



VÂNIA CANEVER DA SILVA

**ATO JURÍDICO PERFEITO NOS CONTRATOS DE PREVIDÊNCIA
PRIVADA**

FLORIANÓPOLIS - SC

2009

VÂNIA CANEVER DA SILVA

**ATO JURÍDICO PERFEITO NOS CONTRATOS DE PREVIDÊNCIA
PRIVADA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Co-orientador: Marcos Luiz Rigoni Junior

FLORIANÓPOLIS - SC

2009



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “Ato jurídico perfeito nos Contratos de Previdência Privada”, elaborada pela acadêmica Vânia Canever da Silva e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo relacionados, obteve aprovação com nota ____ (____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, por meio da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 22/10/2009.

Prof^ª. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Prof. Sérgio de Andréa Ferreira

Prof^ª. Heloísa Maria Sobierajski

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Maria e Valmir pelo apoio incondicional durante todos os anos de minha vida.

Aos meus irmãos Paula, Luís Gustavo e Bruno pelas alegrias compartilhadas e ao meu namorado, Rafael, pelo incentivo constante. Perdão pela minha ausência!

A minha orientadora, Professora Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa, por sua competência para me auxiliar na elaboração deste trabalho.

Ao meu co-orientador, Marcos Luiz Rigoni Junior, por ter me transmitido o amor pela temática da Previdência Privada.

Agradeço antecipadamente aos componentes da banca pela disposição em me avaliar.

Por fim, a todos aqueles, que embora não citados, contribuíram de alguma forma para a realização desta monografia.

RESUMO

A Previdência Privada foi institucionalizada há apenas pouco mais de trinta anos no Brasil com a promulgação da Lei nº 6.435/77, de 15 de julho de 1977, e foi prevista constitucionalmente pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que alterou o artigo 202 da Constituição Federal. Nesse curto período, não adquiriu a unidade conceitual necessária para que o operador do direito possa distingui-la das outras atividades previdenciárias afins o que torna imprescindível o estudo do contrato previdenciário no sentido de analisar suas características e sobretudo para enfatizar a inviolabilidade do ato jurídico perfeito. A elaboração deste trabalho será embasada no aprofundado estudo da Previdência Privada, incluindo-se, para tanto, a análise do contrato previdenciário e a possibilidade de as alterações realizadas no regulamento do plano de benefícios pela Fundação de Previdência Complementar serem aplicadas a todos os participantes independente da época a qual aderiram ao plano. O método utilizado neste trabalho será o dedutivo, mediante a apreciação de doutrina especializada e da legislação em vigor. No capítulo inaugural, será realizado um breve esboço sobre a evolução histórica e legislativa do Direito Previdenciário no Brasil e a respeito do desenvolvimento da atividade previdenciária por intermédio da iniciativa privada com a Previdência Complementar. No segundo capítulo, será apresentado o conceito de ato jurídico perfeito, de direito adquirido e coisa julgada, bem como a necessidade de preservação da segurança jurídica ante as alterações legislativas. Nesse sentido, será analisado o contrato como ato jurídico perfeito e as implicações das cláusulas suspensivas nos contratos quanto à incidência da lei nova. Com o exame do contrato previdenciário, serão abordadas suas características. No terceiro capítulo, desenvolver-se-á uma análise da violação do ato jurídico perfeito quando há aplicação das alterações do contrato previdenciário de forma unilateral pela Entidade de Previdência Privada como forma de reequilíbrio do plano de benefícios.

Palavras-chave: Previdência Privada. Ato Jurídico Perfeito. Contrato Previdenciário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 PREVIDÊNCIA PRIVADA NO BRASIL.....	10
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA	10
1.1.1 O Regime Previdenciário no Brasil.....	12
1.1.2 A Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977	14
1.1.3 A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998	15
1.1.4 As Leis Complementares 109 e 108, de 29 de maio de 2001.....	16
1.2 ESPÉCIES DE ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E SEUS PLANOS DE BENEFÍCIOS	19
1.2.1 As Entidades Abertas de Previdência Privada.....	19
1.2.2 As Entidades Fechadas de Previdência Privada	20
1.2.3 Regimes Financeiros: repartição simples, repartição de capital de cobertura e capitalização	22
1.2.4 Os Planos de Benefícios na Previdência Privada	25
1.3 NATUREZA JURÍDICA DA PREVIDÊNCIA PRIVADA: CARÁTER INSTITUCIONAL, MISTO E CONTRATUAL.....	30
1.3.1 Caráter institucional da Previdência Privada.....	31
1.3.2 Caráter contratual da Previdência Privada.....	32
1.3.3 Caráter misto da Previdência Privada.....	32
1.3.4 Previdência Privada e Previdência Pública	34
2 O ATO JURÍDICO PERFEITO E O CONTRATO PREVIDENCIÁRIO	38
2.1 O ATO JURÍDICO PERFEITO	38
2.1.1 A eficácia das normas no tempo.....	39
2.1.2 Conceito de ato jurídico perfeito	42

2.2 CONTRATOS COMO ATOS JURÍDICOS PERFEITOS: DIREITO ADQUIRIDO E CLÁUSULAS SUSPENSIVAS	46
2.2.1 O contrato como ato jurídico perfeito.....	47
2.2.2 Cláusulas suspensivas: termo e condição na relação contratual.....	49
2.3 O CONTRATO PREVIDENCIÁRIO	53
2.3.1 Contrato Previdenciário como contrato de seguro	53
2.3.2 Características do contrato previdenciário	54
2.3.3 Previdência Privada: contrato de Adesão, bilateralidade, complementaridade e autonomia	57
2.3.4 Cláusula suspensiva ou termo no contrato previdenciário	59
3 A VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO NO CONTRATO PREVIDENCIÁRIO	62
3.1 CONTRATO PREVIDENCIÁRIO COMO ATO JURÍDICO PERFEITO.....	62
3.1.1 Ato jurídico perfeito na adesão ou na aposentação	64
3.1.2 As alterações unilaterais e o direito adquirido às condições contratadas.....	66
3.1.3 O mito da natureza associativa e da prevalência do interesse coletivo	68
3.2 A APLICABILIDADE DO ARTIGO 17 DA LEI COMPLEMENTAR N° 109/2001	70
3.2.1 A inconstitucionalidade do artigo 17 da Lei Complementar nº 109/2001	71
3.2.2 O esvaziamento do direito acumulado do participante.....	73
3.3 INVOCAÇÃO DA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> E A TEORIA DA IMPREVISÃO COMO FORMA DE EXCEÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO NA PREVIDÊNCIA PRIVADA.....	76
3.3.1 A Teoria da Imprevisão e a <i>cláusula rebus sic stantibus</i>	77
3.3.2 A possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão ao contrato previdenciário	82
3.3.3 As formas de reequilíbrio do plano de benefícios	83
3.4 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.....	85
CONCLUSÃO.....	89

REFERÊNCIAS	93
ANEXOS	96
< ANEXO A – RESOLUÇÃO CNSP Nº 117, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2004>.....	97
< ANEXO B – RESOLUÇÃO MPS/CGPC Nº 16, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2005>.....	113
< ANEXO C – RESOLUÇÃO MPAS/CPC Nº 1 DE 09 DE OUTUBRO DE 1978>.....	116

INTRODUÇÃO

A segurança na fase de inatividade sempre foi e sempre será uma grande preocupação da humanidade, mas com o aumento substancial da expectativa de vida e com a possibilidade, cada vez maior, de uma velhice mais produtiva, a manutenção do padrão econômico durante a aposentadoria tornou-se anseio ainda maior.

Como apenas a Previdência Pública, apesar de muito abrangente, não é suficiente para propiciar a manutenção da renda auferida durante o período de atividade, ocorre uma intervenção do domínio privado nesse setor por meio da Previdência Privada.

A Previdência Privada foi institucionalizada há apenas pouco mais de trinta anos no Brasil com a promulgação da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, e foi prevista constitucionalmente pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que alterou o artigo 202 da Constituição Federal.

Nesse curto período, a Previdência Privada não adquiriu a unidade conceitual necessária para que o operador do direito possa distingui-la das outras atividades previdenciárias afins o que torna imprescindível o estudo do contrato previdenciário no sentido de analisar suas características e sobretudo para enfatizar a inviolabilidade do ato jurídico perfeito.

O método utilizado neste trabalho será o dedutivo, mediante a apreciação de doutrina especializada e da legislação em vigor.

A elaboração deste trabalho será embasada no estudo da Previdência Privada, incluindo-se, para tanto, a análise do contrato previdenciário e a possibilidade de as alterações regulamentares realizadas pela Fundação de Previdência Complementar serem aplicadas a todos os participantes independente da época a qual aderiram ao plano.

No capítulo inaugural, será realizado um breve esboço sobre a evolução histórica e legislativa do Direito Previdenciário no Brasil e a respeito do desenvolvimento da atividade previdenciária por intermédio da iniciativa privada com a Previdência Complementar.

Será abordada a institucionalização da Previdência Privada com a Lei nº 6.435/77 e as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 20 que determinou a

regulamentação da matéria por lei complementar o que se realizou com a promulgação das Leis Complementares nº 108 e 109, ambas, de 29 de maio de 2001.

Ainda nesse capítulo, as noções básicas relativas à Previdência Privada serão introduzidas e, por derradeiro, classificar-se-á a relação jurídica previdenciária privada comentando as divergências doutrinárias quanto ao seu caráter institucional, misto ou contratual.

No segundo capítulo, será apresentado o conceito de ato jurídico perfeito, de direito adquirido e coisa julgada, bem como a necessidade de preservação da segurança jurídica ante as alterações legislativas. Nesse sentido, será analisado o contrato como ato jurídico perfectibilizado e as implicações das cláusulas suspensivas nos contratos quanto à incidência da lei nova. Com o exame do contrato previdenciário, serão abordadas suas características.

No terceiro capítulo, desenvolver-se-á uma análise da violação do ato jurídico perfeito quando há aplicação das alterações do contrato previdenciário de forma unilateral pela Entidade de Previdência Privada como forma de reequilíbrio do plano de benefícios.

Ao fim, este trabalho tem por escopo demonstrar que o contrato previdenciário constitui ato jurídico perfeito e que a alteração unilateral das regras de concessão dos benefícios contratados viola a segurança jurídica e institui a desconfiância no sistema previdenciário privado devendo ser combatida.

O tema gera profícua controvérsia. Tanto doutrina quanto jurisprudência não são pacíficas e a questão principal está entre a proteção do participante ou da Entidade de Previdência Privada.

1 PREVIDÊNCIA PRIVADA NO BRASIL

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA

A necessidade de proteção social foi base da criação de políticas de intervencionismo estatal visando a estabelecer formas de asseguarção do trabalhador dos riscos decorrentes da relação de laboral.

Nessa esteira, surge a Previdência Social como, conforme explicitam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, “*o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para a proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanentemente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento*”.¹

Esclarecem os autores ainda, que o seguro social, de vinculação obrigatória e imposto por normas jurídicas emanadas pelo poder público, foi o veículo estabelecido entre o segurado da Previdência e o ente segurador estatal como forma de suprir a necessidade de proteção dos riscos sociais.²

Com a Revolução Industrial, ocorrem as primeiras manifestações no sentido de buscar soluções para os problemas dos trabalhadores, nesse momento, apesar da inércia do Estado quanto à institucionalização de um sistema de previdência pública, a iniciativa privada manteve-se atuante, principalmente com a criação de montepios e caixas de pensões e aposentadorias por empresas.³

As caixas de assistências, instituições que deram origem às Entidades Fechadas de Previdência Privada que mais adiante serão abordadas, como essas, eram instituídas em prol de grupo determinado de pessoas ligadas por relação de emprego ou por órgão de classe com fulcro na disponibilização de benefícios previdenciários e pecúlios.

O montepio, na definição do Dicionário de Previdência Complementar, é a “*instituição assistencialista que geralmente oferece empréstimos,*

¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 8. ed. rev. São Paulo: LTR, 2007. p. 51.

² CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B., op. cit., p. 45

³ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. Previdência Privada: filosofia, fundamentos técnicos e conceituação jurídica. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 40.

*atendimento médico e farmacêutico (e pecúlio, em caso de morte), mediante contribuições monetárias*⁴. Essa instituição tinha características tanto de instituição financeira quanto de fundo de pensão e foi modelo para criação das Entidades Abertas de Previdência Privada.

As mudanças econômicas influenciaram as relações de trabalho e deram maior relevância ao Estado como mediador entre os interesses da iniciativa privada e da população trabalhadora.

Conforme esclarece Manuel Póvoas:

O direito à assistência social foi, na verdade, o gérmen filosófico da reconquista da dignidade humana e que mobilizando a solidariedade das gerações, logo a seguir britava, com sua extensão, com o mesmo vigor ao nível da comunidade internacional aquilo que, não obstante a terminologia instável, ainda hoje é conhecido por direito à garantia a um nível mínimo de subsistência, e que viria a enformar todos os sistemas de previdência social.⁵

As primeiras legislações sobre seguridade social⁶ surgiram na Prússia que, em razão da urbanização da população propiciada pela Revolução Industrial, concediam, já em meados de 1880, seguros de proteção aos trabalhadores. Acompanhou o pioneirismo da Alemanha também a Inglaterra, com a *Workmes's Compensation Act*, e a França.⁷

Mas, apenas após a Segunda Guerra Mundial, a noção de previdência foi incluída na acepção de seguro social como forma de resguardar o trabalhador na inatividade ou em caso de doença incapacitante.⁸

Isso ainda não era claro nas legislações anteriores na medida em que estavam muito atreladas ao direito do trabalho, porém o *Social Security Act*, de 1935 e em vigor até hoje, buscava, além da proteção aos trabalhadores a distribuição de renda e promoção do bem-estar geral dos americanos:

O divisor de águas do surgimento da idéia de Previdência Social foi o programa político *New Deal*, criado pelo presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt, que fundamentou a idéia de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), com o escopo de mitigar as agruras que o povo americano vinha sofrendo desde a crise da quebra da Bolsa de valores de 1929.⁹

⁴ ALMEIDA, Magali Cabral de. Dicionário de Previdência Complementar. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2008. p. 118.

⁵ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 38.

⁶ Na forma do que dispõe o artigo 194 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Entende-se, portanto, que a previdência social está inserida na noção de seguridade social.

⁷ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 22-23.

⁸ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 31.

⁹ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 31.

Como se vê, a evolução da Previdência Social é inerente ao desenvolvimento dos regimes privados de previdência. Inicialmente porque, por um período histórico que vai até a publicação das primeiras legislações sobre seguridade social e, por conseguinte, sobre previdência social, a Previdência Privada era a forma exclusiva de resguardar a velhice por benefício previdenciário¹⁰. E num segundo instante, com o surgimento dos Regimes Públicos de Previdência, de filiação obrigatória, porque a Previdência Privada desempenha o papel de complementar o benefício concedido pelo regime estatal a ponto de conservar, no momento da inatividade, o padrão econômico da fase laborativa.

1.1.1 O Regime Previdenciário no Brasil

No Brasil, a primeira lei previdenciária foi a chamada Lei Eloy Chaves, Decreto nº 4.682/1923, que instituiu benefícios aos ferroviários. Apenas em 1960 que a Previdência Social foi universalizada aos trabalhadores com a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS (Lei nº 3.807/1960).¹¹

Durante todo esse período, até a criação do Instituto Nacional de Previdência Social - INPS pelo Decreto-lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, que unificou a Previdência Social Urbana, havia vários institutos de previdência que eram organizados por classe de trabalhadores. Os trabalhadores rurais e domésticos passaram a condição de segurados da Previdência Social com o advento da Lei Complementar nº 11/1971 e da Lei nº 5.859/1972, respectivamente o que possibilitou a criação da Previdência Social nos moldes atuais.¹²

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Previdência Social foi incluída na Seguridade Social em conjunto com Assistência Social e Saúde. Sobre o tema, salientam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari que:

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social, como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social,

¹⁰ Necessário salientar que a institucionalização da seguridade era dada pela Previdência Privada, não excluindo outras formas de assecuração como, por exemplo, por meio de poupança individual.

¹¹ CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B., op. cit., p. 62.

¹² CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B., op. cit., p. 62.

de modo que as contribuições sociais passaram a custear as ações do Estado nestas três áreas, e não mais somente no campo da Previdência Social.¹³

Após a nova ordem constitucional, foi criado o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que passou a ser responsável pela arrecadação, fiscalização, cobrança das contribuições além da regulamentação do custeio do sistema de seguridade social e pela concessão dos benefícios.¹⁴

Importante, também, foi a promulgação da Lei de Custeio da Seguridade Social (Lei nº 8.212/1991), que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, incluindo saúde, assistência social e previdência social, e institui seu plano de custeio, e da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/1991), esta última sobre as normas básicas de concessão dos benefícios previdenciários.¹⁵

No Regime Previdenciário Privado, o embrião das hoje Entidades de Previdência Privada foram os montepios e as caixas de assistência criadas em prol dos trabalhadores de determinadas empresas. Os estudos históricos dão conta de que o Montepio dos Oficiais da Marinha da Corte, com fundação em 23 de setembro de 1795, foi a primeira instituição com a finalidade de complementar a renda na inatividade criada no país.¹⁶

Outras instituições privadas destinadas a concessão de pensões e aposentadorias foram fundadas nesse período anterior à institucionalização da Seguridade Social pela Lei Eloy Chaves, como o Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado – MONGERAL, em 1835.

Já em 1904, foi criada a Caixa Montepio dos Funcionários (sic) do Banco da República do Brasil (sic) um esboço do que, na atualidade, é a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI, maior Fundação de Previdência Privada Fechada do país.¹⁷

O crescimento do ramo de Previdência Privada ocorreu notadamente entre as décadas de 60 e 80, com o surgimento de inúmeras entidades sob o patrocínio, em sua maioria, de empresas estatais. Em 1º de julho de 1970, a PETROS, entidade de Previdência Privada da Petrobrás S/A, iniciou suas atividades.¹⁸ Em setembro de 1977, foi constituído pelo

¹³ CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B., op. cit., p. 64.

¹⁴ CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B., op. cit., p. 65-66.

¹⁵ CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B., op. cit., p. 66.

¹⁶ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 66.

¹⁷ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 66.

¹⁸ Disponível em: <<https://www.petros.com.br/petrossite/>>. Acesso em: 14 de outubro de 2009.

Banco Nossa Caixa S/A o ECONOMUS, Entidade Fechada de Previdência Complementar exclusiva para seus funcionários.¹⁹

Nesse mesmo período foi criado, também, o PORTUS, em 1º de abril de 1979, entidade patrocinada pela PORTOBRÁS - Empresa de Portos do Brasil S.A., extinta em 1990 por ato federal.²⁰

Sobre o modelo de Previdência Complementar brasileiro, Voltaire Marensi afirma:

A verdade é que o Brasil nunca pensou globalmente em criar um sistema de previdência complementar para o trabalhador do setor privado. O que existe hoje é o resultado de iniciativas particulares que foram se aglutinando ao longo do tempo, sem obediência a qualquer projeto estruturado e, finalmente, consagradas em lei. Assim são as entidades fechadas, versão atual das caixas assistenciais de funcionários, como assim são. Também, as entidades abertas, evoluídas dos antigos montepios.²¹

Conclui-se que, ainda antes de toda a evolução da legislação Previdenciária, já havia instituições privadas para suprir a necessidade de resguardar o padrão de vida em caso de doença e na velhice.

1.1.2 A Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977

A securitização privada, portanto, é anterior aos regimes público de previdência, porém, sua sistematização, no Brasil, é tardia. Apenas em 1977 a Previdência Complementar Privada foi normatizada. A Lei nº 6.435/1977 regulamentou as regras de custeio dos benefícios, de instituição dos fundos de pensão e também ditou as normas gerais necessárias para a constituição do contrato previdenciário.²²

Referida Lei foi de suma importância para a delimitação da relação previdenciária no sentido de proteção dos participantes, assistidos e beneficiários ao mesmo tempo em que exigiu a preservação do equilíbrio econômico-financeiro das Entidades de Previdência Privada.

Ademais, pelo relevante papel que desempenha nos campos social e econômico, o interesse público justifica que a atividade de previdência privada fique sob a

¹⁹ Disponível em: <<http://www.economus.com.br/>>. Acesso em: 14 de outubro de 2009.

²⁰ Disponível em: <<http://www.portusinstituto.com.br/>>. Acesso em: 14 de outubro de 2009.

²¹ MARENSI, Voltaire. Regime da previdência privada no Brasil e as distorções do sistema. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Síntese v.130, abr. 2000. p. 33.

²² PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 145.

tutela jurídica do Estado, o que se vislumbra no artigo 3º da Lei 6.435/1977 que impõe a ação do poder público, principalmente, como forma de proteção dos interesses dos participantes, *in verbis*:

Artigo 3º A ação do poder público será exercida com o objetivo de:
I - proteger os interesses dos participantes dos planos de benefícios;
II - determinar padrões mínimos adequados de segurança econômico-financeira, para preservação da liquidez e da solvência dos planos de benefícios, isoladamente, e da entidade de previdência privada, em seu conjunto;
III - disciplinar a expansão dos planos de benefícios, propiciando condições para sua integração no processo econômico e social do País;
IV - coordenar as atividades reguladas por esta Lei com as políticas de desenvolvimento social e econômico-financeira do Governo Federal.

A Lei 6.435/1977, visando a atingir a unidade conceitual não obtida em razão da sistematização tardia da relação previdenciária privada, descreveu substantivamente os conceitos básicos da matéria.

O conceito de Entidade de previdência privada está previsto no artigo 1º que dispunha serem as entidades “*que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos*”.

A Lei dispunha, ainda, que as entidades poderiam ser constituídas na forma de sociedades anônimas, sociedades civis ou fundações (artigo 5º) e seriam classificadas em abertas ou fechadas de acordo com a relação entre a entidade e o participante, e, em razão de seus objetivos, como com ou sem fins lucrativos (artigo 4º). As Entidades Fechadas de Previdência Privada, na forma do artigo 4º, não podiam ter fins lucrativos.

Por fim, as entidades abertas, no entanto, por terem, em sua maioria, objetivo de lucro, seriam integradas ao Sistema Nacional de Seguros Privados, conforme determinava o artigo 7º da Lei 6.435/77.

1.1.3 A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998

A Constituição de 1988, em seu projeto originário não abordou a atividade de previdência privada, apenas recentemente, com a Emenda Constitucional nº 20,

de 15 de dezembro de 1998, que modificou a redação do artigo 202 da Constituição Federal, deu-se a constitucionalização da Previdência Privada a qual foi inserida no capítulo referente à Seguridade Social.

Com a alteração constitucional, a Previdência Privada ficou caracterizada por ser complementar e organizada de forma autônoma ao Regime Geral de Previdência Social, sendo a adesão facultativa. O dispositivo da Carta Magna determinou, também, o caráter contratual da Previdência Privada ao estabelecer que será baseada na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

Nesse momento há um grande rompimento entre o Regime Geral de Previdência e o Regime de Previdência Complementar, uma vez que, como será analisado mais adiante, o primeiro é constituído em um sistema de repartição e este último, inclusive pela disposição constitucional, deve ser constituído, para garantia dos benefícios contratados, na forma de capitalização.

1.1.4 As Leis Complementares nº 109 e 108, de 29 de maio de 2001

A Emenda Constitucional nº 20/1998 determinou, ainda, que a matéria da seguridade privada deveria ser regulamentada por intermédio de lei complementar. Dessa determinação constitucional nasceram a Lei Complementar nº 108 e a Lei Complementar nº 109, ambas de 29 de maio de 2001.

A primeira, conforme se extrai do preâmbulo, *“dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar”*, ou seja, regulamenta a complementação de aposentadoria em caso de patrocínio de ente público.

Imperioso salientar que a Lei Complementar nº 108/2001 permitiu a modificação no regime previdenciário dos servidores públicos inserida pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que determinou um teto para a aposentadoria dos servidores equivalente ao teto do Regime Geral de Previdência Social em caso de instituição, pela Administração Pública Direta ou Indireta, de entidade com a finalidade de complementar a aposentadoria.

Porém, mudanças ainda mais significativas foram introduzidas com o advento da Lei Complementar nº 109/2001, a qual, revogando expressamente a Lei 6.435/1977, estabeleceu a disciplina da previdência complementar, regulando o artigo 202 da Constituição Federal.

A inovação de maior impacto, em comparação com a legislação anterior, é a criação dos institutos previstos nos incisos do artigo 14, quais sejam: o benefício proporcional diferido, a portabilidade, o resgate e a facultatividade do participante manter a contribuição, sua e da patrocinadora, em caso de perda parcial ou total da remuneração percebida.²³

O benefício proporcional diferido, assemelhado à aposentadoria proporcional concedida pela previdência oficial, se conceitua como aquele conferido em casos de cessação do vínculo empregatício antes da aquisição do benefício pleno, é a possibilidade do participante requerer o benefício antes de completos os requisitos de idade e tempo de contribuição.

A portabilidade é a faculdade de retirar o direito acumulado pelo participante para outro plano. O parágrafo único do artigo 15 da Lei Complementar 109/2001 estabelece que, para fins de portabilidade, “*o direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável*”.

O resgate autoriza que o participante retire do fundo a totalidade das contribuições vertidas ao plano, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma do regulamento.

E, por fim, instituiu-se o autopatrocínio, ou seja, 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 perda total da remuneração ocorre quando cessa o vínculo empregatício entre participante e patrocinadora, mas quanto à perda parcial da remuneração, sustenta Wagner Balera que “*na legislação não se distinguiu nenhuma hipótese para a perda*

²³ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 462/463.

*parcial de remuneração, podendo, por enquanto, ser definida como qualquer motivo determinante da queda dos rendimentos auferidos com o trabalho”.*²⁴

Em sua análise sobre o tema, Manuel Sebastião Soares Póvoas argumenta que as prerrogativas originadas pela Lei Complementar nº 109/2001 não são inovação, mas sim institutos inerentes ao contrato previdenciário que sempre existiram na filosofia da previdência privada haja vista que são:

[...] consubstanciados no princípio de que todo o trabalhador que entra num plano e cumpre, cumpriu ou cumprirá pontualmente suas obrigações específicas, tem o direito a permanecer nele, mesmo que perca o vínculo empregatício com o instituidor, assim como tem o direito a tudo aquilo que versou o plano e que, por razões técnico-atuariais, deixou de ter função previdenciária.²⁵

Todavia, para Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub, a regulamentação foi benéfica na medida em que:

Com a nova legislação, manifestou-se uma ênfase maior em relação à proteção dos participantes, havendo uma nítida *mens legis* do legislador em fortalecer a **transparência** (sob a forma de fiscalização tanto por parte do governo quanto do participante), a **flexibilização** (maior liberdade de ingerência do participante sobre os recursos em seu nome), e a **segurança** (previsão de resseguro e reserva de contingência que garantam os benefícios).²⁶

No entanto, a Lei Complementar nº 109/2001 sofreu críticas de parte dos estudiosos da matéria ainda durante a tramitação do Projeto de Lei que lhe deu origem (PL nº 10/99) em razão de dispositivos que permitiriam a violação do ato jurídico perfeito²⁷ e enfatizavam a responsabilização dos participantes, e não dos gestores do fundo, em caso de desequilíbrio do plano de benefícios.

As apreciações partiam, inclusive, do advogado Adacir Reis, posteriormente nomeado Secretário de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social (de 2003 a 2006), que fez a seguinte declaração:

[...] há dispositivos no corpo do projeto que reclamam reflexão. Vejamos alguns deles: o projeto 10/99 permite violação do ato jurídico perfeito, ao estabelecer que qualquer mudança nos planos de benefícios, aprovada pelo órgão oficial, passa a valer para todos os participantes, independentemente da manifestação destes. Além de inconstitucional, pois os princípios da “adesão facultativa” e do “benefício contratado” foram consagrados

²⁴ BALERA, Wagner (Coord.). Comentários à Lei de Previdência Privada. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 117.

²⁵ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 463.

²⁶ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 70.

²⁷ O ato jurídico perfeito no contrato previdenciário privado será abordado no próximo capítulo.

constitucionalmente, tal dispositivo pode abalar a estabilidade e a credibilidade das regras contratuais.²⁸

Como se vê, a Lei Complementar nº 109/2001 não foi suficiente para dirimir as controvérsias com relação aos contratos previdenciários e, ao estabelecer regras típicas da relação estabelecida no Regime Geral de Previdência Social, aumentou a insegurança jurídica.

1.2 ESPÉCIES DE ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E SEUS PLANOS DE BENEFÍCIOS

Os benefícios complementares podem ser oferecidos por dois tipos de Entidades de Previdência Privada classificadas, conforme a acessibilidade à adesão aos planos de benefícios, em entidades abertas ou fechadas.

1.2.1 As Entidades Abertas de Previdência Privada

A entidade aberta é a pessoa jurídica de direito privado que comercializa planos de benefícios para qualquer consumidor²⁹, podendo realizar contratos com grupos de pessoas determinadas, os chamados planos coletivos, sem descaracterizar sua acessibilidade ao mercado consumidor.³⁰

Nesse sentido:

As entidades abertas, que são as que nos interessam neste capítulo, são acessíveis a todas as pessoas indistintamente, desde que atendam aos requisitos de inscrição de seus planos previdenciários, possuam capacidade civil, não se exigindo que exerçam atividade profissional, bastando deter capacidade econômica, o que as aproximam das sociedades seguradoras.³¹

O regime jurídico das entidades abertas, que só podem ser constituídas na forma de sociedades anônimas, como, por exemplo, bancos, seguradoras autorizadas a

²⁸ REIS, Adacir. O ser ou não da previdência privada. O Estado de São Paulo: 24/09/1999.

²⁹ Conforme a dicção do artigo 2º da Lei nº 8.078/90, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

³⁰ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 99.

³¹ BALERA, W. (Coord.), ob cit., p. 226.

operar exclusivamente no ramo de vida e demais instituições financeiras, está definido nos artigos 36 a 40 da Lei Complementar nº 109/2001.

Como se viu, a adesão ao plano de benefício prescinde ao vínculo empregatício, de classe ou associativo uma vez que não há patrocínio nas entidades abertas. Isso não opõe que uma empresa contrate, para seus trabalhadores, um contrato previdenciário visando à complementação da renda auferida ao tempo da aposentadoria ou em caso de doença incapacitante.³²

O órgão fiscalizador das entidades abertas é o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, a intervenção estatal é necessária, conforme esclarece Wagner Balera, na medida em que *“a finalidade desse segmento se confunde com proteção social e, conseqüentemente, destaca a supremacia do interesse coletivo sobre o privado”*.³³

Igualmente importante é estabelecer as regras de custeio dos planos de benefícios oferecidos por Entidades abertas de Previdência Privada. Como há nítida característica de obtenção de lucro, o custeio não poderia ser constituído de forma diversa das contribuições vertidas pelo próprio contratante/consumidor. Dessa maneira, a reserva necessária para a garantia do benefício contratado é obtida pela contribuição dos participantes.

