculação ao plano quando da ocorrência da cessação do contrato de trabalho ou desvinculação do instituidor.

Assim estabelece o art. 2º da Resolução do CGPC nº 06/2003:

“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”.

O *vesting* não é inovação da LC 109 mas a inovação foi de enquadrá-lo como instituto necessário ao contrato previdenciário privado de adesão. “Tal lei eliminou a dúvida sobre **se e quando** o participante faz jus ao benefício.”¹⁴⁰ (destaque do original).

139 “Instituições de Direito do Trabalho”, vol. I. Editora LTR, 2002, p. 540.

140 WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. “Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência”, Editora Quartier Latin, 2005, p. 133.

b) Portabilidade

É um instituto novo, elencado na LC 109/2001. No contexto da entidade fechada de previdência complementar, é o instituto jurídico que permite a transferência dos recursos financeiros existentes em nome do participante de um plano de benefício para outro plano de entidade distinta ou seguradora autorizada a operar plano de benefícios de previdência complementar¹⁴¹.

A portabilidade é um direito inalienável do participante. Conforme observa Adacir Reis, “a simples mudança de um plano para outro, conhecida como migração de plano, sem o rompimento do vínculo empregatício com o patrocinador, no interior de uma mesma entidade de previdência, não constituirá portabilidade, mas apenas uma novação contratual.”¹⁴²

O art. 14 da Resolução CGPC nº 06/2003 estabelece as condições necessárias para que o participante opte pela portabilidade: a) não haver preenchido os requisitos de elegibilidade ao benefício pleno; b) cessão do vínculo empregatício entre patrocinador e participante; c) cumprimento da carência de até três anos de vinculação ao plano de benefícios. Importante observar que o motivo da cessação do vínculo empregatício não tem qualquer relevância para o exercício da portabilidade.

O participante formalizará sua opção pela portabilidade protocolizando na entidade fechada e a entidade fechada originária emitirá o “Termo de Portabilidade” à entidade receptora, respeitando os requisitos exigidos pelo art. 16¹⁴³ da Instrução Normativa nº 05/2003.

c) Resgate

141 Conforme redação do art. 9º da Resolução CGPC 06/2003.

142 REIS, Adacir. “Temas Centrais da Nova Legislação”. Fundos de Pensão em Debate. Editora Brasília Jurídica, 2002,p. 22.

143 Art. 16. A portabilidade será exercida por meio de Termo de Portabilidade emitido pela entidade que

É assegurado ao participante de um determinado plano de benefício a restituição, no mínimo, do valor por ele acumulado, referente à totalidade de suas contribuições, sendo descontadas as parcelas do custeio administrativo, quando do desligamento do participante do plano, antes de preenchidos os requisitos de elegibilidade ao benefício pleno.¹⁴⁴

É vedado o resgate de benefício portado e só haverá possibilidade de ocorrer o resgate com a cessação do vínculo empregatício. Esse instituto tem sido criticado por quebrar com ideal de solidariedade previdenciária e o estímulo de uma poupança privada.

Sobre os valores resgatados incidem o Imposto de Renda¹⁴⁵. Assim, para que se tenha direito ao resgate é preciso a extinção do vínculo empregatício e, conforme arts. 22 e 23 da Resolução CGPC nº 06/2003, deverá ser previsto prazo de carência para o pagamento do resgate, de seis meses a dois anos, contado esse prazo da data de

administra o plano de benefícios originário, que conterà, no mínimo, as seguintes informações:

- I – a identificação do participante e sua anuência quanto às informações constantes do Termo de Portabilidade;
- II – a identificação da entidade que administra o plano de benefícios originário, com assinatura do seu representante legal;
- III – a identificação do plano de benefícios originário;
- IV – a identificação da entidade que administra o plano de benefícios receptor;
- V – a identificação do plano de benefícios receptor;
- VI – o valor a ser portado e o critério para sua atualização até a data da sua efetiva transferência;
- VII – a data limite para a transferência dos recursos entre as entidades que administram os planos de benefícios originário e receptor; e
- VIII – a indicação da conta corrente titulada pela entidade que administra o plano de benefícios receptor.

144 Conforme redação dos arts. 24 e 26 da Resolução CGPC, nº 06/2003.

145 Conforme Lei 11.053/04 o IR incidente no resgate será gradativo conforme o período de acumulação. Art. 1º É facultada aos participantes que ingressarem a partir de 1 de janeiro de 2005 em planos de benefícios de caráter previdenciário, estruturados nas modalidades de contribuição definida ou contribuição variável, das entidades de previdência complementar e das sociedades seguradoras, a opção por regime de tributação no qual os valores pagos aos próprios participantes ou aos assistidos, a título de benefícios ou resgates de valores acumulados, sujeitam-se à incidência de imposto de renda na fonte às seguintes alíquotas:

inscrição do plano de benefício.

O regulamento do plano de benefícios deverá prever o pagamento do resgate em quota única ou, por opção única e exclusiva do participante, o pagamento em até doze parcelas mensais e consecutivas (art. 25 da Resolução CGPC nº 06/2003).

d) Autopatrocínio

É 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. A cessação do vínculo empregatício com o patrocinador deverá ser entendida como uma das formas de perda total da remuneração recebida (art. 27 da Resolução CGPC nº 06/2003).

O art. 14, IV da LC 109/2001, dispõe: “faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, (...)”

Tanto a Lei Complementar como a Resolução acima citadas não explicam o que seria “perda parcial ou total da remuneração”. Assim, podemos compreender como qualquer motivo que diminua o ganho do participante. Pode ser tanto uma rescisão do contrato de trabalho, como uma causa de suspensão do contrato de trabalho, pois a suspensão

I - 35% (trinta e cinco por cento), para recursos com prazo de acumulação inferior ou igual a 2 (dois) anos;

II - 30% (trinta por cento), para recursos com prazo de acumulação superior a 2 (dois) anos e inferior ou igual a 4 (quatro) anos;

III - 25% (vinte e cinco por cento), para recursos com prazo de acumulação superior a 4 (quatro) anos e inferior ou igual a 6 (seis) anos;

IV - 20% (vinte por cento), para recursos com prazo de acumulação superior a 6 (seis) anos e inferior ou igual a 8 (oito) anos;

V - 15% (quinze por cento), para recursos com prazo de acumulação superior a 8 (oito) anos e inferior ou igual a 10 (dez) anos; e

VI - 10% (dez por cento), para recursos com prazo de acumulação superior a 10 (dez) anos.

do contrato caracteriza uma situação peculiar em que não haverá prestação do trabalho e também não haverá remuneração. Não ocorre rompimento do contrato de trabalho, nem será contado como tempo de exercício efetivo inexistindo portanto o recolhimento previdenciário (art. 15 da Lei 8.213/91). Exemplificamos alguns casos de suspensão como: exercício de cargo público não obrigatório, participação em greve sem salários, desempenho de cargo sindical quando necessário afastamento, participação de curso ou programa de qualificação profissional, etc. No caso de interrupção do contrato de trabalho, desde que não seja causa de diminuição parcial nem total da remuneração, não haverá necessidade do autopatrocínio, já que na interrupção, embora não seja realizada a prestação de serviço, haverá salários, como é o caso das férias, domingos e feriados, alistamento eleitoral, nascimento do filho, comparecimento em juízo, etc. No caso de perda parcial podemos exemplificar a situação com a hipótese de o empregado que exerce trabalho noturno ser transferido para o trabalho diurno, não tendo mais direito ao adicional noturno e, com isso, há uma diminuição parcial em sua remuneração¹⁴⁶.

A entidade deve prestar ao participante todas as informações necessárias, assim como um extrato de sua situação financeira. O participante deve ser informado do valor de sua nova contribuição que por ele será vertida ao plano em substituição às feitas pelo patrocinador, assim como a taxa de administração.

É importante ressaltar que a opção pelo autopatrocínio não impede posterior opção pela portabilidade ou resgate.

146 Súmula do TST 265. "A transferência para o período diurno de trabalho implica na perda do direito ao adicional noturno."

5. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Os elementos caracterizadores das entidades de previdência privada tanto aberta como fechada são extraídos da própria LC 109/2001.

O principal elemento caracterizador é o caráter **CONTRATUAL** e a **FACULTATIVIDADE**. Devido à importância desses elementos será analisado cada qual separadamente.

5.1. Contratualidade

O contrato, conforme já foi estudado acima mais detalhadamente, é o elemento fundamental para se estabelecer a relação de previdência privada. É ato bilateral que uma pessoa (contratante) deseja garantir a si ou aos seus empregados contra riscos certos e sociais que lhe criem estado de necessidade.

É o acordo com uma pessoa jurídica legalmente autorizada a efetuar, no domínio privado, a compensação desses riscos, pagando de uma só vez ou em anuidades a importância da contribuição, tendo em contrapartida a obrigação da entidade pagar aos inscritos ou às pessoas que designarem (beneficiários) a respectiva compensação ou reparação, na forma de renda ou de pecúlios.

O contrato previdenciário é um contrato de seguro. Como qualquer contrato, o previdenciário desempenha uma função social e uma função econômica.¹⁴⁷

147 PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. "Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica". Editora FUNSEG, 1985, p. 07.

Ensina o professor Manuel Póvoas que, através do contrato de seguro, é que será aprendida a essência do contrato previdenciário, sendo uma de suas espécies.

Conforme ensina a professora Maria Helena Diniz, os contratos de previdência privada seguem as mesmas linhas dos contratos de seguro. Neste mesmo sentido, Manuel Soares Póvoas considera: “O contrato previdenciário é um contrato de seguro”.¹⁴⁸ A civilista Maria Helena, citando definição de Serpa Lopes para o contrato de seguro assim define: “O contrato de seguro é o meio pelo qual a pessoa física ou jurídica se protege dos riscos que impedem sobre sua vida, ou sobre o objeto de seus negócios. Por outro lado, permite a formação de capitais pelo acúmulo dos prêmios pagos pelo segurado, representando uma forma de economia, uma garantia de execução das obrigações contraídas, um reforço do crédito público, pois as dívidas do segurado estavam garantidas pelo contrato de seguro”.

Utilizamos os elementos caracterizados do contrato de seguro adotado pela professora Maria Helena Diniz¹⁴⁹.

- **Caracteres jurídicos**

Natureza bilateral – obrigações para o segurado e para o segurador.

Oneroso – traz prestações e contraprestações, uma vez que cada um dos contratantes visa obter vantagem patrimonial.

Aleatório – não há equivalência das prestações, o segurado não poderá antever, de imediato, o que receberá em troca da sua prestação, pois o segurador assume um risco, elemento essencial desse contrato, devendo ressarcir o dano sofrido pelo segurado.

Formal – é obrigatória a forma escrita. Arts. 758 e 759 do CC – “contrato de

148 PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. “Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica”. Editora FUNSEG, 1985, p. 204.

149 “Curso de Direito Civil Brasileiro”, vol. 3. Editora Saraiva, 2002, p. 319.

seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro” e “emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita...”.

Execução sucessiva ou continuada – sua execução se realiza escalonadamente, sendo necessário que a obrigação do segurado seja satisfeita dentro dos termos convencionados, sob pena de rescindir-se por tratar-se de obrigação de trato sucessivo.

De adesão – formando-se com a aceitação pelo segurado, sem qualquer discussão, das cláusulas impostas ou previamente estabelecidas pelo segurador na apólice impressa.

Boa-fé – a boa-fé é exigida do segurador e do segurado. A má-fé de ambos deverá ser comprovada, podendo ser considerado nulo o contrato.

O contrato previdenciário é um típico contrato de adesão em que o participante tem a liberdade para contratar mas, não vai discutir os termos do contrato. As condições do contrato são previamente elaboradas pela entidade de previdência, com a autorização obrigatória do Poder Público.

- **Contrato de Adesão**

Para a definição do que seja o contrato de adesão recorreremos aos ensinamentos do jurista Orlando Gomes¹⁵⁰ :

“Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

150 “Contrato de Adesão – condições gerais do contrato” . Editora RT, 1972, p. 46.

(...) um negócio bilateral. Forma-se pelo concurso de vontades destinado à jurisformização do intento empírico das partes, apresentando-se como expressão da autonomia privada.

Distingue-se, no modo de formação, pela adesão sem alternativa de uma das partes ao esquema contratual traçado pela outra, não admitindo negociações preliminares nem modificação de suas cláusulas preestabelecidas.”

Flávio Tartuce, citando Maria Helena Diniz, observa que a professora utiliza a expressão “contrato por adesão” e não “contrato de adesão” pois “o contrato é constituído pela adesão de vontade de um oblato indeterminado à oferta permanente do proponente ostensivo”¹⁵¹. Tanto o Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor utilizam a terminologia “contratos de adesão”; assim, as duas terminologias estão corretas.

As cláusulas do contrato de adesão são formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, por uma das partes. A determinação do conteúdo é prévia e unilateral e o consentimento do bloco dessas cláusulas preestabelecidas significa o consentimento por adesão.

O contrato de adesão se distingue pela uniformidade, predeterminação e rigidez.

O contrato previdenciário se dará por adesão. O contrato de adesão terá seu conteúdo determinado por uma das partes e a outra parte aderente (participante) aceita totalmente sem discussão do seu conteúdo. A manifestação de vontade do participante se dará no momento da aceitação.

“É importante ressaltar que a adesão manifestada pelo aderente não pode ser tida como coação suficiente para anular o contrato por vício de con-

151 TARTUCE, Flávio. “A Função Social dos Contratos do CDC ao Novo Código Civil”. Editora Método, 2005, p. 234.

sentimento, dadas as circunstâncias em que ele se realiza, bem como pela aplicação e interpretação de suas cláusulas.”¹⁵²

Estabelece o Código Civil que, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, se deverá adotar a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423). Esse dispositivo esta em sintonia com o art. 47 do CDC (Lei nº 8.078/90) que prevê interpretação a favor do consumidor.

Esta proteção trazida pelo Novo Código Civil, exposta nos arts. 423 e 424, “trata-se de inovação de norma de ordem pública e de interesse social, assim como é o seu correspondente no Código de Defesa do Consumidor, em total sintonia com o princípio da função social do contrato. Assim, dita proteção poderá ser declarada de ofício, sem a necessidade de arguição pela parte. Diante dessa natureza cogente, não terá validade previsão contratual em contrário que afasta a aplicação dessa regra interpretativa.”¹⁵³

No caso em estudo, será parte economicamente mais fraca na relação de previdência privada o participante, já que é a entidade de previdência complementar quem estabelece o contrato de adesão.

Os contratos de adesão de entidades fechadas são estabelecidos unilateralmente, sem que o participante possa discutir ou modificar seus conteúdos. Observação importante faz Arthur Weintraub neste sentido: “não é porque há contrato de adesão que a relação é de consumo. Fundos de pensão não são fornecedores de consumo. O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor conceitua serviços de consumo (proporcionado por fornecedores) como atividade fornecida no mercado.”¹⁵⁴

Embora não seja objeto de nosso estudo é importante lembrar que a entidade

152 RAMOS, Maria Cibele de Oliveira. “Os Planos de Benefícios das Entidades de Previdência Privada”. Editora LTR, 2005, p. 51.

153 TARTUCE, Flávio. “A Função Social dos Contratos do CDC ao Novo Código Civil”. Editora Método, 2005, p. 245.

154 WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. “Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência”. Editora Quartier Latin, 2005, p. 164.

fechada de previdência complementar não receberá a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, diferentemente das entidades abertas de previdência complementar, conforme explica Maria da Glória Arruda: “A Previdência Privada aberta consubstancia-se em autêntica relação de consumo.”¹⁵⁵

“(...) as entidades fechadas de previdência complementar surgiram como instrumentos da política de recursos humanos das empresas, com o intuito de incentivar a aposentadoria dos empregados que já atingiam certa idade, propiciando praticamente a manutenção do poder aquisitivo do mesmo, para que fosse possível a renovação de seu quadro de pessoal, tendo, portanto, cunho social. A prova de que não seriam prestadoras de serviços seria o não recolhimento do ISS. (...) as atividades referidas no art. 3º do CDC são aquelas prestadas por seguradoras que têm finalidade lucrativa e distribuem seus serviços no mercado de consumo ao público em geral.”¹⁵⁶

Importante é a observação feita pelo professor Wagner Balera que ressalta um posicionamento inédito na doutrina em que não considera “o contrato previdenciário privado como espécie de contrato de adesão, no sentido tradicional da expressão! Isso seria ignorar as feições que os participantes, antes mesmo da gestação da entidade, já lhe imprimem; isso seria desconhecer que o conjunto de interessados pode propor o modelo de constituição da entidade, como irá ocorrer, decerto, com as futuras entidades instituídas pelos sindicatos, por exemplo) a vontade dos participantes, coincidindo com a proposta dos patrocinadores, pode implementar modificações no clausulado que configura o plano, ao ponto de armá-lo com fortificações que, a um só tempo, garantam a respectiva sobrevida, continuidade e progresso, em constante aperfeiçoamento. (...)”

