

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ADVOGADO DA UNIÃO

PROVA DISCURSIVA P₄ – QUESTÃO 3

Aplicação: 1/5/2016

PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

1 É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a relação jurídica firmada, de um lado, entre a entidade fechada de previdência complementar (EFPC) e a patrocinadora e, de outro, entre a EFPC e os participantes e assistidos é de direito privado, regida pelos princípios e regras de direito civil, obedecidas as regras específicas de previdência complementar instituídas tanto nas premissas do art. 202 da Constituição Federal (CF) quanto nas Leis Complementares (LC) n.º 108/2001 e n.º 109/2001.

Do quadro normativo constitucional e infraconstitucional inferem-se os elementos existentes em qualquer relação de previdência complementar, inclusive na constituída com patrocínio público: (a) caráter complementar; (b) autonomia em relação aos regimes de previdência oficial; (c) facultatividade; (d) contratualidade; (e) operação por meio da constituição de reservas; (f) necessidade especial de transparência; e (g) independência da relação de trabalho do participante.

A natureza complementar representa tanto a ideia de um pagamento a ser complementado, com a necessária existência de um benefício anterior, quanto a distinção de que o pagamento não consiste em algo básico e elementar, como os benefícios ofertados pelos regimes oficiais (RGPS e RPPS), mas, sim, uma cobertura previdenciária incrementada.

A autonomia, no tocante ao RGPS e ao RPPS, é determinada quando o benefício complementar ofertado pelo patrocinador não é atrelado ao recebimento do benefício nos regimes oficiais, tampouco aos valores ofertados pela previdência oficial. Tal característica poderá ser relativizada pela vontade das partes (opção contratual), que poderão, no regulamento do plano de benefícios, condicionar a percepção do benefício complementar ao benefício do RGPS ou do RPPS, o que, por si só, não afasta a autonomia das relações.

O caráter facultativo existente no regime de previdência complementar deve ser compreendido tanto do ponto de vista do empregado como do empregador. O empregado só adere ao plano de previdência complementar oferecido pelo empregador se quiser, não podendo ser obrigado a fazê-lo; e o empregador só oferece e patrocina um plano de previdência complementar para seus empregados, igualmente, se quiser, como incremento à sua política de recursos humanos. A facultatividade existe nas duas pontas da relação empregado-empregador.

Associado à facultatividade encontra-se o caráter contratual inserido nas relações de previdência complementar, com a formação de pacto bilateral entre as partes envolvidas na relação de previdência privada.

Outro elemento de importância fundamental para a higidez do regime de previdência privada consiste na constituição obrigatória de reservas garantidoras do benefício contratado, o que implica, para os benefícios de prestações programadas e continuadas, a adoção de um regime financeiro de capitalização e de custeio compartilhado por participantes e pela patrocinadora.

Como penúltimo elemento, cita-se a necessária observância do princípio da transparência nas relações de previdência privada, o que decorre da premissa contida no § 1.º do art. 202 da CF, que assegura ao participante do plano de benefícios o pleno acesso às informações concernentes à sua administração, ou seja, a *mens legis* assegurou, por meio de uma gestão transparente dos planos de benefícios, a participação efetiva dos participantes, o que se evidencia na leitura de diversos dispositivos da LC n.º 109/2001 (v.g., arts. 3.º, IV; 10, § 1.º; 22 e 24).

Por último, há a independência da relação de trabalho do empregado-participante com a de previdência complementar, o que é evidenciado diretamente da leitura do § 3.º do art. 202 da CF, que assevera que não integram o contrato de trabalho as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais existentes na relação de previdência privada.

2 ~~De acordo com o que estabelece o artigo 2.º da LC n.º 109/2001, as EFPC têm como objetivo primordial instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário. Dessa finalidade não se afastam as entidades fechadas submetidas à LC n.º 108/2001 (EXCLUIR).~~ O parágrafo único do art. 8.º da LC n.º 108/2001 (similar ao art. 31, § 1.º, da LC n.º 109/2001) prevê que as entidades fechadas ali referidas serão constituídas sob a forma de fundação ou entidade civil sem fins lucrativos. **A ausência de finalidade lucrativa é o principal diferenciador entre as entidades fechadas e as abertas de previdência complementar, sendo vedada às entidades fechadas a busca de lucro, considerando-se que seu objetivo precípua é a proteção previdenciária complementar. Cabe destacar que a**

proibição de obtenção de lucro refere-se à atividade de administração de planos previdenciários complementares, o que possibilita a persecução de lucros quando as entidades fechadas atuarem no segmento de investimentos de renda variável, adquirindo, por exemplo, ações de sociedade anônimas.