1.2.2 As Entidades Fechadas de Previdência Privada

A entidade fechada é o Fundo de Pensão. Consiste em pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, como já determinava a Lei nº 6.435/1977 e também previu a Lei Complementar nº 109/2001 em seu artigo 4º, que oferta planos de benefícios apenas a um determinado grupo de pessoas que estão interligadas por vínculo de emprego, associativo ou constituem-se em entidade de classe.

Dessa relação jurídica surgem diversas partes, que estão vinculadas ou não ao contrato previdenciário. A lei dispõe que existem duas formas básicas de constituição da Entidade Fechada de Previdência Privada, quais sejam, pelo patrocínio e pela instituição.

O patrocínio, com previsão no inciso I do artigo 31, ocorre quando uma empresa constituiu uma fundação com a finalidade de complementar a aposentadoria de

³² WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 99.

³³ BALERA, W. (Coord.) ob cit., p. 230.

seus empregados. E as entidades instituídas são aquelas acessíveis aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, na forma do inciso II do artigo 31.

É denominada patrocinadora a empresa que cria fundação em prol de seus funcionários e instituidora a entidade de classe, associativa ou setorial que funda pessoa jurídica com fins previdenciários, essa distinção tem importância, pois a lei estabelece restrições quanto ao tipo de plano de benefícios adotado por cada entidade.

O participante é o aderente do contrato previdenciário que, ainda na ativa, contribui para a fundação. Quando ocorre a aposentação ele passa a ser designado assistido.

Por fim, existe a figura do beneficiário que, terceiro em face da relação previdenciária estabelecida entre participante e fundo de pensão, recebe benefícios decorrentes de morte. São beneficiários típicos o viúvo(a) e os filhos menores.

Com o advento da Lei Complementar nº 109/2001, o papel das entidades fechadas foi delimitado excluindo-se de sua competência a prestação de serviços que se desvinculam da “*administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária*”, como determina o artigo 32 da referida Lei, impedindo que, como ocorria durante a vigência da Lei nº 6.435/1977, as fundações se incumbissem da prestação de serviços assistenciais.

Ressalvou-se, no entanto, a prestação de serviços assistenciais à saúde contratados anteriormente a 2001 e com previsão de custeio específico, na forma do artigo 76 da Lei Complementar nº 109/2001.

A regulação e fiscalização da atividade previdenciária exercida pelos fundos de pensão são de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio do Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC e da Secretaria de Previdência Complementar – SPC, segundo determina o artigo 74 da Lei Complementar nº 109/2001.³⁴

³⁴ Tramita no Senado o PLC - Projeto de Lei da Câmara, nº 136 de 2009 que cria/recria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, anteriormente proposta pela Medida Provisória 233, de 30/12/2004, que perdeu efeito por decurso de prazo. Dispõe, ainda, sobre o seu pessoal; inclui a Câmara de Recursos da Previdência Complementar na estrutura básica do Ministério da Previdência Social; altera disposições referentes a auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil; altera as Leis nºs 11.457, de 16 de março de 2007, e 10.683, de 28 de maio de 2003; e dá outras providências.

Além das disposições relativas à fiscalização e regulação da atividade pelo poder público, a lei de regência estabeleceu as regras de custeio³⁵ para efetivar a solvência do plano.

Essas disposições são extremamente restritivas visando à manutenção da integridade do plano de benefícios para que as obrigações contratadas sejam cumpridas:

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

[...]

§ 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

§ 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

O plano de custeio corresponde ao conteúdo de normas e previsões de despesas e receitas para garantir as reservas necessárias ao pagamento das obrigações contraídas pela fundação. Conforme determina o §2º do artigo 18, o cálculo da reserva técnica necessária para o pagamento dos benefícios deve atender as exigência de cada plano de benefícios, sempre atendendo a necessidade de preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, com a finalidade de atender ao benefício contratado.

1.2.3 Regimes Financeiros: repartição simples, repartição de capital de cobertura e capitalização

Na Previdência Privada, as normas de custeio são determinadas pela adoção do regime financeiro que vai definir as formas de alcançar os recursos para suportar as obrigações do plano.

Sobre o tema, Wagner Balera, citando Marília Vieira Machado da Cunha Castro, esclarece que “*denominamos regimes financeiros os diferentes conceitos adotados para financiamento do compromisso do plano, isto é, definição das contribuições*

³⁵ A forma de custeio da Previdência Privada será abordada quando da análise dos regimes financeiros, no item seguinte.

*necessárias à cobertura das despesas com o pagamento do benefícios e de sua administração”.*³⁶

São três as modalidades de regimes financeiros para custeio de benefícios previdenciários: a de repartição simples, repartição de capital de cobertura e de capitalização.

O regime de repartição simples “*objetiva fixar taxas de custeio dos benefícios contratados de modo a que produzam receitas equivalentes às despesas do exercício*”.³⁷

Nesse regime financeiro não há constituição de reserva uma vez que a receita do período deve ser equivalente a despesa decorrente do pagamento dos benefícios concedido, ou seja, a contribuição dos participantes ativos paga os assistidos e beneficiários. A premissa básica desse sistema é a solidariedade intergerações, as gerações ativas sustentam os inativos.

Na Previdência Social, o custeio do plano de benefício, não obstante outras rendas conforme determina a Lei nº 8212/91, é realizado na forma do regime de repartição simples. Mas, na seara dos benefícios privados a adoção desse regime é restrita.

O Decreto nº 81.240/78, artigo 18, inciso I, alínea “a”, autorizava a concessão, por Entidades Fechadas de Previdência Privada, dos benefícios de auxílio-doença, auxílio-natalidade, salário-família, pecúlio e auxílio-funeral, mediante a adoção do regime financeiro de repartição simples.

Nas entidades abertas, por Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, os planos para capitais segurados pagáveis de uma única vez podem ser constituídos em regime financeiro de repartição simples.³⁸

Por não haver constituição de reserva e sabendo-se que a receita é sempre calculada por probabilidade, esse regime financeiro tem alto risco de desequilíbrio.

O regime de repartição de capitais de cobertura é diverso do anterior, pois, conforme expõe Manuel Sebastião Soares Póvoas, “*a expressão das contribuições que vão ser cobradas e capitalizadas num exercício econômico, têm que corresponder à*

³⁶ *Apud* BALERA, W. (Coord.), ob cit., p. 139.

³⁷ CHAN, B. L.; SILVA, F. L.; MARTINS, G. A. Fundamentos da Previdência Complementar: da Atuária à Contabilidade. V. 1, 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 76

³⁸ Artigo 8, inciso III, da Resolução nº 117, de 17 de dezembro de 2004, do Conselho Nacional de Seguros Privados.

*expressão da soma dos valores atuais dos benefícios de pagamento continuado que se efetivem nesse exercício econômico”.*³⁹

Em outras palavras:

Sob o regime financeiro de repartição de capitais de cobertura, também denominado de método terminal, o custo de cobertura corresponde ao valor presente dos benefícios futuros, cujo primeiro desembolso tende a iniciar dentro dos próximos 12 meses.⁴⁰

Esse regime é utilizado, por entidades fechadas, para constituição de um fundo para custear os benefícios decorrentes de eventos não programados como para benefícios concedidos em caso de morte, complementação de pensão por morte, e invalidez, complementação de aposentadoria por invalidez.

Finalmente, no regime de capitalização ou *funding*, “o dimensionamento das provisões matemáticas visa à cobertura do compromisso total da entidade com os participantes, isto é, tanto em relação aos benefícios concedidos como a conceder”.⁴¹

Cada participante forma um fundo que pode ser individual ou coletivo o qual servirá para garantir o seu benefício. Nesse regime, não há solidariedade, pois cada um contribui para compor as suas próprias reservas. A doutrina esclarece, no entanto, que o regime de capitalização tem caráter mutualista, ou seja, todos contribuem individualmente em favor de melhores vantagens e rentabilidade do plano como um todo. Isso se exprime quando há a “*utilização das contribuições dos participantes para o pagamento de assistidos*”.⁴²

O Decreto nº 81.240/1978 determinava que os planos de benefícios para concessão de aposentadoria de qualquer natureza deveriam ser estruturados na modalidade de capitalização. A Lei Complementar nº 109/2001, por sua vez, prevê a obrigatoriedade da admissão do regime financeiro de capitalização para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas (artigo 18, §1º, da Lei Complementar nº 109/2001).

Quanto às entidades abertas, o artigo 8, inciso I, da Resolução nº 117, de 17 de dezembro de 2004, do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP prevê a

³⁹ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 175.

⁴⁰ CHAN, B. L.; SILVA, F. L.; MARTINS, G. A. op. cit., p. 77.

⁴¹ CHAN, B. L.; SILVA, F. L.; MARTINS, G. A. op. cit., p. 77.

⁴² WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 52.

possibilidade de adotar o regime financeiro de capitalização nos casos de capitais segurados pagáveis de uma única vez ou sob a forma de renda.

Para Weintraub, esse regime, típico da Previdência Privada, é a solução para os problemas de desequilíbrio na Previdência Pública:

Diante da inviabilidade do regime de repartição simples, historicamente adotado pelos países em geral, a única alternativa presente atualmente é o regime de capitalização da Previdência Privada (cada um contribui para a sua própria aposentadoria não para a geração anterior). A Capitalização na Previdência Privada não é ideal, mas é a alternativa viável ao regime de repartição simples, podendo os dois regimes coexistirem num regime híbrido.

O mais importante, no caso do sistema de capitalização, é que há segurança no cumprimento das obrigações contratadas pelo plano sem que nos cálculos atuariais seja necessário alocar o risco das contribuições das gerações futuras não serem suficientes ao adimplemento das obrigações atuais, como ocorre com a repartição simples.

1.2.4 Os Planos de Benefícios na Previdência Privada

Nas Entidades Fechadas de Previdência Privada, os planos de benefícios, salvo características próprias do contrato de adesão, podem ser de três tipos: plano de benefício definido, plano de contribuição definida e plano de contribuição variável ou misto.

A classificação dos planos de benefícios só ocorreu com a regulamentação dada pela Resolução do Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005, que, em razão da promulgação da Lei nº 11.053/2004 tratou da tributação dos planos de benefícios de caráter previdenciário.⁴³

Assim, quanto ao benefício definido, a Resolução dispõe que:

Artigo 2º Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na modalidade de benefício definido aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção.

Parágrafo único: Não será considerado para fins da classificação de que trata o caput o benefício adicional ou acréscimo do valor de benefício decorrente de contribuições eventuais ou facultativas.

⁴³ CHAN, B. L.; SILVA, F. L.; MARTINS, G. A. op. cit., p. 21.

No plano de benefício definido, as regras de cálculo do benefício são previamente pactuadas e os cálculos atuariais e contábeis determinam o valor da contribuição necessária para constituir a reserva que garanta o benefício a ser concedido.

Não necessariamente o valor em espécie do benefício que é definido, mas sim suas regras de cálculo com referência no valor da remuneração dos participantes ou o tempo de serviço. Por exemplo, é de benefício definido o plano que determina o cálculo do benefício pelo valor da média salarial enquanto o participante estava na ativa deduzido o benefício oficial. Nesse modelo, houve a complementação, nos termos da palavra, do benefício do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Nos planos de benefício definido, durante a vigência da Lei nº 6435/1977, a empresa patrocinadora assumia o risco de cobrir eventuais déficits do fundo o que gerava, nas palavras de Weintraub, a tendência das Entidades de Previdência Privada “*de se evitar a adoção do modelo de plano de benefício definido, por causa da responsabilidade contratual de benefício futuro*”.⁴⁴

Esse entendimento era favorecido por interpretação do artigo 45 da Lei nº 6435/1977 que autorizava que as reservas técnicas fossem mantidas em níveis não inferiores a 70% (setenta por cento) das correspondentes necessidades, se as patrocinadoras das entidades assumirem o compromisso de manter reservas suficientes, em seus respectivos patrimônios, para cobrir o déficit do plano de benefícios.

Com a promulgação da Lei Complementar nº 109/2001 o risco em caso de déficit foi distribuído entre os patrocinadores, os participantes e os assistidos, na proporção de suas contribuições, por previsão expressa do artigo 21.

Como esse plano tem alicerce no princípio do mutualismo⁴⁵, que prevê a distribuição dos riscos dentro de um critério de interesses recíprocos, pois, apesar da separação individual das reservas de poupança, que é o somatório das contribuições vertidas pelo participante e pela patrocinadora, o superávit ou déficit de todo plano é dividido entre todos os participantes.

Assim, no caso de desequilíbrio, o artigo 21 da citada Lei estabeleceu, mais do que a distribuição da obrigação em caso de déficit atuarial, a forma de reequilíbrio

⁴⁴ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 98.

⁴⁵ O princípio do mutualismo será tratado quando analisadas as diferenças entre a Previdência Social e a Previdência Privada.

dos planos de benefícios quanto à má administração ou causa superveniente à competência da entidade de previdência impossibilitar o cumprimento das obrigações contratadas.

Imperativo que as providências a serem tomadas sejam as determinadas pelo artigo 21 da Lei Complementar nº 109/2001, ressalvada a possibilidade de novação dos contratos previdenciários.

Quanto ao plano de benefícios na modalidade de contribuição definida, da Resolução CGPC nº 16/2005 extraí-se:

Artigo 3º Entende-se por planos de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição definida aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.

A modalidade de contribuição definida transfere os riscos para o participante uma vez não há previsão de um valor de benefício calculado com base em uma projeção teórica da reserva necessária para a manutenção da complementação de aposentadoria. Há, na verdade, uma expectativa de renda que pode ou não se satisfazer, pois a renda, que se materializa com a concessão do benefício, será calculada com base no valor da reserva de poupança efetivamente obtida pelo participante.

Nesse caso, o benefício é concedido pela montante vertido ao plano de benefícios pelo participante e mantido até o esgotamento desta. Ressalta, ainda, a doutrina especializada que, em comparação com o plano de benefício definido, “*os planos CD, dada a característica puramente financeira, ou seja, por não contemplarem o risco biométrico como um fator redutor na acumulação de capital, requerem maiores contribuições que os planos BD*”.⁴⁶

Pela minimização dos riscos, esclarece Weintraub que:

A tendência das entidades de Previdência Privada é a de se evitar a adoção do modelo de plano definido, por causa da responsabilidade contratual de benefício futuro. Quando já há este tipo de plano, muitas vezes vemos ocorrer a chamada migração para “modelos” de contribuição definida.⁴⁷

Por fim, conforme dispõe o artigo 31, § 2º, inc. II, da Lei Complementar nº 109/2001, as entidades constituídas por instituidores, como já se viu, por órgão de classe ou de caráter profissional, devem ofertar exclusivamente planos de benefícios

⁴⁶ CHAN, B. L.; SILVA, F. L.; MARTINS, G. A. op. cit., p. 27.

⁴⁷ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 98.

na modalidade contribuição definida. Isso porque, como não há patrocinadora, em caso de resultado deficitário, o instituidor não pode assumir a recomposição do plano.

A derradeira espécie de plano de benefícios é a de contribuição variável, ou mista. A doutrina não é coesa quanto à caracterização dessa modalidade de plano havendo opiniões no sentido de que trata-se, na verdade, de uma variável da contribuição definida sob o argumento de que nesta também a contribuição pode variar.⁴⁸

A Resolução MPS/CGPC nº 16/2005 estabelece que:

Artigo 4º Entende-se por planos de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição variável aquele cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido.

Conclui-se que se trata de uma modalidade *sui generis* em que características das duas outras são encontradas.

Esses são os planos que podem ser oferecidos nas Entidades Fechadas de Previdência Privada.

As Entidades Abertas de Previdência Privada, como instituições financeiras que são, ofertam planos com fins lucrativos. A Lei Complementar prevê duas hipóteses de planos a serem oferecidos por entidades abertas, quais sejam, planos individuais ou coletivos:

Artigo 26. Os planos de benefícios instituídos por entidades abertas poderão ser:

I - individuais, quando acessíveis a quaisquer pessoas físicas; ou

II - coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.

§ 1º O plano coletivo poderá ser contratado por uma ou várias pessoas jurídicas.

Os planos individuais oferecem “*benefícios previdenciários a quaisquer pessoas físicas, independentemente do vínculo com uma mesma pessoa jurídica ou grupo de pessoas jurídicas*”⁴⁹, enquanto que, os planos coletivos, a despeito dos planos das entidades fechadas constituídos sob a forma de patrocínio, têm por objeto a concessão de benefícios a indivíduos vinculados a pessoa jurídica contratante, por vínculo de trabalho ou associativo.

⁴⁸ Por todos ver: WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 98.

⁴⁹ BALERA, W. (Coord.), ob cit., p. 170.

Nesse último, “*cada inscrito no plano fica ligado à entidade por um contrato individual, cuja contribuição sendo recolhida pela pessoa jurídica que congrega o grupo, com ou sem ajuda material, é paga por ele*”.⁵⁰

Além da previsão legal, a doutrina elenca inúmeras espécies de planos que se diferem em razão das características de custeio e concessão dos benefícios.

Um deles é o Plano Gerador de Benefícios Livres – PGBL, que pode ser pago das seguintes formas:⁵¹

a) renda vitalícia: paga a partir de uma idade pré-estabelecida por tempo indeterminado;

b) renda temporária: em que o benefício é concedido em uma idade pré-estabelecida, mas por tempo determinado;

c) renda vitalícia reversível a um beneficiário: a concessão do benefício dá-se em data contratada e, com a morte do participante, há transferência da titularidade a beneficiário; e

d) renda vitalícia com prazo determinado: em que há a reversão para beneficiário se o participante falecer antes do prazo de duração do benefício findar.

Outra modalidade de plano de benefício é o Vida Gerador de Benefícios Livres – VGBL. Essa modalidade tem características híbridas tanto de previdência privada quanto de seguro de vida.

Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub esclarece que, no VGBL, “*parte dos recursos aplicados pelo segurado vai compor a reserva para cobrir o risco de morte, e a outra parte, que será destinada à aposentadoria, vai para o fundo de investimentos (com aplicações delimitadas pela SUSEP)*”.⁵²

Nessa forma de aporte de recursos, descreve o autor, “*se o segurado vier a sobreviver pelo tempo determinado em contrato de adesão, receberá os rendimentos pré-definidos, que variam de acordo com o plano oferecido. Caso venha a falecer, o beneficiário indicado receberá a indenização como em um seguro de vida*”.⁵³

⁵⁰ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 370.

⁵¹ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 106.

⁵² WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 108.

⁵³ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 108.

No artigo 74, a Lei Complementar nº 109/2001 dispõe sobre a fiscalização e regulamentação da atividade desenvolvida pelas Entidades de Previdência Privada, tanto as fechadas quanto as abertas.

Os planos ofertados por entidades abertas são fiscalizados e regulamentados pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda. Percebe-se, dessa forma, a correspondência entre a Previdência Privada aberta e os planos de seguro. Cabe, no entanto, analisar se isso também se aplica nos contratos previdenciários das Entidades Fechadas de Previdência Privada.

Para tanto, necessário o exame da natureza jurídica da relação existente entre participante e Fundo de Pensão.

1.3 NATUREZA JURÍDICA DA PREVIDÊNCIA PRIVADA: CARÁTER INSTITUCIONAL, MISTO E CONTRATUAL

No âmbito da Constituição Federal, a Previdência Privada está inserida no capítulo que se refere à Seguridade Social, isso porque, no contexto atual, tem caráter complementar à Previdência Social.

A Constituição Federal, no artigo 202, determinou expressamente a índole contratual da Previdência Privada, caracterizando as relações jurídicas descritas neste dispositivo, como atos jurídicos, disciplinados pelas normas de Direito Privado.

Uma vez que a relação previdenciária estabelecido no artigo 202 da Constituição Federal está intrinsecamente ligada à relação institucional prevista quando se trata de Previdência Pública há uma dificuldade em caracterizar precisamente a natureza jurídica da Previdência Privada.

Assim, por estar inserida no contexto dos Direitos Sociais, especificamente, com o objetivo de possibilitar o bem-estar e a justiça sociais, surge, na opinião de alguns autores⁵⁴, uma relativização da relação de Direito Privado em prol de características típicas das matérias de Direito Público corroborado, ainda, pela onipresença estatal na regulação e fiscalização das atividades de previdência privada.

⁵⁴ Por todos ver: WALD, Arnaldo. A reforma da previdência privada: a constitucionalidade do decreto 3.721, de 08.01.2001. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT v.791, set. 2001.

Dessa forma, a doutrina se divide quanto à natureza jurídica da Previdência Privada, classificando-a como de caráter institucional, contratual e até mesmo misto.

1.3.1 Caráter institucional da Previdência Privada

Aqueles que defendem a predominância do caráter institucional da Previdência Privada, e nesse sentido se posicionam Arnoldo Wald e Wladimir Novaes Martinez⁵⁵, sugerem que a relação jurídica previdenciária não está resguardada pelo manto do ato jurídico perfeito defendendo a possibilidade de uma lei ou mesmo uma mudança no regulamento, que em Previdência Privada corresponde ao contrato, posterior a adesão ao plano de benefícios, poderem alterar circunstancialmente as regras estabelecidas neste. Ou seja, a adesão a um plano de benefícios estabelece uma relação jurídica que é dinâmica, podendo ser modificada com fundamento do equilíbrio econômico-financeiro da entidade de previdência privada.

Sobre o tema, salienta Arnoldo Wald:

Em relação à previdência privada, a ausência de direito adquirido em relação às prestações futuras deflui do fato de serem alteráveis ao arbítrio do legislados, como já salientado pelo Min. Moreira Alves, ou da autoridade incumbida de sua regulamentação, não cabendo, pois, a aplicação do art. 6º, §2º, da LICC. Outro argumento relevante enfatizado pela doutrina é o fato de se tratar de contrato por prazo indeterminado, ou de contrato de execução sucessiva ao qual se aplica a lei vigente no momento em que surge a exigibilidade da prestação.⁵⁶

Essa tese erigiria, no mais das vezes, uma instabilidade jurídica no âmbito desses contratos previdenciários, que apesar de serem de interesse público, não podem ser furtados de seu caráter, nos termos na Constituição Federal, contratual.

Ademais, a defesa dessa tese vai de encontro à segurança jurídica, permitindo que ocorra a instabilidade do contrato previdenciário e aproximando a relação jurídica previdenciária privada do Regime Geral de Previdência que tem caráter institucional e é regido por regras diversas da primeira.

⁵⁵ Respectivamente em: WALD, Arnoldo. A reforma da previdência privada: a constitucionalidade do decreto 3.721, de 08.01.2001. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT v.791, set. 2001. e MARTINEZ, Wladimir Novaes. Pareceres selecionados de previdência complementar. São Paulo: LTr, 2001.

⁵⁶ WALD, Arnoldo. A reforma da previdência privada: a constitucionalidade do decreto 3.721, de 08.01.2001. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT v.791, set. 2001, p. 24.

1.3.2 Caráter contratual da Previdência Privada

De outro modo, para Sérgio de Andréa Ferreira, a relação previdenciária é eminentemente contratual o que impede que as alterações regulamentares e mesmo legais possam interferir no contrato realizado entre o participante e a fundação de previdência, ressaltando, ainda que apenas as alterações benignas podem ser aplicadas a todos os participantes.

Nesse sentido, do artigo do autor, extraí-se:

[...] com facilidade, que a situação jurídica dos participantes, que é de índole contratual, tem por conteúdo o constante dos estatutos e regulamentos vigentes à época de sua inscrição.

Quaisquer alterações ulteriores na órbita legal, estatutária ou regulamentar, inclusive com o estabelecimento de tetos de contribuição ou de benefícios, não os atingem.⁵⁷

Não difere desse entendimento Arion Sayão Romita que em artigo sobre o tema esclarece que:

Mesmo quando, na prática, ela se mostra obrigatória por figurar como cláusula do contrato de trabalho, não perde afeição negocial: a mera adesão do segurado (participante) não a desqualifica como relação de origem contratual, porquanto ela se desenvolve na esfera da autonomia privada.⁵⁸

A eminente natureza contratual do contrato previdenciário é resguardada pela Constituição Federal que prevê, no artigo 202, a garantia do benefício contratado, devendo as relações jurídicas travadas entre participante e entidade, abertas ou fechadas, serem resguardadas pelos princípios básicos da Teoria Geral dos Contratos.

1.3.3 Caráter misto da Previdência Privada

A prevalência do caráter contratual é criticada por alguns autores, especialmente por Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub que justifica seu posicionamento no sentido de que “*vedaria o regramento de lei posterior sobre o ato jurídico perfeito ocorrido, obstando alterações sociais importantes*”.⁵⁹

⁵⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Aspectos básicos do moderno direito das Fundações de Previdência Suplementar. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, abr./jun. 1988, p. 34.

⁵⁸ ROMITA, Arion Sayão. Estrutura da relação de previdência privada (entidades fechadas). São Paulo: LRT. Revista de Previdência Social, v 25, nº 252, Nov. de 2001, p. 780.

⁵⁹ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 175.

O citado autor é partidário da tese de que a Previdência Privada tem um caráter misto nas relações jurídicas estabelecidas entre as entidades de previdência privada e aqueles que aderem aos seus planos de benefícios.

A relação previdenciária teria um caráter institucional no que se refere aos limites legais que cerceiam a liberdade contratual sob a hegemonia da proteção social. No entanto, lei posterior não pode, conforme sustenta o autor, modificar aspectos tipicamente negociais do contrato, apenas aqueles elementos contratuais na sua essência sociais⁶⁰, como, por exemplo, a portabilidade inserida no cenário jurídico pela Lei Complementar n.º 109/2001.

O caráter misto da Previdência Privada não tem fundamento legal. Mesmo que alterações posteriores venham resguardar determinada relação jurídica, os contratos já firmados não podem ser alcançados sob pena de ferimento do princípio do ato jurídico perfeito.

Na ADI 1.931/DF, tendo por relator Ministro Maurício Correa, em situação similar à da Previdência Privada, era objeto de controle Medida Provisória que permitia a retroatividade de normas, impondo, em contratos securitários, novas obrigações às empresas exploradoras de planos de saúde para aumentar a abrangência de benefícios.

Na ocasião a Suprema Corte afirmou que as alterações não poderiam alcançar contratos firmados antes da edição da Lei. Disse o Ministro no voto condutor do aresto:

A retroatividade determinada por esses preceitos faz incidir as regras da legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior, que a meu ver, afrontam o direito consolidado das partes, de tal modo que violam o princípio consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e põem-se em contraste com a jurisprudência desta Corte de que é exemplo o acórdão proferido na ADI 493-DF, Moreira Alves.⁶¹

A preocupação de preservar esses valores basilares do Estado de Direito constituiu preocupação do Supremo Tribunal Federal e não passou despercebida pelo Ministro Celso de Mello quando, no AI 244.578/RS anotou que:

A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro, notadamente os princípios – como

⁶⁰ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 176.

⁶¹ STF, ADI 1931 MC/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Maurício Corrêa,

aquele que tutela a intangibilidade do ato jurídico perfeito – que se revestem de um claro sentido de fundamentabilidade.

Motivos de ordem pública ou razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada.⁶²

Apesar disso, e inobstante a o princípio da garantia do benefício contratado insculpido no artigo 202 da Constituição Federal, não há unanimidade na doutrina quando a natureza jurídica da Previdência Privada ocorrendo uma intersecção das normas disciplinadoras dessa e das que regulam a Previdência Pública.

Da mesma forma, o contrato previdenciário não está seguramente caracterizado, posto que a própria disciplina previdenciária não adquiriu uma unidade conceitual a ponto de dirimir as controvérsias quando a sua natureza jurídica.

O que se vê na doutrina também ocorre no judiciário e isso se dá também em razão da dificuldade do jurista de entender a interdisciplinaridade da relação previdenciária que envolve, além do Direito, a Atuaria e a Administração.

1.3.4 Previdência Privada e Previdência Pública

Não se pode esquecer que a Previdência Privada é regida de forma diversa da Previdência Pública. A Previdência Privada tem um regime de capitalização, ou seja, os participantes e as patrocinadoras formam fundos, que podem ser individuais ou coletivos dependendo da modalidade de plano de benefícios, que serão garantidores do benefício contratado.

O próprio artigo 202 da Constituição Federal prevê que a renda auferida pelo participante da entidade de previdência complementar a título de complementação de aposentadoria será baseada “*na constituição de reservas que garantam o benefício contratado*”.

Assim, o regime financeiro da Previdência Privada, quanto aos benefícios de aposentadoria, é de capitalização e o custeio do plano de benefícios é realizado

⁶² STF, AI 244578/RS, Relator(a): Min. Celso de Mello, Disponível no DO de 18/08/1999.

pelos participantes e pela patrocinadora, quando houver, numa relação mutualista ou de protocooperação, como prefere Arthur Bragança de Vasconcelos Weintraub.⁶³

Para Manoel Sebastião Soares Póvoas, o mutualismo:

[...] objetiva a compensação dos efeitos do acaso sobre o patrimônio das pessoas, só que considera essa compensação dentro de um critério de interesses recíprocos, com força suficiente para levar essas pessoas a estabelecerem, entre elas, um pacto, em que se obrigam a indenizar aquela ou aquelas atingidas pela materialização dos riscos nele considerados.⁶⁴

A massa de participantes relaciona-se pelo pacto realizado com a Entidade de Previdência Privada e, ao cotizar suas reservas que, repita-se, são individualizadas, buscam a divisão dos riscos e a compensação dos efeitos desses riscos entre si.

A Previdência Social, diferentemente, é custeada pelos trabalhadores da ativa e por outras rendas, em sua maioria tributárias, estabelecidas em lei, ou seja, os benefícios concedidos são garantidos pelas contribuições daqueles que estão trabalhando. Esse é o já citado regime financeiro de repartição simples e pressupõe o que a doutrina estabelece como solidariedade intergerações, ou pacto intergerações.

A relação jurídica da previdência social nasce da lei e é regida única e exclusivamente por lei sendo sua filiação no sistema compulsória e inarredável. A administração, assim como sua regulamentação e fiscalização, da previdência é desempenhada privativamente pelo Estado que acaba por suportar partes das despesas e do déficit do sistema.

Existe uma relação de solidariedade que se desenvolve independente da constituição da reserva de constituição de um benefício. Em sua doutrina sobre previdência complementar, Manuel Sebastião Soares Póvoas explica que:

A solidariedade, em última análise, é uma, ligação moral, e a ligação dos sujeitos da previdência social é de natureza material. É por isso, que defendemos que a operacionalidade da instituição é assegurada por um pacto social, sancionado por lei.⁶⁵

O princípio da solidariedade é analisado, ainda, por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Se a principal finalidade da Previdência Social é a proteção à dignidade da pessoa, não é menos verdadeiro que a solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental do Direito Previdenciário, caracterizando-se pela

⁶³ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 57.