Como a adesão é facultativa, e como o que é aceito não é imposto, cada patrocinador e cada participante conservam consigo o poder de disposição que lhes permitem

155 ARRUDA, Maria da Glória Chagas. “A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo”. Editora LTR, 2004, p. 226.

156 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (coordenação). “Previdência Privada – Doutrina e Comentários à Lei Complementar n. 109/01”. Editora LTR, 2005, p. 218.

modificar os critérios da adesão tanto quanto ao objeto da proteção previdenciário como quanto ao respectivo modo de exercício”¹⁵⁷.

Sendo facultativo e contratual o vínculo formado entre as entidades fechada de previdência complementar, participantes e patrocinadores/instituidores esta relação jurídica se desenvolve como “contratual, volitiva, de natureza privada, civil-previdenciária, aperfeiçoa-se quando da adesão dos participantes aos planos de benefícios destas entidades, formando o denominado ato jurídico perfeito, constituído por meio de contratos privados que possuem a natureza de contratos de adesão.”¹⁵⁸

5.2. Facultatividade

A facultatividade da previdência privada é um dos elementos que diferenciam da obrigatoriedade legal imposta na vinculação com a Previdência Social. A facultatividade é o poder que têm os interessados revestidos pelo ordenamento jurídico para fazerem ou deixarem de fazer alguma coisa.

Pode a pessoa aderir ou não, permanecer ou não num plano de previdência privada de acordo com sua vontade. Observamos que a facultatividade é mais visível quando nos referimos aos planos de previdência de entidades abertas já que podem aderir a este qualquer pessoa interessada. Já nos planos geridos por entidades fechadas de previdência complementar a facultatividade não pode ser vista de forma límpida, pois, no momento em que se firma o contrato de trabalho simultaneamente já é oferecido ao empregado a participação ao plano previdenciário. Embora não seja obrigatória a aderência ao plano, o empregado se encontra em uma situação de difícil recusa. Segundo Silvio Wanderley Lima “a volição em aderir a um plano pode ser presumida nas hipóteses em que a adesão não imponha qualquer encargo ao indivíduo, o que se dá quando o

157 BALERA, Wagner. “Comentários à Lei de Previdência Privada”. Editora Quartier Latin, 2005, p. 21.

158 AVENA, Lygia. “Reflexos do Novo Código Civil nas Entidades Fechadas de Previdência Complementar”. 24º Congresso Brasileiro dos Fundos de Pensão, out/2005, p. 71.

empregador assume a obrigação de vender as contribuições que tocariam ao empregado.”¹⁵⁹

“(…) não há qualquer espécie de vinculação do empregado a aceitar ser integrado em um plano de previdência privada oferecido pela empresa empregadora, mesmo que a empresa ou grupo de empresa seja patrocinador da entidade de previdência privada. Não obstante seja esta uma prática comum dentro das empresas – ou seja, o empregado é, no momento da sua contratação ou mesmo posteriormente, compelido a aderir a um plano de previdência privada - , a lei é expressa dizendo que ‘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’. Isto significa que a liberdade do empregado de contratar, ou não, um plano de previdência privada patrocinado pela empresa empregadora é a dedução lógica deste caráter facultativo do regime previdenciário de iniciativa privada.”¹⁶⁰

Concluimos que, embora haja esta “dedução lógica” da facultatividade no que se refere à participação de empregado em uma entidade fechada de previdência complementar, a adesão ao plano privado é **facultativa** à estrutura do contrato de adesão.

Destacamos elementos secundários caracterizadores das entidades fechadas de previdência complementar como sendo:

A) Autonomia

159 LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. “Regulação e Previdência Complementar Fechada”. Editora LTR, 2004, p. 64.

160 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (coordenação). “Previdência Privada – Doutrina e Comentários à Lei Complementar n.109/01”. Editora LTR, 2005, p. 126.

Pela Lei 6.435/77, as entidades abertas eram reguladas como entidades de seguro privado e as entidades fechadas complementares do sistema oficial de Previdência Social. Assim, de certa forma, a Previdência Privada visava à complementação da Previdência Social e a ela vinculada.

A Lei 109/2001 e EC 20/98, que deu nova redação ao art. 202 da CF, estabeleceu-se a total desvinculação do regime de Previdência Complementar e de Previdência Social. Assim, esta é a forma como deve ser interpretado o termo “organizada de forma **autônoma**”. A autonomia que possui as entidades de previdência privada deve estar delimitada aos parâmetros definidos em lei. Tal como outras atividades privadas sobre as quais opera, por força de lei, a ação de controle do Estado, no caso de previdência privada a exigência de prévia autorização e ação normativa secundária da autoridade administrativa caracterizam o exercício do Poder de Polícia, mediante o qual o Poder Público disciplina a atividade privada na esfera em que coincide com a virtualidade do interesse público.

A autonomia da Previdência Privada significa que sua estrutura normativa está separada do Regime Geral de Previdência Social. Mas a LC 109/2001 deixa expresso no art. 5º, que a entidade de previdência complementar são normatizada, coordenada, supervisionada, fiscalizada e controlada por órgãos estatais, não sendo estes motivos que retiram das entidades privadas sua autonomia.

Citamos o ensinamento de Sergio de Andréa Ferreira que muito contribuiu para definirmos o real sentido da autonomia da entidade de previdência complementar:

“Básico é realçar que a EFPC situa-se no setor privado, sendo que a afirmação, pelo art. 202 da CF, de sua autonomia e índole complementar, lhe confere a denotação de entes particulares (e não, apenas, de direito privado). A complementariedade, em face do regime previdenciário geral, não afeta essa realidade, porquanto *complementar* não é *completar*, nem *suplementar*, mas aditar com identidade própria. Nessa linha, não se pode pretender reduzir a previdência social, fazendo com que a complementar

supra suas deficiências. A previdência privada não tem caráter ancilar ou subalterno.”¹⁶¹

A Previdência Privada é um serviço de interesse público. Assim, autonomia não significa que a entidade de Previdência Privada pode fazer o que bem entender.

O art. 3º da LC 109/2001 estabelece as ações do Estado como: disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por lei à entidade de previdência privada, fiscalizar e proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

“A interferência do poder social na vida das entidades de previdência privada não deve mais, sob pena de desbordar dos limites constitucionais bem traçados, ser de molde a ditar comportamentos; configurar estruturas e impor exigências.

Ao órgão regulador e fiscalizador compete apenas e tão-somente vigiar para que a entidade mantenha seu perfil a um só tempo previdenciário e securitário”.¹⁶²

“A autorização administrativa é um ato que habilita a prática de um direito anterior sujeito ao controle preventivo. Não gera direito novo, possibilita a eficácia de direito preexistente que a lei condicionou ao poder de polícia administrativa, em atenção e interesses coletivos respeitáveis”.¹⁶³

Embora o texto legal, no art. 33 *caput*, determine que dependa de “autorização” a constituição e funcionamento as entidades fechadas de previdência complementar (inciso I), esta autorização deve ser entendida como licença, pois a autorização é um

161 FERREIA, Sergio de Andréa. “Previdência Complementar: os Limites de Fiscalização e de Regulação”, Fundos de Pensão em Debate. Editora Brasília Jurídica, 2002, p. 100.

162 BALERA, Wagner (coordenação). “Comentários à Lei de Previdência Privada”. Editora Quartier Latin, 2005, p. 31.

163 TÁCITO, Caio. “Revista de Direito Administrativo”, vol. 186. Editora RT, out/dez 1991, p. 233.

ato administrativo discricionário¹⁶⁴ e precário. Na verdade, o ato administrativo deve ser entendido como licença por ser ato vinculado,¹⁶⁵ já que o Estado tem que verificar se todos os requisitos legais exigidos para constituição e funcionamento das entidades fechadas de previdência complementar foram seguidos.

Não é porque a Constituição Federal reconhece a existência do regime de previdência privada distinto e autônomo que ele está fora do Sistema de Seguridade Social. A regulação da Previdência Privada visa ao interesse público, por isso está subordinada ao poder de polícia; embora sendo atividade privadas, é considerada pela lei como de utilidade pública em sentido lato.

Encaixa-se com perfeição a citação de Moreira Neto reproduzida pelo professor Wagner Balera, que define a entidade de previdência complementar como: “**serviço privado de interesse público**”¹⁶⁶ (destaque nosso).

“(...) esta necessária atuação reguladora estatal não poderá amesquinhar a natureza privada das entidades de previdência, as quais, obedecidos aos limites legais fixados, são livres para decidirem sobre sua gestão administrativa, financeira e operacional do modo que lhes aprouver.”¹⁶⁷

A.2) Regime

A previdência privada possui um regime jurídico próprio, regulado por leis específicas e com peculiaridades distintas.

164 “Administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta subjetivismo”. (Definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, p. 395).

165 “(...) a Administração prática sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos.” (Definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, p. 395).

166 BALERA, Wagner. “Comentários à Lei de Previdência Privada”. Editora Quartier Latin, 2005, p. 32.

167 LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. “Regulação e Previdência Complementar Fechada”. Editora LTR, 2004, p. 62

Conforme definição: “Regime jurídico é o conjunto de princípios e regras que formam a unidade sistemática de determinado instituto jurídico ou campo do Direito, conferindo-lhe autonomia e identidade própria.”¹⁶⁸

Os princípios, conforme conceitua Guastini; “são normas, ou seja, enunciados do discurso prescritivo, dirigidos à orientação do comportamento. Os princípios constituem, no gênero das normas jurídicas, uma espécie particular cujos traços característicos não é fácil individualizar com precisão: não é absolutamente claro, em outras palavras, quais propriedades deva ter uma norma para merecer o nome de ‘princípio’”.¹⁶⁹

O regime de previdência privada se destaca dos demais regimes previdenciários, pois cada qual possui características próprias, salvo os princípios previstos no art. 194, parágrafo único da CF que são vetores de todo Sistema de Seguridade Social.

Nesta linha, Wladimir Novaes Martinez¹⁷⁰ assinala que o uso do vocábulo *regime*, em relação aos trabalhadores da iniciativa privada, divide o sistema brasileiro de proteção social em dois estamentos fundamentais: a) geral, com as nuances de estatal, público e básico, e b) supletivo, com as determinantes de particular, privado e complementar.

No ordenamento jurídico haverá também o regime próprio dos servidores públicos que está disciplinado no art. 40 da Constituição Federal.

A.3) Benefícios

Segundo definição do professor Manuel Soares Póvoas, “o benefício é a contraprestação da entidade, isto é, a importância ou importâncias que a entidade paga ao participante ou aos seus beneficiários uma vez verificado o evento especifi-

168 ARRUDA, Maria da Glória Chagas. “A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo”. Editora LTR, 2004, p. 45.

169 GUASTINI, Riccardo. “Das Fontes às Normas”. Editora Quartier Latin, 2005, p. 47.

170 MARTINEZ, Wladimir Novaes. “Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar”, p. 20.

cado no contrato previdenciário”.¹⁷¹

A concessão do benefício pela previdência complementar não depende de concessão de benefício pelo regime geral de previdência social, conforme texto do art. 68, § 2º da LC 109/2001.

Os benefícios instituídos pelos planos atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transferência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Segundo explica Ana Cláudia Pompeu Andreucci,¹⁷² observando-se a lista de benefícios concedidos pelas entidades fechadas de previdência privada tem-se a impressão que está diante dos beneficiários do RGPS. “Na verdade há uma semelhança quase que absoluta nos tipos de benefícios a serem concedidos, e muitas vezes as entidades de previdência privada poderão implementar, complementar ou suplementar valores. (...)”

Entre os benefícios mais comumente verificados pode-se citar:

Quanto ao participante:

- a) auxílio-doença;
- b) aposentadoria por invalidez e seu respectivo pecúlio;
- c) aposentadoria especial;
- d) aposentadoria por idade;
- e) aposentadoria por tempo de serviço;

171 PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. “Previdência Privada, Filosofia, Fundamentos Técnicos , Conceituação Jurídica. Editora FUNSEG, 1985, p. 294/295.

172 ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. “A Organização Institucional das Entidades Fechadas de Previdência Privada”. Revista Social n.8, out/dez/2002, p. 71/72.

- f) abono anual;
- g) salário-maternidade;
- h) salário-família;
- i) auxílio-natalidade

Quanto aos dependentes:

- a) pensão por morte e seu respectivo pecúlio;
- b) auxílio-reclusão;
- c) auxílio-funeral;
- d) abono anual.

Há, contudo, um benefício não contemplado no Regime Geral, mas que é concedido nos planos de EFPP, denominado auxílio-nupcialidade, concedido quando são contraídas núpcias, mas não aplicado analogicamente para uniões estáveis.”

Os benefícios previstos, na LC 109/2001 de caráter previdenciário regulado em lei e autorizados pelo gestor dividem-se em dois grupos: benefícios de prestação continuada e benefícios de pagamento único. O evento gerador dos benefícios é o risco e o risco que enseja o contrato previdenciário dever ser possível, futuro, incerto.

A Instrução Normativa SPC 37/2002, no seu art. 1º, determina quais são os motivos geradores para a concessão do benefício, considerando-se os riscos de sobrevivência, invalidez, morte, reclusão e doença.

O benefício é o resultado, o produto que desencadeia a efetividade do contrato de previdência privada.

6. RELAÇÃO JURÍDICA DA PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA

O homem estabelece inúmeras relações com outros homens na vida em sociedade, com a finalidade de suprir suas necessidades. “As relações humanas são reguladas pelo Direito Objetivo que desenvolve as características de relações jurídicas considerando que são importantes para amparar e satisfazer interesses legítimos; o Direito as provê de eficácia, transformando-as em relações jurídicas vinculantes.”¹⁷³

Conforme definição de Fábio Berbel, citando o jurista Miguel Reale, a “Relação jurídica é espécie do gênero relação social. É, portanto, vínculo abstrato que une duas ou mais pessoas em torno de um determinado objeto (fim). O objeto do acoplamento abstrato e o componente gerador da relação são os elementos caracterizadores da relação social como relação jurídica. Isso se dá, como adverte Reale, porque ‘(...) nem todas as relações jurídicas, embora possam, às vezes, reunir duas ou mais pessoas através de vínculos estáveis e objetivos.’”¹⁷⁴

Através do estudo da Lógica Jurídica, iremos definir o que seria a relação jurídica no aspecto do estudo da estrutura formal da norma em si. Relações são vínculos existentes entre dois sujeitos sempre ligados a um modal deôntico¹⁷⁵. A relação pode ser em sentido amplo, quando abrange todas as relações que se verificam no domínio do direito positivo. Elas correspondem às hipóteses, são causas de alguns efeitos ou efeitos de algumas causas, como, por exemplo; nascer com vida, o que gera personalidade jurídica

173 CUNHA, João Paulo Rodrigues da. “(IN) Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Entidades Fechadas de Previdência Privada”. Revista de Previdência Social, nº 273, ago/2003, p. 666.

174 BERBEL, Fábio Lopes Vilela. “Teoria Geral da Previdência Social”. Editora Quartier Latin, 2005, p. 21

175 Conforme ensinamentos do mestre Paulo de Barros Carvalho em curso de Lógica Jurídica ministrado no primeiro semestre de 2005 no curso de mestrado da PUC/SP.

e se transforma em um sujeito de direito, mas, por si só, não corresponde a uma relação jurídica. Qualifica os fatos, atos, coisas, pessoas, independente de suas propriedades. Corresponde à hipótese da norma jurídica.

A relação jurídica, em sentido estrito, é a relação que irá se destacar entre os sujeitos de direito, de um lado, o titular de direito subjetivo e de outro o portador de dever jurídico.

Há dois sujeitos numa relação e uma conduta concretizada e geralmente presente no conseqüente da norma. As relações jurídicas são baseadas em estruturas formais, compondo-se do antecedente e de outro conseqüente e ligadas por um operador relacional.

Para o professor Paulo de Barros Carvalho, “relação jurídica é definida como o vínculo abstrato, segundo o qual, por força da imputação normativa, uma pessoa, chamada de sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outrem, denominada sujeito passivo, o cumprimento de certa prestação.”¹⁷⁶

Sem norma incidente na relação fática, ela não se eleva à condição de jurídica, ou seja, o elemento principal da relação jurídica há de ser jurídico.

Silvio Wanderley Lima citando Paulo Dourando Gusmão, define como relação jurídica “o vínculo que une duas ou mais pessoas, decorrente de um fato ou de um ato previsto pela norma jurídica, que produz efeitos jurídicos.”¹⁷⁷

A relação jurídica que se estabelece no contrato de previdência privada, é de caráter obrigacional. Assim, define o jurista Manuel A. Domingues de Andrade:¹⁷⁸ “obrigação é um vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa deve satisfazer a outra uma certa prestação”.