Responsáveis pela regulação e fiscalização são o Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC) e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC). Nos termos do art. 13 da Lei n.º 12.154/2009, o CNPC exercerá a função de órgão regulador do regime de previdência complementar operado por entidades fechadas, sendo órgão da estrutura do Ministério da Previdência Social. Já a PREVIC, nos termos do parágrafo único do art. 1.º da Lei n.º 12.154/2009, foi idealizada como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das EFPC e de execução das políticas para o regime de previdência complementar, observadas as disposições constitucionais e legais aplicáveis. A supervisão e a fiscalização exercidas pela PREVIC visam, sobretudo, o contínuo aprimoramento da complexa atividade gerencial que é a administração de um fundo de pensão. Além da PREVIC, como autarquia fiscalizadora, os patrocinadores e os instituidores também exercem fiscalização, conforme o art. 41, § 2º, da LC n.º 109/2001, *in verbis*: “§ 2º A fiscalização a cargo do Estado não exime os patrocinadores e os instituidores da responsabilidade pela supervisão sistemática das atividades das suas respectivas entidades fechadas”.

3 O diferenciador da relação de previdência complementar tratada pela LC n.º 108/2001 diz respeito à presença do patrocínio público, responsável por demandar regras específicas, voltadas a resguardar o interesse público e a atender ao comando dos §§ 3.º a 6.º do art. 202 da CF.

A Emenda Constitucional n.º 20/1998 foi o veículo legislativo responsável pela criação do instituto da paridade contributiva para as EFPC patrocinadas por entes da administração federal direta e indireta, ao estabelecer o caráter absoluto da vedação de aporte de recursos a entidades de previdência privada pelos chamados patrocinadores públicos em valores superiores aos vertidos por participantes, principalmente em situações de planos de benefícios deficitários.

A paridade contributiva é a concretização de uma medida voltada para a redução de dispêndios públicos e para a racionalidade na gestão dos recursos públicos. Tais preocupações apontadas vão ao encontro das preocupações mais globais com a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro como um todo e com o déficit fiscal apontados na Exposição de Motivos da Emenda Constitucional n.º 20/1998.

Nos autos do Recurso Especial n.º 1.111.077 – DF (2009/0015355-6), o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a aplicação da paridade contributiva em relação aos planos de benefícios em vigor quando do advento da EC n.º 20/1998. O relator do Recurso Especial n.º 1.111.077 – DF, ministro João Otávio de Noronha, ao fundamentar a decisão no sentido de inexistir direito adquirido a regime jurídico em face da CF, evidenciou a necessidade de atendimento à paridade contributiva, nos seguintes termos:

Embora não me alie à tese defendida pelo ilustre representante do Ministério Público, de que cabe invocar, no caso, a teoria da imprevisão para embasar as alterações efetuadas no estatuto da Centrus, o fato é que houve, sim, a incidência de ato excepcional sobre a relação contratual inicialmente celebrada entre os assistidos e o fundo de pensão a justificar a redefinição dos percentuais devidos por cada parte a título de contribuição. Ressalto ainda que o aumento das contribuições, na forma do disposto no art. 6.º da Lei Complementar n.º 108/2001, que veio regulamentar o § 3.º do art. 202 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, aplica-se tanto aos participantes da ativa quanto aos aposentados.

De fato, em parecer constante da obra “Fundos de Pensão: temas jurídicos” (Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 212-14), Flávio Martins Rodrigues anotou:

“Dúvida que também foi colocada diz respeito às contribuições dos assistidos (participantes aposentados e pensionistas). É indagado se as mesmas poderiam, ou não, ser computadas conjuntamente com as contribuições dos participantes ativos, para fins de observância da regra da paridade contributiva com os aportes do ‘patrocinador público’. Veja-se que o Constituinte Derivado utilizou, no § 3.º do art. 202, a expressão ‘segurado’ para identificar os destinatários da previdência complementar. De fato, a expressão é pouco técnica. Planos de previdência possuem participantes e assistidos, dividindo-se estes em participantes em gozo de benefícios e beneficiários, expressões trazidas com precisão pelo legislador infraconstitucional. É o que dispõe o art. 8.º da Lei Complementar n.º 109/2001, lei orgânica da previdência complementar, que convém transcrever:

‘Art. 8.º – Para o efeito desta Lei Complementar, considera-se:

I – participante, a pessoa física que aderir aos planos de benefícios;

II – assistido, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.’

Teve-se a oportunidade de expor que o esforço contributivo dos participantes, sob o ponto de vista de custeio atuarial, pode concentrar-se durante a fase ativa da vida do trabalhador ou ser financiado no tempo, de forma a que o participante assistido (aposentado) e seu beneficiário (pensionista) arquem com parte do custo que lhe poderia ser imputado. O que importa é o valor presente dessas contribuições para fins de aferição do custeio do plano. A *ratio* do art. 202, § 3.º da Constituição Federal é, portanto, a moderação dos aportes realizados pelos ‘patrocinadores públicos’.