⁶⁴ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 314.

⁶⁵ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 226.

cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo.⁶⁶

Quando da apreciação dos regimes de capitalização, típicos da Previdência Privada, sustentam, ainda, os autores que “*a partir do momento em que cada trabalhador faça cotização para si próprio, e não para um fundo mútuo, desaparece a noção de solidariedade social*”.⁶⁷

A doutrina estrangeira também distingue a Previdência Privada dos Regimes Públicos de Previdência no sentido de que esta é regida pelo princípio da solidariedade enquanto que aquela deve ser pautada pelo princípio do mutualismo. Como bem elucida o atuário italiano Dario Spelta, “*il principio di mutualità non va confuso con quello di solidarietà, tipico della tecnica attuariale delle assicurazioni sociali, che prevede compensazioni tra soggetti de generazioni diversi*”⁶⁸ (o princípio do mutualismo não se confunde com o da solidariedade, típico da técnica atuarial das garantias sociais, que inspecionam compensações entre gerações diversas).

Perceptível, portanto, a diferença entre as relações jurídicas estabelecidas com a adesão a um contrato de complementação de aposentadoria e com a filiação compulsória na Previdência Pública.

Ademais, a Previdência Privada tem regras muito rígidas quando às reservas de custeio impondo a constituição do fundo e sua avaliação anual. Além disso, os estatutos e regulamentos das fundações de previdência complementar preveem cálculos fictícios das obrigações presentes e futuras da Entidade de Previdência Privada, tanto com relação aos benefícios concedidos quanto com relação aos benefícios a conceder, com reservas a serem constituídas, para que se verifique a solvência do fundo, é o que se chama reserva matemática.

Manuel Sebastião Soares Póvoas esclarece que as reservas matemáticas dos fundos de pensão são “*a expressão atual das responsabilidades assumidas pela entidade em relação aos seus participantes*”.⁶⁹

A Previdência Pública não tem o controle econômico-atuarial para cada benefício de cada participante, como ocorre nos cálculos de complementação de

⁶⁶ CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B., op. cit., p. 47.

⁶⁷ CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B., op. cit., p. 48.

⁶⁸ SPELTA, Dario. *Matematica delle assicurazioni libere sulla vita*. Bologna: Pitagora Editrice Bologna, 2001. p. 60.

⁶⁹ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 180.

aposentadoria, pois é regida pela solidariedade entre gerações e tem formas de custeio que não se resumem a contribuição do participante e da patrocinadora.

Desse modo, os dois regimes jurídicos são diferentes e não podem ter natureza jurídica análoga inclusive por ter regras de constituição e custeio diversas. Assim, a dinamicidade da relação jurídica estabelecida da Previdência Social não se adéqua à Previdência Privada.

Através da explanação até este ponto, conclui-se que a Previdência Privada tem caráter contratual, nos termos do artigo 202 da Constituição Federal e é estabelecida, na forma do princípio mutualista, em um regime financeiro de capitalização que visa à garantia dos benefícios contratados. Sob esse prisma, o próximo capítulo abordará a noção de ato jurídico perfeito e sua relação com o contrato previdenciário privado.

2 O ATO JURÍDICO PERFEITO E O CONTRATO PREVIDENCIÁRIO

2.1 O ATO JURÍDICO PERFEITO

Em matéria de Previdência Privada, discute-se se a adesão ao plano de benefícios, em especial os oferecidos por entidades fechadas, configura um ato jurídico perfeito. Essa controvérsia se dá pela divergência quanto à natureza jurídica da relação de complementação de aposentadoria.

Aqueles que entendem que a Previdência Privada tem caráter institucional, e partilha dessa opinião Arnaldo Wald, como já se viu, asseveram que a adesão a plano previdenciário privado não configura um contrato, mas sim uma relação institucional que, resguardada pelas normas de direito público, não gera ato jurídico.⁷⁰

Para o autor, uma vez que a Previdência Complementar está inserida no Título VIII da Constituição Federal que se refere à Ordem Social e especificamente na Seção III correspondente à matéria da Previdência Social, tem um caráter eminentemente social e, por conseguinte, sustenta-se a necessidade de salvaguardar os interesses da coletividade em detrimento dos interesses individuais.⁷¹

Como consequência da não configuração do ato jurídico perfeito, a relação previdenciária seria considerada dinâmica e poderia ser modificada unilateralmente pela entidade sem ferimento ao direito do participante. Do mesmo modo, a lei posterior à celebração do contrato afetaria àquela relação jurídica anteriormente constituída, por não se comprometer a segurança jurídica.

Inobstante a apreciação do citado autor, com fundamento no preceito constitucional que disciplina a matéria, a relação previdenciária privada é contratual e consubstancia-se na autonomia da vontade, afastada a comparação com a relação institucional travada na esfera do Regime Geral de Previdência Social.⁷²

⁷⁰ WALD, A., op. cit., p. 15.

⁷¹ WALD, A., op. cit., p. 14.

⁷² Nesse sentido posiciona-se Sérgio de Andréa Ferreira, ver: Aspectos básicos do moderno direito das Fundações de Previdência Suplementar Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, abr./jun. 1988. p. 30-36.

O ato de aderir ao plano de benefícios como contrato deve ser interpretado. Assim, não havendo possibilidade de aplicação de regras diversas daquelas aplicadas aos contratos, defende-se que o ato jurídico perfeito é intangível e não pode ser mitigado por alterações regulamentares posteriores a adesão do participante nem por alterações legislativas.

Sustenta essa tese, ainda, o fato da Teoria Geral dos Contratos, prevista no Código Civil⁷³, estabelecer hipótese restrita de modificação das cláusulas contratuais que só podem ser operadas na via judicial.

Entendendo a adesão ao plano de benefícios previdenciários como ato jurídico de natureza contratual necessário se faz analisar se há ato jurídico perfeito e, portanto, está resguardada de alterações unilaterais das cláusulas referentes à concessão do benefício e de retroação de lei posteriormente editada.

Para tanto, será inicialmente abordado o estudo do Direito Intertemporal, passando pelos institutos do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido e, por fim, será considerado o contrato previdenciário.

2.1.1 A eficácia das normas no tempo

A norma jurídica se projeta em duas dimensões: uma espacial e outra temporal. A primeira refere-se ao território dentro do qual o Estado exerce sua soberania enquanto que a segunda diz respeito ao lapso de tempo compreendido pela vida da lei.⁷⁴

O Direito Intertemporal é das matérias mais importantes, pois estabelece as regras básicas de aplicação e eficácia das leis, visando a assegurar as relações jurídicas formadas durante a vigência de norma revogada. Dois são os princípios aplicados para solucionar a eficácia das normas no tempo: o princípio da retroatividade da lei e o princípio da irretroatividade da lei.

Em seu ensaio sobre segurança jurídica, Maria Macedo Nery Ferrari esclarece que conforme o princípio da retroatividade da lei, a nova norma alcança aquelas

⁷³ Artigos 478 a 480 do Código Civil estabelecem a previsão de resolução do contrato por onerosidade excessiva que deve ser determinada por sentença judicial ou evitada, também na via judicial, com a modificação equitativa das condições do contrato.

⁷⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 1.

relações constituídas no bojo da lei antiga. A retroação ocorre por se tratar de regra mais benéfica e mais justa que a anterior, o que “*consequentemente a levaria a ser aplicada de imediato, tanto aos fatos futuros como aos já sucedido, já que representa um aprimoramento*”.⁷⁵

O princípio da irretroatividade da lei, de forma diversa do primeiro, impede que a lei nova, mesmo que benéfica, interfira nas relações jurídicas previamente estabelecidas sempre sobre o prisma da estabilidade do direito e da segurança jurídica. Para elucidar a irretroatividade das leis, a aludida autora cita Portális para quem:

As leis existem após sua promulgação e não podem ter efeito senão desde que existem. O homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz de todos os seres se não pudesse julgar seguro sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem da natureza, só o futuro é incerto, e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças.⁷⁶

No sistema alemão, como salienta Caio Mario da Silva Pereira, é adotada como regra a retroatividade das leis:

Não se aceita na doutrina alemã, que a lei deva ser irretroativa, como conceito genérico. Ao revés, ali se admite, sem reboços, que a lei pode ter efeito retroativo, desde que este decorra da vontade claramente manifestada pelo legislador, mesmo quando não expressamente declarada. Como princípio geral, para a sistemática alemã, deve-se entender que, na dúvida, toda proposição jurídica pretende ordenar unicamente para o futuro e não para o passado, podendo retroagir desde que assim o queira o legislador. Toda a matéria de direito intertemporal se transforma, portanto, em questão de *investigação da vontade legislativa*, e para esta operação de pesquisa a doutrina tece um conjunto de regras e de conselhos.⁷⁷

Mas, na maioria dos sistemas jurídicos adota-se a regra da irretroatividade da lei. Nesse sentido, essa regra pode ser analisada de duas formas: como preceito de política legislativa ou como norma constitucional.⁷⁸

Esclarece Caio Mário da Silva Pereira que há sistemas jurídicos, e cita como exemplo a França que adotou a teoria de Paul Roubier, em que o princípio da não-retroatividade é medida de política legislativa, ou seja, o princípio vincula o juiz, porém, o

⁷⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.) *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada : estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte/MG: Forum, 2005. p. 219.

⁷⁶ *Apud* ROCHA, C. L. A. (Coord.), op cit., p. 219.

⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume I - introdução ao direito civil : teoria geral de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 96.

⁷⁸ PEREIRA, C. M. S., op. cit., p. 95.

legislador pode, quando entender conveniente, votar leis retroativas. Arremata o autor sustentado que:

Sob a inspiração do preceito, a idéia de irretroatividade decorre de que a lei não pode alcançar o tempo pretérito sem retroatividade, e como a irretroatividade é imposta ao juiz como norma orientadora de aplicação do direito far-se-á esta sempre orientada pela idéia de excluir qualquer efeito retrooperante.⁷⁹

O princípio da irretroatividade também pode ser apontado no sistema jurídico como norma de ordem constitucional aferindo caráter mais rígido que uma regra de política legislativa. Nesses casos, a medida não é dirigida exclusivamente ao juiz, o legislador deve guardar-se de dar aplicação retroativa a norma jurídica.

Caio Mário da Silva Pereira pondera que *diferentemente daqueles sistemas que admitem possa o legislador manifestar claramente o propósito de impor às disposições legais efeito retroativo, aqui essa liberdade lhe é negada*. Salienta ainda o autor que *o sistema brasileiro inscreve-se nesta corrente*.⁸⁰

Nesse sentido, para o sistema jurídico brasileiro, admitir que norma posterior possa atingir situações jurídicas já consolidadas é ferir o próprio direito, pois é aceitar a violação de necessidade premente da humanidade de estabilidade e segurança jurídica, é afetar preceito constitucionalmente resguardado.

Caio Mário da Silva Pereira assevera que:

Fazendo-se abstração de qualquer motivo de política legislativa, e independentemente de encarar o assunto terreno de direito positivo, o efeito retroativo da lei encontra repulsa na consciência jurídica, além de traduzir, como diz FERRARA, uma contradição do Estado consigo mesmo, pois que as relações e direitos que se fundam sob a garantia e proteção de suas leis não podem ser arbitrariamente destituídos de eficácia.⁸¹

A lei posterior não pode alcançar direitos derivados da vontade das partes. Dessa forma, a lei antiga não perde por completo a eficácia, pois ainda regula as relações constituídas sob a sua vigência repelindo a aplicação da lei nova.

Sobre o tema, Antônio Junqueira Azevedo esclarece:

A norma vigente pode ter eficácia, isto é, possibilidade de produção de efeitos. Quando ocorre a produção de efeitos, configurando uma situação subjetiva, tem-se a incidência da norma. Incidência diz respeito aos efeitos já produzidos. A norma revogada por outra não produzirá mais efeitos, mas sua incidência, isto é, a configuração de situação subjetiva efetuada, permanece. Embora revogada, seus efeitos permanecem. A norma precedente não se

⁷⁹ PEREIRA, C. M. S., op. cit., p. 96.

⁸⁰ PEREIRA, C. M. S., op. cit., p. 97.

⁸¹ PEREIRA, C. M. S., op. cit., p. 95.

mantém viva; perderá sua eficácia apenas *ex nunc*, porque persistem as relações já constituídas sob seu império.⁸²

A norma revogada, conforme pondera o autor, mantém seus efeitos sob os fatos jurídicos consolidados sob a sua vigência preservando a estabilidade e a segurança jurídica das relações sociais.

Sustenta ainda o doutrinador que:

*A eficácia residual da norma extinta cerceará a da vigente, repelindo-a para tutelar relações jurídicas constituídas. Poder-se-ia dizer que, axiologicamente, a irretroatividade da nova lei em situações ou atos pendentes, por exemplo, teria por objetivo a segurança jurídica, que exige que fatos criados sob o amparo de uma lei não sejam alterados por outra posterior.*⁸³

Dessa forma, o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal restringe, em prol da segurança jurídica, pelo ato jurídico perfeito, pelo direito adquirido e pela coisa julgada, a eficácia da lei nova no tempo.

2.1.2 Conceito de ato jurídico perfeito

Antes de adentrar o conceito de ato jurídico perfeito, necessário esclarecer brevemente o que concerne o direito adquirido e a coisa julgada.

O direito adquirido, para Antônio Junqueira Azevedo, “*é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem a lei nem fato posterior possam alterar tal situação jurídica, pois há direito concreto, ou seja, direito subjetivo e não direito potencial ou abstrato*”.⁸⁴

Rubens Limongi França conceitua o direito adquirido como “*a consequência de uma lei, por via direta ou pro intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto*” (sic).⁸⁵ Assevera o autor, ainda, que o direito adquirido é o efeito do ato jurídico perfeito.

⁸² AZEVEDO, Antônio Junqueira de; DINIZ, Maria Helena (Coord.) *Comentários ao Código Civil: volume 22 - parte especial: livro complementar: das disposições finais e transitórias*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 6.

⁸³ AZEVEDO, A. J.; DINIZ, M. H. (Coord.), op. cit., p. 7.

⁸⁴ AZEVEDO, A. J.; DINIZ, M. H. (Coord.), op. cit., p. 9/10.

⁸⁵ FRANÇA, R. L., op. cit., p.216.

Ao analisar o direito intertemporal na Constituição Federal de 1967, Pontes de Miranda, em comentários sobre o § 3º do artigo 153 daquela Carta Constitucional, definiu o direito adquirido da seguinte forma:

O direito adquirido é o direito que nasceu a alguém. O conceito é conceito do plano da *eficácia*, porque todo direito é efeito, como são efeitos todo dever, toda pretensão, toda obrigação, todas as ações e todas as exceções. Deve ter havido antes *fato* que entrou no mundo jurídico, em certo lugar e em certo momento, embora pudesse não ter sido ato, do qual se haja irradiado direito. Em verdade, a lei nova não incide sobre *atos pretéritos*, sejam eles, ou não, atos e – por conseguinte – não pode “prejudicar” os direitos adquiridos, isto é, os direitos *já irradiados* e os *que terão de irradiar-se*. (sic).⁸⁶

O autor classifica o direito adquirido no plano da eficácia, e não no da existência como quanto ao ato jurídico perfeito, esclarecendo que nasce de ato ou fato jurídico como efeito desses. Destarte, o direito adquirido é aquele que pode ser exercido quanto oportuno por seu titular não sofrendo influência pela lei nova.

Quanto à coisa julgada, em conformidade com a definição do § 3º do artigo 6º da LICC, é a decisão judicial que já não caiba recurso.

Pondera Antônio Junqueira Azevedo que a coisa julgada, ou caso julgado, “*é o fenômeno processual consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, posta ao abrigo dos recursos, então, definitivamente preclusos, e dos efeitos por ela produzidos porque os consolida*”.⁸⁷

O ato jurídico perfeito não tem conceito legal, Maria Helena Diniz, o define como o ato “*já consumado, segundo a norma vigente, ao tempo em que se efetuou, produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado foi exercido. É o que já se tornou apto para produzir os seus efeitos, uma vez que se aperfeiçoou pela verificação de todos os seus elementos constitutivos*”.⁸⁸

Para Pontes de Miranda, quando da análise do artigo 153, § 3º, da Constituição Federal de 1967:

O ato jurídico perfeito é fato jurídico, que tem seu momento-ponto, no espaço-tempo: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data. O conceito é conceito do plano da *existência*: se o ato jurídico começa a existir, aqui e agora, é porque o ato entrou no mundo jurídico aqui e agora, e a sua judicialidade é a coloração que lhe deu o sistema jurídico tal como *aqui e agora* ele é. (sic).⁸⁹

⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: volume 5 - com a Emenda n.1 de 1969*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 67/68.

⁸⁷ AZEVEDO, A. J.; DINIZ, M. H. (Coord.), op. cit., p. 9/10.

⁸⁸ AZEVEDO, A. J.; DINIZ, M. H. (Coord.), op. cit., p. 16.

⁸⁹ MIRANDA, 1987, p. 67.

Na doutrina de José Afonso da Silva, o conceito de ato jurídico perfeito não se esgota na simples interpretação do §1º do artigo 6º da LICC. Esclarece o autor que o instituto constitucional perpassa a idéia de direito consumado ou situação consumada, pois se trata de direito intangível pela lei por ser mais que adquirido por estar esgotado.

Salienta o autor, em continuidade, “*que a diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado na lei*”⁹⁰ concluindo que o ato jurídico perfeito ainda sustenta sua intangibilidade mesmo que possa estar sujeito a termo ou condição.

Nesse conceito, o negócio jurídico, seja ele bilateral ou unilateral, é exemplo de ato jurídico perfeito. Pois, para o autor, o ato jurídico perfeito surge de ato de vontade, da relação negocial fundada na lei, enquanto que, o direito adquirido é preceito imposto pela própria lei, que é efeito de ato ou de fato jurídico.

Esse entendimento é sustentado pela doutrina de Pontes de Miranda, que assevera:

O ato jurídico perfeito a que se refere o art. 153, §3º [agora, art. 5º, XXXVI], é o negócio jurídico, ou ato de jurídico *stricto sensu*; portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais, assim os negócios jurídicos, como as reclamações, interpretações, a fixação de prazo para a aceitação de doação, as comunicações, a constituição de domicílio, as notificações, o reconhecimento para interromper a prescrição ou com sua eficácia (ato jurídico perfeito *stricto sensu*)⁹¹.

Essa também é a acepção defendida por Eduardo Espinola e Espinola Filho quando afirmam que:

A propósito das obrigações, pondera ROUBIER que – é uma máxima admitida na jurisprudência e na doutrina contemporâneas que as leis novas não têm efeito sobre os contratos em curso, salientando as recentes decisões da Corte de Cassação francesa: – as causas de resolução e de nulidade, estabelecidas por uma nova lei, não podem aplicar-se aos direitos contratuais, legalmente adquiridos sob o império da nova lei.⁹²

O ato jurídico perfeito é diverso do direito adquirido pela relação de causa e efeito, ou seja, o ato jurídico perfeito, e não só ele como também os fatos jurídicos, são causa do direito adquirido, por esse ensejo, ele não pode ser afetado por lei nova sob pena de violação à segurança jurídica.⁹³

⁹⁰ ROCHA, C. L. A. (Coord.), op cit., p.21.

⁹¹ MIRANDA, 1987, p. 102.

⁹² ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*: volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 338.

⁹³ ROCHA, C. L. A. (Coord.), op cit., p. 157.

Para Limongi França, tanto o ato jurídico perfeito quanto a coisa julgada são fatos geradores do direito adquirido. Afirma o autor, inclusive, que há redundância nos conceitos de ato jurídico perfeito e coisa julgada por este decorrer daquele.⁹⁴

Deste modo, sustenta o autor que as diferenciações legais são excessivas posto que os institutos previstos na Constituição Federal e no artigo 6º da LICC interseccionam-se. Salienta que a lei poderia referir-se exclusivamente ao direito adquirido o que defende por três razões: de ordem histórica, de ordem lógica e de realidade jurídica.⁹⁵

Assim, de ordem histórica porque “*o respeito ao direito adquirido constitui um plus nas conquistas da Ciência Jurídica, em matéria de Direito Intertemporal, de modo que a proteção a este já inclui a daquele [do ato jurídico perfeito]*”.⁹⁶

Quanto à razão de ordem lógica, o autor argumenta que o ato jurídico é elemento gerador do direito adquirido e uma vez protegido o efeito também está protegida a causa e, com relação à razão de realidade jurídica, esclarece o autor que a menção do ato jurídico perfeito como causa do direito adquirido é errônea posto que seja apenas uma das causas.⁹⁷

A interpretação de que a alusão da lei aos três institutos é por demais excessiva também é considerada por Pontes de Miranda ao afirmar, com respeito à Constituição Federal de 1964, que seria suficiente que fosse constitucionalmente resguardado apenas o ato jurídico perfeito uma vez que os demais institutos dele decorrem:

É claro, portanto, que o art. 153, §3º, poderia ter dito que a lei nova não incide sobre o *ato jurídico perfeito* ou outro *fato jurídico* já ocorrido. Não disse por influência histórica e, antes de se referir ao ato jurídico perfeito, referiu-se à eficácia dos fatos jurídicos em geral: “não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito...” Melhor teria dito: “não incidirá sobre os fatos jurídicos pretéritos, inclusive atos jurídicos perfeitos”.(sic)⁹⁸

O autor dá maior ênfase à causa do que ao efeito, pois entende que tanto a coisa julgada quanto o direito adquirido são decorrências do ato jurídico perfeito e que resguardar expressamente este é suficiente para assegurar as relações jurídicas preexistentes à novação legislativa.

⁹⁴ FRANÇA, R. L., op. cit., p. 222.

⁹⁵ FRANÇA, R. L., op. cit., p. 222.

⁹⁶ FRANÇA, R. L., op. cit., p. 220

⁹⁷ FRANÇA, R. L., op. cit., p. 221.

⁹⁸ MIRANDA, 1987, p. 67/68.

2.2 CONTRATOS COMO ATOS JURÍDICOS PERFEITOS: DIREITO ADQUIRIDO E CLÁUSULAS SUSPENSIVAS

No campo dos contratos, a teoria do ato jurídico perfeito e do direito adquirido obteve singular incremento em razão da necessidade de resguardar, das alterações legais futuras, a autonomia da vontade presente nas relações contratuais.⁹⁹

O contrato, na definição de Washington de Barros Monteiro, “*é o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito*”¹⁰⁰. O *contractus*, para os romanos, era o termo utilizado para denominar as relações jurídicas estabelecidas por obrigações exigíveis mediante ações civis¹⁰¹. Ulpiano definia o contrato como: *est pactio duorum pluriumve in idem placitum consenus*, ou seja, o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.¹⁰²

Arnoldo Wald, pautado na disciplina do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, conceitua o contrato como “*o negócio jurídico bilateral, pois depende de no mínimo duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações (direitos relativos de conteúdo patrimonial)*”.¹⁰³

Nesse sentido, necessário esclarecer a figura do negócio jurídico e, para tanto, recorre-se à lição de Miguel Reale, que o definia como “*o ato jurídico pelo qual uma ou mais pessoas, em virtude de declaração de vontade, instauram uma relação jurídica, cujos efeitos, quanto a elas e às demais, se subordina à vontade declarada, nos limites consentidos pela Lei*”.¹⁰⁴

O contrato, portanto, é espécie de negócio jurídico em que duas ou mais pessoas, em união de vontades, vinculam-se visando criar, modificar ou extinguir obrigações.

⁹⁹ ROCHA, C. L. A. (Coord.), op cit., p. 157.

¹⁰⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 5, 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5.

¹⁰¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.5.

¹⁰² MONTEIRO, W. B., op. cit., p. 4.

¹⁰³ WALD, Arnaldo. *Direito Civil*. v. 2, 18. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 208.

¹⁰⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 224.

2.2.1 O contrato como ato jurídico perfeito

Quando ocorre a pactuação, por vinculação de interesses, as partes utilizam como fundamento a norma em vigor ao tempo da contratação. Dessa forma, não é concebível que, durante a execução do contrato, lei possa alterar aquilo que foi antevisto no momento de sua celebração.

Nesse sentido, Luís Robert Barroso sustenta que as relações contratuais são regidas, inclusive quanto a seus efeitos, pela lei que vigia durante a reunião do acordo de vontades, isto é, da realização do contrato, protegida pelo manto constitucional do ato jurídico perfeito.

As relações contratuais regem-se, durante toda a sua existência, pela lei vigente quando de sua constituição. Isto é: a lei nova não pode afetar um contrato já firmado, nem no que diz respeito à sua constituição válida, nem à sua eficácia. Os efeitos provenientes do contrato, independentemente de se produzirem antes ou depois da entrada em vigor do direito novo, são também objeto de salvaguarda, na medida em que não podem ser dissociados de sua causa jurídica, o próprio contrato.¹⁰⁵

Ressalta-se que a tese contrária importaria no esvaziamento da garantia constitucional prevista no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal. Assim, garantido constitucionalmente, o ato jurídico perfeito não pode ser afetado nem mesmo quanto aos seus efeitos futuros pela aplicação imediata da norma.

Explicam Espinola e Espinola Filho que, independente da natureza da nova lei, tanto para os adeptos da teoria subjetivista quanto da objetivista, a regra geral é de que a norma posterior não alcança os contratos em curso, nem quanto a seus efeitos passados nem quanto a seus efeitos futuros.

Salientam os autores que as justificativas são diversas. Assim, para os subjetivistas a lei não poderá retroagir em razão do direito adquirido enquanto que para os objetivistas “*o verdadeiro critério é que a lei não estatui ex post facto, isto é, não exerce a sua influência sobre um fato realizado*”, ressaltando, ainda que a lei não regula, igualmente, os efeitos a se produzirem.¹⁰⁶

Ao analisar a tese de aplicação de imediato às relações jurídicas em vigor sustenta Limongi França que o precursor da questão foi o doutrinador francês Paul Robier. Porém, mesmo ele estabelecia “*exceções ao efeito imediato, dizendo que ‘em certas*

¹⁰⁵ ROCHA, C. L. A. (Coord.), op cit., p. 157.

¹⁰⁶ ESPINOLA, E.; ESPINOLA FILHO, E., op cit.,p. 339.

matérias, o efeito imediato é excluído da mesma forma que o efeito retroativo', É o que se dá com os contratos em curso, para os quais a regra é outra, a saber, a da sobrevivência da lei antiga".¹⁰⁷

Quanto à irretroatividade da lei para atingir os contratos firmados durante a vigência de anterior, sustenta Luís Roberto Barroso que:

Tal foi o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em relação aos contratos que se encontravam em curso quando da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, sobre os quais o novo diploma não pôde incidir¹⁰⁸, e o Supremo Tribunal Federal, ainda antes de 1988, no que diz respeito aos contratos de locação, em relação à nova lei que passou a reger a matéria.¹⁰⁹

Do aresto do Supremo Tribunal Federal, citado pelo autor, extrai-se:

[...] ninguém nega que o contrato de locação é um contrato de trato sucessivo. Mas nem por isso, obviamente, deixa de ser contrato consensual, que é ato jurídico perfeito no momento em que ocorre o acordo de vontades entre locador e locatário, ou seja, no instante em que se constitui. Dai a lição clássica de Carlos Maximiliano (Direito Intertemporal, n. 161, pag. 190, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1946): 'não se confundam contratos em curso e contratos em curso de constituição: só estes a norma hodierna alcança, não aqueles (locador por exemplo); pois são atos jurídicos perfeitos, constituídos, que se acham em curso de efeito'. E mais adiante (n. 168, pag. 197, acrescenta: os efeitos e contrato em curso no dia da mudança de legislação regulam-se conforme a lei da época da constituição do mesmo; a norma anterior não os modifica, diminui ou acresce'¹¹⁰ (grifado).

Pela análise da decisão, conclui-se que mesmo nos contratos de trato sucessivo, ou seja, de prestação continuada, não há exceção à regra de irretroatividade da lei nova, pois independentemente da forma de cumprimento da obrigação ainda assim é assegurada a inviolabilidade do ato jurídico perfeito.

Interessante esclarecer que a regra da irretroatividade da lei aplica-se tanto à norma de ordem privada, que regula situações jurídicas de direito privado, quanto àquelas que se referem ao interesse coletivo, ou seja, de ordem pública. Isso porque, no sistema jurídico brasileiro, como já foi comentado anteriormente, o ato jurídico perfeito, assim como o direito adquirido e a coisa julgada, erigiram-se como garantia constitucional que afeta tanto o legislador quanto ao interprete da lei.

Sobre o tema expõe Caio Mário da Silva Pereira:

De início, cumpre assinalar que a idéia de *direito adquirido*, tal como consignada na Lei de Introdução, tem aplicação quer que exista um direito

¹⁰⁷ FRANÇA, R. L., op. cit., p. 209.

¹⁰⁸ STJ, DJU, 05/02/2007, p. 236, AgRg na MC 11730, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior; DJU, 04/10/1994, p. 29503, Resp 39245, rel. Min. Fontes de Alencar.

¹⁰⁹ ROCHA, C. L. A. (Coord.), op. cit., p. 159.

¹¹⁰ STF, DJU, 28/09/1984, RE 102216/SP, rel. Min. Moreira Alves.

subjetivo de ordem pública ou de ordem privado, oriundo de um fato idôneo a produzi-lo segundo os preceitos da lei vigente ao tempo em que correu, e incorporou ao patrimônio individual, a lei nova não o pode ofender.¹¹¹

Outrossim, o argumento no sentido de que as normas de ordem pública, como é por exemplo o Código de Defesa do Consumidor, devem ser aplicadas de imediato aos contratos em curso não são recepcionado pelos Tribunais Superiores, conforme explicado acima, com fundamento no princípio maior da inviolabilidade do ato jurídico perfeito.

2.2.2 Cláusulas suspensivas: termo e condição na relação contratual

A lei resguarda, não só o ato jurídico perfeito e acabado, extinto, mas também aquele pendente de execução futura, em razão de estar sujeito a termo ou condição. Nesse sentido, já se manifestava Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho em obra editada em 1966 :

A recente Lei de introdução, a que ora devemos obediência, levou o escrúpulo, nesse terreno, ao ponto de proclamar, em aditamento à regra de que os atos jurídicos, que se constituíram, como situações de direito definitivas, sob o domínio da lei velho, não só não sofrem a influência da ação imediata da lei nova (salvo expressa retroação desta), mas ainda têm protegida, contra ela, a sua execução no futuro, isto é, depois da vigência de tal lei.¹¹²

Mesmo com a expressa disposição legal com relação aos direitos condicionais ou a termo, há divergência quanto à asseguuração do direito de alterações legislativas posteriores a conclusão do negócio jurídico.