176 CARVALHO, Paulo de Barros. “Curso de Direito Tributário”. Editora Saraiva, 2003, p. 282.

177 LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. “Regulação e Previdência Complementar Fechada”. Editora LTR, 2004, p. 67.

178 ANDRADE, Manuel A Domingues de. “Teoria Geral das Obrigações”, vol.1. Livraria Almedina, 1992, p. 03.

Existe uma gama de relações jurídicas interligadas pelo regime de Previdência Complementar.

“Relações jurídicas de ordem econômica, de ordem estatal, de ordem das entidades de Previdência Complementar, de ordem empresarial, de ordem dos participantes e seus beneficiários.”¹⁷⁹

Nessa relação estão presentes pessoas determinadas, que são denominadas: sujeito ativo (credor) e sujeito passivo (devedor). Entre eles é estabelecido um vínculo especial, que liga certas pessoas em particular.

A prestação consiste num certo comportamento positivo de dar ou negativo de não fazer. Na relação obrigacional o devedor está adstrito em face do credor a praticar certo ato ou cumprir certa abstenção.

A relação obrigacional significa o vínculo que liga os dois sujeitos, credor e devedor, estabelecendo um comportamento do devedor. A relação jurídica consiste em um vínculo entre pessoas.¹⁸⁰

A relação jurídica consiste, segundo Custódio da Piedade U. Miranda, “em toda relação da vida social disciplinada pelo Direito. É a atribuição a um sujeito, de um direito e na imposição a outro sujeito do correspondente dever, e tal direito só irá ocorrer se houver um cumprimento deste dever. (...) A relação jurídica, porém, na maioria das vezes, não é assim linear, simples, com um direito atribuído ao seu titular e o correspondente dever imposto ao outro sujeito da relação (...) o direito atribuído ao seu titular, na relação jurídica, é um *direito subjetivo*, um *poder* que lhe é conferido pela ordem jurídica, de

179 CASSONI, Cesar Augusto. “O Sistema de Previdência Complementar”. Revista em Homenagem ao Prof. Wagner Balera, 2003, p. 88.

180 ANDRADE, Manuel A Domingues de. “Teoria Geral das Obrigações”, vol.1. Livraria Almedina, 1992, p. 26.

exigir do outro sujeito, a quem incumbe o dever, um comportamento, positivo ou negativo, que se deve orientar no sentido do cumprimento desse dever.”¹⁸¹ (itálico do original).

Os elementos estruturais da relação obrigacional são: a) o sujeito ativo e o passivo; b) o objeto, a prestação devida correspondente a certa atitude do devedor em proveito do credor e c) o vínculo jurídico entre credor e devedor, promotor da garantia das obrigações.

O vínculo da relação é a obrigação do sujeito passivo satisfazer o sujeito ativo. Na relação obrigacional, a prestação do devedor, em muitas situações, depende de uma contraprestação do credor, sendo que este poder conferido pelo ordenamento jurídico ao sujeito ativo exigir o cumprimento da obrigação do sujeito passivo é baseado na responsabilidade contratual.

A relação jurídica da previdência privada não será a mesma da estabelecida na Previdência Social. Segundo Feijó Coimbra¹⁸²:

“vemos na atividade assistencial privada a prática de ato unilateral, sem caráter obrigacional. A assistência do Estado é ato administrativo discricionário, no qual o administrador é o único juiz da conveniência ou da oportunidade. Na previdência privada vê-se a relação jurídica contratual, de adesão. E na previdência denominada social, vemos as três relações jurídicas (de vinculação, de proteção e de custeio) de índole obrigacional, *ex lege*. Tendo as duas primeiras como sujeito ativo, titular do direito, o cidadão vinculado ao sistema e a terceira tendo como titular o Estado, credor da obrigação de contribuir cabente aos que a lei designa como sujeitos passivos dessa relação jurídica.”

181 MIRANDA, Custódio da Piedade U. “Teoria Geral do Direito Privado”. Editora Del Rey, 2003, p. 64.

182 *Apud* Eliane Romeiro Costa, *op.cit.* p. 9.

Na Previdência Privada fechada, haverá inúmeras relações jurídicas que se estabelecem entre: a entidade e a patrocinadora; entre a entidade e a instituidora; entre a entidade e participante; entre patrocinador e participante; entre instituidor e participante.

Segundo Arion Romita,¹⁸³ são os seguintes elementos estruturais da relação de previdência privada (entidade fechada):

a) sujeitos (são as pessoas vinculadas – ativo e passivo): participantes e assistidos, as entidades fechadas de previdência privada, as empresas patrocinadoras e os instituidores; e o Estado¹⁸⁴.

b) objeto: é o interesse a que se refere a relação, valorado pelo ordenamento jurídico como digno de proteção;

c) conteúdo: as contribuições e as prestações.

6.1. Sujeitos da Relação Jurídica de Previdência Privada Fechada

Só haverá relação jurídica quando houver sujeitos. “A relação jurídica nasce da norma objetiva que descreve seus elementos internos e externos. Os sujeitos jurídicos são componentes externos à relação jurídica, pois necessariamente não importam a uma única relação social.

O liame entre o(s) sujeito(s) da relação jurídica e a norma jurídica é o elemento que impõe a sua conceituação, visto que será considerado sujeito de direito todo e qualquer fenômeno destinatário de norma jurídica objetiva.”¹⁸⁵

183 ROMITA, Arion Sayão. “Estrutura da Relação de Previdência Privada (Entidades Fechadas)”. Revista de Previdência Social, nº 252, nov/2001, p.779.

184 “O Estado ocupa posição *sui generis* no que se refere à relação jurídica de previdência complementar”, segundo Silvio Wanderley do Nascimento Lima (*in* “Regulação e Previdência Complementar Fechada”, p. 71).

185 BERBEL, Fábio Lopes Vilela. “Teoria Geral da Previdência Social” . Editora Quartier Latin, 2005, p. 52-53.

Integram a relação jurídica de previdência fechada complementar: a) as entidades de previdência complementar; b) os participantes; c) os beneficiários; d) os assistidos; e) os patrocinadores; f) os instituidores; e g) o Estado.

Serão considerados sujeitos ativos, na relação de previdência complementar, aqueles que têm direito ao recebimento das prestações e sujeitos passivos aqueles que são responsáveis pelo pagamento dos benefícios.

a) os participantes, os beneficiários e os assistidos

Conforme definido por Arion Romita, serão participantes e assistidos os segurados e beneficiários incluídos no plano de concessão de benefícios complementares. “(...) associado, segurado e beneficiário são termos sinônimos, já que inexistente distinção entre tais participantes”¹⁸⁶. Conforme o art. 16, § 1º da LC 109/2001, os planos de benefícios serão oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores. E o parágrafo 1º ressalta ser equiparado aos empregados ou associados os diretores, gerentes, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores.

A lei complementar possibilita a “TODOS”, empregados e associados o ingresso na participação das entidades de previdência privada. Em se tratando de entidade de previdência fechada, a participação será restrita apenas a estes citados no artigo da lei, independentemente da relação empregatícia estabelecida entre empregado e empregador. Pode ser temporário, empregado contrato por tempo determinado, etc. A única exceção trazida pelo ordenamento legal (§ 3º) é no que se refere aos planos em extinção, sendo o acesso a eles limitado aos novos participantes. Houve uma inovação com a LC 109, segundo a qual se abre a possibilidade de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial de serem instituidores de planos fechados para seus associados e membros.

186 ROMITA, Arion Sayão. “Estrutura da Relação de Previdência Privada (Entidades Fechadas)”. Revista Social nº 252, nov/2001, p. 780.

São pessoas jurídicas de caráter profissional as associações de profissionais, como, por exemplo, a OAB. São pessoas jurídicas de caráter classista as que dizem respeito aos sindicatos, federações ou confederações. São de caráter setorial as associações que não têm caráter profissional ou classista, mas cujos associados mantêm uma ligação entre si.

O beneficiário é a pessoa indicada pelo participante para receber o benefício de caráter continuado, contratado com o plano.

O beneficiário foi assim designado pelo art. 2º do Decreto 4.206/02 revogado pelo Dec. 4.942/03: “V - beneficiário, aquele indicado pelo participante para gozar de benefício de prestação continuada;”

Assim, os participantes e beneficiários que se encontram fruindo das prestações pecuniárias pactuadas, são denominados assistidos.

Estabelece o art. 31 da LC 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.”

b) Patrocinadora/Instituidora

Os patrocinadores/instituidores são entes que criam as entidades fechadas de previdência complementar. São patrocinadoras, conforme art. 31 da LC 109/2001, empresa ou grupo de empresas e os entes de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) que mantendo, com os participantes, vínculo empregatício

ou equiparado (como nos casos dos gerentes, diretores conselheiros, ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes) venham instituir plano de benefício de caráter previdenciário, por entidade fechada, vertendo contribuições para tal finalidade. A instituidora são as associações de caráter profissional, classista ou setorial que instituem aos associados planos de benefícios de previdência privada.

Mas o art. 4º da Resolução CGPC nº 12/2002 impõe, para que as entidades possam ser instituidoras, as seguintes exigências:

- I - congrega, no mínimo, mil associados ou membros de categoria ou classe profissional, em seu âmbito de atuação;
- II - possui registro regular, na condição de pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, há pelo menos três anos.

Patrocinador estatal é o Estado que organiza a complementação, através de empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação de direito público. As primeiras foram estatais (Banco do Brasil S/A e Petrobras S/A), e os maiores patrimônios pertencem aos entes paraestatais.¹⁸⁷

Podem ser empresas públicas ou privadas, União, Estados, Distrito Federal, Municípios e pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial que são denominadas instituidores. A LC 109 estabelece que o patrocinador ou instituidor deva encaminhar, para prévia e expressa autorização do órgão fiscalizador, requerimento para a constituição da entidade fechada, acompanhado das respectivas propostas de estado e de regulamento do plano de benefício, nota técnica atuarial, com o resultado da avaliação atuarial e minuta do convênio de adesão.

A patrocinadora recebe esta denominação pois, é a partir dela que advém a liberalidade de criação da entidade em benefício de seus trabalhadores e também

187 MARTINEZ, Wladimir Novaes. "Curso de Direito Previdenciário", Editora LTR, 2002, p. 67.

pelo patrocínio financeiro para custear os planos instituídos juntamente com a contribuição dos trabalhadores.

O instituidor tem o mesmo papel da patrocinadora e a única diferença é que não irá arcar com os custos relativos ao plano de benefícios.

A Resolução CGPC nº 12/2002, em seu art. 2º, assim dispõe sobre o instituidor:

“Art. 2º. Considera-se Instituidor a pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que oferecer plano de benefícios previdenciários aos seus associados.

Parágrafo único. Poderão ser Instituidores:

I - os conselhos profissionais e entidades de classe nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;

II - os sindicatos, as centrais sindicais e as respectivas federações e confederações;

III - as cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;

IV - as associações profissionais, legalmente constituídas;

V - outras pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, não previstas nos incisos anteriores,”

E, no seu art. 3º, estabelece que o instituidor poderá constituir uma entidade fechada de Previdência Complementar, ou instituir plano de benefícios de caráter previdenciário em outra entidade de Previdência Complementar fechada, com exceção daquelas patrocinadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, sociedade de economia mista, empresas controladas direta ou indiretamente e outras entidades públicas.

Importante ressaltar, conforme preceitua o art. 13 da LC 109/2001, a formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante o

convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada.

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 a ser ministrado por entidade fechada, fixando as respectivas obrigações e direitos no que tange à administração e à execução dos planos de benefícios propostos. Esse convênio terá um conjunto de cláusulas mínimas estabelecidas pelo órgão regulador.

A Resolução CGPC nº 08/2004 estabelece a regulamentação de cláusulas mínimas que deverão constar no contrato de adesão, sendo:

“Art. 3º. O convênio de adesão deverá conter:

- I – qualificação das partes e seus representantes legais;
- II – indicação do plano de benefícios a que se refere a adesão;
- III – cláusulas referentes aos direitos e às obrigações de patrocinador ou instituidor e da entidade fechada de previdência complementar;
- IV – cláusula com indicação do início da vigência do convênio de adesão;
- V – cláusula com indicação de que o prazo de vigência será por tempo indeterminado;
- VI - condição de retirada de patrocinador ou instituidor;
- VII - previsão de solidariedade ou não, entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos;
- VIII - foro para dirimir todo e qualquer questionamento oriundo do convênio de adesão.

O que difere o contrato e o convênio é que, no contrato, as partes desejam direitos diversos e, no convênio, há um interesse comum entre os partícipes. O convênio pressupõe que as pessoas, com competências institucionais, comuns vão prestar mútua colaboração para atingir seus fins.

Jerônimo Jesus dos Santos explica esta situação: “(...) há entre os pretendentes partícipes o acordo de vontades concernentes aos mesmos interesses, há reciprocidade com características próprias. Os partícipes desejam a mesma coisa. Aliás, há como realizar conjuntamente uma ou várias operações comuns; seus interesses não são diferentes, além do que caminham na mesma direção. Em outras palavras, seus objetivos institucionais, no dispositivo em comento, são comuns. E ainda, poderá haver mútua colaboração. Portanto, se vislumbra na perspectiva final um oferecimento de melhor prestação de serviço de interesse público da SPC.”¹⁸⁸

A análise do requerimento de aprovação do convênio de adesão será de competência da Secretária de Previdência Complementar assim como qualquer alteração posterior que vier a ocorrer, conforme art. 5º da Resolução CGPC nº 08/2004.

d) O Estado

O Estado irá ocupar a relação jurídica de previdência complementar fechada como um sujeito indireto, ou melhor, numa posição *sui generis*. Conforme explicação de Arion Romita, “o Estado se inclui entre os sujeitos da relação de previdência privada, porque a ele incumbe a regulação e a fiscalização das entidades fechadas. A fiscalização se faz sem prejuízo da supervisão exercida pela empresa patrocinadora, (...) A fiscalização que o Poder Público exerce sobre as atividades das entidades fechadas de previdência privada é mais extensa possível: abrange a autorização para o funcionamento de cada entidade bem com a fiscalização da aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações. (...)”¹⁸⁹

“(...) a atuação estatal não tem o escopo de auferir qualquer vantagem do liame jurídico, mas tão-somente assegurar que este se desenvolva de forma satisfatória, através do cumprimento integral do que fora avençado. (...)”

188 SANTOS, Jerônimo de Jesus. “Previdência Privada”. Editora Rio de Janeiro, 2005, p. 234.

189 ROMITA, Arion Sayão. “Estrutura da Relação de Previdência Privada (Entidades Fechadas)”. Revista de Previdência Social, nº 252, nov/2001, p.280.

Em relação ao Estado e aos participantes, assume o Estado a posição de curador, cabendo assegurar-lhes o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios e, de um modo geral, proteger-lhes os interesses (art. 3º, IV e VI da LC 109/2001)".¹⁹⁰

6.2. Relações Jurídicas Existentes na Entidade Fechada

O direito é relacional porque é um fato social e o fato social é inter-relacional.¹⁹¹

As relações que interessam ao direito são somente as relações entre sujeitos de direito, também chamadas relações intersubjetivas.¹⁹²

Há várias relações jurídicas interligadas no regime de Previdência Complementar fechado, conforme veremos a seguir.

6.2.1. Relação jurídica entre Patrocinador e Participante

A empresa e o trabalhador, devido ao contrato de trabalho, estabelecem uma relação jurídica, mas esta relação é desvinculada da estabelecida entre a empresa patrocinadora e a entidade de Previdência Privada, embora o vínculo inicial para o ingresso no sistema de Previdência Privada seja uma relação jurídica decorrente do vínculo trabalhista. O art. 202, § 2º da CF, estabelece que as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previ-

190 LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. "Regulação e Previdência Complementar Fechada". Editora LTR, 2004, p. 71.

191 VILANOVA, Lourival, "As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo". Editora RT, 1977, p. 36.

192 CASSONI, Cesar Augusto. "O Sistema de Previdência Complementar". Revista em Homenagem ao Professor Wagner Balera, 2004, p. 86.

dência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes.

Mesmo sendo o vínculo trabalhista o desencadeador da participação do trabalhador na entidade privada, havendo rescisão do contrato de trabalho não perde o vínculo criado com a entidade de Previdência Privada Fechada, conforme estabelece o art. 14, I da LC 109/01. Dessa disposição legal resulta a possibilidade de o participante manter o benefício proporcional diferido, a portabilidade do direito acumulado, o resgate da totalidade das contribuições em dobro.

A Resolução CGPC nº 12, de 27 de maio de 2004, disciplinou a matéria considerando a hipótese de transferência do empregado para outra empresa do mesmo grupo econômico, mas que não seja patrocinador da entidade de previdência privada fechada.