No mesmo sentido, seguiu a Lei Complementar n.º 108/2001, diploma normativo especialmente voltado para as entidades fechadas de previdência patrocinadas por entes públicos, ao tratar do custeio dos planos de benefícios, estabeleceu-se no art. 6.º e no seu § 1.º, *verbis*:

‘Art. 6.º – O custeio dos planos de benefícios será de responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos.

§ 1.º. A contribuição normal do patrocinador para o plano de benefícios, em hipótese alguma excederá à do participante, observado o disposto no art. 5.º da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, e as regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.’

Veja-se que o caput do transcrito art. 6.º traz a regra da contributividade compulsória. Em outras palavras, as entidades de previdência complementar que contam com ‘patrocinadores públicos’ deverão possuir, obrigatoriamente, o esforço contributivo dos destinatários dos benefícios. Disse mais o dispositivo, que os aportes deverão ser ‘do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos’. Estes, como se viu na regra expressa do art. 8.º da Lei Complementar n.º 109/2001, contemplam dois agrupamentos: o participante em gozo de benefício de prestação continuada e o beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.

Prosseguindo-se, o referido art. 6.º da Lei Complementar n.º 108, em seu § 1.º, traduz com mais precisão a regra constitucional limitadora das contribuições patronais, dispondo que a contribuição do ente estatal, ‘em hipótese alguma, excederá à do participante’. A resposta deverá compor-se com a regra contida no caput do dispositivo, ou seja, ‘participante, inclusive assistido’. A regra compõe-se com absoluta racionalidade. Desta feita, o esforço contributivo do ‘empregador público’ não poderá exceder o esforço contributivo do destinatário do benefício, seja verificado na fase laboral ativa, seja financiado posteriormente. **Em outras palavras, resta claro que o art. 6.º da Lei Complementar n.º 108/2001 admite, para fins de observância da regra constitucional da paridade contributiva, que se utilize as contribuições dos participantes adicionadas aos aportes realizados pelos assistidos participantes e assistidos beneficiários.**”

O acórdão recorrido, portanto, violou tanto o art. 6.º da LICC, uma vez que reconheceu a existência de direito adquirido em situação na qual efetivamente não havia, como o art. 6.º da Lei Complementar n.º 108/2001, ao proibir a majoração das contribuições dos aposentados do Banco Central do Brasil vinculados à Centrus, contrariando a determinação legal que atribui a responsabilidade pelo custeio do plano de benefício ao patrocinador e a todos os participantes, inclusive aos assistidos (aposentados e pensionistas).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial, extinguindo o processo com resolução de mérito, na forma do disposto no art. 269, I, do Código de Processo Civil. Ficam invertidos os ônus de sucumbência. Fixo os honorários advocatícios em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com base no art. 20, § 4.º, do CPC.”

Apesar de a LC n.º 109/2001 instituir as regras gerais para as relações de previdência complementar, mesmo quando presentes nesta relação entes públicos ou pessoas jurídicas destinatárias de verbas públicas, faz-se obrigatório o respeito às normas específicas contidas na LC n.º 108/2001, a obediência à paridade contributiva (art. 6.º, § 1.º).

4 Não se aplicam as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às relações de previdência complementar gerida por entidades fechadas. A aplicação do CDC tende a afastar a sistemática desenvolvida para o próprio sucesso do contrato previdenciário, qual seja a concessão do benefício contratado, por meio da constituição de reservas entre patrocinadores e participantes, administrada por uma EFPC cuja natureza de fundação evidencie a ausência de finalidade lucrativa e de um patrimônio próprio (o patrimônio é vinculado ao próprio plano de benefício).

Em recente julgado, o STJ alterou seu entendimento e editou a **Súmula 563, cujo teor cabe a transcrição: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas”**. Eis o entendimento do STJ:

Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA E DIREITO CIVIL. JULGAMENTO AFETADO À SEGUNDA SEÇÃO PARA PACIFICAÇÃO DA MATÉRIA NO ÂMBITO DO STJ. RESGATE. INSTITUTO JURÍDICO QUE NÃO SE CONFUNDE COM OS INSTITUTOS JURÍDICOS DA MIGRAÇÃO, OU DA SIMPLES PORTABILIDADE. A SÚMULA 289/STJ LIMITA-SE A DISCIPLINAR O INSTITUTO JURÍDICO DO RESGATE, QUE É INSTITUTO MEDIANTE O QUAL HÁ DESLIGAMENTO DO PARTICIPANTE DO REGIME JURÍDICO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, ANTES MESMO DE AUFERIR OS BENEFÍCIOS PACTUADOS. HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM MIGRAÇÃO PARA OUTRO PLANO DE BENEFÍCIOS, FACULTADA ATÉ MESMO AOS ASSISTIDOS. PACTUAÇÃO DE TRANSAÇÃO PREVENDO A MIGRAÇÃO PARA OUTRO PLANO DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADO PELA MESMA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. MIGRAÇÃO QUE OCORRE EM UM CONTEXTO DE AMPLO REDESENHO DA RELAÇÃO PREVIDENCIÁRIA, CONTANDO COM A PRÉVIA ANUÊNCIA DO PATROCINADOR, CONSELHO DELIBERATIVO (ÓRGÃO INTERNO INTEGRADO POR PARTICIPANTES, ASSISTIDOS E REPRESENTANTES DO PATROCINADOR DO PLANO) E DO ÓRGÃO PÚBLICO FEDERAL FISCALIZADOR.