O Código Civil trata dos negócios jurídicos subordinados à termo nos artigos 131 a 135, dispondo que o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.

Quanto às relações sujeitas à termo, Limongi França sustenta que são duas as considerações necessárias e se fazer: inicialmente é preciso esclarecer o que é termo e, em segundo, se a lei se refere ao termo final ou ao inicial.¹¹³

Assim, conceitua o autor termo como “*instante ou dia certo a partir do qual deve começar ou no qual deve extinguir-se a eficácia de um ato jurídico.*”¹¹⁴

¹¹¹ PEREIRA, C. M. S., op. cit., p. 107.

¹¹² ESPINOLA, E.; ESPINOLA FILHO, E., op cit.,p. 337.

¹¹³ FRANÇA, R. L., op. cit., p. 230.

Assevera, ainda, que nesse conceito estão presentes as duas espécies de termos, quais sejam, o termo final e o termo inicial. A lei abriga expressamente as relações jurídicas cuja execução está sujeita a termo inicial. Isso porque, conforme esclarece o autor, as relações sujeitas a termo final podem ser exercidas desde logo e já estão inseridas no patrimônio do titular.

Mas, na visão do estudioso, é dispensável inclusive que a lei faça expressa referência aos termos iniciais, pois, salienta que “*o dies a quo ‘suspende o exercício mas não a aquisição do direito’*”.¹¹⁵

Posiciona-se no mesmo sentido Pontes de Miranda ao esclarecer que “*a propósito do termo, o direito foi adquirido; o que falta é a exigibilidade: faltam-lhe a pretensão e a ação, ou às vezes, só a ação; não o direito*”.¹¹⁶

Quanto às relações jurídicas sujeitas à condição estabelece o artigo 6º, § 2º, *in fine*, da Lei de Introdução ao Código Civil que são direito adquiridos também as relações cujo começo de exercício tenha condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

A definição legal de condição está presente no artigo 121 do Código Civil que dispõe: “*considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto*”.

Segundo Limongi França, as condições são classificadas por vários critérios, mas devem ser diferenciadas, sobretudo, como suspensivas ou resolutivas. Esclarece o autor que “*suspensivas são aquelas cujo modo de atuar difere a eficácia do ato até a realização do evento futuro e incerto. Resolutivas, aquelas que, não obstante a vigência do ato, faz com que este se resolva com a verificação do evento*”.¹¹⁷

Da mesma forma que no termo final, as condições resolutivas não obstam a execução do negócio jurídico e, portanto, não há necessidade de resguardá-lo pela norma jurídica.

Porém, assevera o autor que a doutrina é divergente quanto à potencialidade para gerar direito adquirido das cláusulas suspensivas. Aqueles que entendem que o direito sob condição suspensiva não é direito adquirido, e é dessa opinião o já citado

¹¹⁴ FRANÇA, R. L., op. cit., p. 230.

¹¹⁵ FRANÇA, R. L., op. cit., p. 231.

¹¹⁶ MIRANDA, 1987, p. 77.

¹¹⁷ FRANÇA, R. L., op. cit., p. 231.

autor francês Paul Roubier, argumentam que, enquanto vige a condição suspensiva, o direito está em suspenso, dependendo de um fato cuja incidência é incerta¹¹⁸.

Para rechaçar a posição do autor francês, Limongi França cita Savigny, Dernburg, Duranton e Théodosiadès que sustentavam que o direito sujeito à condição não perdia sua dimensão de direito adquirido:

Ora, bastante elucidativa já havia sido a lição de Savigny, para quem ‘não é preciso pôr em paralelo com as simples expectativas os direitos, que ainda não podem ser *exercitados*, porque vinculados a uma condição ou a um termo. Estes são verdadeiros direitos, já que, mesmo no caso da condição, a incidência tem efeito retroativo. A diferença está nisto, que na expectativa o êxito depende do mero arbítrio de uma pessoa, enquanto na condição e no *dies* tal não encontra lugar’.

Ao seu turno, Dernburg ensina que ‘os negócios jurídicos sob uma condição se sujeitam ao direito do tempo da conclusão (do negócio), e não no da incidência da condição, em virtude da retroatividade da mesma condição’.

Não é diversa a lição de vários autores franceses, entre eles Duranton e Théodosiadès.

Para o primeiro ‘uma nova lei... não deve trazer nenhuma lesão aos direitos adquiridos sob o império da lei precedente, ainda *mesmo que esses direitos fossem subordinados a uma condição suspensiva que viesse a cumprir-se depois da promulgação da lei nova*; porque é de direito que a condição realizada *tem efeito retroativo a partir do dia do contrato*’

Com relação ao segundo, a sua lição é a de que ‘o direito não é menos adquirido e tem uma existência certa e atual, mesmo quando um termo é posto ao exercício deste direito, ou quando é subordinado a uma condição. Cumprindo-se a condição, *tem ela efeito retroativo ao tempo em que o germe do direito se formou*’.¹¹⁹

Como se viu, os autores são unânimes em afirmar que a condição suspensiva também gera direito adquirido por ser retroativa à data de constituição do negócio jurídico devendo ser aplicada a lei vigente nessa data.

Pontes de Miranda classifica as cláusulas condicionais como no âmbito do direito expectativo, que é diverso das expectativas de direito e das faculdades jurídicas, pois enquanto estas não fazem parte do patrimônio do titular aquelas são direitos já adquiridos.

Nesse sentido, o insigne autor expõe que:

A propósito da *condição*, adquiriu-se o *direito expectativo* e a lei que atingisse o direito expectado, direito que ainda não foi adquirido (no sentido estrito), ofenderia o direito expectativo. Todo direito expectativo é direito que *expecta*, que está a *ex-spectare*, que vê de fora, que contempla. A técnica e a terminologia jurídicas tiveram que distinguir a *expectativa*, que é simples

¹¹⁸ FRANÇA, R. L., op. cit., p. 232.

¹¹⁹ FRANÇA, R. L., op. cit., p. 232-233.

atitude do mundo fático, e o *direito expectativo*, que é como o direito ao direito que vai vir.¹²⁰

Assim, para Pontes de Miranda, mesmo os direitos cuja execução está obstada por condição suspensiva são direitos adquiridos sustentando que não se pode confundir a existência do direito com seu exercício, o direito sob condição ou, direito expectativo, integra o patrimônio do expectante. Dessa forma, exemplifica o autor que “o direito de quem só o pode exercer quando outrem se casar é direito adquirido, no sentido do art. 153, § 3º, da Constituição de 1967, ou art. 113, 3º, da Constituição de 1934”.¹²¹

Defende o autor que a partir do momento em que se emanam efeitos, e o contrato emanam-os, há direito, ainda que expectativo.¹²²

A problemática está quando se analisa o termo como cláusula que suspende a exigibilidade do direito, mas não sua aquisição, enquanto que a condição suspenderia ambas. Assim, seria inconsistente afirmar que há direito adquirido quando a condição ou o termo protraem a eficácia do ato jurídico.

Pontes de Miranda esclarece essa questão. O autor ensina que tanto o termo quanto a condição estão para o direito no plano da eficácia não se podendo confundir com a existência do ato jurídico:

Quando se está diante de fato, com cuja ocorrência coincida o começo de eficácia, é da maior importância apurar-se se faz parte do suporte fático do fato jurídico, de que se irradia a eficácia, ou se apenas suscita o começo dessa. Os juristas, por insuficiência de rigor lógico, deixam de precisar a que plano se refere o termo, ou a condição, — se ao plano da existência, ou ao plano da eficácia. Se ao plano da existência, não há fato jurídico antes de se atingir o termo, ou de se dar a condição; se ao plano da eficácia, o fato jurídico ocorreu, e o termo ou a condição suspensiva apenas diz respeito ao começo dos efeitos. Ora, toda condição e todo termo é concernente ao plano da eficácia dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos. De modo nenhum se referem à existência do ato jurídico *stricto sensu* ou à existência do negócio jurídico. Dai é que se há de partir.¹²³

Portanto, correto o legislador quando protegeu, de modificações posteriores, o direito subordinado a condição suspensiva, inalterável ao arbítrio de outrem, da mesma forma que os contratos à termo.

¹²⁰ MIRANDA, 1987, p. 77.

¹²¹ MIRANDA, 1987, p. 72.

¹²² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, volume 5. 1ª ed.*, São Paulo: Bookseller, 2000. p. 330/331.

¹²³ MIRANDA, 2000., p. 131.

2.3 O CONTRATO PREVIDENCIÁRIO

A relação jurídica estabelecida na Previdência Privada, conforme já analisado no capítulo anterior, tem natureza contratual. Primeiro por ser caracterizada “*como uma relação complexa, unitária, de trato sucessivo, onerosa, sinalagmática, aleatória, de direito privado e facultativa*”.¹²⁴ Segundo porque assim está determinado pela Constituição Federal quando trata da composição de reservas para a garantia o benefício contratado.

O artigo 202 da Constituição Federal introduziu, ainda, os princípios da facultatividade, autonomia e contratualidade da relação previdenciária no âmbito da Previdência Privada, apartando ainda mais esse ramo da previdência pública e confirmando sua natureza contratual.

2.3.1 Contrato Previdenciário como contrato de seguro

Manuel Sebastião Soares Póvoas compara o contrato previdenciário ao contrato de seguro sustentando que são análogos na medida em que tem o risco, ou álea, como característica fundamental.¹²⁵

Alega o autor, ademais, que ambos os contratos pressupõe uma demanda grande de aderentes para que, com base em cálculos atuariais, seja possível manipular os valores vertidos ao prestador do serviço a ponto de saldar todas as obrigações.

Por seu contingenciamento de pessoas vultoso, assim como o contrato previdenciário, o contrato de seguro também é amplamente tutelado pelo Estado, cabendo ressaltar, inclusive, que a Lei Complementar nº 109/2001 estabelece que as Entidades Abertas de Previdência Privada são fiscalizadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP.

Sobre o tema, Póvoas acrescenta que:

É o conjunto dos inúmeros contratos semelhantes de seguro que objetivam o risco, permitindo o seu tratamento atuarial e originando a comunidade dos segurados e é esta que, paralelamente aos interesses de cada um dos segurados, cria interesses ao nível da nação, interesses sociais na medida em que evita as desigualdades sociais que a doença, o acidente, a sobrevivência ou a morte quase sempre determinam, e interesses econômicos, na medida

¹²⁴ ROMITA, A. S., op. cit., p. 783.

¹²⁵ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 273.

em que as enormes somas que mobilizam a poupança que representam ao nível de nação se apresenta como uma realidade do maior interesse do estado moderno.¹²⁶

Não se discute que a adesão a um plano de previdência oferecido por entidade aberta é semelhante ao contrato de seguro, a controvérsia está no contrato no âmbito das entidades fechadas uma vez que não são oferecidos ao mercado consumidor como aqueles.

2.3.2 Características do contrato previdenciário

Manuel Sebastião Soares Póvoas define o contrato previdenciário privado como:

[...] ato bilateral pelo qual uma pessoa – participante, querendo garantir-se e aos seus contra as consequências da materialização de certos riscos sociais, acorda com uma pessoa legalmente autorizada a efetuar, o domínio privado, a compensação desses riscos – a entidade, mediante o pagamento (único ou continuado) de uma importância a contribuição, receber, por ele ou pelas pessoas que designou como beneficiário a respectiva compensação ou reparação, na forma de benefícios pecuniários ou de serviços previdenciários.¹²⁷

Analisar o contrato previdenciário perpassa a análise da relação previdenciária dele decorrente, o que implica na apreciação de cada uma de suas características acima elencadas.

Conforme o conceito de Arion Sayão Romita, o contrato previdenciário caracteriza-se por ser: de relação complexa, unitário, oneroso, sinalagmático, facultativo, de trato sucessivo, aleatório e de direito privado.¹²⁸

Assim, o contrato previdenciário é complexo, pois é estabelecido entre participante e entidade de previdência, mas envolve mais do que as duas partes uma vez que também estão relacionados os beneficiários e a patrocinadora¹²⁹.

O contrato previdenciário caracteriza-se também por ser unitário, ou seja, decorrente de relação jurídica “*oriunda e um conjunto de normas jurídicas que estabelecem este complexo de relações entre sujeitos*”.¹³⁰

¹²⁶ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 273.

¹²⁷ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 274.

¹²⁸ ROMITA, A. S., op. cit., p. 782.

¹²⁹ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 160.

¹³⁰ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 160.

A onerosidade está embasada na necessidade de efetuar o pagamento das contribuições. Arion Sayão Romita assevera que a onerosidade não é característica essencial do contrato na medida em que as contribuições podem ser pagas exclusivamente pelo patrocinador.

Inobstante os argumentos do autor, esse não é o melhor entendimento, pois, mesmo em caso de entidades patrocinadas em que as contribuições são pagas exclusivamente pela patrocinadora, há o caráter oneroso, pois, ainda que indiretamente, está havendo aporte de verbas para o plano de benefícios como parcela do participante.

Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub defende essa tese quando esclarece que:

A onerosidade é imprescindível à relação, pois se o participante não estiver pagando as contribuições, certamente o patrocinador o estará fazendo, tendo em vista que o pagamento do benefício dependerá desse aporte financeiro cotizado dos fundos.¹³¹

Pelo mesmo motivo caracteriza-se a relação jurídica estabelecida entre participante e entidade de previdência como sinalagmática. Pois, em havendo obrigação de pagar as contribuições, surge a incumbência de satisfazer as prestações no momento da aposentação. Weintraub esclarece a sinalagma, na Previdência Privada, como uma bilateralidade de adimplências na contribuição em contraprestação de benefício (e vice-versa).¹³²

A facultatividade é premissa constitucional disposta no *caput* do artigo 202, que dispõe pela não obrigatoriedade de adesão a plano previdenciário privado. A Lei Complementar nº 109/2001 disciplinou o princípio constitucional da facultatividade no âmbito infraconstitucional ao dispor, em seu artigo 16, §2º, que é facultativa a adesão aos planos de benefício.

O Contrato previdenciário privado é de trato sucessivo. Isso se manifesta, nas palavras de Weintraub, pela própria essência da Previdência Privada que tem o escopo de assegurar o pagamento de benefícios de forma reiterada e contínua, por um período definido ou indefinido.¹³³

Há exceções, no entanto, ao caráter sucessivo do contrato previdenciário. Em alguns casos pode ficar estabelecido o pagamento do benefício de uma

¹³¹ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 161.

¹³² WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 162.

¹³³ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 161.

vez só ou de retiradas de quantias menores do fundo constituído pelas contribuições do participante, na forma do previsto na convenção de adesão.

Quanto à álea, é talvez a característica determinante do contrato previdenciário privado. Manuel Póvoas esclarece que a aleatoriedade constata-se pela incerteza na verificação do evento, ou da data em que se verificará.¹³⁴

Sustenta, ainda, o autor que “*o evento pode nunca se verificar como no caso da pensão ao filho, por morte do pai, ou pode sempre se verificar como no caso de um contrato de pecúlio aos herdeiros legais*”.¹³⁵ A certeza ou não do acontecimento do evento é intrínseco ao caráter aleatório do contrato previdenciário privado.

A opinião de Voltaire Marensi é no sentido de que “*em previdência privada não há aleatoriedade do evento, ele é certo, ocorrendo nas hipóteses: a sobrevivência (caso de aposentadoria) ou a morte (caso de pecúlio e da pensão)*”.¹³⁶ Nesse caso, a álea é a própria causa do contrato previdenciário porquanto se consubstancia na necessidade de preservação das pessoas da materialização desse risco.

Por fim, Arion Sayão Romita conceitua o contrato previdenciário como um contrato em que a natureza jurídica é de direito privado. Sustenta o autor que:

[...] ela é de direito privado por faltar a obrigatoriedade do vínculo e bem assim por ausentes as sanções inerentes ao seguro social obrigatório; o direito do segurado deriva de um contrato a cuja formação permanece indiferente à lei; além disso, nela não se pode vislumbrar a especificação e qualquer atividade integrada nos fins do Estado.¹³⁷

Como já abordado no primeiro capítulo, a doutrina, porém, não é unânime quanto ao caráter privado da relação previdenciária. Para Arnoldo Wald, o regime da previdência social e da previdência complementar defluem das normas constitucionais referentes à ordem social¹³⁸ sendo, portanto, de direito público.

Essa tese não é plausível. A intervenção estatal e o interesse social não impedem que o regime jurídico seja de direito privado, o que não se pode admitir é que, dada a importância da matéria, o contrato seja interpretado, ao viés das cláusulas pactuadas, ou possa sofrer interferência de lei posterior a pactuação que altere o objeto do contrato, de forma a haver desequilíbrio entre as partes.

¹³⁴ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 275.

¹³⁵ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 275.

¹³⁶ MARENSI, V., op. cit., p. 35.

¹³⁷ ROMITA, A. S., op. cit., p. 782.

¹³⁸ WALD, A., op. cit., p. 23.

A interpretação com base no interesse social só pode ser aplicada para proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios, como determina o artigo 3º, VI, da Lei Complementar nº 109/2001.

2.3.3 Previdência Privada: contrato de Adesão, bilateralidade, complementaridade e autonomia

O contrato previdenciário tem ainda outras características elencadas pela doutrina, quais sejam: aditividade, bilateralidade, complementaridade e autonomia, sendo visto como um contrato de adesão.

Contrato de adesão é aquele em que as cláusulas contratuais já são previamente estipuladas por uma das partes, a outra parte não tem possibilidade de alterá-las em razão da natureza da matéria ou da necessidade de contratação com um demanda muito grande de pessoas sem que os interesses individuais de cada contratante possam ser expressos. O aderente aceita todo o contrato ou rejeita-o por inteiro sem ter poderes de modificar as cláusulas.¹³⁹

O contrato previdenciário privado é típico contrato de adesão. Pela necessidade de preservar o equilíbrio do plano as regras de custeio e concessão dos benefícios são pré-estabelecidas ao ingresso dos participantes sem que a vontade do aderente possa ser manifestada quanto a essas cláusulas.

Assim, elucida Manuel Póvoas:

No caso do contrato previdenciário é sempre um contrato de adesão; na verdade, a natureza técnico-operacional da previdência privada, leva os respectivos órgãos normativo e executivo a definir as bases técnicas a que as entidades têm de obedecer na elaboração de um plano de benefícios, e a exigir depois a sua aprovação, pelo que, a pessoa interessada em se beneficiar desse plano, tem que inscrever-se nele, aceitando a sua composição através de formulários uniformes – as propostas de inscrição – que, como já vimos, contêm o respectivo regulamento que se confunde com o clausulado geral do contrato previdenciário que será celebrado se a entidade verificar que o proponente satisfaz as condições exigidas para a entrada no plano. Por estas razões, o contrato previdenciário é sempre de adesão.¹⁴⁰

¹³⁹ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 169.

¹⁴⁰ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 275/276.

A Lei Complementar nº 109/2001 expressamente prevê que o pacto entre entidades fechadas e seus participantes deve ser celebrado por contrato de adesão ou, conforme dicção do artigo 13 da referida lei, convênio de adesão.

Quanto às entidades abertas, a lei não estabelece a necessidade do contrato de adesão, podendo a entidade realizar contratos individualizados.

Porém, como explana Weintraub, “*pragmaticamente, no contexto da Previdência Privada, os contratos são usualmente de adesão, até pelo formato difundido e disperso do sistema, que seria inviável para a disseminação social se fosse feito por meio de contratos individuais*”.¹⁴¹

O contrato previdenciário é, da mesma forma, bilateral. O fato de ser pactuado por adesão não interfere no caráter bilateral do contrato previdenciário privado.

Mesmo nos casos em as contribuições são pagas exclusivamente pela patrocinadora e os participantes não contribuem diretamente para o plano de benefícios, preserva-se a bilateralidade do contrato previdenciário, pois a reciprocidade de obrigações é suprida pela contribuição indireta que se realiza na íntegra pela patrocinadora.

Em socorro da tese argumenta Manuel Póvoas que:

A bilateralidade tem sido objeto de especulação intelectual, pois se afirma que, como em muitos casos, só o sujeito ativo tem sempre obrigações, o contrato não é bilateral. Em nosso entender, a bilateralidade é *sui generis* e está em harmonia com a qualidade *sui generis* dele; se o fundamento da instituição seguradora é a compensação dos riscos a que um conjunto de pessoas está sujeito, compensação essa que é feita por uma organização específica, com personalidade jurídica, chamada entidade, a obrigação desta, não tem qualquer equivalência com a obrigação do sujeito ativo. Ambos os sujeito tem direitos e obrigações, só que o direito do sujeito ativo, só se objetiva com a materialização do risco, ou mais explicitamente no caso previdenciário, com a verificação do evento que, nos termos contratuais, dá ao sujeito ativo a obrigação de o proporcionar.¹⁴²

Essa característica é fundamental na medida em que, uma vez estipulado pela vontade das partes, independente da impossibilidade de modificação das cláusulas pela natureza inerente à matéria, as alterações contratuais também só poderão ser efetuadas pela vontade das partes.

Como ressaltado, a Constituição Federal estabelece que a Previdência Complementar tem caráter complementar e é organizada de forma autônoma ao Regime Geral de Previdência Social.

¹⁴¹ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 170.

¹⁴² PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 274/275.

Para Arion Sayão Romita essas duas características da relação jurídica previdenciária se manifestam da seguinte forma:

A relação de previdência privada, na esfera das entidades fechadas, não tem existência autônoma. Ela é sempre complementar da relação previdenciária de direito público. Na verdade, existe atualmente pluralidade de técnicas de proteção social. Se a previdência estatal observa o princípio da essencialidade, por não pretender substituir a íntegra dos meios de subsistência do segurado, por parte da proteção fica relegada à iniciativa privada. Daí o caráter complementar da relação de previdência privada: ela complementa a proteção dispensada pela previdência estatal.¹⁴³

Conclui-se, no entanto, que mesmo no âmbito das Entidades Fechadas de Previdência Privada, a autonomia vislumbra-se pela organização apartada da previdência estatal posto que a Previdência Privada é instituída por meio de entidades privadas. O caráter complementar, por sua vez, é decorrente da compulsoriedade de inscrição no Regime Geral de Previdência Social.

2.3.4 Cláusula suspensiva ou termo no contrato previdenciário

A relação jurídica previdenciária privada, conforme definição de Weintraub trazida no tópico anterior, desenvolve-se por meio de um contrato de trato sucessivo, aleatório e de adesão, caracterizando, em princípio, um mútuo securitário de consumo.¹⁴⁴

O objeto do contrato previdenciário privado é a manutenção do padrão de vida durante a inatividade e proteção dos riscos sociais referentes à invalidez e morte. Trata-se, portanto, de um contrato com execução futura, isto é, que prevê a exigibilidade do direito apenas com o implemento de determinadas cláusulas contratuais como, por exemplo, certa idade, a invalidez, a morte, determinado tempo de serviço.

Comenta Sérgio de Andréa Ferreira que *“Pontes de Miranda qualifica o período de carência como objeto de cláusula de termo para a eficácia, ‘que suspende a eficácia, donde o período de ineficácia, chamado período de carência, tempo sucessivo á conclusão do contrato para que o risco fique coberto’*.”¹⁴⁵

¹⁴³ ROMITA, A. S., op. cit., p. 782.

¹⁴⁴ WEINTRAUB, A. B. V., op. cit., p. 160.

¹⁴⁵ FERREIRA, S. A., op. cit., p. 34.

E conclui o autor que “*assim, mesmo em tal hipótese, o que se tem é um termo suspensivo da eficácia, que assim, à semelhança da condição suspensiva, já produz a expectativa do direito, e não mera expectativa, o que assegura direito adquirido ao segurado*”.¹⁴⁶

Dito isso, pode se observar que quanto à concessão de complementação de aposentadoria por invalidez ou complementação de pensão por morte, decorrentes, respectivamente, dos eventos invalidez ou morte, há condição, ou seja, cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Isso porque a invalidez ou a morte são eventos futuros e que podem ou não ocorrer durante a vigência do contrato previdenciário.

A cláusula que estabelece idade, o tempo de contribuição/serviço ou a carência mínima para requerimento do benefício, no entanto, não pode ser considerada como condição, pois é evento futuro e certo. A exigibilidade do direito tem data marcada para iniciar o que configura o termo.

A controvérsia quanto à classificação dessas cláusulas suspensivas da exigibilidade do direito à prestação previdenciária como termo ou condição é importante apenas de forma elucidativa, pois, como já se viu, os contratos sujeitos tanto a termo quanto à condição, na dicção do artigo 6º da LICC, são protegidos pelos princípios do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Até este ponto, procurou-se deixar claro que o contrato previdenciário privado é um contrato de trato sucessivo, aleatório, de adesão, bilateral, que prevê condições suspensivas de exigibilidade do direito contratado e caracterizado pela autonomia e complementaridade com a Previdência Social sendo protegido pelo princípio constitucional do ato jurídico perfeito.

No último capítulo deste trabalho será analisada a possibilidade de alteração unilateral do contrato previdenciário privado e da aplicação retroativa de lei, como forma de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios, e as implicações disso quanto ao ato jurídico perfeito gerado quando da adesão ao plano de previdência privada.

¹⁴⁶ FERREIRA, S. A., op. cit., p. 34.

3 A VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO NO CONTRATO PREVIDENCIÁRIO

3.1 CONTRATO PREVIDENCIÁRIO COMO ATO JURÍDICO PERFEITO

Nos capítulos anteriores, analisaram-se as características da relação jurídica previdenciária privada sob o prisma do artigo 202 da Constituição Federal e do princípio do ato jurídico perfeito.

Com base nesse estudo, concluiu-se que a Previdência Privada é desempenhada por Entidades Abertas de Previdência ou por Entidades Fechadas de Previdência; que ambas são constituídas na forma de pessoas jurídicas de direito privado sendo que aquelas têm fins lucrativos e oferecem ao mercado consumidor planos de benefícios privados e estas não têm fins lucrativos e estão adstritas a um determinado grupo de pessoas interligadas por vínculo de emprego, associativo ou constituem-se em entidade de classe.

Uma vez que as Entidades Abertas de Previdência são em suma entidades financeiras e seguradoras do ramo vida autorizadas a operar planos de benefícios¹⁴⁷, não há controvérsia quanto à natureza contratual da relação estabelecida entre o consumidor aderente do plano de benefícios e a instituição financeira ou seguradora, inclusive, porque essa relação tem por órgão fiscalizador o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, o que aproxima ainda mais a Previdência Privada desempenhada pelas Entidades Abertas da atividade de seguro.

Nesse capítulo, portanto, passa-se à análise exclusiva da violação do ato jurídico perfeito nos contratos previdenciários realizados por Entidades Fechadas de Previdência, ou Fundos de Pensão, posto que nessa seara é que ferve grande discussão.

Como já se viu, os Fundos de Pensão são entidades sem fins lucrativos, conforme determina o artigo 4^a da Lei Complementar nº 109/2001, que ofertam planos de benefícios a determinado grupo de pessoas que estão interligadas por vínculo de emprego, associativo ou de entidade de classe.

¹⁴⁷ Ver artigo 34 da Lei Complementar 109/2001.

Conforme abordado nos capítulos anteriores, a relação previdenciária privada tem natureza contratual e a contratação se dá por meio de adesão ao plano de benefícios e as cláusulas contratuais estão dispostas no regulamento do plano.

Com a contratação é que se realizam todos os cálculos necessários para que, respeitado o regime financeiro de capitalização, as contribuições vertidas ao plano sejam suficientes para o pagamento do benefício contratado. Nesse momento é que ocorre a fixação das reservas matemáticas que, em suma, é um valor que a entidade tem que possuir para cumprir integralmente as obrigações contratadas. Esse valor deve ser revisto anualmente quando da elaboração do plano de custeio para assegurar que sejam incorporadas as mudanças de expectativa de vida e demais riscos que poderiam desequilibrar o plano.

Nos planos de modalidade contribuição definida - CD, segundo elucidado no primeiro capítulo, os riscos são transferidos para o participante, pois o benefício não tem valor prévio e é calculado com base nas reservas apuradas individualmente extinguindo-se o direito ao benefício quando findas as reservas.

Assim, uma vez completado o período de contribuição e chegado o momento da aposentadoria com o implemento dos requisitos de concessão estabelecidos no contrato, será apurado o valor do benefício de acordo com a reserva constituída e com a expectativa de tempo em que será auferido. Caso o participante supere o tempo previsto de vida e as reservas cessem o benefício também acaba, pois não é vitalício.

Os planos de modalidade benefício definido - BD, não obstante, são considerados de risco uma vez que o contrato pelos participantes deve ser cumprido pelo fundo independentemente de a expectativa de constituição dos valores apurados como reserva matemática tenha se realizado. Assim, em caso de desequilíbrio será necessário novo aporte financeiro pela patrocinadora, pelos participantes, assistidos e seus beneficiários para que os benefícios sejam garantidos.

O desequilíbrio pode ocorrer, por exemplo, em razão do aumento da expectativa de vida dos participantes do plano de benefícios o que exigiria a constituição de uma reserva de poupança maior para pagar os benefícios, visto que os participantes tendem a viver mais e receber benefícios por mais tempo.

Justamente pela necessidade do pagamento dos benefícios, independente da constituição efetiva das reservas, é que na modalidade de benefício definido o Fundo de Pensão, sob os auspícios do artigo 17 da Lei Complementar 109/2001, permite-se

alterar as cláusulas regulamentares como forma de preservação do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial do plano e é nesse momento que se deve analisar a violação do ato jurídico perfeito.

3.1.1 Ato jurídico perfeito na adesão ou na aposentação

Quando examinada a questão do termo e da condição, no capítulo anterior, concluiu-se que estes estão para o contrato no plano da eficácia, ou seja, o contrato já existe, é válido, porém tem sua eficácia suspensa. Em outras palavras, as cláusulas suspensivas não impedem a aquisição do direito, e aplica-se esse entendimento inclusive no tocante a condição de acordo com o já esposado com fundamento na lição de Pontes de Miranda.

Assim, entendendo o contrato previdenciário como um ato jurídico realizado mediante a adoção de cláusula suspensiva da exigibilidade do direito e, não da aquisição do direito, reputa-se inaceitável o entendimento de que o ato jurídico perfeito só ocorreria no momento da implementação das condições pactuadas, por óbvio que o contrato será reputado perfeito no momento da contratação.

A intangibilidade do ato jurídico perfeito protege o conteúdo contratual validamente pactuado, as normas do regulamento de adesão referentes ao cálculo e à manutenção do benefício, e não a garantia da prestação previdenciária já concedida.