“Art. 1º. Exclusivamente no âmbito do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, a transferência individual de empregados, participantes de plano de benefícios, de seu empregador, patrocinador de plano de benefícios, para outra empresa do mesmo grupo econômico que não seja patrocinador daquele plano, é equiparada à cessação de vínculo empregatício, sendo assegurada aos participantes transferidos a opção pelos institutos do benefício proporcional diferido, da portabilidade ou do autopatrocínio.”

Assim, mesmo que pressionado pelos empregados, o empregador não pode assumir obrigação pessoal de complementar o RGPS sem que haja um mecanismo técnico-científico dos fundos de pensão que são instituídos no âmbito de uma empresa visando a este fim. Embora seja uma atitude empresarial visando a uma garantia do futuro do empregado e estimulando, conseqüentemente, a produtividade da empresa, por ser esta uma atividade de âmbito social deverá ser realizada conforme os parâmetros legais estabelecidos pelo Estado para que cumpra sua finalidade.

6.2.2. Relação jurídica entre Instituidor e Participante

Já existe uma relação entre o instituidor e o participante que antecede o fenômeno previdenciário privado fechado. A LC 109/01 atribuiu às associações ou entidades de interesses das categorias profissionais a faculdade de instituir, nos termos definidos pelo órgão regulador e fiscalizados, planos de benefícios para seus associados ou profissionais. Ex: previdência privada fechada aos advogados tendo como instituidora a OAB.

O ordenamento jurídico define quem poderá ser o instituidor. Segundo a Resolução do CGPC nº 12/2002, serão instituidores de caráter profissional, classista ou setorial os conselhos profissionais e entidades de classe com registro para o exercício da profissão; os sindicatos, as centrais sindicais e as respectivas federações e confederações; as cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas; as associações profissionais, legalmente constituídas e outras pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, desde que autorizadas pelo órgão fiscalizador.

6.2.3. Relação Jurídica entre a Patrocinadora e a Entidade de Previdência Privada

A empresa é a pessoa jurídica de Direito Privado que decide instituir uma entidade de Previdência Privada que será a gestora dos planos de benefícios, tendo autorização do órgão fiscalizador para administrar e executar. A entidade será outra pessoa jurídica de Direito Privado e se estabelece entre elas um vínculo mediante o convênio de adesão firmado entre ambas, com relação a cada plano de benefício administrado pela entidade.

A patrocinadora, conforme art. 13, § 1º, irá arcar com os custos conveniados, admitindo solidariedade com relação aos planos, desde que prevista no convênio de adesão.

Segundo João Paulo Cunha, surgem desse relacionamento entre patrocinadora e fundo de pensão, duas relações jurídicas principais, conforme citamos a seguir:

“Relação de patrocínio – deriva do compromisso assumido pela empresa de patrocinar os meios materiais para ocorrer o custeio da entidade, nos limites estabelecidos no estatuto. É uma relação complexa que se origina com a constituição de um depósito inicial; a relação continua com o pagamento programado das contribuições que tem de ser cumprido rigorosamente; por seu turno, a extensão do patrocínio será a que a empresa tiver determinado.

Relação jurídica de prestação de serviços assistenciais¹⁹³ – as operações devem ser custeadas pelas respectivas patrocinadoras e contabilizadas em separado, não tendo correspondência com a relação jurídica do patrocínio previdenciário, sendo uma outra relação jurídica de prestação de serviços que a entidade realiza em nome e por conta da empresa.”¹⁹⁴

6.2.4. Relação Jurídica entre o Instituidor e a Entidade de Previdência Privada Fechada

O instituidor desempenhará a mesma função da patrocinadora, a diferença é que não irá arcar com custos relativos ao plano de benefícios.

Criada a entidade de previdência privada, ela terá vida própria e seus fundos e provisões dos planos deverão ser inteiramente segregados do patrimônio do instituidor. O custeio será totalmente realizado pelos participantes, mas nada impede que os empregadores, em relação aos seus empregados vinculados a planos de benefícios constituídos por instituidor, efetuem contribuições previdenciárias para o referido plano, por

193 Esta hipótese não se confunde com a redação do art. 76 , § 1º que veda os programas assistenciais de natureza financeira das entidades fechadas.

194 CUNHA, João Paulo Rodrigues da. “(IN) Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Entidades Fechadas de Previdência Privada”,. Revista de Previdência Social, nº 273, ago/2003, p. 667.

meio de instrumento contratual específico. (art. 10, § 4º da Resolução CGPC 12/2002 com redação dada pela Resolução CGPC 3/2003).

Constituída a entidade de previdência privada pelo instituidor, a gestão dos recursos deverá ser terceirizada. Conforme nova redação dada ao art. 3º da Resolução CGPC 12/2002 pela Resolução MPS/CGPC nº 3/2003:

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

§ 2º A EFPC constituída por instituidor deverá terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada na gestão de recursos de terceiros autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente; “

O instituidor não dispõe de recursos adicionais ou lucros com sua atividade de controle e defesa dos interesses profissionais, não tendo recursos para direcionar ao fundo. Devido a esse fato, os planos com a instituidora serão de contribuição definida. Nos planos de contribuição definida os riscos do plano são arcados pelos participantes.

6.2.5. Relação jurídica entre os Participantes e a Entidade de Previdência Privada Fechada

Duas são as relações entre a entidade fechada de previdência privada e o participante. A primeira diz respeito à inscrição do participante como beneficiado.

A relação entre estes decorre da proposta de inscrição que será encaminhada à entidade de Previdência Privada Fechada, acompanhada dos dados cadastrais do trabalhador.

O art. 10 da LC 109/2001 estabelece os requisitos que deverão constar das propostas de inscrição.

“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.(...)”

Os requisitos estabelecidos pela lei objetivam dar ao participante o acesso a todas as informações referentes ao plano, obedecendo ao princípio da publicidade.

De acordo com a regra do CC art. 427, feita a proposta do contrato, esta já obriga o proponente a cumprir o proposto e o vínculo obrigacional irá estabelecer-se a partir da aceitação.

A segunda situação é como sendo o participante contribuinte, em que as relações jurídicas são semelhantes às que se desenvolvem entre uma companhia de seguros de

vida e o segurado contratante. Ocorrendo o evento gerador, haverá um pagamento-recebimento do benefício conforme pactuado no contrato.¹⁹⁵

195 CUNHA, João Paulo Rodrigues da. "(IN) Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Entidades Fechadas de Previdência Privada". Revista de Previdência Social, nº 273, ago/2003, p. 666.

7. CONTRATO DE TRABALHO

Já foi estudado, em capítulo anterior, o instituto do contrato. O contrato é que dá origem à relação jurídica de previdência privada, por isso a importância do estudo do instituto mais detalhadamente. A previdência privada fechada advém de uma relação já existente que é a relação trabalhista; assim, analisaremos as peculiaridades do contrato de trabalho.

7.1. Conceito e características

O contrato de trabalho compreende todo contrato pelo qual uma pessoa se obriga a uma prestação de trabalho em favor de outra.

Os contratos de trabalho podem ser expressos ou tácitos, conforme o tipo de expressão de manifestação de vontade.

Segundo afirmação de Renato Corrado,¹⁹⁶ “contrato de trabalho é antes um *modo de ser* de qualquer contrato que importe numa obrigação de fazer, quando a prestação deva realizar-se em um estado de subordinação, do que, propriamente, um contrato de *conteúdo* específico.”

Segundo dispõe a CLT, art. 442: “O contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”

196 “Il Rapporto di Lavoro nel Diritto Privato e Pubblico”, em colaboração com Maria Comba, 3ª edição, 1ª parte, *apud* “Instituições de Direito do Trabalho”, Sussekind, Arnaldo *et al.* Editora LTR, vol.1 2002. p. 97.

O texto legal contém uma conotação contratualista¹⁹⁷ ao aludir ao acordo tácito e expresso e, ao mesmo tempo, um caráter anticontratualista quando faz alusão à “relação de emprego”¹⁹⁸

O vínculo estabelecido entre empregado e empregador é de natureza contratual, pois ninguém pode ser obrigado a trabalhar para outrem sem sua própria vontade. A vontade das partes se encontra materializada no contrato de trabalho, sendo tácito ou expresso. Assim, mesmo não sendo ajustado previamente entre as partes, mas realizando o trabalhador a prestação de serviço e o tomador não se opondo, é considerado tacitamente aceito.

É um acordo de duas ou mais vontades, tendo em vista produzir efeitos jurídicos. Segundo definição de Décio Maranhão¹⁹⁹: “Contrato de trabalho *stricto sensu* é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada.”

O contrato de trabalho se origina de uma obrigação de fazer e possui características próprias pois o estado de subordinação do prestador de trabalho, que o caracteriza, torna-se distinto de qualquer outro contrato do direito privado.

São as seguintes as características do contrato de trabalho:

a) contrato de direito privado – contrato baseado na vontade das partes que estão no mesmo nível de igualdade jurídica, embora sejam seguidas normas de ordem pública; o contrato é tipicamente privado.

b) contrato *intuitu personae* – o contrato se estabelece por um vínculo de nature-

197 Segundo professor Amauri Mascaro do Nascimento o contratualismo é a teoria que como nome indica, considera a relação entre empregado e empregador um contrato.

198 Nascimento, Amauri Mascaro, “Iniciação ao Direito do Trabalho”, Editora LTR 1998, p. 139.

199 “Instituições de Direito do Trabalho” . Editora LTR, 2002, p. 230.

za pessoal. O trabalhador, por sua vontade, ficará subordinado pelo empregador nesta relação. O fundamento deste vínculo é a natureza pessoal.

c) contrato sinalagmático – resulta em direitos e obrigações equivalentes entre as partes.

d) contrato consensual – a lei não exige forma especial para sua validade podendo ser expresso ou tácito, exceto aqueles contratos em que a própria lei impõe a forma escrita, como no caso do contrato de aprendizagem.

e) contrato oneroso: à prestação de trabalho corresponde a contraprestação de salário.

7.2. Contrato de trabalho e relação de emprego

Segundo o professor Amauri Mascaro,²⁰⁰ relação de trabalho e contrato de trabalho são expressões diferentes, são duas figuras diferentes, pois o contrato de trabalho é o fato gerador da relação de trabalho, o contrato faz nascer a relação entre empregado e empregador, formando o vínculo trabalhista. Na relação de trabalho haverá prestação de serviço, mas não necessariamente o vínculo trabalhista. Na verdade a melhor expressão a ser utilizada no contrato de trabalho seria a de “relação regulamentada”, não havendo contrato mas a prestação de serviço de fato.

Para melhor esclarecer essa distinção entre relação de emprego e relação de trabalho, utilizamos a explicação de Hirose Pimpão²⁰¹ :

(...) um particular que contrata um jardineiro para limpeza do jardim de sua residência, estabelece entre ambos uma relação de trabalho sem que tenha

200 Nascimento, Amauri Mascaro, “Iniciação ao Direito do Trabalho”, Editora LTR 1998, p. 141.

201 “Das Relações de Emprego no Direito do Trabalho”, 1960, *apud* Délio Maranhão. “Instituições de Direito do Trabalho”, Editora LTR, 2002, p.232.

“... não tendo sido celebrado contrato de trabalho entre eles, nem qualquer relação de emprego. Em todos os casos de trabalhadores por conta própria haverá relação de trabalho.”

O professor Délio Maranhão discorda dessa afirmação por considerar que, se um particular contrata um jardineiro, há um contrato mas de trabalhador autônomo, não vai haver um contrato de trabalho, denominando-se “relação de emprego” quando se trata de um contrato de trabalho subordinado. Quando não houver contrato, teremos uma simples relação de trabalho. Sem contrato de trabalho - entenda-se o *strictu sensu* - não há relação de emprego, mas relação de trabalho.

7.3. Subordinação Jurídica

O art. 3º da CLT dispõe que empregado é toda pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste, mediante salário.

Esta dependência deve ser entendida como sendo a dependência jurídica. Como serão do empregador os riscos da empresa e ele também será incumbido da direção da prestação pessoal e serviço, o empregado deve ser subordinado a ele, obedecendo às suas diretrizes. Sendo o trabalho, ou melhor, a força do trabalho indissolivelmente ligada à sua fonte, que é a própria pessoa do trabalhador, daí decorre, logicamente, a situação subordinada em que esse terá de ficar relativamente a quem pode dispor do seu trabalho.

Assim, a subordinação do empregado é jurídica e resultante de um contrato e disso resulta seu fundamento e seus limites. Essa subordinação é a principal diferença que caracteriza o contrato de trabalho dos demais contratos do direito privado. Apenas nessa relação haverá essa subordinação.

8. REMUNERAÇÃO

A onerosidade é um dos elementos componentes da relação empregatícia. No Brasil é utilizado o termo remuneração como sendo o gênero no qual os salários, vencimentos, soldo e honorários são espécies.

O salário constitui a remuneração devida pelo empregador ao empregado, decorrente do contrato de trabalho como contraprestação do trabalho fornecido pelo empregado.

Segundo Orlando Gomes,²⁰² “tecnicamente, toda retribuição de trabalho, em relação de emprego, é salário.” Remuneração traduz tudo quanto o empregado percebe no exercício do trabalho, vindo ou não do empregador. O salário é restrito à retribuição paga diretamente pelo empregador.

O professor Arnaldo Sussekind faz a seguinte distinção entre salário e remuneração²⁰³: “salário é a retribuição dos serviços prestados pelo empregado, por força do contrato de trabalho, sendo devido e pago diretamente pelo empregador que dele utiliza para a realização dos fins colimados pela empresa; a remuneração é a resultante da soma do salário percebido em virtude do contrato de trabalho e dos proventos auferidos de terceiros, habitualmente, pelos serviços executados por força do mesmo contrato.”

O salário é um direito do trabalhador tutelado constitucionalmente e inserido entre os direitos sociais do art. 7º da CF/88. O art. 457 da CLT considera:

“Compreendem-se na remuneração do empregado para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.”

202 “O Salário no Direito Brasileiro”. Editora LTR, 1996, p. 23.

203 “Instituições de Direito do Trabalho”. Editora LTR, 2002, p. 339.

Segundo comentários do jurista Valentin Carrion,²⁰⁴ a expressão legal utilizada é “remuneração” que significa salário indireto (gorjetas) e o salário direto pago pelo empregador (em dinheiro ou utilidades). Aderem à remuneração contratual, para todos os efeitos, percentuais, adicionais indenizatórios, etc.

8.1. Salário

8.1.1. Definição

O salário é o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho²⁰⁵. A lei excetua hipóteses em que não haverá trabalho, mas permanece ao empregado o direito de tê-lo, como, por exemplo, no caso de férias, final de semana, etc.

Segundo professor Amauri Mascaro do Nascimento, “O salário, nas relações jurídicas, é um crédito do trabalhador. Para o empregador, é um débito. As normas jurídicas o tratam como uma condição de trabalho. A sua importância é central no contrato de trabalho²⁰⁶.”

O contrato de trabalho é essencialmente oneroso. Seu objeto há de ser o trabalho remunerado. A remuneração, além de ser elemento indispensável à configuração da relação de emprego, constitui obrigação fundamental do empregador. É a contraprestação do trabalho²⁰⁷. A remuneração que o empregado recebe em troca do

204 CARRION, Valentin. “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, Editora Saraiva, 2002, p. 294.

205 DELGADO, Mauricio Godinho. “Curso de Direito do Trabalho”, Editora LTR, 2003, p. 685.

206 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Teoria do Salário”. Editora LTR, 1994, p. 189.

207 Explicação dada pelo Professor Orlando Gomes. “O Salário no Direito Brasileiro”, Editora LTR, 1996, p. 57.

serviço chama-se salário.

Mas não podemos dizer que o salário é apenas o preço do trabalho, porque o trabalho não é mercadoria, nem indenização pela energia dispendida pelo trabalhador, pois indenização não tem natureza de retribuição. Também não é apenas um crédito alimentar, pois, além da necessidade de alimentação outras necessidades básicas tem o empregado, como: moradia, higiene, educação, etc.

A conceituação do salário deve ser a retribuição dada pela empresa ao trabalhador pela prestação dos serviços prestados. A natureza jurídica dessa prestação há de corresponder à natureza jurídica da própria relação de emprego.

8.1.2. Elementos que Integram o Salário

O salário deve ser pago em moeda corrente do país, como previsto no art. 463 da CLT. O pagamento em moeda estrangeira é vedado e considerado como não sendo efetuado.

Determina o art. 458 da CLT que, além do dinheiro compreendem-se no salário a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações “in natura” que a empresa fornecer habitualmente ao empregado, decorrente do contrato ou costume.

O art. 458 da CLT elenca algumas utilidades que sendo fornecidas pelo empregador, são consideradas como bens econômicos que serão consideradas como parte do salário. No direito brasileiro são utilizadas as expressões “salário-utilidade” e salário “*in natura*”.