TRANSAÇÃO. NEGÓCIO JURÍDICO DE DIREITO CIVIL QUE ENVOLVE A CONCESSÃO DE VANTAGENS RECÍPROCAS. ANULAÇÃO DA TRANSAÇÃO. NÃO PODE SE DAR POR MERO ARREPENDIMENTO UNILATERAL DE PACTUANTE DOTADO DE PLENA CAPACIDADE CIVIL. NECESSIDADE, DE TODO MODO, DE DESFAZIMENTO DO ATO E RESTITUIÇÃO AO STATUS QUO ANTE, NÃO PODENDO RESULTAR EM ENRIQUECIMENTO A NENHUMA DAS PARTES. CDC. REGRAS, PRINCÍPIOS E VALORES QUE BUSCAM CONFERIR IGUALDADE FORMAL-MATERIAL AOS INTEGRANTES DA RELAÇÃO JURÍDICA, E NÃO A COMPACTUAÇÃO COM EXAGEROS. AINDA QUE AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS TENHAM ENTENDIDO PELA INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CDC, DEVEM SER SEMPRE OBSERVADAS AS NORMAS ESPECIAIS QUE REGEM A RELAÇÃO CONTRATUAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, NOTADAMENTE O DISPOSTO NO ART. 202 DA CF E NAS LEIS COMPLEMENTARES N.ºS 108 E 109, AMBAS DO ANO DE 2001. ADEMAIS, PARA O DESFAZIMENTO DA TRANSAÇÃO, POR SER MODALIDADE CONTRATUAL DISCIPLINADA PELO CÓDIGO CIVIL, AINDA QUE SE TRATE DE RELAÇÃO DE CONSUMO, DEVE SER SEMPRE OBSERVADA A PECULIAR DISCIPLINA DETERMINADA PELO DIPLOMA CIVILISTA. ALEGAÇÃO DE QUE, EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO, A SEGUNDA SEÇÃO TERIA FIRMADO TESE QUE DIVERGE DA REGRA DA INDIVISIBILIDADE – INERENTE À ESPÉCIE CONTRATUAL DA TRANSAÇÃO. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DA AFIRMAÇÃO. (...) 4. Quanto à invocação do diploma consumerista, é de se observar que “o ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros” (REsp 586.316/MG, rel. ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2007, DJe 19/3/2009). É bem de ver que suas regras, valores e princípios são voltados a conferir equilíbrio às relações contratuais, de modo que, ainda que fosse constatada alguma nulidade da transação, evidentemente implicaria o retorno ao status quo ante (em necessária observância à regra contida no art. 848 do Código Civil, que disciplina o desfazimento da transação), não podendo, em hipótese alguma, resultar em enriquecimento a nenhuma das partes. 5. Com efeito, é descabida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor alheia às normas específicas inerentes à relação contratual de previdência privada complementar e à modalidade contratual da transação, negócio jurídico disciplinado pelo Código Civil, inclusive no tocante à disciplina peculiar para o seu desfazimento. (AgRg no AREsp 504022 / SC. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0093367-1. rel. ministro Luis Felipe Salomão (1.140). S2 – Segunda Seção. Data de julgamento 10/9/2014. DJe 30/9/2014.)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO ADQUIRIDO DO PARTICIPANTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS NO MOMENTO DA PERCEPÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO PROVIDO.

1. Tratando-se de **entidade fechada** de previdência privada com participação ativa dos participantes na gestão do fundo de pensão, afasta-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista o mutualismo e o cooperativismo que regem a relação entre as partes.
2. No regime de previdência privada complementar, o direito adquirido do participante somente se aperfeiçoa no momento em que atendidos os requisitos para a percepção do correspondente benefício previdenciário. Precedentes do STJ.
3. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp 1447483 / SE. Agravo Regimental no Recurso Especial 2014/0083223-6, ministro João Otávio de Noronha (1.123). T3 – Terceira Turma. Data do julgamento: 4/2/2016. DJE – DJe 18/2/2016.)