Para melhor exemplificar o aqui exposto, recorre-se novamente à lição de Pontes de Miranda:

Alguns juristas, em confusão lamentável, por ignorarem a diferença entre plano da existência e plano da eficácia, dizem que, com a realização da condição suspensiva, se torna perfeito o contrato (e.g., J. X. Carvalho de Mendonça, Tratado, IV, Parte 1, 98; Cunha Gonçalves, Da Compra e Venda, 182; ambos citados no voto vencido ao acórdão da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de outubro de 1947, RT 172/651). A realização da condição não atinge o ato jurídico; só atinge a eficácia dele, talvez toda, talvez só em parte. No Código Comercial, art. 191, 2ª parte, disse-se que “fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito se não depois de verificada a condição”; mas isso provinha da ignorância da distinção entre o plano da existência e o plano da eficácia, o que também ocorria quanto aos juristas que não reputavam perfeito o negócio jurídico do testamento antes da morte do testador. Hoje, o erro ressalta aos olhos de qualquer pessoa que medite os assuntos jurídicos, sem repetir,

maquinalmente, os erros de terminologia das leis e dos expositores superficiais¹⁴⁸.

E arremata ainda o autor afirmando que:

Se os negócios jurídicos fossem, todos, para terem efeitos desde logo, bem parco seria o poder do homem no regradar as suas relações com os demais. Ainda seria bem frágil esse poder se só pudesse empregar termos iniciais e finais; não poderia organizar a vida, prevendo acontecimentos possíveis, porém não certos. Condicionar ou apor termos a efeitos é um dos instrumentos mais eficientes do pensamento humano, aplicado à vida.

Destarte, além da dificuldade de separação entre o plano da existência e da eficácia do negócio jurídico enfatizada pelo autor citado acima, a confusão quanto ao contrato previdenciário como ato jurídico perfeito revela-se em face da ignorância da distinção entre o Regime Previdenciário Público, de natureza institucional, e o Regime de Previdência Complementar, de natureza contratual.

Essa diferenciação já foi abordada no primeiro capítulo, mas importa ressaltar que, não se pode olvidar que a inscrição na Previdência Social é decorrente do exercício de atividade laborativa e ocorre impositivamente por determinação legal, mas essa não é a realidade da Previdência Complementar em que existe a faculdade de contratar na qual é imprescindível a vontade das partes.

Na relação previdenciária pública só há direito adquirido uma vez implementadas as condições de aposentadoria durante a vigência da lei; na relação previdenciária privada, no entanto, o ato de contratação é ato jurídico perfeito, até mesmo mediante termo ou condição e desde então há direito adquirido.

Aplicar as regras vigentes na data da aposentação para a concessão de benefício complementar seria dizer que a relação previdenciária privada tem menos garantias do que a relação previdenciária pública posto que nesta, quando há modificação da lei, são criadas garantias para aqueles já inscritos no sistema, as camadas regras de transição. Conferem-se maneiras de equilibrar o sistema sem excluir a possibilidade dos segurados já inscritos poderem, por meio de pedágios, por exemplo, manter as regras anteriores ou, pelo menos, parte delas. E está se falando em um regime institucional, em que há aplicação da norma nova de imediato e em que não está assegurado o direito adquirido.

Portanto, inconcebível o entendimento de que só há ato jurídico perfeito com a aposentação, visto que, em Previdência Privada, o ato já se perfectibilizou com a contratação.

¹⁴⁸ MIRANDA, 2000, p. 137/138.

3.1.2 As alterações unilaterais e o direito adquirido às condições contratadas

A adesão ao plano de benefícios torna o regulamento vigente contrato entre as partes, contrato este, como não poderia ser diferente, regido pela força obrigatória dos contratos, princípio *pacta sunt servanda* que determina o cumprimento do contrato da mesma forma que a lei deve ser obedecida.

Diante desse princípio as cláusulas contratuais vinculam às partes impondo o cumprimento integral do contrato.

Isso não significa dizer que o regulamento do plano de benefícios seja inalterável. Mas essas modificações não podem ser aplicadas, salvo com expressa aceitação, aos participantes já inscritos no plano sob pena de ferir o ato jurídico perfeito e o direito adquirido dele decorrente.

As alterações regulamentares são importantes na medida em que o contrato pode evoluir quanto aos novos aderente, excluindo-se regras que de alguma forma não podem mais ser contratadas em razão do aumento da expectativa de vida ou de riscos atuariais diversos, readequando as cláusulas aos novos participantes, mas nunca afetando àqueles precedentes.

Porém, o direito à aplicação das regras pactuadas não se confunde com o direito à percepção da prestação: o primeiro existe desde o momento da celebração do contrato previdenciário (pela adesão do participante), por força do ato jurídico perfeito que se constitui naquele exato momento; o segundo somente nasce com o preenchimento dos requisitos de concessão da prestação contratada.

Ora, os regulamentos das entidades de previdência privada são minutas dos contratos que serão firmados com os participantes. No momento em que cada participante adere, nasce um contrato específico, havendo incorporação das cláusulas da minuta.

Assim, quando as entidades modificam o seu regulamento, o que muda é somente a minuta do contrato para os participantes que, dali em diante, aderirem, consistindo os contratos específicos firmados com cada contribuinte em atos jurídicos perfeitos não alteráveis pela modificação do regulamento, que vale só para quem contrata a partir de então.

Veja-se bem que não se está afirmando que a intangibilidade do ato jurídico perfeito impede a modificação dos regulamentos das entidades de previdência privada. O que se afirma é apenas que as alterações regulamentares promovidas unilateralmente pela entidade não podem ser aplicadas aos participantes que já haviam ingressado no plano de benefícios antes de sua ocorrência.

A garantia de intangibilidade do ato jurídico perfeito tem por escopo a segurança jurídica e esta somente existe se preservado o contrato originalmente firmado, pois foi com ele que o participante anuiu e a sua expectativa legítima é a de receber o benefício pactuado, bem como é para a concessão deste que contribui ao longo de toda a relação.

Cabe ressaltar que apenas com a novação é que as alterações podem alcançar os contratos perfectibilizados. A novação está prevista no artigo 360 do Código Civil e é a possibilidade de extinguir a relação contratual pela substituição por uma relação nova. Para que seja reconhecido o instituto da novação, exigem-se três condições:

1. A existência de uma obrigação anterior válida: o artigo 367 do Código Civil prevê que “*salvo as obrigações simplesmente anuláveis, não podem ser objeto de novação obrigações nulas ou extintas*”;

2. A criação de uma nova obrigação, com a extinção da anterior: exige-se a presença do *aliquid novi*, ou seja, o elemento novo que caracteriza a diferença entre a obrigação antiga e a nova.

3. A existência do *animus novandi* (elemento volitivo): o artigo 361 do Código Civil é taxativo ao afirmar que “*não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.*”

Agora basta saber se sobrevém novação quando há aplicação das alterações regulamentares aos participantes ativos já inscritos no plano. Para tanto, necessário examinar se esses requisitos do instituto são respeitados quando ocorre a alteração do regulamento do plano de benefício pela Entidade Fechada de Previdência Privada.

Pode-se sustentar que a Entidade Fechada de Previdência Privada tem em seu quadro de dirigentes, além de representantes da patrocinadora, membros que representam os participantes e assistidos e que, portanto, as alterações são realizadas em conformidade com os interesses da massa de inscritos no plano de benefícios. Nesse sentido:

Importante acrescentar que a Lei Complementar 109 de 2001 assegura a participação dos participantes e assistidos no órgão máximo de deliberação

das Entidades de Previdência Complementar – EFPC, os chamados Conselhos Deliberativos, que são responsáveis pela análise da alteração dos regulamentos dos planos de benefícios

[...]

Desta forma, os participantes sempre participaram do processo de alteração dos regulamentos do plano de benefícios, não sendo imposta a alteração para defesa do direito ilegítimo.¹⁴⁹

De fato, com o advento da Lei Complementar nº 109/2001, os participantes ativos e assistidos tiveram assegurada sua participação em pelo menos um terço das vagas dos Conselhos Deliberativos, contudo, isso não significa que os contratos celebrados individualmente por cada participante podem ser modificados via representação no órgão dirigente do Fundo de Pensão.

Além disso, a representação da classe não corresponde ao *animus novandi* previsto no artigo 316 do Código Civil, a intenção individual do contratante não pode ser substituída pela deliberação de seu representante.

Destarte, o fato das modificações regulamentares serem realizadas mediante a deliberação entre representantes tanto da patrocinadora quanto dos participantes não autoriza a Entidade Fechada de Previdência Privada a aplicar as novas regras aos contratos em curso, pois, nesse caso, não existe hipótese de novação do contrato.

3.1.3 O mito da natureza associativa e da prevalência do interesse coletivo

O contrato previdenciário é, segundo defende Manuel Póvoas, contrato de seguro. É contrato que visa à garantia contra riscos previstos. Não há transferência de risco, mas sim, resguardo de que, uma vez acontecido o evento, os prejuízos serão cobertos.¹⁵⁰

Para a cobertura dos riscos, exige-se que a relação jurídica parta do mutualismo no qual as partes integrantes do contrato, no caso os participantes ou os segurados, contribuam para que seja constituída uma reserva que pague os benefícios que venham a ser requeridos.

¹⁴⁹ SIMÕES, Fernando Nunes; MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *O Direito Acumulado dos Participantes dos Fundos de Pensão*, Goiânia: Scala Gráfica e Editora, 2006. p. 78.

¹⁵⁰ PÓVOAS, M. S. S., op. cit., p. 273.

Como já se viu, nem todos os benefícios são garantidos pelo pagamento das contribuições dos próprios participantes na forma do regime financeiro de capitalização, alguns benefícios como o auxílio-doença, por exemplo, são deferidos sem que haja constituição de reserva precedente e é custeado na forma do regime financeiro de repartição, o mesmo do Regime Geral de Previdência Social.

Evidente que isso não desnatura a natureza contratual do seguro ou do contrato previdenciário, pois são inerentes ao princípio do mutualismo e, dessa forma, objetivam compensar os efeitos imprevistos, considerando essa compensação dentro de um critério de interesses recíprocos da massa de participantes.

Apenas na modalidade de benefício definido é que o mutualismo se mostra presente, pois as reservas individuais, reservas de poupança, são integradas ao todo e a rentabilidade do plano serve tanto para garantir os benefícios à termo (por idade, por tempo de contribuição) quanto os benefícios sob condição (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez).

Na modalidade de contribuição definida, diversamente, os benefícios são concedidos exclusivamente com base na reserva de poupança do participante e persiste enquanto aquela se mantiver, dissipando o caráter mutualista do plano.

O caráter mutualista dos planos de modalidade benefício definido não dilapida a natureza contratual da relação previdenciária privada da mesma forma que não interfere no caso do contrato de seguro. Há mutualismo para que o contrato seja cumprido na sua integralidade, mas não em desfavor do contrato celebrado entre as partes como pretendem aludir àqueles que defendem que as alterações regulamentares devem ser realizadas em prol dos interesses coletivos.

Sobre as sociedades mutualísticas discorre Pontes de Miranda:

A prestação do seguro é feita pela entidade mutualística, e não pelos segurados, que são necessariamente mutualistas. A sociedade mútua personificou-se, de jeito que o dever de contribuir para as prestações de seguros é dever perante a entidade mutualística, e não perante os segurados. A relação jurídica da mutualidade é interior à sociedade, e não relação jurídica entre mutualistas e segurados.¹⁵¹

Não se admite que, em defesa da tangibilidade do ato jurídico perfeito, seja alegado que o contrato previdenciário tem caráter associativo ou mutualista e que, portanto, pode ser alterado unilateralmente pela Entidade Fechada de Previdência Privada,

¹⁵¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. 46, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 117.

pois isso não importa na descaracterização da natureza contratual da relação previdenciária privada.

A Entidade tem personalidade jurídica própria e os interesses das partes, entidade e participantes, não são convergentes mais sim divergentes. O mutualismo existente entre os participantes não afeta a relação contratual existente entre eles e o Fundo de Pensão.

Isso porque, a regra mais importante nos contratos sempre será a da autonomia da vontade e esta só fica subjugada aos impedimentos de estipular cláusulas contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes.¹⁵²

3.2 A APLICABILIDADE DO ARTIGO 17 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 109/2001

Inobstante todas as considerações anteriores, a Lei Complementar nº 109/2001 possibilita que as Entidades Fechadas de Previdência Privada alterem o regulamento do plano de benefícios retroagindo as alterações aos participantes já inscritos. O dispositivo foi assim redigido:

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

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

O artigo em análise prevê a alteração unilateral, pelo Fundo de Pensão, dos contratos em curso e mostra-se inconstitucional por ferir a garantia do benefício contratado prevista no artigo 202 da Constituição Federal e os princípios do ato jurídico perfeito e o direito adquirido estampados no artigo 5º, XXXVI, também da Carta Magna.

Alguns autores, que serão citados mais adiante, no entanto, defendem a constitucionalidade do artigo 17 sob o enfoque da necessidade de preservação do próprio contrato previdenciário e do equilíbrio econômico-financeiro e, principalmente atuarial do plano de benefícios. Ocorre que, a preservação do contrato não pode ser sinônimo de

¹⁵² RIZZARDO, A., op. cit., p.22.

preservação do contratante e as justificativas atuariais não podem ser opostas ao direito, mesmo porque, a Lei Complementar 109/2001 prevê a hipótese de reequilíbrio do plano importando no aporte de novas contribuições por parte da patrocinadora, dos participantes, assistidos e beneficiários.

3.2.1 A inconstitucionalidade do artigo 17 da Lei Complementar nº 109/2001

A inconstitucionalidade do artigo 17 da Lei Complementar nº 109/2001 é patente. Antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, havia discussão sobre a possibilidade de aplicação das alterações regulamentares a todos os participantes do plano de benefícios, posto que a Lei nº 6.425/1977 não fazia qualquer referência a respeito da alteração unilateral do contrato previdenciário.

Porém, com a constitucionalização da matéria, foi criada a garantia do benefício contratado e a natureza contratual da Previdência Privada foi assegurada no artigo 202 da Constituição Federal.

Conclui-se, por conseguinte, que o artigo 17 vai de encontro com a solução dada pela Constituição Federal com respeito à natureza da relação previdenciária privada e é um retrocesso na evolução da Previdência Privada no Brasil.

No entanto, Fernando Nunes Simões e Manoel Moacir Costa Macêdo, em defesa da constitucionalidade do referido artigo, sustentam:

A crítica a esse artigo referia-se à quebra de contrato e à ruptura de atos jurídicos perfeitos em prejuízo do direito adquirido dos participantes. Mas também foi mencionado que o sistema de previdência, inclusive a complementar fechada, sofre a influência de variáveis como: o aumento da expectativa de vida; os resultados de investimentos, afastados por crises nacionais e mundiais, que garantem o pagamento dos benefícios; e a estabilidade das relações entre os participantes e entre esses e seus patrocinadores.¹⁵³

Ora, evidente que todo o contrato de longo prazo sofre influência de fatores externos, porém esses fatores, assim como no contrato de seguro, são inerentes ao contrato previdenciário e, podem ser atenuados por meio das técnicas atuarias.

Ademais, não se pode escusar que essa influência externa ocorre de modo diferente nas duas modalidades principais de plano de benefícios adotadas pelas

¹⁵³ SIMÕES, F. N.; MACÊDO, M. M. C., Op. cit., p. 77.

Entidades Fechadas de Previdência Privada, quais sejam, benefícios definido e contribuição variável. Na primeira os riscos verificados, como por exemplo, o aumento da expectativa de vida, devem ser readequados pelo plano para que sejam garantidos os benefícios contratados, nesse momento é que os autores justificam as alterações regulamentares.

Contudo, a técnica atuarial necessária para a constituição do plano de benefícios dessa modalidade exige que haja o mutualismo, ou seja, que os recursos recebidos pelo plano possam ser equacionados para o pagamento dos benefícios com custeio garantido, os benefícios à termo, e também dos benefícios em que o evento é incerto, os benefícios sob condição suspensiva.

Na modalidade contribuição definida, porém, os riscos são suportados somente pelo participante. Os benefícios, conforme foi explicado em outra oportunidade, são assegurados exclusivamente pela reserva de poupança do participante, uma vez extinta a reserva finda o benefício. Não haveria justificativa para alteração regulamentar se o risco seria suportado exclusivamente pelo participante.

Nesse sentido, há uma incongruência do argumento dos autores haja vista que os riscos externos não podem ser motivo para alteração regulamentar em ambas as modalidades de planos de benefícios.

Ademais, a Lei Complementar nº 109/2001 dispõe sobre as formas de reequilíbrio do plano, que serão analisadas mais adiante, mas adianta-se que o desequilíbrio não pode ser suportado exclusivamente pelos participantes ativo no plano, como ocorre quando há retroação da alteração unilateral das cláusulas aos contratos em curso. Nesse caso, o desequilíbrio do plano deve ser superado pelo aporte de novos recursos pela patrocinadora, pelos participantes ativos e assistidos e pelos beneficiários.

Para Wagner Balera as alterações unilaterais dos contratos em curso são justificadas por outro argumento. Expõe o autor:

Como a adesão é facultativa, e com o que é aceito não é imposto, cada patrocinador e cada participante conserva, consigo, o poder de disposição que lhe permite – respeitados os termos da obrigação, a função social do contrato e segundo procedimento pertinente – modificar os critérios da adesão, tão quanto ao objeto da proteção previdenciária como quanto ao respectivo modo de exercício.¹⁵⁴

O procedimento pertinente aludido pelo autor é a decisão do Conselho Deliberativo respaldada pelo órgão regulamentador e fiscalizador, na forma do que dispõe o

¹⁵⁴ BALERA, W. (Coord.), op. cit., p. 133.

artigo 17 da Lei Complementar nº 109/2001. Já se discutiu os efeitos da representação dos participantes nos órgãos decisórios das Entidades Fechadas de Previdência Social e, nesse momento, entendeu-se que a representação não supre a adesão do participantes às novas regras, não é hipótese de novação por inexistência do *animus novandi*.

Assim, entende-se que, de fato a modificação do regulamento não permite alterar os contratos em curso, exceto quando há intenção expressamente demonstrada pelo participante em aderir às novas disposições regulamentares.

3.2.2 O esvaziamento do direito acumulado do participante

A discussão quanto à constitucionalidade do artigo 17 da Lei Complementar nº 109/2001 impõe a análise do instituto do direito acumulado do participante. Referido artigo, prevê a retroação das alterações unilaterais do contrato quando respeitados dois requisitos: a aprovação do órgão regulador e fiscalizador e o direito acumulado do participante.

O conceito de direito acumulado é de difícil apreensão, como se verá, pois é esvaziado pela interpretação dos demais dispositivos da Lei Complementar nº 109/2001.

Inicialmente poder-se-ia entender que o direito acumulado do participante seria o direito adquirido. Porém, essa conclusão é rechaçada pela conceituação dada pelo parágrafo primeiro do artigo 68 da Lei Complementar nº 109/2001 que dispõe que “*os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano*”.

Outrossim, o parágrafo único do artigo 17 antecipa-se ao prescrever que as regras anteriores, aquelas que se tornaram objeto do contrato quando ocorreu a adesão do participante, só se operam quando implementadas as condições para concessão do benefício.

Então como interpretar a garantia do direito acumulado do participante se, pela redação dos artigos 17 e 68 da Lei Complementar nº 109/2001, não

haveria qualquer direito ao contrato previdenciário? Como se opera o direito acumulado quando ocorre a alteração do regulamento do plano de benefícios?

Pela análise exposta até esse ponto pode-se concluir que o direito acumulado é na verdade um nada jurídico, pois, no caso concreto, não tem aplicação, é esvaziado pelos artigos 17 e 68 da Lei Complementar nº 109/2001.

Apesar disso, há defensores de entendimento contrário. Expõem Fernando Nunes Simões e Manoel Moacir Costa Macêdo que:

Apesar da Constituição Federal de 1988 determinar em seu artigo 5º, inciso XXXVI, o respeito ao direito adquirido, deixou para o legislador ordinário estabelecer o limite do conceito, o que lhe dá o caráter ordinário. Esse é o entendimento de França (1994, p. 210), quando escreve “ao legislador ordinário, portanto, compete estabelecer os limites do conceito de Direito Adquirido, propiciando assim o roteiro para a respectiva elaboração no Direito Científico e nos pronunciamentos judiciais”.¹⁵⁵

Evidente que o conceito de direito adquirido previsto na Constituição Federal é aberto, porém não se pode olvidar que a regulamentação legal já se deu com o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil que deve ser interpretada como verdadeira norma introdutória ao Direito e não só ao Direito Civil.

Como é possível defender que o mesmo instituto possa ser interpretado de forma diferente dependendo da conveniência da matéria? Por óbvio que a incongruência deve ser sanada pela interpretação do parágrafo único do artigo 68 da Lei Complementar nº 109/2001 conforme a Constituição.

Ademais, mais adiante explicam os autores que durante a tramitação do Projeto de Lei nº 10/1999, que deu origem à Lei Complementar nº 109/2001:

[..] foi submetido à votação o dispositivo contemplando a figura do direito acumulado, visando equacionar a discussão sobre o direito adquirido dos participantes, nos termos do relatório da Comissão Especial destinada a apreciar o PLP nº 10/99.¹⁵⁶

Significa dizer que o direito adquirido do participante, decorrente do ato jurídico perfectibilizado com a adesão ao plano de benefícios, foi equacionado, o que não tem significado prático diante da interpretação dos demais artigos da norma regulamentadora da Previdência Privada.

¹⁵⁵ SIMÕES, F. N.; MACÊDO, M. M. C., Op. cit., p. 74.

¹⁵⁶ SIMÕES, F. N.; MACÊDO, M. M. C., Op. cit., p. 74.

O que se percebe é que a criação do termo direito acumulado foi uma forma de dirimir as divergências sobre a existência de direito adquirido ao regulamento de adesão durante a tramitação do Projeto de lei nº 10/1999.

Inobstante isso, o direito acumulado do participante foi conceituado pela referida lei para fins de portabilidade, que é a faculdade do participante de transferência das suas reservas para outro plano de benefícios.

O dispositivo ficou assim redigido:

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

[...]

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

Em caso de transferência do participante para outra entidade o direito acumulado pode ser tanto a reserva de poupança, montante das contribuições individualmente vertidas para o plano, quanto a reserva matemática que é um valor ficto correspondente as reservas necessárias para o cumprimento das obrigações do plano de benefícios.

A reserva de poupança é o montante efetivamente contribuído enquanto que a reserva matemática é a perspectiva de contribuição para aquele determinado momento para que o benefício contratado seja assegurado. Na ocasião do pedido de portabilidade as duas podem ou não serem iguais, depende se as previsões iniciais de contribuição foram satisfeitas, em todo caso, se não o forem cabe ao participante optar pela mais benéfica, ou seja, pelo menos o valor necessário para a garantia do benefício contrato naquele período.

Dessa conclusão, extrai-se que há também divergência junto ao conceito de direito acumulado do participante quando há retroatividade das alterações regulamentares e quando há o exercício da faculdade de portar as reservas para outro plano.

Isso porque, como já exposto, quando há alterações regulamentares o participante vê extirpado o seu direito ao contrato celebrado e o direito acumulado tem a efetividade esvaziada pelo parágrafo único do artigo 68 e pelo parágrafo primeiro do artigo 17, ambos da Lei Complementar nº 109/2001.

Contudo, para fins de portabilidade o participante tem assegurado o valor constituído necessário para pagamento do benefício até aquele momento.

Isso ocorre porque, para pagamento do benefício quando implementados requisitos contratados é necessário constituir uma determinada reserva, na data do pedido de portabilidade haverá uma expectativa parcial de reserva. Se a reserva de poupança for maior que a matemática o participante ficará com aquela, isso significa que contribuiu mais que o necessário, até aquele momento, para garantir o seu benefício. Porém, se a expectativa não foi superada o participante fica com o valor da reserva matemática.

A reserva matemática é calculada quando o participante adere ao contrato previdenciário e revista anualmente para incorporar os riscos externos. Assim, o direito acumulado quando se trata de portabilidade é a expectativa de valor necessário, até aquele momento, para o pagamento do benefício segundo as regras de adesão.

Evidente a dissonância entre os conceitos de direito acumulado previstos no parágrafo único do artigo 15 e no artigo 17 da Lei Complementar nº 109/2001, o que gera a divergência de direitos e a inconstitucionalidade da aludida lei.

Isso ocorre em razão da aproximação do Regime Previdenciário Privado com o Regime Previdenciário Público, anomalia que deve ser combatida, sob pena de descrédito do sistema. Outrossim, quando se admite que o contrato previdenciário tenha características típicas do regime institucional abre-se precedente para a criação de uma Super-Entidade que está acima da ordem constitucional e da segurança jurídica.

O não afastamento da aplicação do artigo 17 da Lei Complementar 109/2001 importa na permissão institucionalizada do descumprimento dos contratos e resulta na total insegurança daqueles que são parte mais frágil da relação previdenciária privada, os participantes ativos ou assistidos e seus beneficiários.

3.3 INVOCAÇÃO DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* E A TEORIA DA IMPREVISÃO COMO FORMA DE EXCEÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO NA PREVIDÊNCIA PRIVADA

A invocação da Teoria da Imprevisão para justificar as alterações contratuais na Previdência Privada é outra questão que deve ser analisada sob o enfoque da proteção ao ato jurídico perfeito e do direito adquirido do participante.

Sustenta Arnaldo Rizzardo que a teoria teve sua criação por juristas do direito canônico e pela jurisprudência dos tribunais eclesiásticos, sendo que alcançou sua plenitude ao encontrar ambiente propício para sua aplicação após as duas grandes guerras em razão da instabilidade econômica de proporções mundiais, momento em que o cumprimento dos contratos celebrados anteriormente às guerras ficou prejudicado.¹⁵⁷

A Teoria da Imprevisão é adotada por diversas legislações, inclusive o direito argentino, italiano e polonês. O Código Civil Brasileiro não adotou expressamente a teoria, mas introduziu a figura da onerosidade excessiva, prevista no artigo 478 que, tendo substrato próximo ao da imprevisão, autoriza a resolução dos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.¹⁵⁸

Cabe esclarecer se os riscos administrados pelo Fundo de Pensão, como o aumento da expectativa de vida e a diminuição da rentabilidade das aplicações financeiras, podem ser opostos como forma de resolução ou alteração do contrato previdenciário.

3.3.1 A Teoria da Imprevisão e a *cláusula rebus sic stantibus*

A Teoria da Imprevisão vem de encontro com a máxima da autonomia da vontade nos contratos e busca o reequilíbrio da relação contratual quando alterada por eventos extraordinários e imprevisíveis que tornam impossível a execução do contrato sem que ocorra a ruína de uma das partes.¹⁵⁹

Arnaldo Rizzardo explica que a Teoria da Imprevisão, tal como foi concebida:

É originada da cláusula *rebus sic stantibus*, que, por sua vez, constitui abreviação da fórmula: *contractus qui habet tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. Significa, em vernáculo: ‘nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação’.¹⁶⁰

¹⁵⁷ RIZZARDO, A., op. cit., p.137.

¹⁵⁸ RIZZARDO, A., op. cit., p.138.

¹⁵⁹ RIZZARDO, A., op. cit., p.137.

¹⁶⁰ RIZZARDO, A., op. cit., p.137.

Arnoldo Medeiros da Fonseca explica que a Teoria da Imprevisão:

Procura investigar, em síntese, se é justo, e em que termos, admitir a revisão ou resolução dos contratos, por intermédio do juiz, pela superveniência de acontecimentos imprevistos e razoavelmente imprevisíveis por ocasião da formação de vínculo, e que alterem o estado de fato no qual ocorreu a convergência de vontades, acarretando uma onerosidade excessiva para um dos estipulantes. (sic)¹⁶¹

Miguel Maria de Serpa Lopes conceitua a Teoria da Imprevisão da seguinte forma:

A imprevisão consiste assim no desequilíbrio das prestações recíprocas, nos contratos de prestação sucessivas ou deferidas, em consequência de acontecimentos posteriores à formação do contrato, independentemente da vontade das partes, de tal forma extraordinários anormais que impossível se torna prevêê-los razoável e antecedentemente. São acontecimentos supervenientes que alteram profundamente a economia do contrato, por tal forma perturbando o seu equilíbrio, como inicialmente estava fixado, que se torna certo que as partes jamais contratariam se pudessem ter podido antever esses fatos. Se, em tais circunstâncias, o contrato fosse mantido, redundaria num enriquecimento normal, em benefício do credor, determinando o empobrecimento da mesma natureza, em relação ao devedor. Consequentemente, a imprevisão tende a alterar ou excluir a força obrigatória dos contratos.¹⁶²

Como exemplo de evento passível da aplicação da Teoria da Imprevisão, Arnaldo Rizzardo cita as instabilidades políticas e econômicas verificadas até meados da década de 90 em que a inflação gerava a desvalorização da moeda e também a queda do valor da moeda vigente em relação ao dólar no ano de 1999 que originava uma onerosidade para aqueles que contrataram com reajuste das prestações atreladas ao dólar.¹⁶³

Porém, para sua aplicação necessária a ocorrência de três elementos conforme esclarece Arnaldo Medeiros da Fonseca:

- a) a alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis;
- b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda, esperáveis, diante dos termos do ajuste;
- c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista.¹⁶⁴

As alterações do ambiente externo estão relacionadas intimamente com a necessidade de que sejam alvo da oposição da Teoria da Imprevisão os contratos de

¹⁶¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 19.

¹⁶² LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de Direito Civil*. V. 3, 5. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 124.

¹⁶³ RIZZARDO, A., op. cit., p.138.

¹⁶⁴ FONSECA, A. M., op. cit., p. 244.

execução continuada ou diferida porque o tempo é fator necessário para que ocorra o evento externo passível de desequilibrar o contrato.¹⁶⁵

Assim, nos contratos de execução única, aqueles que se exaurem em um só momento, não pode haver aplicação da teoria, posto que não está presente o fator tempo.

Nesse sentido, Otávio Luiz Rodrigues Júnior assevera que:

O próprio fragmento “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*” (Os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas) prefigura indispensável à ocorrência de um contrato de trato sucessivo e dependente do tempo.¹⁶⁶

Ademais, para que reste configurada a imprevisão, necessário não só que uma das partes sofra com a onerosidade das prestações, mas que a outra tenha vantagem.