Como explica o professor Amauri Mascaro Nascimento,²⁰⁸ esse tipo de remuneração, na prática, sempre existiu. No passado era comum que a remuneração fossem

208 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Teoria Jurídica do Salário”. Editora LTR, 1994, p. 195.

em pães, carnes, sandálias, trajes, azeite, etc. no Egito de Ramsés II, daqueles que trabalhavam na sua estátua. A palavra salário provém de “*salarium*” que, por sua vez, vem de sal, costume antigo de pagar os romanos legionários e os domésticos.

A questão jurídica sobre o tema é como fazer a distinção entre as utilidades salariais e não salariais. O direito brasileiro utiliza a teoria finalística, isto é, considera salariais as que são atribuídas pela prestação de serviços e as não salariais as que são apenas para a prestação de serviços. Quando a utilidade é necessária para a prestação do serviço, isto é, instrumento para o exercício do trabalho, como a utilização de ferramentas ou equipamentos, não tem natureza salarial, pois, para que tenha natureza salarial, a utilidade deve ser considerada uma contraprestação.

Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias de viagem (que ultrapassem o limite de metade do salário-dia devido ao empregado) e abonos pagos pelo empregador.

Não serão incluídos no salário: diárias (com valor menor do que a metade do salário-dia do empregado), vale-transporte e salário-família.

Não serão consideradas como salário as seguintes utilidades:

I) vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço;

II) educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos à matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático;

III) transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso que não haja transporte público;

IV) assistência médica, hospitalar, odontológica, prestada diretamente ou

mediante seguro-saúde;

V) seguros de vida e de acidentes pessoais;

VI) previdência privada.

O salário, como vemos na lei, não pode limitar o salário apenas como sendo uma remuneração monetária, pois ele também pode ser *in natura*.

É uma forma primitiva de remuneração, mas, com as normas protetivas da relação trabalhista, a prestação *in natura* ficou mais restrita.

A obrigação de pagar o salário-utilidade pode ser originária de um acordo expresso ou tácito ou de um costume da empresa. É importante destacar a ressalva feita no art. 458 da CLT em que os valores das utilidades deverão ser justos e razoáveis, não podendo ultrapassar os percentuais que compõem o salário mínimo. Pelo menos 30% do salário deve ser obrigatoriamente pago em dinheiro.

Segundo Súmula TST 258, os percentuais fixados em lei e relativos ao salário *in natura* apenas alcançam os empregados que recebem salário mínimo, apurando, nos demais casos, o real valor da utilidade. Concordamos com a explicação do professor Amauri Mascaro que diverge desta decisão do TST de aplicar aos salários superiores ao mínimo o limite de 70%, pagos através de utilidades.

É vedado o chamado *truck-system*, isto, é o pagamento realizado pelo empregador em mercadorias ou vales trocáveis por estas, em estabelecimentos de sua propriedade, podendo ser gerido por si ou representante, ou terceiro dono, embora controlado pelo próprio empregador. Segundo definição de José Martins Catharino,²⁰⁹ o “*truck-system* caracteriza-se pelo fato de o empregador não efetuar o pagamento em dinheiro, substituindo-o por coisas ou papel de validade restrita e exclusiva. Destarte, o emprega-

209 CATHARINO, José Martins. “Tratado Jurídico do Salário”, Editora LTR, 1997, p. 652.

do se vincula *servilmente ao empregador pois fica sem liberdade de comprar o que necessita a quem quiser.*” Essa circunstância torna o contrato de trabalho um contrato de compra e venda tão irregular que resultaria em uma escravidão do trabalhador.

Se a utilidade for dada a título gracioso não cria obrigações para a empresa nem gera direitos para o empregado. Mas, se decorrido de acordo entre empregado e empregador, o não fornecimento da utilidade, gera descumprimento do contrato de trabalho. Para que tenha natureza salarial a utilidade ela necessita ser habitual, pois esporádicas concessões não podem ser consideradas como integrantes do salário.

Conforme lições de José Catharino,²¹⁰ a utilidade deve ser de boa qualidade, suficiente e não constituir motivo de lucro. Se o trabalhador ganha o mínimo, sendo este mínimo alterado, o desconto poderia acompanhar, proporcionalmente, a alteração. Seria a solução legal, embora não fosse perfeita porque o aumento, refletindo-se no desconto, daria margem, em alguns casos, para o empregador lucrar ao descontar as utilidades. O valor do desconto do salário-utilidade não poderá ser alterado, mesmo havendo alteração do valor do salário por lei ou sentença constitutiva, sem que haja estipulação contratual.

É importante destacar que para a utilidade ser considerada salário não deve ser utilizada *para* o trabalho. Ex: o zelador que mora no prédio. A casa do zelador é fornecida para o trabalho.

A lei cita os casos mais comuns de salário-utilidade:

a) vestuário – para que tenha natureza salarial o vestuário deve ser fornecido como contraprestação do trabalho contratado, quando, graças ao seu fornecimento, o empregado deixa de gastar do salário em moeda para adquiri-lo, isto é, o empregado usa aquele vestuário sem que haja condição normal para a execução do trabalho. Agora, o vestuário fornecido pelo empregador para o trabalho (ex: uniforme) não é salário.

210 CATHARINO, José Martins “Tratado Jurídico do Salário”, Editora LTR, 1997, p. 652.

b) Transporte – o transporte necessário para a realização de um serviço não é salário. Sendo fornecido o veículo para uso irrestrito do empregado é considerado como salário, pois substitui uma necessidade do trabalhador facilitando seu transporte. Agora, se o veículo é destinado apenas para realização do trabalho (ex: vendedor) não é salário.

Exemplificamos com a seguinte casuística: “Ficou claro, no presente caso, que o fornecimento do veículo não estava vinculado somente à execução do contrato de trabalho do reclamante, já que a utilização do veículo também se estendia aos fins de semana. Dessa forma, resta repelida a natureza de ‘instrumento do trabalho’ (art. 458, § 2º da CLT), passando a integrar o salário como parcela in natura (art. 458, *caput* da CLT). (TST, ED-RR 265.789/96.2, Galva Velloso, Ac. 4ª T. 5.502/96)

O vale-transporte não tem natureza salarial nem se incorpora à remuneração, previdenciária, tributária ou do FGTS. É fornecido obrigatoriamente aos seus empregados para deslocamento da residência-trabalho e vice-versa. O empregado irá participar do custeio do vale com a parcela equivalente a 6% do seu vencimento ou salário básico sendo descontado pelo próprio empregador.

A Lei nº 7.418/85 (regula o vale-transporte), no art. 6º, determina que o vale-transporte não tem natureza salarial, nem se incorpora à remuneração do beneficiário para quaisquer efeitos.

c) Alimentação – se fornecida pela própria empresa, substitui parte do salário do empregado e não poderá exceder 25% do salário mínimo, se custeada e preparada pelo empregador no próprio estabelecimento, conforme a Lei 3.030/56. As bebidas alcoólicas e as drogas nocivas nem mesmo o cigarro podem ser fornecidos a título de salário-utilidade. O vale fornecido habitualmente pelo empregador ao empregado, para ser usado em restaurante público tem caráter salarial (Súmula 241 TST). Mas a alimentação fornecida pela empresa, com preço irrisório, não tem caráter salarial. Também não terá caráter salarial a ajuda-alimentação fornecida por empresa participante do Programa de Alimentação do Trabalhador, instituído pela Lei 6.321/76.

d) Habitação – poderá o trabalhador utilizar-se do imóvel a dois títulos: gratuito e oneroso. Havendo liberalidade do empregador não se trata de salário. Não se configura salário-utilidade, quando a casa é fornecida *para* e não *pela* prestação do trabalho.

Quando a habitação for a título oneroso, por força do contrato de trabalho, constitui-se em salário e o contrato de locação predial coexiste com o trabalho, que é o principal.

Quando a habitação é fornecida como salário *in natura*, não há como falar em contrato de locação. Segundo Orientação Jurisprudencial 131 da SDI-1 do TST, “a habitação e energia elétrica, fornecidas pelo empregador ao empregado quando indispensáveis à realização do trabalho, não têm natureza salarial.”

e) Educação – a educação que ocorre tanto em estabelecimento próprio como de terceiro e arcada pelo empregador constitui salário-utilidade, pois o maior beneficiado com a educação é o empregado e indiretamente o empregador.

f) Benefícios – a assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; seguros de vida e acidentes pessoais também são elencados como salário-utilidade.

g) Previdência Privada – 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 (art. 202, § 3º da CF).

É importante lembrar que os aportes realizados pelo empregador, neste caso entendido como pessoa física ou pessoa jurídica, não têm natureza jurídica de salário, e destacamos duas principais razões:

- a) pela expressa exclusão legal (conforme texto do art. 458, § 2º da CLT) e
- b) pela ausência de caráter contributivo.

Para que uma determinada vantagem não venha compor a remuneração do empregado em face da teoria geral do salário, pode ter sua natureza jurídica modificada por lei ou por negociação coletiva.

Explica Antonio Galvão Peres²¹¹, citando o estudo sobre a exclusão legal por João Teixeira Filho (in “Salário – morfologia e Princípios) que é clara tendência em nosso ordenamento, como se vê nos seguintes excertos:

“Exclusão legal. É tendência recente, cuja prática se intensifica, substituir o modo pelo qual as prestações são definidas: de perquirição da natureza jurídica da parcela pelos métodos clássicos para uma especificação casuística por expresso comando legal. Em regra, quando a lei conceitua a verba o faz para desvesti-la do manto salarial que a recobre. Razões de redução do custo de trabalho são apresentadas para fundamentar a pré-catalogação legal, mesmo que à custa de inevitáveis turvações conceituais entre parcelas afins.”

O art. 458, § 2º da CLT com redação dada pela Lei nº 10.243/01, expressamente subtrai do conceito de salário os aportes do empregador aos planos de previdência privada. Esse dispositivo da CLT está em harmonia com o art. 202, § 2º da CF, que estabelece não integrar ao contrato de trabalho as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada.

“Dentre as parcelas cuja natureza salarial é expressamente excluída por normas jurídicas estão a participação nos lucros, o salário-família e, em especial, o custeio pelo empregador, total ou parcial, de previdência privada aos empregados. (...)”

211 “Previdência Privada Complementar. Repercussões Salariais.” Revista de Previdência Social, nº 286, set/2004, p. 822.

Portanto, o modelo jurídico brasileiro tem gradativamente afastado do conceito de salário prestações previdenciárias concedidas pelos empregadores, **exatamente para estimular sua prática.**²¹² (destaque nosso)

O professor Amauri explica que nem todas as vantagens indiretas devem ser interpretadas como parte do salário do empregado, pois podem acarretar uma desvantagem ao trabalhador e não é esta a intenção do Direito do Trabalho que objetiva a proteção do trabalho:

“Interpretação monística de que tudo é salário pode ser desfavorável ao trabalhador, uma vez que para empresa, nem sempre é possível o desenvolvimento de uma política ampliativa de vantagens indiretas, não salariais, que poderiam beneficiar o trabalhador, se corre o risco de vê-las atraídas, no direito do trabalho, para a órbita salarial”.²¹³

Para Wladimir Novaes Martinez²¹⁴ em um dos seus pareceres sobre o estudo, explica que os aportes realizados pela empresa não fazem parte do salário-contribuição:

“(...) integram o dito salário-de-contribuição valores remuneratórios, restando excluídos os pagamentos indenizatórios, ressarcitórios ou não-referentes ao contrato de trabalho (v.g. contrato de mútuo, de locação, etc). (...) a remuneração é o núcleo do conceito de salário-de-contribuição. Presente desde os primórdios da Previdência Social, foi escolhida para ser principal, senão a única referência de contribuição.

212 PERES, Antonio Galvão. “Previdência Privada Complementar. Repercussões Salariais.” Revista de Previdência Social, nº 286, set/2004, p. 825.

213 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Teoria Jurídica do Salário”, LTR, 1994, p. 69.

214 MARTINEZ, Wladimir Novaes. “Pareceres Seleccionados de Previdência Complementar”, Editora LTR, 2001, p. 144.

A norma previdenciária disciplina ente específico, o salário-de-contribuição e, como componente central a remuneração.

É decisivo determinar se essa base de cálculo inclui ou não importâncias não-remuneratórias (rubricas indenizatórias, ressarcitórias e outras mais). Tal posicionamento não guarda relação com o direito laboral. Quando a lei quiser arrolar tais frações para atender a outros fins, bastará prescrever expressamente.

Uma definição previdenciária de salário-de-contribuição não tem de coincidir exatamente com a ordem trabalhista, ou outras, de remuneração ou, a fortiori, com a descrição de salário. Para isso é necessário o tipo legal circunscrever o fato gerador, impondo suas condições.”

Assim, não tem como constituir salário a contribuição patronal para os planos de previdência privada. Agora, a grande preocupação é que isso possa se tornar meio para eventuais fraudes, como no caso de os empregadores substituir o pagamento de prêmios e gratificações por aportes em uma previdência privada valendo-se das vantagens trabalhistas e fiscais.

“O mau uso dos planos de previdência privada no âmbito das relações de trabalho pode evocar antigos preconceitos, comprometendo uma evolução há muito custodiada. Por outro lado, seria um inequívoco retrocesso presumir a natureza salarial dos aportes apenas porque assegurada uma maior liberdade de resgate. Há que verificar, caso a caso, a intenção das partes quando da contratação e o destino que efetivamente dão aos aportes.”²¹⁵

Estabelece Súmula do TST, para que dúvida não prolifere sobre o assunto, que o desconto feito pelo empregador a título de previdência privada pelo empregador não será considerado desconto ilegal.

215 PERES. Antonio Galvão. “Previdência Privada Complementar. Repercussões Salariais”, Revista de Previdência Social, nº 286, set/2004, p. 826.

Súmula Nº 342 do TST. *Descontos salariais. Art. 462 da CLT Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para serem reintegrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de **previdência** privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico. (Res. 47/1995, DJ 20.04.1995)*

Não serão integrados ao contrato de trabalho as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamento e planos de benefícios das entidades de previdência privada. Assim não têm como fazer parte da remuneração os possíveis benefícios recebidos por plano de entidade de previdência complementar.

Assim, conforme posicionamento do professor Wagner Balera:

“(...) o negócio previdenciário nasce entre dois sujeitos de direito: o participante e a entidade de previdência privada. Seu objeto não pode jamais confundir-se com o salário, nem tampouco com o benefício que objetiva complementar. É, aliás, quantia que passa a ser devida como substitutivo do salário desde o momento em que este último deixa de ser pago em razão do advento do fato jurídico previdenciário privado apto a gerar benefício complementar contratado em favor do obreiro.”²¹⁶

216 BALERA, Wagner. “Competência Jurisdicional na Previdência Privada”. Editora Quartier Latin, 2006, p. 63.

9. O CONTRATO DE TRABALHO E OS REFLEXOS NA PRIVADA FECHADA

A redação do art. 202 da Constituição Federal foi alterada pela EC 20/1998, estabelecendo a seguinte redação:

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

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

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

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

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

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

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

Antes da EC 20/98, tanto a doutrina como a jurisprudência consideravam o contrato de trabalho vinculado à previdência privada. Este parágrafo traz reflexos importantes não só no âmbito trabalhista e tributário, mas também no que diz respeito ao estímulo das empresas em estarem instituindo planos de previdência complementar aos trabalhadores e o benefício que estes vão ter no futuro, quando da sua inatividade e também além da vida, com proteção assegurada aos herdeiros beneficiários.

O § 2º deixa muito clara a desvinculação do contrato de previdência privada com o contrato de trabalho, assim como as contribuições do empregador para a entidade por ele patrocinada não integram a remuneração dos participantes.

“Desde os primórdios, a previdência complementar no Brasil se desenvolveu com foco bastante restrito aos trabalhadores das empresas estatais, das multinacionais que detinham essa cultura em seu país de origem e das grandes empresas privadas que se inspirou em experiências internacionais.

Junto aos demais trabalhadores, constava-se pouco interesse em fundos de pensão, principalmente pela cultura de proteção à velhice que priorizava outros investimentos (poupança individuais, imóveis para loca-

ção etc.) e **pelo desconhecimento dos empregadores, que interpretavam os fundos de pensão como despesas e riscos desnecessários.**²¹⁷

Dessa forma os empregadores passam a ter maior segurança em estar constituindo um plano previdenciário para os seus trabalhadores ou contribuir para um plano de instituidor, uma vez que os riscos jurídicos de que essa decisão pudesse interferir nas relações trabalhistas foi eliminado com a atual redação do art. 202, § 2º da Carta Magna.