Nesse sentido expõe Arnaldo Medeiros da Fonseca:

[...] quando a superveniência imprevista apenas acarreta para o devedor uma onerosidade maior, mas em nada vem melhorar a situação do credor, que apenas pretende os benefícios esperados e decorrentes do contrato, não haverá iniquidade nenhuma em exigir do primeiro o cumprimento da obrigação livremente assumida, pois o direito, no conflito de interesses a que aquela dá lugar, não tem nenhuma razão para preferir o sacrifício do segundo. (sic)¹⁶⁷

Otávio Luiz Rodrigues Júnior explica ainda que a doutrina apresenta restrições ao uso da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios, como o contrato previdenciário, visto que são contratos especulativos. E cita Enzo Roppo que elucida a questão da seguinte forma:

Se o fundamento do instituto do qual nos ocupamos consiste na justa e racional repartição entre os contraentes dos riscos conexos com a verificação de circunstâncias futuras, é compreensível que o remédio da resolução deva operar para os contratos que as partes tenham inteiramente moldado sobre o risco (art. 1.469 Cód. Civ.): são os *contratos aleatórios*, onde a medida das prestações recíprocas, ou até a susceptibilidade de as obter, são confiadas, pelos contraentes, ao acaso, que cada um espera evolua em sentido favorável para si. São contratos de especulação sobre o destino: pertence à sua própria função, à sua própria causa, que com eles se posam ganhar muito mas também perder muito, ou tudo (é o caso do seguro, do jogo, da aposta, da renda vitalícia etc.) Aqui não há problema da tutela contra um certo nível de risco, porque as partes anuíram em correr o máximo de risco.¹⁶⁸

¹⁶⁵ RODRIGUES JUNIOR, O. L., op. cit., p. 121.

¹⁶⁶ RODRIGUES JUNIOR, O. L., op. cit., p. 121.

¹⁶⁷ FONSECA, A. M., op. cit., p. 243.

¹⁶⁸ RODRIGUES JUNIOR, O. L., op. cit., p. 93/94.

Entretanto, essa não é uma posição unânime. Parte da doutrina¹⁶⁹ entende pela aplicação da Teoria da Imprevisão, mesmo aos contratos aleatórios, ressalvando que a revisão ou resolução do contrato vai ocorrer com relação à cláusulas alheias ao risco objeto do contrato.¹⁷⁰

Isso significa que, apesar de aplicável aos contratos aleatórios, a Teoria da Imprevisão não pode ser oposta como forma de exonerar umas das partes pelos riscos que contratou, pois o evento deve ser externo e imprevisível sendo que os riscos contratados nesse caso não preenchem esses requisitos por serem eventos futuros e incertos, porém, não imprevisíveis. Ora, se a álea é inerente ao contrato ela provavelmente será incerta, mas nunca imprevisível tanto que foi objeto o contrato.

Quanto à forma de arguição da situação contratual imprevista ressalta-se que deve ser realizada em processo judicial, sob pena da parte, na confiança de que há caracterização da onerosidade, ser considerada inadimplente. A simples constatação de evento externo imprevisível e imprevisto que cause desequilíbrio ao contrato, onerando uma das partes e ocasionando ganhos excessivos a outra, não permite a alteração unilateral de seu conteúdo pelo prejudicado.¹⁷¹

Ademais, a arguição deve ser realizada antes de qualquer ato que seja causa de extinção do contrato como, por exemplo, a inexecução voluntária, pois, segundo Otávio Luiz Rodrigues Junior, a conduta que contrária o cumprimento do contrato “*importa a incidência das regras peculiares a seu tratamento científico, dispensando-se, por evidente, a aproximação com a teoria sob estudo*”¹⁷². Em outras palavras, não se pode arguir a Teoria da Imprevisão quando houver inexecução culposa ou voluntária do contrato pela parte onerada.

Importante frisar, por consequência, que a invocação da teoria não pode ser matéria de defesa no caso de processo judicial proposto pela outra parte em função do descumprimento contratual.

Necessário esclarecer ainda, a questão referente ao ônus da prova da alteração que implique na impossibilidade irremediável de cumprimento do contrato, em razão do desequilíbrio entre as partes, ou seja, quem deve provar a onerosidade excessiva.

O Código de Processo Civil Brasileiro, em seu artigo 333, dispõe:

¹⁶⁹ O autor ressalva que se posicionam no sentido da aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos aleatórios José Maria Othon Sidou, Artur Rocha e Abgar Soriano.

¹⁷⁰ RODRIGUES JUNIOR, O. L., op. cit., p. 120.

¹⁷¹ RODRIGUES JUNIOR, O. L., op. cit., p. 122.

¹⁷² RODRIGUES JUNIOR, O. L., op. cit., p. 122.

Artigo 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Partindo-se da premissa de que é imprescindível o reconhecimento judicial da imprevisão conclui-se que o ônus da prova não poderia ser disposto de forma diversa do que estabelece o Código de Processo Civil, ressalvados os casos de inversão do ônus da prova.¹⁷³

Sobre o tema, sustenta Otávio Luiz Rodrigues Junior que:

O ônus da prova, quanto à existência da imprevisão, no direito comum, incumbe a quem alega, devendo este “demonstrar analiticamente a oneração excessiva e/ou o acentuado empobrecimento, não sendo lícito tirara ilações gerais e utilizá-las em proveito próprio” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Segunda Turma Cível. Rel. o Sr. **Getúlio Moraes Oliveira**. AC nº 37452.95, j. 1ª-7-1996, v.u., negar provimento. *DJ* I4-12-1996 p. 22.486).¹⁷⁴

Portanto, o ônus da prova caberá à parte que arguir a impossibilidade de cumprimento do contrato por onerosidade excessiva nos termos do Código de Processo Civil Brasileiro.

Sabendo-se que a Teoria da Imprevisão deriva da necessidade de alteração ou resolução do contrato pela verificação de fato superveniente e porvindouro à conclusão do contrato, que causa o desequilíbrio entre as partes onerando excessivamente uma em favor do enriquecimento da outra, outro ponto importante de ser analisado é quanto à possibilidade de aventar a teoria me razão da impossibilidade econômica pessoal.

O empobrecimento superveniente do contratante, que começa a ser invocada, em especial nas demandas consumeiristas, não só não é motivo para a resolução do contrato por onerosidade excessiva como é rejeitado pela doutrina, conforme argumenta Otávio Luiz Rodrigues Junior:

O repúdio à idéia da impossibilidade econômica pessoal como causa de imprevisão serve para preservar a segurança das relações jurídicas, à medida que a teoria da alteração das circunstâncias não pode ser um instrumento de subversão do contrato e o princípio do *pacta sunt servanda* (o qual permanece prestigiado na ordem civil), enaltecendo o mau devedor, que inelutavelmente esconderia essa sua condição sob os sedutores argumentos da pauperização individual, de grande apelo aos sentimentos.¹⁷⁵

¹⁷³ O Código do consumidor prevê o direito básico do consumidor de ter facilitada a defesa de seus direitos e estabelece que pode ser realizada a inversão do ônus da prova, a do consumidor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

¹⁷⁴ RODRIGUES JUNIOR, O. L., op. cit., p. 123.

¹⁷⁵ RODRIGUES JUNIOR, O. L., op. cit., p. 130.

Não é hipótese de aplicação da Teoria da Imprevisão, portanto, o empobrecimento da parte contratante sem que esteja atrelado a evento superveniente e imprevisível que tenha dado causa há impossibilidade de cumprimento do contrato pela parte onerada, nem aos demais requisitos previstos para que seja reconhecida a necessidade de alteração do contrato ou resolução.

Dito isso, conclui-se que a Teoria da Imprevisão, ou a onerosidade excessiva como foi recepcionada pelo direito brasileiro, pode ser arguida quando um acontecimento extraordinário, imprevisível e externo ao contrato cause desequilíbrio entre as partes gerando agravamento da prestação de uma das partes e enriquecimento a outra, sem que haja contrapartida para a parte onerada, ou seja, vantagem que venha compensar o prejuízo.

3.3.2 A possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão ao contrato previdenciário

Nesse momento interessa esclarecer se a Teoria da Imprevisão pode ser arguida para modificar os contratos previdenciários estabelecidos entre a Entidade Fechada de Previdência Privada e seus participantes.

Inicialmente, cabe salientar que, conforme já visto, há reticências quanto à aplicação da teoria aos contratos aleatórios, como o previdenciário. A toda evidência, não pode uma das partes eximir-se do risco ao qual contratou, primeiramente porque não se enquadra no caráter de evento extraordinário e imprevisível e, de outra monta, porque isso significaria violar o objeto pactuado visto que o evento não é externo ao contrato, é o próprio objeto do contrato.

Porém, se esse não for o entendimento adotado, deve ser considerados os requisitos para configuração do evento apto a desonerar as partes que contrataram.

Assim, a imprevisão só poderá ser motivo de alteração do contrato previdenciário quando decorrente de eventos anormais à álea, fatos externos que causem desestabilização do objeto previamente contratado e que impossibilitem o cumprimento do contrato sob pena de onerar a Entidade Fechada de Previdência Privada enquanto ocorre o enriquecimento indevido dos participantes, assistidos e beneficiários.

Esse fato externo, destarte, não pode ser equiparado aos eventos inerentes ao próprio contrato previdenciário, como o aumento da expectativa de vida dos participantes do plano de benefícios, por exemplo, sob pena de desvirtuamento do contrato e autorizar a violação do ato jurídico perfeito.

Ademais, visualizado o desequilíbrio, a modificação do contrato dos participantes já inscritos no plano de benefícios deve ser realizada por meio de processo judicial, pois, de outro modo, configuraria a inexecução culposa do contrato.

Novamente, cabe ressaltar que a alteração do regulamento pela Entidade Fechada de Previdência Privada é permitida, o que não se pode autorizar é a aplicação dessas alterações aos contratos em curso, aos atos jurídicos perfectibilizados, visto que afrontaria o direito adquirido dos participantes.

Outrossim, uma vez configurado o evento anormal à álea, que impossibilitasse o cumprimento do contrato, o desequilíbrio deveria ser cabalmente comprovado pela Entidade Fechada de Previdência Privada, porquanto os erros nos cálculos atuariais ou de investimento das reservas do plano de benefícios não podem ser motivo para a violação dos contratos em curso.

Inclusive porque a Lei Complementar nº 109/2001 prevê que, nos casos de déficit ocasionado por dirigentes ou terceiros, a responsabilidade deverá ser apurada mediante processo judicial ou administrativo e o desequilíbrio equacionado de forma própria, como será abordado adiante.¹⁷⁶

3.3.3 As formas de reequilíbrio do plano de benefícios

As formas de equacionamento, em caso de desequilíbrio do plano de benefícios tanto decorrente de ato humano quanto decorrente de causa diversa, são previstas no artigo 21 da Lei Complementar nº 109/2001, assim redigido:

Artigo 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra

¹⁷⁶ Artigo 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

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

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

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

O déficit do plano de benefícios ou nas entidades, conforme dispõe o artigo, deve ser equacionado entre a patrocinadora, os participantes e os assistidos, na proporção de suas contribuições.

A Lei nº 6.435/1977 não era clara quanto à matéria e dava a entender que a manutenção do equilíbrio competia mais à patrocinadora do que aos participantes ativos e assistidos. Essa interpretação era possível em razão do artigo 45, que dispunha:

Admitir-se-á, no caso das reservas técnicas relativas a benefícios a conceder sob a forma de renda, que os fundos de garantia sejam mantidos em níveis não inferiores a 70% (setenta por cento) das correspondentes necessidades, se as patrocinadoras das entidades assumirem o compromisso de manter, em seus respectivos patrimônios, parcelas equivalentes às insuficiências observadas, de modo que sua cobertura possa, em qualquer época, ser realizada.

Essa foi até mesmo a posição do Conselho de Previdência Complementar - CPC que precedeu o Conselho de Gestão de Previdência Complementar - CGPC que dispôs na Resolução nº 01, de 09 de outubro de 1978 que a Secretaria da Previdência Complementar – SPC, verificado déficit poderá determinar que a patrocinadora cubra a diferença apurada, ou que sejam revistas as contribuições da patrocinadora ou dos participantes, ou que se reduzam os benefícios.

A disposição anterior acentuava o risco de a patrocinadora ter que arcar, exclusivamente, com o déficit atuarial no caso de desequilíbrio do plano de benefícios importando em uma desvalorização dos planos de modalidade benefício definido que, como já mencionado, são de alto risco.

A previsão de reequilíbrio do plano de benefícios na forma prevista pela Lei Complementar nº 109/2001 é um avanço em comparação à Lei nº 6.435/1977 e

impede que apenas a patrocinadora ou apenas participantes sejam responsáveis por novos aportes para equacionar o plano de benefícios.

Ademais, uma vez prescrevendo que o resultado deficitário não pode ser suportado exclusivamente por um dos contribuintes, a Lei Complementar nº 109/2001 afasta a possibilidade de retroação das alterações unilaterais realizadas pela Entidade Fechada de Previdência Privada aos participantes ativos para que sejam sanadas as contas deficitárias do plano de benefícios.

Isso não quer dizer que o participante, na hipótese de desequilíbrio comprovado, não possa ter seu benefício reduzido. Mas a redução será sempre decorrente da opção do participante entre aumentar o nível de contribuições ou diminuir o benefício, segundo prevê o artigo 21 da Lei Complementar nº 109/2001. O que não pode acontecer é a imposição de novas regras de concessão dos benefícios contratados em patente violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido do participante, sem que ele possa optar por aumentar as contribuições e sem a contrapartida necessária da patrocinadora e dos participantes assistidos para que haja o reequilíbrio do plano.

Destarte, o equacionamento dos resultados deficitários do plano de benefícios não exclui a responsabilização dos dirigentes ou dos terceiros que deram causa ao desequilíbrio. Havendo, inclusive, previsão de retorno ao *status quo ante*, ou seja, devolução dos aportes vertidos ao plano ou melhoria dos benefícios, na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit em consequência de apuração da responsabilidade mediante processo judicial ou administrativo

3.4 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Neste derradeiro tópico do trabalho, será examinado o entendimento dos Tribunais quanto à violação do ato jurídico perfeito nos casos de modificação unilateral do regulamento do plano de benefícios pela Entidade Fechada de Previdência Privada.

Conforme salientado, a questão da violação do ato jurídico perfeito no âmbito da Previdência Privada é matéria controversa na doutrina. Na jurisprudência não é diferente. Os Tribunais pátrios vêm tratando a matéria de modo divergente e não há análise pelos Tribunais Superiores quanto à questão específica da violação do ato jurídico perfeito

quando a modificação do contrato previdenciário se dá pela alteração unilateral do regulamento do plano de benefícios, e sua aplicação retroativa, pela Entidade Fechada de Previdência Privada e nem mesmo quanto à constitucionalidade do artigo 17 da Lei Complementar nº 109/2001 que fomenta essa prática sob o fundamento de necessidade de preservação do equilíbrio econômico-atuarial do plano de benefícios.

Porém, apesar de não tratar especificamente sobre a matéria, resta trazer as decisões proferidas Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as leis novas, mesmo as de ordem pública como é exemplo o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8066, de 1990, não se aplicam aos contratos previdenciários em curso sob pena de violação ao ato jurídico perfeito. Seguem as ementas dos arestos:

CIVIL E PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA A MENOR DEPENDENTE DE AVÔ. NORMA REGULAMENTAR DA EMPRESA PRETÉRITA À LEI N. 8.069/1990, ART. 33 E § 3º. PREVALÊNCIA DO CONTRATO. PRECEDENTES DO STF E STJ. DIREITO ADQUIRIDO.

I. As relações contratuais de previdência privada celebradas anteriormente à Lei n. 8.069/1990 não sofrem a influência desta. II. Condição de dependente afastada pela norma estatutária prevalecente. III. Precedentes do STF e STJ. (STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 1999/0069115-6, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 02/05/2006, publicado no DJ em 20/08/2007).

PREVIDÊNCIA PRIVADA. DEPENDENTE. O Estatuto da Criança e do Adolescente não prevalece sobre a norma anterior do plano de previdência privada, em respeito ao ato jurídico perfeito. Precedente do Supremo Tribunal Federal (RE nº 326.932, BA). Recurso ordinário provido. (STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 1999/0055882-0, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 25/10/2005, publicado no DJ em 05/12/2005).

Esse entendimento pauta-se no precedente do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 493, da relatoria do Ministro Moreira Alves, que declarou inconstitucional os dispositivos da Lei nº 8.177, de 1991, que alteravam a forma de atualização dos saldos devedores e das prestações dos contratos realizados por entidades integrantes dos Sistemas Financeiros da Habilitação e do Saneamento.

A decisão baseou-se no argumento de que o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal aplica-se a toda e qualquer lei infraconstitucional sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva e que a retroação da lei não pode alterar o objeto do contrato.

Dessa forma, serão analisados dois precedentes divergentes, um do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e outro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementados:

PREVIDENCIÁRIO. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. BENEFÍCIO. MENSURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGULAMENTO VIGENTE NO MOMENTO DA CONCESSÃO. REGULAMENTO ANTERIOR. ALTERAÇÃO. LEGITIMIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. ATO JURÍDICO PERFEITO. INEXISTÊNCIA.

1. As entidades de previdência complementar devem, necessariamente, adotar o regime financeiro de capitalização, de forma que o fomento dos benefícios que oferecem, implementados os requisitos delimitados pelo correspondente plano, tenham base atuarial, não podendo ser deferidos sem a correspondente fonte de custeio, ou seja, em desconformidade com a previsão de receitas e custos que nortearam a confecção do plano (CF, art. 202, e LC 109/01).

2. Conquanto o relacionamento entre a entidade fechada de previdência privada e o participante do plano de benefício que administra tenha natureza contratual, pois dependente da adesão do participante, é paramentado pela legislação de regência, que, apregoando a adoção de regime que propicie o equilíbrio atuarial do plano e sua perenidade, legitima que lhe sejam inseridas alterações norteadas por critérios técnicos que, chanceladas pelo órgão regulador e fiscalizador competente, são aplicáveis de imediato, ressalvados somente os benefícios que se encontram em fruição (LC 109/01, arts. 7º e 33).

3. O participante do plano, enquanto não implementados os requisitos exigíveis para sua fruição, detém mera expectativa de direito à percepção do benefício, daí porque as modificações introduzidas no regulamento, autorizadas e aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador competente, lhe são aplicáveis de imediato, não redundando as alterações em ofensa a direito adquirido, porque inexistente, ou ao ato jurídico perfeito, pois inexistente direito à manutenção das condições vigentes no momento da adesão ante seu sobrepujamento pela necessidade de preservação do equilíbrio atuarial (LC nº 109/01, art. 68, § 1º).

4. O funcionamento do plano de previdência privada e o fomento dos benefícios dele originários são pautados por critérios exclusivamente técnicos e fomentados pelas contribuições destinadas à entidade, legitimando que, como forma de assegurar o equilíbrio do plano e preservar o regime de capitalização que lhe é inerente, revestindo-o de perenidade, os regulamentos suplantem os interesses individuais dos participantes, ressalvando-lhes a fruição dos benefícios que fomentaram de acordo com critérios atuariais.

5. Apelação conhecida e improvida. Unânime. (TJDFT, Apelação Cível nº 20080111334468, 2ª Turma Cível, rel. Des. Teófilo Caetano, julgado em 09/09/2009, publicado no DJ em 05/10/2009).

A decisão acima entendeu que os interesses individuais dos participantes devem ser suplantados quando há necessidade de reequilibrar o plano de benefícios, permitindo a retroação das alterações regulamentares realizadas pela Entidade Fechada de Previdência Privada, sob o argumento de que não há comprometimento da natureza contratual da relação previdenciária privada.

Entendimento diverso é encontrado no julgado a seguir:

PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. FUNDAÇÃO PETROBRÁS DE SEGURIDADE SOCIAL – PETROS.

1. Têm direito os associados à suplementação de aposentadoria por tempo de serviço, devendo ser respeitadas as regras do plano de previdência pactuado na época. Direito à suplementação de aposentadoria, independentemente da idade mínima estabelecida no estatuto, bastando a aposentadoria pelo órgão oficial, condição imposta pelo regulamento vigente à época de suas adesões.

2. É inviável a aplicação do redutor de 90% do salário, pois além de o mesmo não estar previsto no regulamento de benefícios de 1979, a jurisprudência desta Corte tem se manifestado no sentido de ser regra imposta unilateralmente pela PETROS após a adesão dos associados, em flagrante prejuízo aos participantes.

3. No que tange à composição do salário de participação considerado para a aferição do benefício inicial, merece acolhimento a tese dos autores, na medida em que a Resolução de nº 45 da PETROS, de 17 de dezembro de 1996, veio a restringir as parcelas estáveis a serem consideradas para efeito do salário-de-cálculo, mediante alteração do inciso I do art. 17 do Regulamento de 1979.

Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70023274012, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/07/2009, Diário da Justiça do dia 28/07/2009).

Percebe-se que, sob os mesmos argumentos da divergência havida na doutrina a jurisprudência deflagra decisões conflituosas.

A decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que se filia à corrente no sentido de serem aplicáveis as alterações unilaterais dos regulamentos do plano de benefícios aos participantes já inscritos, alia-se ao entendimento de que a relação previdenciária é dinâmica, regulada pela lei (institucional), pautada na necessidade de preservação do equilíbrio econômico-atuarial e que só gera direito adquirido quando implementados os requisitos para aposentação.

Diferentemente, o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que refuta a possibilidade de aplicação retroativa das alterações dos regulamentos do plano de benefícios, pauta-se no caráter contratual da relação previdenciária, na preservação do contrato previdenciário, na preservação do equilíbrio econômico-atuarial como meta do plano de benefícios e não em prejuízo dos direitos dos participantes, assistidos e beneficiários e principalmente na inviolabilidade do ato jurídico perfeito.

Dirimir a controvérsia é tarefa empregada aos tribunais superiores e é de suma importância para que os participantes que se insurgem contra essa realidade possam ser tratados de forma igualitária.

CONCLUSÃO

A segurança jurídica deve, sempre, ser resguardada para que sejam criadas instituições fortes e respeitadas. Porém, a mesma incerteza que assola os filiados do Regime Geral de Previdência, em razão da corrupção, das alterações recorrentes das regras de concessão dos benefícios e da falta de transparência do sistema, agora, vem afligir os participantes da Previdência Privada com maior amplitude em razão do acréscimo do acesso da população economicamente ativa a essa atividade.

A desproteção do contrato previdenciário gera a instabilidade e o descrédito de todo o sistema de previdência, tanto o público quanto o privado, visto que ambos caminham juntos, apesar de todas as diferenças entre si.

A natureza jurídica da Previdência Privada foi esclarecida quando a Emenda Constitucional nº 20/1998 insculpiu a garantia do benefício contratado, não havendo mais controvérsia quanto ao seu caráter contratual. Todavia, com a promulgação da Lei Complementar nº 109/2001, especificamente, quanto ao artigo 17 e o parágrafo primeiro do artigo 68, novamente a instabilidade da relação jurídica previdenciária privada foi ressaltada.

Durante todo este trabalho, buscou-se trazer a tona as inconsistências dos argumentos no sentido de permitir a violação do ato jurídico perfeito que ocorre quando participante e Entidade Fechada de Previdência Privada, em comunhão de vontades, celebram o contrato previdenciário.

No capítulo inaugural, a estrutura da Previdência Privada foi abordada fazendo uma correlação com o Regime Geral de Previdência. Nesse momento, concluiu-se que a ambas são geridas e reguladas de forma diversa.

Enquanto a primeira tem o custeio realizado pelo regime financeiro de capitalização a outra é custeada em regime de repartição simples. Além disso, a solidariedade representada pelo pacto entre gerações existente na Previdência Pública é substituída pelo mutualismo na Previdência Privada.

Ressaltou-se, ainda, que o caráter contratual, previsto constitucionalmente, da Previdência Privada não está na Previdência Pública, que tem caráter institucional, ou seja, a forma de custeio, de concessão de benefícios e demais regras são regidas por lei.

Destarte, conclui-se que, apesar das características comuns entre a Previdência Pública e Privada, que se esgotam na prestação de atividade de seguridade, ou seja, na oferta de benefícios previdenciários mediante a inscrição/filiação ao sistema, as diferenças são substanciais e importam na necessidade de tratamento diverso quanto à questão das alterações das regras de concessão dos benefícios.

Isso porque, o contrato previdenciário é ato jurídico perfeito sendo que, no momento da contratação, as regras do regulamento do plano de benefícios vigentes formam a minuta do contrato individual do participante, contrato este que não pode ser alterado unilateralmente pela Entidade Fechada de Previdência Privada sob pena de violar o ato jurídico perfeito.

Justificou-se a intangibilidade do contrato pelos princípios fundamentais previsto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, quais sejam, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido; pela regulamentação dada pelo artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC; pela Teoria Geral dos Contratos e pelo princípio *pacta sunt servanda*.

Ocorre que, a maior barreira está na análise do artigo 17 e do parágrafo primeiro do artigo 68, ambos, da Lei Complementar nº 109/2001. Pode-se entender que os preceitos citados devam ser interpretados conforme a disposição constitucional, porém, mesmo a adequação da interpretação ainda mantém a mácula da inconstitucionalidade visto que é impraticável entender o sim onde está previsto o não, assim como o sempre onde está o nunca.

O contrato previdenciário, assim como qualquer outro, é regido pelas normas de Direito Privado, pela Teoria Geral dos Contratos e não pode estar sujeito à regulamentação que suprime suas características intrínsecas e fundamentais, é incompreensível manter o que está eivado de inconstitucionalidade.

Ademais, todos os argumentos que sustentam a aplicação do artigo 17 da Lei Complementar nº 109/2001 embasam-se na propagação dos interesses em desfavor dos direitos. Assim, levanta-se a bandeira do interesse público em prejuízo do direito decorrente da contratação; do interesse em manter o equilíbrio econômico e atuarial dos planos de benefícios em detrimento do direito do participante.

Inequívoco que há supremacia do interesse público e da ordem pública em matéria resguardada constitucionalmente, como a Previdência Privada. No entanto, o interesse público é elemento pré-jurídico que deve ser abrigado antes da perfectibilização do direito, pelas regras que preveem a fiscalização da atividade pela administração pública, conforme prontamente prevê a Lei Complementar nº 109/2001.

Nesse sentido, o interesse não pode ser oposto contra o direito por questão simples de hermenêutica jurídica, assim como, as normas de direito público não podem retroagir para atingir as relações jurídicas em curso, segundo foi explanado no bojo deste trabalho.

Outrossim, o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial deve ser meta necessária ao cumprimento das obrigações contraídas pelo plano de benefícios, mas nunca em desfavor do contrato realizado com o participante como se propõe quando permitida a alteração unilateral dos contratos pela Entidade Fechada de Previdência Privada, sob os auspícios do artigo 17 da Lei Complementar nº 109/2001.

A técnica atuarial utilizada no sistema de Previdência Privada consente que o risco objeto do contrato seja equalizado dentro da sociedade mutualística, assim, o aumento da expectativa de vida dos participantes do plano de benefícios deve ser, por intermédio dessa técnica, abrandado.

Na modalidade benefício definido, fica claro que a oscilação da expectativa de vida não pode ser contraposta ao direito do participante, pois, a reserva matemática pode ser alcançada com o aumento das contribuições, uma vez que não são engessadas nessa modalidade. E, na modalidade contribuição definida, o argumento é ainda mais robusto, haja vista que, nesse caso, o risco vai ser suportado exclusivamente pelo participante.

Então, torna-se injustificável a possibilidade de alteração do regulamento com aplicação retroativa aos participantes já inscritos, fundada na preservação do equilíbrio do plano de benefícios, inclusive, pela inconstitucionalidade do preceito que a admite.

De outro modo, o argumento de que o contrato previdenciário é de trato sucessivo e associativo não legitima a violação do ato jurídico perfeito, ao contrário, conforme analisado no bojo deste trabalho, o contrato de trato sucessivo não tem caráter dinâmico, mantém-se ao longo do tempo, e apenas o fato de haver uma sociedade mutualística

formada pela massa de participantes não desnatura a contratação, a relação jurídica é bilateral, há divergência de interesses dos participantes e da Entidade Fechada de Previdência Privada que está no outro pólo da relação, assim como ocorre no contrato de seguro.

Óbvio que o interesses dos participantes são convergentes no sentido da preservação do plano de benefícios e equacionamento dos riscos objeto do contrato por meio da técnica do mutualismo, mas isso apenas corrobora com o imperativo de cumprimento das obrigações contratadas.

Como se vê, a necessidade de preservação do contrato previdenciário é premente e inarredável, pois, no momento em que a segurança jurídica for sobrepujada, institucionaliza-se o calote na Previdência Privada. A questão fica com relação à forma que a matéria será tratada nos Tribunais visto que, nesse âmbito, a divergência ainda impera.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Magali Cabral de. *Dicionário de Previdência Complementar*. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2008. 175p.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. *A organização institucional das entidades fechadas de previdência privada*. Revista de Direito Social, São Paulo, NOTADEZ INFORMACAO v.8, out. 2002, p. 65-84.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6.023: Informação e Documentação – referências – elaboração*. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

_____. *NBR 10.520: Informação e Documentação – citações em documentos – apresentação*. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

_____. *NBR 14724: Informação e Documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação*. Rio de Janeiro: ABNT, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de; DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Comentários ao Código Civil: volume 22 - parte especial: livro complementar: das disposições finais e transitórias*. São Paulo: Saraiva, 2003. 626 p.

BALERA, Wagner (Coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*, São Paulo: Quartier Latin. 2005, 319 p.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2008. 140 p.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.

_____. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências.

_____. Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências.

_____. Lei 6.435, de 15 de julho de 1977. Dispõe sobre as entidades de previdência privada.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 8. ed. rev. São Paulo: LTR, 2007. 741 p.

CHAN, B. L.; SILVA, F. L.; MARTINS, G. A. *Fundamentos da Previdência Complementar: da Atuária à Contabilidade*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1, 239 p.

CORDEIRO, Marcel. *Previdência privada: necessidade de extensão do benefício a todos os empregados de uma mesma empresa?* Revista de Direito Social, Porto Alegre, NOTADEZ INFORMACAO v.14, abr. 2004, p. 123-132.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*: volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 492 p.

FERREIRA, Sérgio de Andréas. *Aspectos básicos do moderno direito das Fundações de Previdência Suplementar* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, abr./jun. 1988, p. 20-36.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 391 p.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. 368 p.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *As Entidades Fechadas de Previdência Privada (Fundos de Pensão) e as Alterações Propostas de Adequação trazidas pela Emenda Constitucional nº 20/98*. Revista da Procuradoria Geral do INSS, Brasília, v.7, jan./mar. de 2001, p. 22-43.

LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 3, 5. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. 430 p.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Contrato de previdência privada: análise dogmática e proteção do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT, v.41, jan. 2002, p. 166-184.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Pareceres selecionados de previdência complementar*. São Paulo: LTr, 2001.254p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Entidades fechadas de previdência privada*. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v.90, jun. 1995, p. 40-43.

MARENSE, Voltaire Giavarina. *Previdência privada*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 462 p.

_____. *Regime da previdência privada no Brasil e as distorções do sistema*. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Síntese v.130, abr. 2000, p. 29-46.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004. 329 p.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. 46, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. 524 p.