Observa-se que, no texto constitucional do § 2º do art. 202, é colocada uma exceção “à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.” O que significa esta exceção? Primeiramente foi exposta no artigo, a regra de que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais não integram o contrato de trabalho, e depois abre a exceção de que os benefícios concedidos integram a remuneração. Para entender o conteúdo do texto constitucional, observamos que tal parágrafo está se referindo às entidades fechadas de previdência complementar, logo os seus participantes também são vinculados ao regime geral de previdência social. Então, quando se refere aos benefícios concedidos está se falando dos provenientes da Previdência Social e estes logicamente integram a remuneração do empregado. “No caso em que a concessão do benefício não seja um complemento dos benefícios do regime geral de previdência social não se tem propriamente uma remuneração, mas uma renda continuada de natureza securitária.”²¹⁸

Em sintonia com a norma constitucional está o art. 68 da LC 109/2001 que dispõe:

“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

217 “Como Criar um Fundo de Pensão a Partir do Vínculo Associativo”. Revista da ABRAPP, julho de 2003, p. 4.

218 SILVA, José Afonso da Silva. “Comentários Contextual à Constituição.” Editora Malheiros, 2005, p. 779.

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.

§ 2º. A concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão pelo regime geral da previdência social.”

O disposto no caput do art. 68 repete o texto estabelecido no §2º do art. 202 da CF. A relação previdenciária está totalmente desvinculada da relação laboral. Conforme já foi visto acima o contrato previdenciário segue normas e objetivos diferentes do contrato de trabalho.

A figura de empregador é diferente da do patrocinador, embora o empregador seja aquele que instituiu, ou melhor, criou o plano. Assim neste sentido expomos a seguinte explicação: “(...) as contribuições desse criador não se confunde com remuneração dos participantes de tal entidade, diferente do que ocorre na outra relação estabelecida entre os mesmos sujeitos: a relação de trabalho, em que o salário do trabalhador é pago pelo empregador, ou seja, a contribuição do empregador destina-se ao empregado.”²¹⁹

As relações são distintas. Na relação laboral, os sujeitos serão o empregado e o empregador. Na relação previdenciária, os sujeitos serão os participantes (ou beneficiários) e as entidades de previdência privada. Há uma relação anterior entre empregado e empregador que mais tarde irá desencadear a relação participante/patrocinadora, mas estas relações se encontram desvinculadas, porque a Seguridade Social está dividida entre Previdência Social, Assistência e Saúde, e, no âmbito da Seguridade Social, a Previdência Social está associada ao Direito do Trabalho assim esta aproximação entre as duas esferas não tem como ser repelida.

219 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (coordenador). “Previdência Privada – Doutrina e Comentários à Lei Complementar nº 109/01”. Editora LTR, 2005, p.441.

A ênfatização dada pela Carta Magna e, após, pela Lei Complementar, afasta o temor da vinculação da contribuição dos planos de previdência complementar dos empregadores com a questão salarial.

“A relação do empregado com o empregador, quando trasladada para a seara previdenciária, não traz em seu bojo as mesmas características, principalmente porque aqui a opção é meramente facultativa, e o empregador, embora patrocinador do plano, não mantém qualquer obrigação contratual ou mesmo de conceder benefícios. Também não aparecem no cenário como acessório (planos previdenciários) do principal (contrato de trabalho), visto ser possível a existência (início e término) daquele sem este, de modo que não se pode utilizar esse argumento para sustentar a vinculação trabalhista”²²⁰.

Neste sentido esclarece Arthur Weintraub:

“O legislador quer incentivar empregadores a proporcionar planos de Previdência Privada a seus empregados. Proporcionar e contribuir para tais planos. Daí a exclusão da Previdência Privada da esfera salarial, mesmo que haja habitualidade.”²²¹

Outro argumento legal que justifica esta desvinculação é a ocorrência da cessão do contrato de trabalho, independente do motivo do término do vínculo laboral o que não rompe a relação previdenciária. O ex-empregado pode continuar a ser participante do fundo de pensão tendo direito ao autopatrocínio ou pode optar por ter direito ao resgate ou portabilidade. Houve rompimento do vínculo laboral, mas sem necessidade de romper o vínculo com a entidade de previdência complementar. Essa hipótese seria juridicamente impossível se estivessem vinculados os contratos.

Embora pacificado nos textos legais que as contribuições do empregador, os

220 BOCCHI Jr. Hilário. “Aspectos Gerais da Previdência Complementar”. Síntese Trabalhista, nº 175, jan/2004, p.23.

221 WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. “Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência”. Editora Quartier Latin, 2005, p. 183.

benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar fechada não integram o contrato de trabalho dos participantes, ainda há, na doutrina divergência quanto à competência da Justiça competente para julgar as lides das referidas entidades.

No entendimento da exigência legal pela efetiva desvinculação, não há como admitir ser da Justiça do Trabalho a competência. Não resta dúvida, no entendimento constitucional e da lei específica que regula a matéria, que é competência da Justiça Comum apreciar os litígios decorrentes das demandas da previdência privada, seja ela do tipo aberta ou fechada.

Mas encontramos vários posicionamentos contrários, como o de Mário Cruz que considera a Justiça do Trabalho como a competente para julgar tais questões:

“O fato de a emenda constitucional deixar patente que determinados aspectos da relação empregador-entidade de previdência privada não integra o contrato de trabalho dos beneficiários teria o condão de excluir da competência da Justiça do Trabalho as lides envolvendo complementação de aposentadoria por tais entidades? Pensamos que não, por dois motivos.

O primeiro deles diz respeito à constatação de que a emenda nada mais fez do que deixar expressa a não integração, no contrato de emprego, de alguns aspectos relativos à previdência privada. (...)

O segundo motivo de nosso convencimento no sentido de competência da Justiça do Trabalho para julgar lides envolvendo complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada funda-se na segunda parte do multicitado § 2º.

Lá encontramos a previsão de que “à exceção dos benefícios concedidos, (os demais aspectos) não integram a remuneração dos participan-

tes, nos termos da lei”. Pela negativa, tem-se que “o benefício pago pela entidade de previdência privada integra a remuneração do trabalhador.”²²²

E neste entendimento, há muitas jurisprudências neste sentido.

“Complementação de Aposentadoria. Os dissídios individuais decorrentes de planos de previdência complementar privada fechada, entre empregado, empregador e entidade privada instituída pelo empregador para complementação de aposentadoria dos seus empregados, inscrevem-se na competência material da Justiça do Trabalho, pois a lide, na espécie, origina-se do contrato de trabalho. Aplicação do artigo 114 da Constituição Federal. Recurso de Revista conhecido e provido.”(RR 582.607/99 DJ 20.01.01).

Grande parte da jurisprudência, como a doutrina tem entendido com base na aplicação do art. 114 da Constituição Federal que a competência para dirimir pretensões resistidas, quando o assunto é previdência fechada complementar é do judiciário laboral.

O art. 114 da Constituição Federal modificado pela EC 45/2004, assim dispõe:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*”

Esta corrente seguindo interpretação literal do texto constitucional apóia-se no inciso I do art. 114 em que todas as ações oriundas da relação de trabalho é de com-

²²² CRUZ, Mário. “A Ec nº 20/98 e a competência da Justiça do Trabalho para julgar dissídios envolvendo complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada.”. Revista Genesis, nº 101, maio de 2001 p. 683-684.

petência da Justiça do Trabalho. Segundo Lamartino França de Oliveira,²²³ o argumento em que se funda esta corrente é por se entender que entidade de previdência privada é um *longa manus* do empregador por ser convencionada por este. Deste modo, a complementação dos proventos da aposentadoria tem origem no contrato de trabalho, pois decorre justamente da relação empregatícia, assim a Justiça do Trabalho seria competente.

Outro posicionamento a favor da competência da justiça laboral também se fundamenta no aspecto da EC 20/98 e a LC 109/01 que não afirmaram, em nenhum momento, qual seria o órgão competente para julgar os conflitos oriundos da relação de previdência complementar e tampouco os afastou expressamente da Justiça do Trabalho. Segundo uma das defensoras desta corrente “a intenção do legislador foi esclarecer que a natureza jurídica da relação de previdência complementar é autônoma e distinta da relação de emprego, embora em muitos casos dela se origine.”²²⁴

Segundo explicação do juiz do trabalho Lamartino Oliveira, no momento em que houve no ordenamento constitucional a alteração do art. 202, § 2º pela EC 20/98 passou a existir uma regulação específica para o tema em tela. A Lei Maior rompeu com a anomia sobre o tema até então reinante, para dizer que os contratos e os planos de benefícios destas instituições privadas de previdência, instituídas pelos empregadores, não fazem parte do contrato de trabalho do empregado.

Não poderia estar o art. 202 e art. 114 em desarmonia na Carta Maior. O art. 114 reconhece a competência da Justiça Laboral em ações oriundas da relação de trabalho e o art. 202 retira a competência do trabalho nesta matéria ao deixar expresso que os planos de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos empregados/segurados.

223 OLIVEIRA, Lamartino França. “Previdência Privada Complementar. Incompetência da Justiça do Trabalho”. Revista de Previdência Social, nº 255, fev/2002, p. 96.

224 CALVO, Adriana Carrera. “Da Competência da Justiça do Trabalho e Demais Implicações na Relação de Previdência Complementar.”, Revista de Previdência Social, nº 283, jun/2004, p. 527.

Assim não resta dúvida de que a natureza jurídica dos contratos existentes entre empregados/participantes/segurados e as referidas entidades de previdência complementar é previdenciária. Tem que ficar claro que o fundo de pensão não é empregador. É importante destacar que as entidades são pessoas jurídicas distintas dos empregadores, com objetivos e patrimônio próprio, independentemente de seus patrocinadores. É outra relação distinta da trabalhista que se forma entre o fundo de pensão e o participante, tanto é que é estipulado em um contrato separado do contrato de trabalho e é facultativa sua adesão pelo empregado/participante.

Sendo a justiça comum a regra e, a federal a exceção, as justiças especializadas constituem a exceção da exceção²²⁵. No momento em que houve um artigo específico na Constituição e na Lei Complementar, afirmando a separação das relações trabalhista e previdenciária privada indiretamente, foi retirada da Justiça do Trabalho esta competência já que a Justiça do Trabalho é exceção da exceção.

Alguns doutrinadores de destaque na matéria previdenciária têm-se posicionado no sentido de ser da Justiça Comum a competência, mas infelizmente os Tribunais Regionais e o Tribunal Superior do Trabalho ainda mantêm decisões diferentes, que estão atrasadas e em desacordo com a legislação hodierna.

Segundo posicionamento do professor Wagner Balera:

“(...) se o valor da complementação a ser cobrada da entidade de previdência privada, for objeto de contenda, haverá esta de ser submetida à apreciação da Justiça Comum Estadual.

Ao ampliar os seus limites, o art. 114 da Constituição congloba ‘outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho’ maximizando o âmbito judicante da justiça federal especializada.

225 TEMER, Michel. “Elementos de Direito Constitucional”. Editora Malheiros, 1992, p. 162/163

Entendo que tal expressão, no entanto, terá que ser posta em cotejo com o art. 202 do Estatuto Supremo.

Nenhuma lei, sob o atual modelo constitucional de proteção previdenciária privada, poderá dizer que compete à Justiça do Trabalho dirimir questões relativas a negócios privados de previdência complementar. (...)

A Justiça do Trabalho e, com ela, o Judiciário Federal está diante de um momento histórico que lhe permite estabelecer viragem significativa no teor da jurisprudência, tornando compatível o respectivo rumo com a Constituição, que não quer misturar institutos distintos, precisamente porque não pretendeu o constituinte criar impedimentos ao saudável estabelecimento de planos de previdência privada.

Tal segmento da proteção social não se desenvolveu, como deveria, passados quase trinta anos de sua instituição, pelo temor das empresas quanto aos efeitos dessa incompreensível confusão entre institutos de teor tão diverso.

Seguindo a Justiça do Trabalho com a sua até agora firme orientação; orientação que parece querer integrar à própria formação da vontade das partes no contrato de trabalho a projeção de seus efeitos para além dos que são inerentes ao liame trabalho/salário, estará imiscuindo componente estranho na já problemática questão social, ali onde o que se pretende é a seguridade futura, objeto de moderno instituto protetor.

Pode ser que o excesso de proteção acabe produzindo efeito perverso, desanimando empregadores de seu legítimo intento solidário de proteção social.

De nada adiantará, portanto, a construção paciente de toda a edificação do sistema de previdência privada com seus institutos, conceitos e formas em constante aperfeiçoamento. De nada adiantará a rígida distinção que a legislação previdenciária privada impõe entre o patrimônio da entidade e o patrimônio do patrocinador. De nada adiantará o controle sobre as aplica-

ções, a independência da gestão, da qual são chamados a tomar parte os beneficiários do plano previdenciário privado.”²²⁶

No mesmo sentido está a posição de Wladimir Novaes Martinez, manifestada em um dos seus pareceres:

“O participante, quando se opõe ao empregador, a respeito de acidente do trabalho, invoca a Justiça Comum, mas se a questão envolve o reajustamento do benefício, tem se entendido caber à Justiça Federal a competência. Se o participante move ação contra EDPP relativa à matéria, envolvendo a complementação do benefício (ausente empregador a União na lide) a Justiça Comum deve ser competente. (...)

A ABRAPP e a ANAPP são pessoas jurídicas de Direito Privado. Relacionam-se, de alguma forma, com as patrocinadoras dos fundos de pensão, frequentemente com as entidades patrocinadas, sendo competente a Justiça Comum. Quando envolvem com o Governo Federal, a Justiça Federal é competente.

Salvo na hipótese do ente político (sempre atraente em razão da pessoa), a competência será da Justiça Comum.”²²⁷

Para Arthur Weintraub:

“Como o labor está intimamente ligado ao Direito Previdenciário, haja vista que as contribuições previdenciárias dependem dos frutos obtidos com o trabalho humano, a vinculação entre Direito do Trabalho e Previdenciário é marcante; por isto o legislador é enfático na distinção.

Havia uma obliteração da iniciativa dos empregadores em contribuir para planos de Previdência Privada em nome de seus empregados, pelo temor da

226 BALERA, Wagner. “Competência Jurisdicional na Previdência Privada.” Editora Quartier Latin, 2006, p. 64 -73

227 MARTINEZ, Wladimir Novaes. “Pareceres Seleccionados de Previdência Complementar”, Editora LTR, 2001, p. 68-69.

vinculação salarial. Sabendo desta situação, a legislação direcionou no caminho da desvinculação entre Previdência Privada e contrato de trabalho. (...)

Diante da desvinculação explícita que foi feita na Constituição, a interpretação mais plausível sobre qual a competência em relação ao vínculo entre patrocinadora e participante, recai sobre a Justiça Comum Estadual.”²²⁸

Também acompanha tal posicionamento o professor Miguel Horvath:

“Entendo, porém, que em virtude da previsão constitucional hodierna, não resta dúvida acerca da Justiça Comum para apreciação dos litígios decorrentes das demandas da previdência privada, quer sejam do tipo aberto ou fechado.”²²⁹

Segundo entendimento dos diversos tribunais o posicionamento conforme salientamos anteriormente são diametralmente divergentes. Para melhor elucidar esta afirmação selecionamos algumas decisões:

- **Justiça Comum**

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PREVIDÊNCIA PRIVADA – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – JUSTIÇA COMUM – PRECEDENTES – Reiterada jurisprudência no sentido de que, em se tratando de reivindicação pertinente à previdência privada, como no casos de complementação de aposentadoria, é competente a Justiça Estadual. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo de Direito suscitado.”(STJ, CC 33334/MA, 2ª S., Rel. Min. Castro Filho, DJU 20.05.2002)

228 WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. “Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência”. Editora Quariter Latin, 2005, p. 183-185.

229 HORVATH Jr., Miguel. “As Entidades Fechadas de Previdência Privada (Fundos de Pensão) e as Alterações e Propostas de Adequação Trazidas pela Emenda Constitucional nº 20/98”. Revista da Procuradoria Geral do INSS, vol. 7, n.4, jan/mar/2001, p. 42.

RECURSO DE REVISTA – COMPETÊNCIA DA JT – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – Se a fonte de obrigação decorreu de contrato de trabalho, insere-se no âmbito da competência da Justiça Especial conhecer e julgar a matéria. Ainda que se trate de natureza previdenciária formalmente devida por entidade de previdência privada, não se pode deixar de reconhecer que a Fundação embargante foi instituída e mantida pelo ex-empregador, que se obrigou mediante contrato de trabalho a complementar, por interposta pessoa, os proventos de aposentadoria. Inexistência de ofensa ao art. 114 da CF, revelando-se, por outro lado, inespecífica a jurisprudência colacionada.”(TST, RR 38178, 3ª T. , Rel. Min Conv. Paulo Roberto Sifuentes Costas, DJU 18.10.2002)

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Ainda que o pleito envolva obrigação devida por entidade de previdência privada, insere-se no âmbito da competência desta Justiça Especial conhecer e julgar a matéria relativa à complementação de aposentadoria, porquanto a entidade de previdência privada foi instituída e mantida pelo ex-empregador, que se obrigou mediante contrato de trabalho a complementar, por interposta pessoa os proventos de aposentadoria. Inexistência de ofensa ao art. 896 da CLT. Embargos não conhecidos. (E-RR 87781/2003-900-21, SDI 1, Rel. Min. Lélío Bentes Correa, DJU 18.06.2004).

PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNCEF. Competência.

É da Justiça Estadual a competência para a ação de cobrança de complementação de proventos. Recurso conhecido e provido. (Resp 259580/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 13.11.2000)

Também há muito entendimento jurisprudencial contrário estabelecendo a competência da Justiça do Trabalho em diversos tribunais:

- **Justiça do Trabalho**

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Os dissídios individuais decorrentes de planos de previdência complementar privada fechada, entre empregado, empregador e entidade privada instituída pelo empregador para a complementação de aposentadoria dos seus empregados inscrevem-se na competência material da Justiça do Trabalho, pois a lide, na espécie, origina-se do contrato de trabalho. Aplicação do art. 114 da Constituição Federal. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR 582.607/99, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 20.01.2000)

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA E COMPETÊNCIA. A Turma deu provimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que concluíra pela competência da Justiça Comum para julgar pedido de complementação de aposentadoria do Banespa em face de o referido benefício estar previsto na legislação estadual. A Turma, considerando que o pedido formulado pelos recorrentes na petição inicial da reclamação trabalhista fundara-se em norma regulamentar editada pelo Banespa, a qual integrara o contrato de trabalho, determinou o retorno dos autos à Justiça Trabalhista, nos termos do art. 114. (RE 158.890-SP, Rel. Min. Sepúlveda Perence, 26.09.2000).

Embora a jurisprudência tenha caminhado no reconhecimento da competência da Justiça Comum para julgar os conflitos oriundos da relação de previdência complementar, encontramos ainda juízes e tribunais considerando ser esta relação previdenciária uma mera continuidade da relação de emprego, ignorando o estabelecido na EC 20/1998 e Lei Complementar 109/2001.

O intuito deste trabalho não é a discussão da competência jurisdicional, pois a competência é a consequência do cerne da questão que é a desvinculação da relação previdência privada com o contrato de trabalho.

O objetivo é estimular às empresas em estarem propiciando aos seus empregados a constituição de entidades fechadas de previdência complementar, não só visando

ao estímulo da produtividade, mas principalmente por oferecer ao trabalhador uma condição de vida mais tranqüila e digna no período de inatividade. De acordo com o professor Wagner Balera, admitir o reconhecimento da Justiça do Trabalho como sendo competente nas questões de previdência privada, significa vincular o contrato de trabalho com a relação de previdência privada, isto é realmente um retrocesso do próprio instituto de previdência complementar no Brasil, pois causa receio e desânimo nos empregadores de estarem constituindo os fundos de pensão para seus empregados. O excesso de proteção da Justiça Laboral pode prejudicar o próprio trabalhador.

Também não podemos deixar de lado o fato de ser a previdência complementar instrumento que contribui para o desenvolvimento econômico do país, por gerar poupança a longo prazo. A previdência é grande acumuladora de capitais e recursos a longo prazo e, ao incentivá-la, pode-se incrementar consideravelmente a poupança nacional.

“A previdência complementar como instrumento de economia de massa é fundamental no estágio do desenvolvimento das nações, principalmente nos Estados que revisam suas funções e atividades essenciais. É necessário criar mecanismos acessíveis a todos que possibilitem a complementação de suas rendas, no momento da ocorrência dos riscos e contingências sociais, em sobrecarregar a máquina estatal (previdência social) que tem por função o esparçamento das necessidades sociais básicas.”²³⁰

Mesmo posicionamento é adotado pelo professor Miguel Horvath Júnior, pois não se tem como jogar, nas costas do Estado, o pesado ônus de estar provendo, com condições dignas, o futuro dos segurados. Ao Estado cabem as necessidades sociais básicas. Para que haja uma expansão maior da previdência complementar, é preciso que o país adote uma cultura da previdência complementar de âmbito privado, para que este instituto não fique apenas a existir na frieza do papel e passe, efetivamente, a fazer parte

230 HORVATH Jr, Miguel. “As Entidades Fechadas de Previdência Privada (Fundos de Pensão) e as Alterações e Propostas de Adequação Trazidas pela Emenda Constitucional, nº 20/98”. Revista da Procuradoria Geral do INSS, vol. 7, n.4, jan/mar 2001, p. 42.

da vida do povo brasileiro.

Lamenta-se o que vem acontecendo no Brasil: os aposentados geralmente têm que continuar trabalhando para conseguir manter seu padrão de vida financeiro. Essa é uma das grandes distorções da nossa previdência, e isto ocorre por não ter o trabalhador um adicional na sua aposentadoria básica. Não que haja qualquer preconceito contra o trabalho do aposentado, pois com a melhoria da qualidade de vida ainda há muito vigor mental e físico para continuarem no labor, mas o instituto da aposentadoria foi gerida como forma de compensação, um prêmio pelo tempo trabalhado. Então, inverte-se o papel: a aposentadoria oficial passa a ter caráter de complemento.

Diante das crises noticiadas pelos meios de comunicação, mostrando o aumento da despesa do orçamento federal com a Previdência Social (hoje é estipulado em 44% dos gastos), a tendência é que, com o passar do tempo, apenas o “mínimo do mínimo” seja garantido para o segurado do Regime Geral da Previdência Social. O Brasil gasta equivalente a 11% do PIB em pensões e aposentadorias. “O gasto previdenciário equivale ao dos Estados Unidos e da Espanha, mas a população brasileira é muito mais jovem. Segundo dados compilados pelo departamento de pesquisa econômica do Itaú, a Coréia do Sul gasta 2,3% de seu PIB com seus aposentados e o México, apenas 1,6%. Estudos também comprovam que, sem reformas como a trabalhista e a tributária, não há como reduzir o endividamento público de maneira significativa.”²³¹

Segundo interessante texto de Voltaire Marensi, afirma-se a importância do bom funcionamento da previdência complementar para população devido a sua finalidade precípua de garantir, na velhice, recursos compatíveis com os padrões auferidos.

“A vida associativa do segurado, *rectius*, participante do sistema se divide em dois períodos: o primeiro, a fase de contribuição; o segundo, a fase do benefício. A fase contributiva já reflete a influência muito forte sobre o comportamento do trabalhador. Mais confiante no futuro, na certeza de uma

231 Dados retirados da Revista Veja nº 1942, ano 39 de 8.02.2006, p. 57.

aposentadoria condigna, ele se torna mais livre e apto à realização profissional, sem a preocupação de guardar para prover na velhice. Esta certeza é benéfica ao seu comportamento ético, com intenso efeito na revalidação dos valores morais. Futuro garantido significa cidadãos mais íntegros. No segundo período, face do benefício, retirando-se oportunamente, se abrem novas vagas no mercado de trabalho. Individualmente, por se sentir mais amparado, é um ser mais integrado à sociedade, com um rol de sadias conseqüências.”²³²

Como não há mais futuro garantido pelo governo, que cada vez mais restringe os benefícios sociais, quem quer ter uma velhice tranqüila precisa ser previdente. Com o aumento da expectativa de vida da população hoje, chegar à aposentadoria não é mais sinônimo de velhice, a saída do trabalhador do mercado de trabalho, cada vez mais, tem que ser algo bem programado. Toda esta discussão e insegurança provocada pela crise da Previdência Social têm alertado uma parte da população para: quem quiser manter o padrão e a qualidade de vida conquistados deve assumir, sem contar com a proteção do governo, a responsabilidade de planejar, agora, sua aposentadoria futura.²³³

Além das vantagens acima citadas, com a instituição do regime de previdência complementar dentro de uma empresa, há outras, como o estímulo do trabalhador e conseqüentemente melhor produtividade da empresa, aumento da poupança nacional é um dos componentes que não é citado nos estudos previdenciários mas que é de fundamental importância para a qualidade de vida do trabalhador é melhor qualidade de vida também emocional, pela tranqüilidade de ter na sua velhice, maior segurança econômica para si e para seus herdeiros beneficiários.

232 MARENSI, Voltaire. “Regime de Previdência Privada no Brasil e as Distorções do Sistema.” Síntese Trabalhista, nº 130, abr/200, p.32.

233 SANTOS, Jerônimo Jesus do. “Previdência Privada”. Editora Rio de Janeiro, 2005, p. 125.

“A Previdência guarda sonhos e esperanças de uma nova sociedade que vive mais, tem necessidades e desejos que precisam ser satisfeitos na exata medida em que contribuíram. Frustrar direitos e expectativas de direitos significa violação de direitos humanos e sociais, compromete a qualidade de vida, estrangula a própria vida e a razão de viver.”²³⁴ (destaque nosso)

234 SANTOS, Jerônimo Jesus do. “Previdência Privada”. Editora Rio de Janeiro, 2005, p. 71.

CONCLUSÃO

1. Há 3 regimes previdenciários em nosso ordenamento jurídico: Previdência Social, Previdência Privada e o Regime Próprio dos Servidores Públicos. Nosso estudo enfocará a Previdência Privada regulada pela LC 109/2001 e art. 202 da Constituição Federal, alterado pela EC 20/98, dispondo expressamente que essa é desvinculada do Regime Geral de Previdência Social.

1.1. A Previdência Social tem sua filiação obrigatória e automática exigida em lei, independente da vontade das partes assim como sua contribuição compulsória, enquanto a Previdência Privada é contratual, constituída sob forma autônoma em relação ao Regime Geral fundado em um contrato de adesão e facultativo, baseado na vontade das partes, sendo seu regime financeiro o da capitalização. Embora suas latentes diferenças, a Previdência Privada tem o mesmo objetivo da Previdência Social que é o de proporcionar o bem-estar aos indivíduos e toda coletividade.

2. O regime de previdência complementar é operado por entidades fechadas e entidades abertas de previdência complementar. As entidades fechadas possuem planos de natureza solidário-associativa da cobertura previdenciária complementar, sendo destinado a um grupo específico já delimitado pela lei, diferente dos planos de Previdência Aberta Complementar de que qualquer interessado pode participar. No regime de Previdência Fechada Complementar, seu acesso restrito é limitado à participação exclusiva de determinado segmento: aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, servidores da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, aos associados ou membros de pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial.

2.1. Considera-se o regime de previdência complementar como: FACULTATIVO, CONTRATUAL, AUTÔNOMO e COMPLEMENTAR.

2.2. É facultativo, pois o participante tem a liberdade de decidir ou não a sua filiação. Dessa aceitação acarretará a obrigação de arrecadar suas contribuições voluntariamente, diferentemente da compulsoriedade da contribuição ao Regime Geral.

2.3. A sua autonomia decorre da própria Carta Magna que instituiu no caput do 202 ser o regime de previdência privada “organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social.”

2.4. Uma das principais características da previdência privada é a CONTRATUALIDADE. O objetivo do contrato de previdência privada é a manutenção do padrão de vida dos respectivos participantes, mediante o benefício complementar da seguridade social. É através do contrato que a pessoa participante, por sua livre vontade, estabelece o vínculo com a entidade de previdência privada, fazendo nascer uma relação de direitos e obrigações para ambas as partes.

2.5. Os contratos previdenciários se caracterizam por serem de longa duração, não podendo ser redigidos como os demais. Porém devem preservar o princípio da função social do contrato, a boa-fé, a interpretação favorável ao aderente nos contratos - quando cláusulas forem ambíguas ou contraditórias - , e o equilíbrio contratual, dentre outros, serão utilizados.

3. Determinar a natureza jurídica significa classificar juridicamente, em termos gerais, um instituto com base em suas características. Assim, as duas essenciais características da previdência privada é a facultatividade e a contratualidade. A facultatividade é o aspecto subjetivo em que o participante manifestará sua vontade de participar da previdência privada, isto é, seu ingresso, mas também a faculdade de retirar-se. A relação jurídica de previdência privada nasce de um contrato. Esse contrato será de adesão, isto é, não será discutido, modificado pela parte contratante, só uma das partes estipulará suas condições e cláusulas. Mas, embora obedecendo aos critérios preestabelecidos pela parte, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve ser adotada a interpretação mais favorável ao aderente, conforme previsão legal do art. 423 do Código Civil.

4. A diferença básica entre as entidades de previdência FECHADA e ABERTA é que a aberta oferece planos de benefícios individuais a todas as pessoas interessadas e também ao coletivo, quando uma pessoa jurídica tem interesse em garantir benefícios previdenciários direta ou indiretamente. A fechada tem seu acesso restrito limitando a participação exclusiva de determinado segmento: aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, servidores da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, aos associados ou membros de pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial.

5. Iremos encontrar 3 figuras na relação existente nas entidades de previdência privada fechada: a empresa (ou grupo de empresas) denominada patrocinadora; as pessoas jurídicas de entidade profissional, classista ou setorial em que seus participantes podem ser denominados membros, associados, filiados sindicalizados ou cooperados é denominada instituidora; e os sujeitos participantes que são os empregados de uma empresa ou grupo de empresas, associados, os servidores públicos estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários.

6. Os benefícios previstos, na LC 109/2001 de caráter previdenciário regulado em lei e autorizados pelo gestor dividem-se em dois grupos: benefícios de prestação continuada e benefícios de pagamento único. O evento gerador dos benefícios é o risco e o risco que enseja o contrato previdenciário deve ser possível, futuro, incerto. O benefício é o resultado, o produto que desencadeia a efetividade do contrato de previdência privada.

7. A relação jurídica que se estabelece no contrato de previdência privada, é de caráter obrigacional. A relação obrigacional significa o vínculo que liga os dois sujeitos, credor e devedor, estabelecendo um comportamento do devedor. A relação jurídica consiste em um vínculo entre pessoas.

7.1. Os elementos estruturais da relação obrigacional são: a) o sujeito ativo e o passivo; b) o objeto, a prestação devida correspondente a certa atitude do devedor em proveito do credor e c) o vínculo jurídico entre credor e devedor, promotor da garantia das obrigações.

7.2. Integram a relação jurídica de previdência fechada complementar: a) as entidades de previdência complementar; b) os participantes; c) os beneficiários; d) os assistidos; e) os patrocinadores; f) os instituidores; e g) o Estado.

8. A empresa e o trabalhador, devido ao contrato de trabalho, estabelecem uma relação jurídica, mas esta relação é desvinculada da estabelecida entre a empresa patrocinadora e a entidade de Previdência Privada, embora o vínculo inicial para o ingresso no sistema de Previdência Privada seja uma relação jurídica decorrente do vínculo trabalhista. O art. 202, § 2º da CF, estabelece que as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes.

9. O contrato de trabalho compreende todo contrato pelo qual uma pessoa se obriga a uma prestação de trabalho em favor de outra. O vínculo estabelecido entre empregado e empregador é de natureza contratual, pois ninguém pode ser obrigado a trabalhar para outrem sem sua própria vontade. A vontade das partes se encontra materializada no contrato de trabalho, sendo tácito ou expresso. Assim, mesmo não sendo ajustado previamente entre as partes, mas realizando o trabalhador a prestação de serviço e o tomador não se opondo, é considerado tacitamente aceito.

9.1. O contrato de trabalho é essencialmente oneroso. Seu objeto há de ser o trabalho remunerado. A remuneração, além de ser elemento indispensável à configuração da relação de emprego, constitui obrigação fundamental do empregador. A onerosidade é um dos elementos componentes da relação empregatícia. No Brasil é utilizado o termo remuneração como sendo o gênero no qual os salários, vencimentos, soldo e honorários são espécies.

9.2. O salário constitui a remuneração devida pelo empregador ao empregado, decorrente do contrato de trabalho como contraprestação do trabalho fornecido pelo empregado.

9.3. Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias de viagem (que ultrapas-

sem o limite de metade do salário-dia devido ao empregado) e abonos pagos pelo empregador. Não serão consideradas como salário as seguintes utilidades:

I) vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço;

II) educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos à matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático;

III) transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso que não haja transporte público;

IV) assistência médica, hospitalar, odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde;

V) seguros de vida e de acidentes pessoais;

VI) previdência privada.

9.4. 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 (art. 202, § 3º da CF).

10. Outro argumento legal que justifica esta desvinculação é a ocorrência da cessão do contrato de trabalho, independente do motivo do término do vínculo laboral o que não rompe a relação previdenciária. O ex-empregado pode continuar a ser participante do fundo de pensão tendo direito ao autopatrocínio ou pode optar por ter direito ao resgate ou portabilidade. Houve rompimento do vínculo laboral, mas sem necessidade de romper o vínculo com a entidade de previdência complementar. Essa hipótese seria juridicamente impossível se estivessem vinculados os contratos.