_____. _____ . v. 5, 1ª ed., São Paulo: Bookseller, 2000.

_____. *Comentários à Constituição de 1967: volume 1 - com a Emenda n.1 de 1969*. 3. ed. v.5, Rio de Janeiro: Forense, 1987. 586 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 5, 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 551 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume I - introdução ao direito civil : teoria geral de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. 431p.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência Privada: filosofia, fundamentos técnicos e conceituação jurídica*. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 576 p.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 393 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.) *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada : estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte/MG: Forum, 2005. 415 p.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. 309 p.

RAMOS, Maria Cibele de Oliveira. *As entidades fechadas de previdência privada e os planos de benefícios*. Revista de Direito Social, São Paulo, NOTADEZ INFORMACAO v.7, jul. 2002. p. 99-110.

REIS, Adacir. *O ser ou não da previdência privada*. O Estado de São Paulo: 24/09/1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 1462 p.

SPELTA, Dario. *Matematica delle assicurazioni libere sulla vita*. Bologna: Pitagora Editrice Bologna, 2001.

WALD, Arnaldo. *A reforma da previdência privada: a constitucionalidade do decreto 3.721, de 08.01.2001*. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT v.791, set. 2001. p. 11-30.

_____. *Limites normativos do poder executivo em relação à previdência privada*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.343, ago. 1998, p. 11-18.

_____. *Direito Civil*. v. 2, 18. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. 359 p.

WEINTRAUB, Arthur Bragança Vasconcellos. *A influência da previdência privada dos Eua no Brasil*. Revista de Direito Social, Porto Alegre, NOTADEZ INFORMACAO v.15, jul. 2004, p. 59-66.

_____. *Previdência privada: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 334 p.

<https://www.petros.com.br/petrossite/>. Acesso em: 14 de outubro de 2009.

<http://www.economus.com.br/>. Acesso em: 14 de outubro de 2009.

<http://www.portusinstituto.com.br/>. Acesso em: 14 de outubro de 2009.

ANEXOS:

< ANEXO A – RESOLUÇÃO CNSP Nº 117, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2004 >

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS**

RESOLUÇÃO CNSP Nº 117, DE 2004.

Altera e consolida as regras de funcionamento e os critérios para operação das coberturas de risco oferecidas em plano de seguro de pessoas, e dá outras providências.

A SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS - SUSEP, no uso da atribuição que lhe confere o art. 34, inciso XI, do Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, e considerando o que consta no processo CNSP nº 7, de 3 de dezembro de 2004 e processo SUSEP nº 15414.001330/2003-89, torna público que o **CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS - CNSP**, em sessão ordinária realizada em 17 de dezembro de 2004, e com fulcro no disposto no art. 32, inciso II, do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966,

RESOLVEU:

Art. 1º Alterar e consolidar as regras de funcionamento e os critérios para operação das coberturas de risco oferecidas em plano de seguro de pessoas.

Parágrafo único. As disposições desta Resolução aplicam-se, no que couber, aos planos de seguros comercializados por meio de bilhete.

TÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

Art. 2º As disposições desta Resolução aplicam-se às coberturas de risco, e devem ser implementadas, de imediato, às apólices renovadas ou emitidas a partir do início de vigência desta Resolução.

Parágrafo único. No caso de planos coletivos, o disposto no “caput” deste artigo aplica-se a todos os segurados que subscreverem propostas a partir do início de vigência desta Resolução.

Art. 3º Qualquer alteração nas condições gerais, nas condições especiais ou na nota técnica atuarial do plano de seguro deverá, previamente à respectiva comercialização, ser encaminhada à Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, para análise e arquivamento.

§ 1º A alteração de que trata o “caput” se aplica a todas as apólices, coletivas ou individuais, celebradas ou renovadas a partir do respectivo encaminhamento à Superintendência de Seguros Privados - SUSEP.

§ 2º No caso de planos coletivos, o disposto no parágrafo anterior aplica-se a todos os segurados que subscreverem propostas a partir do encaminhamento da alteração à SUSEP.

Art. 4º Todos os valores deverão ser expressos em moeda corrente nacional, estando vedada a utilização de qualquer outra unidade monetária.

TÍTULO II

DAS DEFINIÇÕES

Art. 5º Considerar-se-ão, para efeitos desta Resolução, os conceitos abaixo:

I - acidente pessoal: o evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário, violento, e causador de lesão física, que, por si só e independente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a morte, ou a invalidez permanente, total ou parcial, do segurado, ou que torne necessário tratamento médico, observando-se que:

a) incluem-se nesse conceito:

a.1) o suicídio, ou a sua tentativa, que será equiparado, para fins de indenização, a acidente pessoal, observada legislação em vigor;

a.2) os acidentes decorrentes de ação da temperatura do ambiente ou influência atmosférica, quando a elas o segurado ficar sujeito, em decorrência de acidente coberto;

a.3) os acidentes decorrentes de escapamento acidental de gases e vapores;

a.4) os acidentes decorrentes de seqüestros e tentativas de seqüestros; e

a.5) os acidentes decorrentes de alterações anatômicas ou funcionais da coluna vertebral, de origem traumática, causadas exclusivamente por fraturas ou luxações, radiologicamente comprovadas.

b) excluem-se desse conceito:

b.1) as doenças, incluídas as profissionais, quaisquer que sejam suas causas, ainda que provocadas, desencadeadas ou agravadas, direta ou indiretamente por acidente, ressalvadas as infecções, estados septicêmicos e embolias, resultantes de ferimento visível causado em decorrência de acidente coberto;

b.2) as intercorrências ou complicações conseqüentes da realização de exames, tratamentos clínicos ou cirúrgicos, quando não decorrentes de acidente coberto;

b.3) as lesões decorrentes, dependentes, predispostas ou facilitadas por esforços repetitivos ou microtraumas cumulativos, ou que tenham relação de causa e efeito com os mesmos, assim como as lesões classificadas como: Lesão por Esforços Repetitivos – LER, Doenças Osteo-musculares Relacionadas ao Trabalho – DORT, Lesão por Trauma Continuado ou Contínuo – LTC, ou similares que venham a ser aceitas pela classe médico-científica, bem como as suas conseqüências pós-tratamentos, inclusive cirúrgicos, em qualquer tempo; e

b.4) as situações reconhecidas por instituições oficiais de previdência ou assemelhadas, como "invalidez acidentária", nas quais o evento causador da lesão não se enquadre integralmente na caracterização de invalidez por acidente pessoal, definido no inciso I deste artigo.

II – apólice: documento emitido pela sociedade seguradora formalizando a aceitação da cobertura solicitada pelo proponente, nos planos individuais, ou pelo estipulante, nos planos coletivos;

III – assistido: beneficiário em gozo do recebimento do capital segurado sob a forma de renda;

IV – beneficiário: pessoa física ou jurídica designada para receber os valores dos capitais segurados, na hipótese de ocorrência do sinistro;

V – capital segurado: valor máximo para a cobertura contratada a ser pago pela sociedade seguradora na ocorrência do sinistro;

VI – carregamento: importância destinada a atender às despesas administrativas e de comercialização;

VII – certificado individual: documento destinado ao segurado, emitido pela sociedade seguradora no caso de contratação coletiva, quando da aceitação do proponente, da renovação do seguro ou da alteração de valores de capital segurado ou prêmio;

VIII – coberturas de risco: coberturas do seguro de pessoas cujo evento gerador não seja a sobrevivência do segurado a uma data pré-determinada;

IX – comunicabilidade: instituto que, na forma regulada pela SUSEP, permite a utilização de recursos da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder, referente à cobertura por sobrevivência, para custeio de cobertura (ou coberturas) de risco, inclusive o valor de impostos e do carregamento, quando for o caso;

X – condições contratuais: conjunto de disposições que regem a contratação, incluindo as constantes da proposta de contratação, das condições gerais, das condições especiais, da apólice e, quando for o caso de plano coletivo, do contrato, da proposta de adesão e do certificado individual;

XI - condições gerais: conjunto de cláusulas que regem um mesmo plano de seguro, estabelecendo obrigações e direitos, da sociedade seguradora, dos segurados, dos beneficiários e, quando couber, do estipulante;

XII - condições especiais: conjunto de cláusulas que especificam as diferentes modalidades de cobertura que possam ser contratadas dentro de um mesmo plano de seguro;

XIII – contrato: instrumento jurídico firmado entre o estipulante e a sociedade seguradora, que estabelecem as peculiaridades da contratação do plano coletivo, e fixam os direitos e obrigações do estipulante, da sociedade seguradora, dos segurados, e dos beneficiários;

XIV - consignante: pessoa jurídica responsável, exclusivamente, pela efetivação de descontos em folha de pagamento e pelo respectivo repasse em favor da sociedade seguradora, correspondentes aos prêmios devidos pelos segurados;

XV - estipulante: pessoa física ou jurídica que propõe a contratação de plano coletivo, ficando investida de poderes de representação do segurado, nos termos da legislação e regulação em vigor, sendo identificado como estipulante-instituidor quando participar, total ou parcialmente, do custeio do plano, e como estipulante-averbador quando não participar do custeio;

XVI - excedente técnico: saldo positivo obtido pela sociedade seguradora na apuração do resultado operacional de uma apólice coletiva, em determinado período;

XVII - fator de cálculo: resultado numérico, calculado mediante a utilização de taxa de juros e tábua biométrica, quando for o caso, utilizado para obtenção do valor do capital segurado pagável sob a forma de renda;

XVIII – grupo segurado: é a totalidade do grupo segurável efetivamente aceita e incluída na apólice coletiva.

XIX – grupo segurável: é a totalidade das pessoas físicas vinculadas ao estipulante que reúne as condições para inclusão na apólice coletiva;

XX - início de vigência: é a data a partir da qual as coberturas de risco propostas serão garantidas pela sociedade seguradora;

XXI - migração de apólices: a transferência de apólice coletiva, em período não coincidente com o término da respectiva vigência;

XII - nota técnica atuarial: documento que contém a descrição e o equacionamento técnico do plano e que deverá ser protocolizado na SUSEP previamente à comercialização;

XXIII - parâmetros técnicos: a taxa de juros, o índice de atualização de valores e as taxas estatísticas e puras utilizadas e/ou tábuas biométricas, quando for o caso;

XXIV – período de cobertura: aquele durante o qual o segurado ou os beneficiários, quando for o caso, farão jus aos capitais segurados contratados ;

XXV – plano conjugado: plano que, no momento da contratação e na forma da regulação específica, preveja cobertura por sobrevivência e cobertura (ou coberturas) de risco, com o instituto da comunicabilidade;

XXVI – portabilidade: instituto que permite ao segurado, antes da ocorrência do sinistro, a movimentação de recursos da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder;

XXVII – prazo de carência: período, contado a partir da data de início de vigência do seguro ou do aumento do capital segurado ou da recondução, no caso de suspensão, durante o qual, na ocorrência do sinistro, o segurado ou os beneficiários não terão direito à percepção dos capitais segurados contratados;

XXVIII - prêmio: valor correspondente a cada um dos pagamentos destinados ao custeio do seguro;

XXIX – prêmio comercial: valor correspondente ao prêmio pago, excluindo-se os impostos e o custo de emissão de apólice, se houver;XXX– prêmio puro: valor correspondente ao prêmio pago, excluindo-se o carregamento, os impostos e o custo de emissão de apólice, se houver;

XXXI – proponente: o interessado em contratar a cobertura (ou coberturas), ou aderir ao contrato, no caso de contratação coletiva;

XXXII - proposta de adesão: documento com declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco, em que o proponente, pessoa física, expressa a intenção de aderir à contratação coletiva, manifestando pleno conhecimento das condições contratuais;

XXXIII - proposta de contratação: documento com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco, em que o proponente, pessoa física ou jurídica, expressa a intenção de contratar uma cobertura (ou coberturas), manifestando pleno conhecimento das condições contratuais;

XXXIV – renda: série de pagamentos periódicos a que tem direito o assistido (ou assistidos), de acordo com a estrutura do plano;

XXXV– resgate: instituto que permite ao segurado, antes da ocorrência do sinistro, o resgate de recursos da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder;

XXXVI – riscos excluídos: são aqueles riscos, previstos nas condições gerais e/ou especiais, que não serão cobertos pelo plano;

XXXVII – saldamento: direito à manutenção da cobertura com redução proporcional do capital segurado contratado na eventualidade da interrupção definitiva do pagamento dos prêmios;

XXXVIII – segurado: pessoa física sobre a qual se procederá a avaliação do risco e se estabelecerá o seguro;

XXXIX – seguro de pessoas com capital global: modalidade de contratação coletiva da cobertura de risco, respeitados os critérios técnico-operacionais, forma e limites fixados pela SUSEP, segundo a qual o valor do capital segurado referente a cada componente sofrerá variações decorrentes de mudanças na composição do grupo segurado;

XL – seguro prolongado: direito à manutenção temporária da cobertura, com o mesmo capital segurado contratado, na eventualidade de ocorrer a interrupção definitiva do pagamento dos prêmios; e

XLI – sinistro: a ocorrência do risco coberto, durante o período de vigência do plano de seguro.

XLII – “vesting”: conjunto de cláusulas constantes do contrato, que o segurado, tendo expresso e prévio conhecimento, é obrigado a cumprir para que lhe possam ser oferecidos e postos a sua disposição os recursos da provisão (ou provisões) decorrente dos prêmios pagos pelo estipulante.

TÍTULO III

DAS CARACTERÍSTICAS

CAPÍTULO I

DOS CAPITAIS SEGURADOS

Art. 6º O capital segurado, de acordo com o plano de seguro contratado, será pago sob a forma de renda ou de pagamento único.

Parágrafo único. É vedada a estruturação de seguro de pessoas com capital global em que o segurado seja responsável pelo custeio do prêmio, total ou parcialmente.

CAPÍTULO II

DA MODALIDADE

Art. 7º As coberturas de que trata esta Resolução deverão ser estruturadas na modalidade de benefício definido, segundo a qual os valores do capital segurado, pagável de uma única vez ou sob a forma de renda, e respectivos prêmios, são estabelecidos, previamente, na proposta de contratação, nos planos individuais, ou na proposta de adesão, nos planos coletivos.

CAPÍTULO III

DOS REGIMES FINANCEIROS

Art. 8º Serão admitidos os seguintes regimes financeiros:

I – capitalização: para capitais segurados pagáveis de uma única vez ou sob a forma de renda;

II – repartição de capitais de cobertura: para capitais segurados pagáveis sob a forma de renda; e

III – repartição simples: para capitais segurados pagáveis de uma única vez.

CAPÍTULO IV

DOS PARÂMETROS TÉCNICOS

Seção I

Da Taxa de Juros

Art. 9º A taxa de juros, para fins de remuneração, deverá respeitar o limite fixado pela SUSEP, observado o máximo de 6% (seis por cento) ao ano ou sua equivalente efetiva mensal.

Seção II

Da Atualização de Valores

Art. 10. Deverá ser estabelecido critério de atualização de valores, observada a legislação e regulação específica em vigor.

Seção III

Das Tábuas Biométricas e das Taxas

Art. 11. As tábuas biométricas referenciais serão as seguintes:

I – sobrevivência: AT-83 (male), como limite máximo de taxa de mortalidade;

II – mortalidade: AT-83 (male), como limite mínimo de taxa de mortalidade;

III - entrada em invalidez: Álvaro Vindas, como limite mínimo de taxa de entrada em invalidez; e

IV – mortalidade de inválidos: experiência IAPC, como limite máximo de taxa de mortalidade.

Parágrafo único. Respeitado o limite estabelecido neste artigo, outras tábuas biométricas poderão ser utilizadas, desde que reconhecidas pelo Instituto Brasileiro de Atuária – IBA.

Art. 12. Na forma e nos termos aprovados pela SUSEP, outras tábuas ou taxas, cuja adequação técnica seja devidamente comprovada, que não atendam aos limites previstos neste artigo, poderão ser utilizadas.

Art. 13. Para os regimes financeiros de repartição admite-se a utilização de taxa com base na experiência própria, desde que haja justificativa técnica firmada por atuário habilitado, com menção expressa na nota técnica atuarial dos critérios utilizados para apuração da referida taxa.

Seção IV

Dos Resultados Financeiros

Art. 14. É facultada a previsão de reversão de resultados financeiros.

Parágrafo único. Aplicar-se-ão, durante o período de reversão de resultados financeiros, as normas que regulam o cálculo e a reversão de resultados financeiros, excedentes ou déficits, em planos de seguro que ofereçam cobertura por sobrevivência.

Seção V

Da Reversão de Excedente Técnico

Art. 15. Exclusivamente nos planos coletivos, a apólice poderá prever reversão de excedente técnico, observada a regulação expedida pela SUSEP.

Art. 16. O critério de apuração e de distribuição do excedente técnico da apólice deverão constar nas condições gerais, na nota técnica atuarial e no contrato.

Parágrafo único. O percentual (ou percentuais) de reversão de excedente técnico deverá constar na proposta de contratação, de adesão, e no contrato.

TÍTULO IV

DA CONTRATAÇÃO DO PLANO DE SEGURO

CAPÍTULO I

DA CONTRATAÇÃO

Art. 17. As coberturas de que trata esta Resolução poderão ser contratadas de forma individual ou coletiva.

§ 1º A contratação deverá ser efetivada por meio de preenchimento de proposta de contratação e, nos planos coletivos, a adesão à apólice pelos proponentes deverá ser precedida do preenchimento de proposta de adesão.

§ 2º O preenchimento de proposta de adesão não é obrigatório no caso de seguro de pessoas com capital global.

Art. 18. A contratação coletiva se destina a garantir coberturas para grupos de pessoas que, de qualquer modo, se vinculem ao estipulante.

Parágrafo único. O vínculo de que trata o “caput” deverá estar, de forma clara e objetiva, definido no contrato.

Art. 19. Não é considerada estipulante a pessoa jurídica que, sem ter subscrito proposta de contratação, tenha sua participação restrita à condição de consignante, responsável, exclusivamente, pela efetivação de descontos correspondentes aos prêmios na folha de pagamento do respectivo segurado e o conseqüente repasse em favor da sociedade seguradora.

Parágrafo único. Quando o plano de seguro for contratado com previsão de consignação em folha, na forma do “caput”, as respectivas condições gerais deverão contemplar dispositivo determinando que a ausência do repasse à sociedade seguradora dos prêmios recolhidos pelo consignante não poderá causar qualquer prejuízo aos segurados ou respectivos beneficiários no que se refere à cobertura e demais direitos oferecidos.

Art. 20. O plano coletivo deverá estar disponível a todos os componentes do grupo que atendam às condições previstas para o ingresso, conforme estabelecido no contrato.

Parágrafo único. A adesão ao plano coletivo é facultativa, podendo ser admitidos, como segurados, desde que previsto pelo plano, o cônjuge, o companheiro (ou a companheira), os filhos, os enteados e os menores, considerados dependentes econômicos do componente do grupo, ou outros membros da família.

Art. 21. No caso de recepção de grupo de segurados e assistidos, originada em processo de migração de apólices, deverão ser admitidos todos os componentes do grupo cuja cobertura esteja em vigor, inclusive aqueles afastados do serviço ativo por acidente ou doença.

Parágrafo único. Na hipótese de migração de apólices, poderão ser estendidas à nova sociedade seguradora as condições gerais, as condições especiais, o contrato e a nota técnica atuarial, mediante autorização da SUSEP, na forma da regulação específica.

CAPÍTULO II

DO PRAZO DE CARÊNCIA

Art. 22. O plano de seguro poderá estabelecer prazo de carência, respeitado o limite de dois anos e o disposto neste capítulo.

§ 1º O prazo de carência, exceto no caso de suicídio ou sua tentativa, não poderá exceder metade do prazo de vigência previsto pela apólice, no caso de contratação individual, ou pelo certificado, no caso de contratação coletiva.

§ 2º A carência a que se refere este artigo poderá, a critério da sociedade seguradora, ser reduzida ou substituída por declaração pessoal de saúde ou de atividade e/ou exame médico.

Art. 23. O prazo de carência, quando previsto pelo plano de seguro, deverá:

I – no caso de planos individuais: ser fixado na proposta de contratação, condições gerais e nota técnica atuarial; e

II – no caso de planos coletivos: ser fixado no contrato, na proposta de contratação e na proposta de adesão, com expressa menção de sua existência nas condições gerais e na nota técnica atuarial.

Art. 24. O prazo de carência poderá ser aplicado aos aumentos de capital segurado solicitados após o início de vigência, desde que assim conste das condições gerais.

Art. 25. Em caso de renovação de apólice, não será iniciado novo prazo de carência.

Art. 26. Para sinistros decorrentes de acidentes pessoais não poderá ser estabelecido prazo de carência, exceto no caso de suicídio ou sua tentativa, quando o referido período corresponderá a dois anos ininterruptos, contados da data de contratação ou de adesão ao seguro, ou de sua recondução depois de suspenso.

Art. 27. No caso de migração de apólices, não será reiniciada a contagem de novo prazo de carência para segurados já incluídos no seguro pela apólice anterior, em relação às coberturas e respectivos valores já contratados.

CAPÍTULO III

DA VIGÊNCIA DA APÓLICE E DO CERTIFICADO INDIVIDUAL

Art. 28. Deverão ser especificados na apólice, no certificado individual e nas propostas o início e o final da vigência das coberturas contratadas, observada a regulação em vigor.

§1º O final de vigência especificado no certificado individual não poderá, em qualquer hipótese, ultrapassar a vigência da respectiva apólice coletiva.

§2º No caso de não renovação da apólice coletiva, as condições contratuais deverão ter sua vigência estendida, pelo estipulante e pela seguradora, até a extinção de todos os riscos cobertos relativos aos prêmios já pagos.

CAPÍTULO IV

DA FRANQUIA

Art. 29. O plano de seguro poderá estabelecer franquias na forma prevista em regulação expedida pela SUSEP.

Parágrafo único. Não poderá ser estabelecida franquias para as coberturas de morte e invalidez permanente.

CAPÍTULO V

DA RENOVAÇÃO DA APÓLICE

Art. 30. As apólices poderão ser renovadas automaticamente uma única vez, e por igual período, desde que haja previsão expressa nas condições gerais do respectivo plano, sendo as renovações posteriores realizadas de forma expressa.

Parágrafo único. A renovação automática a que se refere o “caput” não se aplica aos segurados, nos planos individuais, e estipulantes, nos planos coletivos, ou à sociedade seguradora que comunicarem o desinteresse na continuidade do plano, mediante aviso prévio de, no mínimo, sessenta dias que antecedam o final da vigência da apólice.

Art. 31. A renovação expressa da apólice coletiva que não implicar em ônus ou dever para os segurados poderá ser feita pelo estipulante.

TÍTULO V

DO CUSTEIO

CAPÍTULO I

DOS PRÊMIOS

Seção I

Das Disposições Gerais

Art. 32. As condições gerais e a nota técnica atuarial deverão prever as formas e os critérios de custeio do plano e as possíveis periodicidades de pagamento de prêmios pelos segurados e/ou pelos estipulantes.

Parágrafo único. A periodicidade e o custeio a que se refere o “caput” será definida, no caso de contratação individual, nas condições gerais e na nota técnica atuarial e, no caso de contratação coletiva, no contrato.

Seção II

Das Disposições Específicas da Contratação Coletiva

Art. 33. O prêmio, quando pago, total ou parcialmente, pelo estipulante deverá ter o respectivo valor considerado e tratado de forma individualizada, segurado a segurado.

Art. 34. A sociedade seguradora poderá delegar ao estipulante o recolhimento dos prêmios, ficando este responsável por seu repasse à sociedade seguradora, nos prazos contratualmente estabelecidos.

§ 1º É expressamente vedado o recolhimento, a título de prêmio de seguro, de qualquer valor que exceda o calculado pela sociedade seguradora, destinado ao custeio do plano.

§ 2º Quando houver recolhimento, juntamente com o prêmio, de outros valores devidos ao estipulante ou à sociedade seguradora, a qualquer título, é obrigatório o destaque no documento utilizado na cobrança do valor do prêmio do seguro.

Art. 35. O pedido expresso de cancelamento da autorização para desconto em folha de pagamento por parte do segurado retira do estipulante ou consignante a obrigatoriedade de cobrança e repasse do respectivo prêmio, passando o próprio segurado a responder pelo recolhimento do valor dos prêmios sob sua responsabilidade, caso possua interesse na continuidade da cobertura.

CAPÍTULO II

DO CARREGAMENTO

Art. 36. Será estabelecido carregamento sobre o valor dos prêmios comerciais, para fazer face às despesas administrativas e de comercialização, ficando vedada a cobrança de inscrição ou quaisquer outros encargos ou comissões adicionais incidentes sobre o valor dos prêmios.

Art. 37. O critério e a forma de cobrança do carregamento deverão constar da nota técnica atuarial.

§ 1º O carregamento praticado deverá constar, no caso de planos individuais, da nota técnica atuarial, e no caso de planos coletivos, do contrato.

§ 2º Nos planos coletivos, o carregamento máximo deverá constar da nota técnica atuarial.

Art. 38. O carregamento estabelecido não poderá sofrer aumento durante a vigência da apólice, ficando sua redução a critério da sociedade seguradora.

Parágrafo único. Quando houver redução do carregamento, na forma prevista pelo “caput”, o novo valor deverá ser estendido a todos os segurados do plano individual ou sujeitos à mesma apólice coletiva.

Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 38 desta norma, quaisquer alterações no critério, na forma de cobrança ou no valor do carregamento dispostos na nota técnica atuarial devem ser submetidas previamente à SUSEP, podendo ser aplicadas somente para apólices comercializadas ou renovadas posteriormente à data de submissão.

TÍTULO VI

DAS PROVISÕES E DOS VALORES GARANTIDOS

CAPÍTULO I

DAS PROVISÕES

Art. 40. A sociedade seguradora constituirá, mensalmente, provisões calculadas de acordo com as respectivas notas técnicas atuariais, observadas as disposições desta Resolução e demais normas legais e regulamentares em vigor.

CAPÍTULO II

DO RESGATE

Art. 41. Exclusivamente nos planos estruturados no regime financeiro de capitalização, antes da ocorrência do sinistro, e desde que expressamente previsto nas condições gerais, será permitido ao segurado o resgate dos recursos da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder, observada a regulação vigente.

Parágrafo único. É facultado à sociedade seguradora estabelecer nas condições gerais período de carência em que não serão aceitas solicitações do segurado para resgates, observada a regulação vigente.

CAPÍTULO III

DO SALDAMENTO E DO SEGURO PROLONGADO

Art. 42. Exclusivamente nos planos estruturados no regime financeiro de capitalização, antes da ocorrência do sinistro e desde que expressamente prevista nas condições gerais, será admitida a opção pelo saldamento ou seguro prolongado, observada regulação vigente.

§ 1º O saldamento e o seguro prolongado deverão manter as principais características da cobertura originalmente contratada.

§ 2º Facultar-se-á a utilização de tábua biométrica distinta para cálculo do seguro prolongado, desde que prevista na nota técnica atuarial.

CAPÍTULO IV

DA PORTABILIDADE

Art. 43. Exclusivamente nos planos estruturados no regime financeiro de capitalização, antes da ocorrência do sinistro, e desde que expressamente previsto nas condições gerais, será permitido ao segurado portar os recursos da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder, observada regulação vigente.

§ 1º É facultado à sociedade seguradora estabelecer nas condições gerais período de carência em que não serão aceitas solicitações do segurado para portabilidade, observada a regulação vigente.

§ 2º Os recursos financeiros deverão ser movimentados diretamente entre as sociedades seguradoras, ficando vedado que transitem, de qualquer forma, pelo segurado ou pelo estipulante.

Art. 44. A sociedade seguradora receptora dos recursos não poderá cobrar carregamento sobre o montante portado.

Art. 45. Não será permitida à sociedade seguradora cedente dos recursos a cobrança de quaisquer despesas, salvo as relativas às tarifas bancárias necessárias à portabilidade.

CAPÍTULO V

DA COMUNICABILIDADE

Art. 46. A comunicabilidade deverá estar prevista para caracterizar o plano conjugado e de forma a permitir o custeio de cobertura (ou coberturas) de risco, mediante a utilização de recursos da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder, referente à cobertura por sobrevivência.

CAPÍTULO VI

DAS DISPOSIÇÕES ESPECÍFICAS DA CONTRATAÇÃO COLETIVA

Art. 47. Em caso de perda de vínculo com o estipulante, desde que haja concordância expressa deste, o segurado poderá ser mantido no plano, assumindo, a partir dessa data, o custeio integral das respectivas coberturas ou tendo ajustado o valor do capital segurado à parcela do custeio sob sua responsabilidade.

Art. 48. Nas hipóteses de perda de vínculo ou cancelamento de contrato, em plano estruturado no regime financeiro de capitalização, deverá ser oferecida ao segurado a

possibilidade de portar seus recursos para outra sociedade seguradora, independentemente de eventual período de carência para portabilidade estabelecido nas condições gerais.

Art. 49. Exclusivamente nos planos estruturados no regime financeiro de capitalização, no caso de desligamento do segurado, sem o cumprimento das cláusulas do contrato que regem o "vesting", os recursos de provisão originados de prêmios pagos pelo estipulante-instituidor poderão, a critério deste, reverter em favor do próprio segurado, ou do grupo de segurados remanescentes, conforme definido no contrato.

TÍTULO VII

DA LIQUIDAÇÃO DE SINISTROS

Art. 50. Os procedimentos e o prazo para liquidação de sinistros deverão constar das condições gerais, com especificação dos documentos básicos previstos a serem apresentados para cada tipo de cobertura, facultando-se às sociedades seguradoras, no caso de dúvida fundada e justificável, a solicitação de outros documentos.

§ 1º O prazo para a liquidação dos sinistros de que trata o caput será de no máximo 30 (trinta) dias, contados a partir da entrega de todos os documentos básicos previstos nas condições gerais, ressalvado o disposto no parágrafo 2º deste artigo.

§ 2º Deverá ser estabelecido que no caso de solicitação de documentação e/ou informação complementar, na forma prevista no "caput" deste artigo, o prazo de que trata o parágrafo anterior será suspenso, reiniciando sua contagem a partir do dia útil subsequente àquele em que forem completamente atendidas as exigências.

§ 3º Deverá ser estabelecido que o não pagamento do capital segurado no prazo previsto nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, implicará aplicação de juros de mora a partir desta data, sem prejuízo de sua atualização, nos termos da legislação específica.

Art. 51. São vedadas, nas condições contratuais, cláusulas que estabeleçam prazo prescricional para o aviso de sinistro, salvo disposição contrária específica para determinada cobertura (ou coberturas) regulada pela SUSEP.

Art. 52. Na cláusula correspondente à liquidação de sinistros, o plano de seguro poderá admitir as hipóteses de substituição do pagamento do capital segurado em dinheiro por pagamento em bens ou serviços, desde que expressamente solicitada pelo segurado ou beneficiários.

TÍTULO VIII

DA PUBLICIDADE E PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES

CAPÍTULO I

DA PUBLICIDADE

Art. 53. As condições restritivas à cobertura deverão ser informadas em destaque, ou seja, com a utilização de tipo gráfico distinto das demais disposições contratuais, e em linguagem de fácil compreensão, permitindo seu imediato e amplo entendimento.

CAPÍTULO II

DA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES

Art. 54. Observada regulação complementar e respeitado o disposto no art. 4º desta Resolução, a sociedade seguradora deverá:

I – pôr à disposição e remeter ao segurado as informações necessárias ao acompanhamento dos respectivos valores do plano;

II - prestar informações ao segurado, sempre que solicitadas; e

III - divulgar, ampla e imediatamente, qualquer ato ou fato relevante relativo ao plano.

Parágrafo único. Faculta-se, no caso das apólices de seguro de pessoas com capital global, a observância do critério disposto no inciso I deste artigo, exclusivamente, no que se refere à disponibilização das informações aos segurados.

TÍTULO IX

DOS DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS

CAPÍTULO I

DAS PROPOSTAS DE CONTRATAÇÃO E DE ADESÃO

Art. 55. A sociedade seguradora somente poderá aceitar o protocolo de proposta preenchida, datada e assinada pelo proponente, por seu representante legal ou pelo corretor de seguros, exceto quando a contratação se der por meio de bilhete.

Parágrafo único. A sociedade seguradora deverá ter a comprovação da data de protocolo da proposta de cada proponente.

Art. 56. A aceitação da proposta, bem como a sua recusa, dar-se-á nos prazos e nas formas regulados pela SUSEP.

Art. 57. As propostas deverão discriminar a forma e o critério de custeio de cada cobertura.

Parágrafo único. Os valores dos prêmios e dos capitais segurados, discriminados por cobertura, deverão ser estabelecidos na proposta de contratação, nos planos individuais, e na proposta de adesão, nos planos coletivos.

CAPÍTULO II

DA APÓLICE E DO CERTIFICADO INDIVIDUAL

Art. 58. No caso de ser a proposta aceita pela sociedade seguradora, será emitida e enviada a apólice ao segurado, nos planos individuais, e ao estipulante, nos planos coletivos, no prazo e na forma regulados pela SUSEP.

§1º Nos planos coletivos, deverá ser emitido e enviado certificado individual aos segurados, para confirmação da adesão e da renovação, no prazo e na forma regulados pela SUSEP.

§ 2º A emissão do certificado individual não é obrigatória no caso de seguro de pessoas com capital global.

CAPÍTULO III

DAS CONDIÇÕES GERAIS E ESPECIAIS

Art. 59. Não poderão constar das condições gerais ou especiais cláusulas coercitivas, desleais, abusivas, impostas, incompatíveis com a boa-fé e com a equidade ou que estabeleçam obrigações iníquas, que coloquem o segurado, beneficiário ou assistido em desvantagem, ou que contrariem a regulação em vigor.

Art. 60. As cláusulas que impliquem limitação de direito do segurado, beneficiário ou assistido deverão ser redigidas em destaque, ou seja, com a utilização de tipo gráfico distinto das demais disposições contratuais, e em linguagem de fácil compreensão, permitindo seu imediato e amplo entendimento.

Art. 61. Os critérios para fixação do carregamento e apuração dos percentuais de reversão de resultados financeiros, excedentes técnicos e de gestão financeira, quando previstos, e os prazos e períodos de carência adotados, devem ser idênticos para os segurados de um mesmo plano.

Parágrafo único. Nos planos coletivos, as disposições de que trata o "caput" aplicam-se aos segurados sujeitos ao mesmo contrato.

Art. 62. Deverão ser especificados, nas condições gerais ou especiais, os riscos cobertos e excluídos de cada cobertura.

Art. 63. As condições gerais, especiais e o contrato deverão estar à disposição do proponente no momento da contratação e da adesão à apólice.

CAPÍTULO IV

DO CONTRATO

Art. 64. A contratação coletiva deverá ser celebrada mediante contrato, que definirá as particularidades operacionais e as obrigações da sociedade seguradora e do estipulante, em especial no que se refere às relações com o segurado, beneficiário e assistido, de forma complementar às condições gerais e às condições especiais.

Parágrafo único. O contrato deverá estabelecer a obrigatoriedade de a sociedade seguradora prestar ao estipulante, e a cada componente do grupo segurado, todas as informações necessárias ao perfeito acompanhamento do plano de seguro.

Art. 65. A inclusão de cada proponente dar-se-á com a aceitação pela sociedade seguradora da respectiva proposta de adesão e conseqüente adesão ao contrato, observado o disposto no §2º do art.17 desta Resolução.

§ 1º Para a aceitação de que trata o "caput", poderão ser exigidos outros documentos, tais como declaração pessoal de saúde, declaração de atividade laborativa ou exames médicos, correndo as custas às expensas da sociedade seguradora.

§ 2º A proposta de adesão de cada proponente integrará o contrato, após sua aceitação pela sociedade seguradora.

Art. 66. No contrato deverá ser claramente estabelecida a relação entre o estipulante e a sociedade seguradora, bem como constar informação de que qualquer alteração nas condições contratuais, que implicar em ônus ou dever para os segurados, dependerá da anuência expressa de segurados que representem, no mínimo, três quartos do grupo segurado.

Art. 67. Não poderão constar do contrato cláusulas coercitivas, desleais, abusivas, impostas, incompatíveis com a boa-fé e com a equidade, ou que estabeleçam obrigações iníquas, que coloquem o segurado, beneficiário ou assistido em desvantagem ou que contrariem a regulação em vigor.

TÍTULO X

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 68. O descumprimento do disposto nesta Resolução sujeita as sociedades seguradoras e seus administradores às medidas e sanções legais e regulamentares previstas nas normas vigentes, representando inclusive, quando cabível, crime contra a economia popular, nos termos da lei.

Art. 69. Aos casos não previstos nesta Resolução aplicam-se as disposições legais e regulamentares em vigor.

Art. 70. Revogam-se as Resoluções CNSP nos 4, de 11 de maio de 1981, 10 de 2 de setembro de 1981, 11, de 3 de outubro de 1988, 19 de 20 de dezembro de 1988 e 25, de 22 de dezembro de 1994.

Art. 71. Esta Resolução entrará em vigor em 1^o de julho de 2005.
Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 2004.

RENÊ GARCIA JUNIOR

Superintendente da Superintendência de Seguros Privados

< ANEXO B – RESOLUÇÃO MPS/CGPC Nº 16, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2005 >

RESOLUÇÃO MPS/CGPC Nº 16, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2005 - DOU DE 07/12/2005

Normatiza os planos de benefícios de caráter previdenciário nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, e dá outras providências.

O PLENÁRIO DO CONSELHO DE GESTÃO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, em sua 12ª Reunião Extraordinária, realizada no dia 22 de novembro de 2005, no uso das atribuições que lhe conferem os artigos 5º e 74 da Lei Complementar n.º 109, de 29 de maio de 2001, e o art. 1º do Decreto n.º 4.678, de 24 de abril de 2003, resolve:

Art. 1º As entidades fechadas de previdência complementar deverão observar, na identificação da modalidade dos planos de benefícios de caráter previdenciário que administram e executam, o disposto na presente Resolução.

Art. 2º Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na modalidade de benefício definido aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção.

Parágrafo único: Não será considerado para fins da classificação de que trata o caput o benefício adicional ou acréscimo do valor de benefício decorrente de contribuições eventuais ou facultativas.

Art. 3º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição definida aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.

Art. 4º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição variável aquele cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido.

Art. 5º Não serão considerados para efeito da classificação de que trata esta Resolução os benefícios decorrentes da opção pelo instituto do benefício proporcional diferido e os benefícios adicionais decorrentes de recursos portados de outros planos de benefícios.

Art. 6º Para fins do disposto nesta Resolução, a classificação do plano de benefícios de caráter previdenciário se dará na data de sua inscrição no Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das entidades fechadas de previdência complementar - CNPB.

Parágrafo único. Em relação aos planos de benefícios de caráter previdenciários já inscritos no Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das entidades fechadas de previdência complementar - CNPB, a classificação de que trata o caput dar-se-á considerando o respectivo regulamento em vigor na data de publicação desta Resolução.

Art. 7º Fica a Secretaria de Previdência Complementar autorizada a editar instruções complementares que se fizerem necessárias à execução do disposto nesta Resolução, assim como resolver os casos omissos.

Art. 8º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

NELSON
Presidente do Conselho

MACHADO

Este texto não substitui o republicado no DOU de 07/12/2005 - seção 1 - pág. 122.

< ANEXO C – RESOLUÇÃO MPAS/CPC Nº 1 DE 09 DE OUTUBRO DE 1978 >

RESOLUÇÃO MPAS/CPC Nº 1, DE 09 DE OUTUBRO DE 1978

Determinada a REVOGAÇÃO a partir de 01/01/2010, pela Resolução MPS/CGPC nº 29, de 31/08/2009

Alterado pela Resolução MPS/CGPC nº 3 de 11 de novembro de 1994

Alterado pela Resolução MPS/CGPC nº 2 de 05 de novembro de 1993

Alterado pela Resolução MPAS/CPC nº 3 de 07 de abril de 1988

Alterado pela Resolução MPAS/CPC nº 4, de 30 de Março de 1982

Alterado pela Resolução MPAS/CPC nº 1, de 14 de março de 1980

Expede normas reguladoras sobre o funcionamento das Entidades de Previdência Privada.

O MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL, na qualidade de Presidente do Conselho de Previdência Complementar, de acordo com o artigo 15 do Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, e tendo em vista a deliberação do colegiado na reunião desta data, resolve:

1. Expedir as anexas Normas Reguladoras do Funcionamento das Entidades Fechadas de Previdência Privada.
2. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

L. G. DO NASCIMENTO E SILVA

Este texto não substitui a publicação original.

NORMAS REGULADORAS DO FUNCIONAMENTO DAS

ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA DO REGISTRO E DA ORGANIZAÇÃO

1. As entidades fechadas de previdência privada e os fundos contábeis abrangidos pelas disposições da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, e do Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, têm o prazo de 120 (cento e vinte) dias para requerer autorização de funcionamento a partir da publicação das presentes normas.
2. O requerimento deverá ser dirigido ao Ministério da Previdência e Assistência Social, através da Secretaria de Previdência Complementar, acompanhado dos seguintes documentos:
 - I - ato constitutivo e estatutos vigentes, registrados em Cartório próprio, dispensáveis este últimos quando se tratar de fundos contábeis;
 - II - estatutos e regulamento do plano de benefícios devidamente adaptados à legislação em vigor;
 - III - nota técnica assinada por atuário habilitado.

3. Enquanto não obtiverem decisão final do requerimento a que se refere o item 2, as entidades e os fundos contábeis continuarão operando na forma anterior, obedecidas, quando fundações, as normas e recomendações já emanadas do Ministério Público.

4. A autorização para funcionamento será objeto de portaria do Ministro da Previdência e Assistência Social, ouvida a Secretaria de Previdência Complementar.

5. As entidades e os fundos contábeis preexistentes a 1º de janeiro de 1978, que não obtiverem autorização para funcionamento, estarão impedidos de continuar operando e entrarão em liquidação na forma do parágrafo 3º do artigo 81 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977.

6. Obtidas a autorização para funcionamento e a aprovação dos estatutos, quando for o caso, o regulamento do plano de benefícios e a nota técnica serão submetidos à Secretaria de Previdência Complementar, ouvida a Secretaria de Estatística e Atuária.

7. Sob pena de cancelamento da autorização para funcionamento, qualquer exigência por parte dos órgãos do Ministério da Previdência e Assistência Social deverá ser atendida dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, se outro, mais dilatado, não for concedido pelo Secretário de Previdência Complementar.

7.1 No caso de recursos contra a exigência de que trata este item, o prazo para o respectivo cumprimento começará a fluir da data em que a parte interessada tiver ciência de sua confirmação por decisão do Conselho de Previdência Complementar.

8. As organizações que mantêm fundos contábeis deverão constituir, até 24 de janeiro de 1980, entidade específica na forma do artigo 37 do Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978.

9. Não será exigido das entidades e fundos contábeis em funcionamento em 31 de dezembro de 1977 o depósito previsto no parágrafo 1º do artigo 6º do Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, mesmo que venham operando apenas em planos restritos.

10. As entidades fechadas de previdência privada constituídas após 1º de janeiro de 1978 deverão requerer autorização para funcionamento, acompanhando sua solicitação dos documentos previstos no item 2, e não poderão funcionar, ainda que a título precário, antes de concedida essa autorização.

11. Só obterão autorização para funcionamento as entidades que congreguem no mínimo 50% (cinquenta por cento) do número médio dos empregados das patrocinadoras, podendo, para efeito desse cálculo, ser excluídos os empregados com menos de 2 (dois) anos de vínculo empregatício.

12. No caso de mais de um patrocinador, será exigida a percentagem mínima de 50% (cinquenta por cento) de participantes em relação ao número médio de empregados de cada patrocinador.

13. O número médio de empregados, para efeito de aplicação dos itens anteriores, será obtido pela média dos empregados existentes em 31 de dezembro dos 2 (dois) últimos anos.

14. O depósito prévio a que se refere o parágrafo 1º do artigo 6º do Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, deverá ser efetivado antes do pagamento das primeiras contribuições dos participantes ou 30 (trinta) dias após a aprovação dos planos de benefícios pela Secretaria de Previdência Complementar, na hipótese de assumir a patrocinadora todos os encargos com os referidos planos.

15. O cálculo do depósito prévio será baseado nos salários pagos, no ano anterior, aos empregados inscritos.

16. Admite-se como forma equivalente à do depósito prévio o pagamento parcial deste, conjugado ao compromisso, explícito no custeio dos planos, da não utilização da faculdade de retenção parcial, pela patrocinadora, de 30% (trinta por cento) da Reserva de Benefícios a conceder consideradas no exercício, desde que:

I - a parte em dinheiro ou ORTN não seja inferior à metade do valor previsto no parágrafo 1º do artigo 6º do Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978;

II - os pagamentos mensais da patrocinadora sejam realizados até a integralização do montante, em dinheiro, da parte restante do depósito previsto, com o respectivo registro contábil.

17. O depósito prévio ou a sua metade, quando for o caso, será recolhido à ordem da entidade fechada de previdência privada.

18. O depósito prévio poderá ser utilizado como parte dos bens garantidores das Reservas Técnicas para garantia das operações da entidade.

19. A estrutura mínima de qualquer entidade fechada de previdência privada será constituída de:

I - conselho composto de, no mínimo, 3 (três) membros designados de acordo com os estatutos da entidade, com funções de controle e superior orientação administrativa;

II - administração composta de, no mínimo 3 (três) membros dotados de capacidade técnica e integridade reconhecidas.

20. Os diretores e conselheiros das patrocinadoras vinculadas ao poder público não poderão integrar os órgãos mencionados no item anterior.

21. Não havendo contribuição dos participantes por ter o patrocinador assumido os encargos totais do custeio dos planos de benefícios, estes terão aplicação à totalidade dos empregados da patrocinadora.

DA NATUREZA DAS PRESTAÇÕES

22. As prestações em dinheiro, conforme a legislação de previdência social, serão denominadas Benefícios, recebendo as demais a denominação genérica de Serviços.

23. Os Benefícios guardarão conformidade com o elenco de benefícios estabelecidos no artigo 23 da Consolidação das Leis da Previdência Social.

23.1 Não havendo menção expressa ao tipo de benefício, a equiparação se fará por analogia, observados os seguintes critérios:

I - compreende-se como extensão do salário-maternidade e do auxílio-natalidade qualquer benefício cuja causa determinante seja o nascimento de filho do participante, desde que não excedente a 60% (sessenta por cento) do salário mensal que serve de base às contribuições, nem de duração superior a 1 (um) ano, em caso de prestações periódicas;

II - compreende-se como extensão do salário-família, além da sua ampliação em valor nas condições da Consolidação das Leis da Previdência Social, qualquer benefício destinado à manutenção ou educação de filho do participante, desde que não excedesse, mensalmente, ao dobro do valor do salário-família previdenciário e pagável por período não superior ao estabelecido para permitir desconto na renda bruta do participante, conforme a legislação do imposto de renda, quando aplicável;

III - as bolsas de estudo, em favor do participante ou seus dependentes, serão consideradas em seu valor global, como pecúlios;

IV - os benefícios dos incisos I e II estão condicionados à manutenção da relação empregatícia, cessando o direito às prestações no caso de desligamento da empresa, enquanto os do inciso III serão objeto de liquidação pela reserva do pecúlio instituído;

V - os serviços assistenciais de natureza social, neles não incluídos os de assistência médica e aqueles complementares da previdência social, referidos no parágrafo 2º do artigo 39 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, deverão figurar nos planos das entidades com custeio próprio e reserva específica, se necessário, não podendo exceder o seu custeio a 10% (dez por cento) da contribuição total da patrocinadora, salvo autorização expressa da Secretaria de Previdência Complementar.

DAS CONTRIBUIÇÕES

24. Os limites percentuais constantes do inciso VI do artigo 31 do Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, quando a contribuição da patrocinadora for superior a 50% (cinquenta por cento), do total das contribuições previstas, poderão ser reajustados, de acordo com a fórmula:

$$L' = L \left(2 - \frac{P}{50} \right)$$
sendo L' o novo limite, L o limite regulamentar e P a percentagem de contribuição da patrocinadora.

DO REAJUSTAMENTO DOS BENEFÍCIOS

25. Os benefícios de prestação continuada, previstos pelos planos das entidades fechadas de previdência privada, serão reajustados em base anual, de acordo com um dos seguintes indicadores econômicos: **(Modificado pelo item I Resolução MPAS/CPC nº 03, de 15/05/80)**

I - variação do valor nominal reajustado das ORTN;

II - variação do Índice de Preços, no Conceito de Disponibilidade Interna (coluna 2 da Revista Conjuntura Econômica, publicada pela Fundação Getúlio Vargas);

III - variação geral de salários do mês escolhido para o reajustamento;

IV - índice de reajustamento do valor do benefício adotado pelo INPS;

V - outro indicador econômico para o mesmo fim, dependendo de aprovação do Conselho de Previdência Complementar.

26. A escolha do indicador econômico adequado à variação do valor do benefício de prestação continuada deverá figurar, explicitamente, no regulamento do plano e na nota técnica atuarial. **(Modificado pelo item da Resolução MPAS/CPC nº 03, de 15/05/80)**

27. Não havendo no plano época determinada para o reajustamento do benefício de prestação continuada, o reajustamento consistirá na aplicação da taxa proporcional à do reajustamento anual de benefícios, em função do número de meses de vigência, de modo análogo ao procedimento adotado pela previdência social, respeitado o disposto nos parágrafos 10 e 11 do artigo 42 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977. **(Modificado pelo item I da Resolução MPAS/CPC nº 03, de 15/05/80)**

28. Ressalvados os critérios expressamente estabelecidos nos planos, para os benefícios de prestação continuada, o reajustamento consistirá na aplicação da taxa proporcional à do reajustamento anual de benefícios, em função do número de meses de vigência, de modo análogo ao procedimento adotado pela previdência social, respeitado o disposto nos parágrafos 10 e 11 do artigo 42 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977. **(Modificado pelo item I da Resolução MPAS/CPC nº 03, de 15/05/80)**

29. Os planos deverão também prever, quando for o caso, a forma de reajustamento do valor dos benefícios de natureza diversa dos de prestação continuada, efetuando-se necessariamente a correção monetária dos benefícios pagos em época diversa daquela em que são devidos. **(Modificado pelo item I da Resolução MPAS/CPC nº 03, de 15/05/80)**

DAS ENTIDADES DE VÁRIAS PATROCINADORAS

30. As entidades fechadas de previdência privada, criadas por um conjunto de empresas patrocinadoras, farão anexar aos seus estatutos o convênio de adesão a que se refere o parágrafo 2º do artigo 34 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, com as condições de solidariedade relativas à garantia das operações, as condições de desistência e a possibilidade de adesão de novas empresas.

30.1 As entidades a que se refere o item anterior serão tratadas como se tivessem uma única patrocinadora, especialmente no que se refere ao seu porte e às condições de assunção de riscos.

31. Não será permitida a organização de entidade de várias patrocinadoras com cláusula que restrinja a indicação dos membros da administração a uma única empresa.

31.1. O disposto neste item não se aplica ao caso de um conjunto de empresas coligadas, tal como definido no artigo 243 e seus parágrafos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que tenham constituído uma fundação ou sociedade civil ou aderido a outra preexistente, caso em que ficará estabelecido a que empresa compete a indicação dos administradores.

DAS NORMAS DE ATUÁRIA

32. O exame atuarial dos planos será feito após o conhecimento dos estatutos da entidade e do regulamento dos planos, estes aprovados pela Secretaria de Previdência Complementar.

33. Os planos atualmente em vigor, ainda não adaptados à regulamentação, serão apresentados apenas para controle, não sendo objeto de aprovação formal.

33.1 Na aprovação dos planos já adaptados à regulamentação, serão consideradas as circunstâncias especiais existentes nos estatutos e planos anteriores, bem como as disposições especiais relativas ao custeio dos benefícios considerados como direitos adquiridos.

34. Os benefícios serão classificados em conformidade com os regimes financeiros adotados para a garantia das responsabilidades assumidas pela entidade.

35. Para os benefícios, garantidos em regime financeiro de repartição simples, podem ser considerados compromissos que, em relação à massa dos participantes, se estabilizam, em termos de despesas previstas, no prazo máximo de 3 (três) anos, levando em conta os períodos de carência da previdência social e os específicos dos planos.

35.1 A parte das contribuições relativas a esse benefícios corresponderá às despesas previstas em estabilização.

35.2 O auxílio-doença de duração superior a 2 (dois) anos será enquadrado, no exercício seguinte, como aposentadoria por invalidez, para efeito da classificação a que se refere o item 34.

36. Serão constituídas as reservas habitualmente consideradas, por analogia, com os seguros privados de ramos elementares, a saber:

I - reserva de riscos não expirados, correspondente à metade da arrecadação relativa ao último mês do período;

II - reserva de compromissos assumidos, calculada pelos valores individualmente previstos das despesas a realizar ou pela média das despesas da mesma natureza efetuada pela entidade no ano, devidamente corrigida monetariamente.

36.1 As reservas dos incisos I e II, para efeito de aplicação da Resolução nº 460, de 23 de fevereiro de 1978, do Conselho Monetário Nacional, são consideradas comprometidas.

37. O regime financeiro de repartição de capitais de cobertura será entendido como aquele que considera as reservas técnicas correspondentes ao valor atual dos benefícios concedidos, líquidos de eventuais contribuições, considerados também em seu cálculo os benefícios cujos direitos já foram adquiridos pelos participantes, embora não formalmente requeridos.

37.1 Dadas as características deste regime, o atuário fará constar da nota técnica referência expressa às perspectivas de elevação gradual das taxas correspondentes ao custeio desses benefícios ao valor máximo previsível, e às razões que aconselharam a escolha deste regime.

37.2 As reservas técnicas correspondentes integrarão a Reserva de Benefícios Concedidos, no sentido exposto neste item.

38. O regime financeiro de capitalização será entendido como aquele que considera, na fixação das reservas técnicas, o compromisso total da entidade para com os participantes, de tal modo que, em relação a esses compromissos, possa a entidade atendê-los sem a utilização de outros recursos de sua arrecadação, se as condições estabelecidas se verificarem.

38.1 O cálculo dessas reservas técnicas obedecerá ao critério escolhido pelo atuário.

38.2 O total assim calculado será decomposto em Reserva de Benefícios Concedidos, com as características do item 37 e Reserva de Benefícios a Conceder, de acordo com o regulamento do plano, caso em que será facultativa a inclusão no valor da Reserva de Benefícios Concedidos da parcela correspondente aos riscos iminentes previstos no item 37.

38.3 As reservas de que tratam os itens 37 e 38, para efeito de aplicação da Resolução nº 460, de 23 de fevereiro de 1978, do Conselho Monetário Nacional, são consideradas não comprometidas.

39. No cálculo das reservas, sempre de acordo com os estatutos da entidade e o regulamento do plano, serão separadas, se necessário, as parcelas correspondentes a compromissos especiais, com gerações de participantes existentes na data de início da entidade, sem que tenha havido a arrecadação correspondente de contribuições, podendo ser estabelecida uma separação entre o compromisso normal e esse compromisso especial, e previsto um prazo, não superior a 20 (vinte) anos, para a integralização da reserva correspondente.

39.1 - O prazo previsto neste item poderá ser dilatado em casos especiais, a critério da Secretaria de Previdência Complementar, respaldada em parecer da Secretaria de Estatística e Atuária. **(Incluído o subitem 39.1 pela Resolução MPAS/CPC nº 04, de 30/03/82)**

40. Todos os cálculos mencionarão as tábuas biométricas apropriadas ao caso em que estão sendo aplicadas, a taxa de juro adotada e a sobrecarga administrativa.

41. A taxa de juro real não excederá a 6% (seis por cento) ao ano.

42. A sobrecarga administrativa da entidade não excederá a 15% (quinze por cento) do total da receita de contribuições prevista para o exercício, não consideradas as despesas decorrentes das aplicações.

43. A Secretaria de Previdência Complementar poderá autorizar sobrecarga administrativa em percentagem superior à indicada, considerando as condições especiais da entidade.

44. Verificada deficiência acentuada de cobertura das reservas técnicas da entidade, a Secretaria de Previdência Complementar poderá determinar uma das seguintes providências visando a corrigir aquela deficiência:

I - cobertura por doação da patrocinadora, a qual poderá ser parcelada a critério da Secretaria de Previdência Complementar;

II - revisão das contribuições da patrocinadora e dos participantes;

III - redução no reajustamento dos benefícios concedidos, quando for o caso, à base da variação das ORTN.

44.1. A medida do inciso III só deverá ser preconizada quando da impossibilidade, a critério da Secretaria de Previdência Complementar, da adoção das contidas nos incisos I e II.

45. As entidades fechadas de previdência privada, de acordo com o seu porte, para efeito da garantia dos riscos cobertos, serão classificadas da seguinte maneira, ressalvado o disposto nos subitens 45.3 e 45.4:

I - entidades de grande porte, congregando mais de 5.000 (cinco mil) participantes, que poderão assumir a totalidade dos riscos previstos nos planos respectivos;

II - entidades de médio porte, quando constituídas por mais de 1.000 (mil) e menos de 5.000 (cinco mil) participantes, as quais garantirão diretamente os riscos previstos, exceto a parte do pecúlio por morte excedente à metade do máximo estabelecido para uma pessoa segurada;

III - entidades de pequeno porte, quando constituídas por mais de 100 (cem) e menos de 1.000 (mil) participantes, as quais garantirão os riscos incluídos no regime financeiro de repartição simples, bem como os pecúlios por morte até o limite de 300 (trezentas) ORTN por pessoa segurada - as aposentadorias e pensões diretamente pela entidade até a metade do seu valor e o restante por seguro contratado com entidades abertas de previdências privada ou companhias de seguro.

Art. 45.1. Admitir-se-ão entidades ou planos de benefícios com menos de 100 (cem) participantes, mediante garantias dos riscos incluídos no regime financeiro de repartição através de entidade aberta de previdência privada ou companhia de seguros e os benefícios estruturados em regime financeiro de capitalização com o seu valor vinculado às reservas já constituídas. **(Alterado pela Resolução CGPC nº 02, de 05/11/93)**

Redação original:

~~**45.1. Não serão aprovados planos para entidade de 100 (cem) ou menos participantes.**~~

45.2. As restrições relativas ao porte da entidade não subsistirão, em relação a qualquer dos riscos cobertos, se oferecida garantia financeira total para a sua cobertura, e serão reduzidas se essa garantia exceder às reservas atuariais calculadas em plano especial aprovado.

45.3. As restrições relativas ao porte não terão aplicação às entidades constituídas antes de 1º de janeiro de 1978 e que operam planos de aposentadoria e pensões.

45.4. A transferência de parte do risco coberto para entidades abertas de previdência privada ou companhia de seguros de vida autorizadas a funcionar no país é admitida substituindo-se nos encargos os valores atuais dos compromissos pelo valor atual dos prêmios a pagar.

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

46. As organizações especializadas aptas a dar assistência técnica à constituição e ao funcionamento de uma entidade fechada de previdência privada deverão ser credenciadas pela

Secretaria de Previdência Complementar, fazendo prova de idoneidade e capacitação técnica junto a esta. **(Revogado pela Resolução CGPC nº 03, de 11/11/94)**

46.1. Entende-se por capacitação técnica aquela que abranja os campos administrativo, atuarial e de investimentos. **(Revogado pela Resolução CGPC nº 03 de 11/11/94)**

47. Os benefícios assegurados pelas entidades serão acessíveis aos empregados e aos dirigentes do patrocinador e das próprias entidades, observado o disposto no parágrafo 3º do artigo 1º do Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978.

48. Nos casos em que seja permitida a inscrição, nos planos de previdência complementar, de participantes já aposentados por qualquer regime de previdência, terão eles sua complementação calculada em relação à aposentadoria a que teriam direito no INPS se viessem a se aposentar em razão do emprego na entidade patrocinadora correspondente, uma vez vencidos os períodos de carência aplicáveis. **(Revogado pela Resolução MPAS/CPC nº 03/88, de 7/04/88)**

49. Os diretores, ex-diretores, conselheiros e ex-conselheiros de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações vinculadas à Administração Pública que, por força do disposto no artigo 41 do Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, tiveram cessadas as suas contribuições a entidades ou fundos contábeis ligados aquelas patrocinadoras e que, no entanto, já se encontravam aposentados ou já haviam satisfeito as condições para aposentadoria anteriormente a 31 de dezembro de 1977, fazem jus, ao deixarem os cargos, à complementação de aposentadoria na forma dos regulamentos em vigor aquela data, desde que cumprida a carência dos respectivos planos antes de 31 de dezembro de 1977, segundo o critério estabelecido no item 48.

49.1. Aqueles que, na condição anterior, não tenham completado a carência prevista nos planos, ao deixarem o cargo e após completado o prazo de carência, terão seus benefícios calculados na proporção entre os anos completos de contribuição no prazo de carência e o total de anos requeridos para esta.

49.2. O mesmo critério se aplica aos empregados aposentados da patrocinadora, que tenham assumido o cargo de diretor ou conselheiro anteriormente a 31 de dezembro de 1977.

50. As entidades que em 1º de janeiro de 1978 vinham operando planos de previdência complementar em regime financeiro diversos do exigido pela nova regulamentação procederão, no prazo de 5 (cinco) anos, à adaptação do montante das reservas técnicas aos novos valores exigidos.

51. Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho de Previdência Complementar. **(Subitem incluído pela Resolução MPAS/CPC nº 01, de 14/03/80)**