10.1. No entendimento da exigência legal pela efetiva desvinculação, não há como admitir ser da Justiça do Trabalho a competência. Não resta dúvida, no entendimento constitucional e da lei específica que regula a matéria, que é competência da Justiça Comum apreciar os litígios decorrentes das demandas da previdência privada, seja ela do tipo aberta ou fechada.

10.2. Não poderia estar o art. 202 e art. 114 em desarmonia na Carta Maior. O art. 114 reconhece a competência da Justiça Laboral em ações oriundas da relação de trabalho e o art. 202 retira a competência do trabalho nesta matéria ao deixar expresso que os planos de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos empregados/segurados.

10.3. O § 2º do art. 202 deixa muito clara a desvinculação do contrato de previdência privada com o contrato de trabalho, assim como as contribuições do empregador para a entidade por ele patrocinada não integram a remuneração dos participantes.

10.4. É importante lembrar que os aportes realizados pelo empregador, neste caso entendido como pessoa física ou pessoa jurídica, não têm natureza jurídica de salário, e destacamos duas principais razões:

- a) pela expressa exclusão legal (conforme texto do art. 458, § 2º da CLT) e
- b) pela ausência de caráter contributivo.

10.3. Assim não resta dúvida de que a natureza jurídica dos contratos existentes entre empregados/participantes/segurados e as referidas entidades de previdência complementar é previdenciária. Tem que ficar claro que o fundo de pensão não é empregador. É importante destacar que as entidades são pessoas jurídicas distintas dos empregadores, com objetivos e patrimônio próprio, independentemente de seus patrocinadores. É outra relação distinta da trabalhista que se forma ente o fundo de pensão e o participante, tanto é que é estipulado em um contrato separado do contrato de trabalho e é facultativa sua adesão pelo empregado/participante.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola, “Dicionário de Filosofia”, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1998.

ALLY, Raimundo Cerqueira. “Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho”, 5ª edição. Editora IOB, São Paulo, 2002.

ALMIRO, Affonso. “A Previdência Supletiva no Brasil”, Editora LTR, São Paulo, 1990.

AMARAL, Francisco. “Direito Civil”, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

AMARAL, Léo. “Previdência Privada Aberta”. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. “Teoria Geral das Obrigações, vol. 1”. Livraria Almedina, 1992

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. “A Organização Institucional das Entidades Fechadas de Previdência Privada”, Revista de Direito Social, Ano 2 - Nº 8 - Out/Dez 2.002.

ANTUNES Varela, “Direito das Obrigações”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1977.

ARRUDA, Maria da Glória Chagas. “A Previdência Privada Aberta como Relação de Consumo”, Editora LTR, São Paulo, 2004

AVENA, Lygia. “Reflexos do Novo Código Civil nas Entidades Fechadas de Previdência Complementar.” Revista do 24º Congresso Brasileiro dos Fundos de Pensão, ou/2005, ABRAPP.

ATIYAH, P.S. "An Introduction to the Law of Contract", Clarendon Press, 5ª ed., EUA, 1996

BALERA, Wagner. "A Seguridade Social na Constituição de 1988". Editora. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.

_____. "Noções Preliminares de Direito Previdenciário", Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2004

_____. "Competência Jurisdicional na Previdência Privada", Editora Quartier Latin, São Paulo, 2006.

_____.(coordenação). "Comentários à Lei de Previdência Privada". Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005.

_____. "Aspectos Jurídicos dos Fundos Multipatrocinados de Previdência Complementar", Revista de Previdência Social, Ano XXVII, Nº 267, fev-2003.

_____. "Sistema de Seguridade Social", 2ª ed., Editora LTR, São Paulo, 2001.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. "Teoria Geral da Previdência Social", Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005.

BIAGI, Wagner Jarbas Antônio de. "Aspectos Jurídicos das Entidades Fechadas de Previdência Complementar", Dissertação de Mestrado PUC/SP, 2003.

BOCCHI, Hilário Junior. "Aspectos Gerais da Previdência Complementar", Síntese Trabalhista, Ano XV - nº 175 - Jan/2.004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. "Direito e Democracia", Ed. Max Limonad, São Paulo, 1997.

_____. "Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial", Ed. Max

Limonad, São Paulo, 2002.

CALVO, Adriana Carrera. “Da Competência da Justiça do Trabalho e Demais Implicações na Relação de Previdência Complementar”, Revista de Previdência Social, Ano XXVIII - Nº 283 - Jun/2.004.

CARVALHO, Paulo de Barros. “Curso de Direito Tributário”, 15ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

CARRION, Valentin. “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, 27ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2002.

CASSONI, Cesar Augusto. O Sistema de Previdência Complementar. Estudos em Homenagem ao Professor Wagner Balera. São Paulo: Moreau-Advogados, p. 74-95, 2004.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. “Manual de Direito Previdenciário”, 6ª ed. Editora LTR, 2005.

CATHARINO, José Martins. “Tratado Jurídico do Salário”. Editora LTR, 1997.

CENEVIVA, Walter. “Lei dos Registros Públicos Comentada”, 26ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (coordenação) e VILLELA, José Corrêa (organizador). “Previdência Privada - Doutrina e Comentários à Lei Complementar n. 109/01”, Editora LTR, São Paulo, 2005.

COSTA, Eliane Romero, “Previdência Privada na Seguridade Social”. Editora LTR, São Paulo, 2003.

CRUZ, Mário. “A EC nº 20/98 e a Competência da Justiça do Trabalho para Julgar Dissídios Envolvendo Complementação de Aposentadoria por Entidade de Previdência Privada”, Genesis Revista de Direito do Trabalho, nº 101 - p. 641-800 - Mai-2.001.

CUNHA, João Paulo Rodrigues da. “(In)aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Entidades Fechadas de Previdência Privada”, Revista de Previdência Social, Ano XXVII - Nº 273 - Ago-2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. “Curso de Direito do Trabalho”, 2ª ed. Editora LTR, São Paulo, 2003.

DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro” - vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil, 21ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

_____. “Curso de Direito Civil Brasileiro”, vol. 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 19 ed., Editora Saraiva, 2003.

_____, Maria Helena. Código Civil Anotado, 11ª ed., Editora Saraiva, 2005.

FARIA, José Eduardo. “O Direito na Economia Globalizada”, Malheiros Editores, São Paulo, 2000.

FERREIRA, Sergio de Andréa. “Aspectos Básicos do Moderno Direito das Fundações de Previdência Suplementar”: Revista de Direito Administrativo 172 - abr-jun-1980, págs. 20 a 36.

FIGUEIREDO, Ivanildo. “A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil”. Editora Nossa Livraria, São Paulo, 2001.

GOMES, Orlando. “Estrutura da Sociedade Aberta de Previdência Privada”. Editora Saraiva, 1981.

_____. “O Salário no Direito Brasileiro”. Editora LTR, São Paulo, 1996

_____. “Contrato de Adesão: condições gerais dos contratos”. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972.

_____. “Escritos Menores”. Editora Saraiva, São Paulo, 1981.

_____. “Contratos”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

GUASTINI, Riccardo. “Das Fontes às Normas”, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005.

HORVATH, Miguel Jr. “As Entidades Fechadas de Previdência Privada (Fundos de Pensão) e as Alterações e Propostas de Adequação Trazidas pela Emenda Constitucional nº 20/98”, Revista da Procuradoria Geral do INSS, Vol. 7 - Nº 4 - Jan-Mar-2.001.

_____. “Direito Previdenciário”, 5ª ed. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005.

_____. “Lei Previdenciária Comentada”. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005.

_____ e TANACA, Priscila. “Resumo Jurídico de Direito Previdenciário”, nº 17. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005.

KELSEN, Hans. “Teoria Pura do Direito”, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003.

_____. “El Contrato y El Tratado”, Ed. Colofón S.A., México, 1987.

KONKEL, Nicolau Jr. “Contribuições Sociais”. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005.

LEITE, Celso Barroso. “A Proteção Social no Brasil”, Editora LTR, São Paulo, 1972.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. “Regulação e Previdência Complementar Fechada”. Editora LTR, 2004.

LÔBO, Pedro Luiz Netto e LYRA Jr. Eduardo Messias Gonçalves (coord.). “A Teo-

ria do Contrato e o Novo Código Civil”, Ed. Nossa Livraria, Recife, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. “Fundamentos do Direito Privado”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

LUHMANN, Niklas. “El Derecho de la Sociedad”, Universidad Iberoamericana, México, 2002.

_____. “Introducción a la teoría de Sistemas”, Universidad Iberoamericana, México, 1996.

LYRA JR, Eduardo Messias Gonçalves de. “Les Clauses Abusives entre Profissionais”. Editora Paris Economica, França, 1998.

LUSTOSA, Paulo Rodrigues & MOREIRA, Aroldo. “A previdência Supletiva e o Fundo de Pensão Empresarial”, Editora LTR, São Paulo, 1977.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. “Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor”, ed. Max Limonad, São Paulo 2002.

MAGANO, Octavio Bueno. “Previdência Complementar”. In Revista de Previdência Social. Ed. LTR, nº 74, jan-1987 , págs. 9-12.

MARENSI, Voltaire. “Regime da Previdência Privada no Brasil e as Distorções do Sistema”, Síntese Trabalhista, Nº 130, Abr-2000.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. “Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar”. Editora LTR, São Paulo, 2003.

_____. “Curso de Direito Previdenciário” . 2ª ed. Editora LTR, São Paulo, 2002.

_____. “Portabilidade na Previdência Complementar”, Editora LTR, São Paulo, 2004.

_____. “Pareceres Seleccionados de Previdência Complementar”. Editora LTR, São Paulo, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. “Curso de Direito Administrativo”. 34ª edição. Malheiros Editores, São Paulo, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Curso de Direito Administrativo”, 19ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

MENTE, Paulo. “A Previdência Privada Fechada” in Curso de Direito Previdenciário - Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, Coordenador Wagner Balera, págs. 109 a 165, Ed. LTR, 1992.

MIRANDA, Pontes de, “Tratado de Direito Privado”, Editora RT, São Paulo, 1998

MIRANDA, Custódio da Piedade U. “Teoria Geral do Direito Privado”. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes. “A Previdência Complementar e os Direitos Sociais”, Revista de Previdência Social, Ano XXIV, Nº 236, jul-2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. “Curso de Direito Civil”, 40ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2005.

MORREAU, Pierre. “O Financiamento da Seguridade Social na União Européia e no Brasil”, Editora Quartier Latin, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Iniciação ao Direito do Trabalho”, 26 ed. Editora LTR, São Paulo, 1998.

_____. “Teoria Jurídica do Salário”. Editora LTR, São Paulo, 1994.

NEVES, Ilídio das. “Direito da Segurança Social – Princípios Fundamentais numa Análise Prospectiva, Coimbra Editora, 1996.

NORONHA, Fernando. "O Direito dos Contratos e seus Princípios: Autonomia Privada, Boa-Fé e Justiça Contratual, Editora Saraiva, São Paulo, 1994.

OLIVEIRA, Lamartino França de. "Previdência Privada Complementar. Incompetência da Justiça do Trabalho", Revista de Previdência Social, Ano XXVI, Nº 255, fev-2005.

PERES, Antonio Galvão. "Previdência Privada Complementar. Repercussões Salariais", Revista de Previdência Social, Ano XXVIII, Nº 286, Set-2.004.

PERSIANI, Mattia. "Diritto della Previdenza Sociale. Editora Cedam, Itália 2005.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares - "Previdência Privada - Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica", Editora Fundação Escola Nacional de Seguros, São Paulo, 1985.

_____. Na Rota das Instituições do Bem-Estar Seguro e Previdência, Ed. Ed. Green Forest do Brasil, São Paulo, 2000.

_____. "Previdência Privada – Planos Empresariais", vol.1 e 2. Ed. Fundação Escola Nacional de Seguros, São Paulo, 1991.

PORTUGAL, Flávio Jahrmann. "A Contribuição na Previdência Complementar", in Estudos em Homenagem ao Professor Wagner Balera, Moreau-Advogados, São Paulo, 2003.

PROSCURCIN, Pedro. "Do Contrato de Trabalho ao Contrato de Atividade", Ed. LTR, São Paulo, 2003.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. "Direito da Saúde". Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005.

RAMOS, Maria Cibele de Oliveira. "Os Planos de Benefícios das Entidades de Previdência Privada", Editora LTR, 2005.

_____, Maria Cibele de Oliveira. “A Competência Jurisdicional para Apreciação de Demandas Sobre Benefícios de Previdência Privada”, Revista do Tribunal Regional do Trabalho, Nº 19, 2.002.

REALE, Miguel, “O projeto do Código Civil”, Editora Saraiva, São Paulo, 1986.

REIS, Adacir (coordenação). “Fundos de Pensão em Debate”, Editora Brasília Jurídica, 2.002.

REIS, Ernesto José Pereira dos. “Previdência Privada Aberta”, in Curso de Direito Previdenciário - Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, Coordenador Wagner Balera, Ed. LTR, 1992, págs. 109 a 165.

RODRIGUES, Flávio Martins. “Fundos de Pensão: Temas Jurídicos”. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

RODRIGUES, Sílvio, “Direito Civil”, Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. “Estrutura da Relação de Previdência Privada (Entidades Fechadas)”, Revista de Previdência Social, Ano XXV - Nº 252 - Nov/2.001.

RUSSOMANO, Mozart Victor. “Curso de Previdência Social”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1983.

SAAD, Eduardo Gabriel. “Perspectivas da Previdência Complementar no Brasil”, Suplemento Trabalhista 123/01, Ed. LTR, Ano 37, pág. 581-586, São Paulo, 2001.

_____. “Perspectivas da Previdência Complementar no Brasil”, Suplemento Trabalhista 063/01, Ed. LTR, Ano 37, pág. 313-318, São Paulo, 2001.

_____. “Intervenção em Entidade de Previdência Privada”, Suplemento Trabalhista 079/02, Ed. LTR, Ano 38, pág. 351-356, São Paulo, 2002.

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. “Previdência Privada - Lei da Previdência Complementar Comentada”, 2ª ed., Editora Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.

SILVA, José Afonso da. “Comentário Contextual à Constituição”, Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

SILVA, Devanir da. “De 1976 a 2002: Reflexões para o Atual Momento de Transição”, in Fundos de Pensão em Debate, Editora Brasília Jurídica, Brasília, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo e outros. “Instituições de Direito do Trabalho, vol. 1 e 2”. 20ª ed. Editora LTR, São Paulo, 2002.

TÁCITO, Caio. “Previdência Privada e Direito Adquirido”, Revista de Direito Administrativo, vol. 186, out-dez-1991.

TARTUCE, Flávio. “A função social dos contratos (do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil)”, Editora Método, São Paulo, 2005.

TEUBNER, Gunther. “Diritto Policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali”, Ed. La Città del Sole, 1999.

_____. “O Direito como Sistema Autopoiético”, Ed. Fundação Caloust Gulbenkian, 1989.

TEIXEIRA, Raul. Seguro, “Previdência Privada e Capitalização: Uma Visão Institucional”. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira (coordenação). Tributação nos Mercados Financeiro e de Capitais e na Previdência Privada. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005.

VARELA, Antunes. “Direito das Obrigações”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1977.

VALVERDE, Gustavo. “Coisa Julgada em Matéria Tributária”, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2004.

VELLOSO, Andrei Pitten e outros. “Comentários à Lei do Custeio da Seguridade

Social”, Livraria do Advogado, São Paulo, 2005.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. “Previdência Social - Custeio e Benefícios”. Editora LTR, São Paulo, 2005.

VIEIRA, Helga Klug Doin. “O Regime Jurídico da Previdência Privada no Sistema Brasileiro de Seguridade Social”, Tese de Doutorado em Direito da PUC/SP, 2003.

VILANOVA, Lourival, “Causalidade e Relação no Direito”, Editora RT, São Paulo, 2003.

_____. “As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo”, Editora RT, São Paulo, 1977.

WALD, Arnold. “A Reforma da Previdência Privada (A Constitucionalidade do Decreto 3.721, de 08.01.2001)”, Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, Ano 90 vol. 791, pág. 1-30, set-2001.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. “Previdência Privada, Atual Conjuntura e sua Função Complementar ao Regime Geral da Previdência Social”, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003.

_____. “Manual de Direito Previdenciário Privado”, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. “Previdência Privada - Doutrina e Jurisprudência”. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005.

_____. “Não Subsidiaridade e Complementar, Revista de Previdência Social”, Ano XXVI, Nº 261, ago/2002.

REVISTAS

Como Criar um Fundo de Pensão a Partir do Vínculo Associativo, ABRAPP/ ICSS/

SINDAPP, julho/2003.

Fundos de Pensão, Revista da ABRAPP, Ano XXIII, n. 290, jan. 2004.

O Fomento da Previdência Complementar como Instrumento para a Inclusão Social. 24º Congresso Brasileiro dos Fundos de Pensão, ABRAPP, ICSS, SINDAPP.

Revista Veja, nº 1942, Editora Abril, 8 de fevereiro de 2006.