

# 9

## INTRODUÇÃO JURÍDICA À PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: ENTIDADES FECHADAS

Jorge Franklin Alves Felipe

### 1. SEGURIDADE PÚBLICA E PRIVADA. PREVIDÊNCIA SOCIAL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A seguridade social é o gênero, de que são espécies a previdência social, a assistência e a saúde. Na previdência social tem-se um sistema público contributivo, que devolve, em benefícios, o que o segurado verteu em contribuições. Na assistência social o Estado visa a prover o mínimo necessário à subsistência digna dos que por ela alcançados, o que se faz independentemente de qualquer contribuição vertida ao sistema. E, na saúde, o Estado ampara a todos, com ações que visam a curar e prevenir doenças.

A iniciativa privada complementa a ação do Estado por meio da previdência complementar, prevista na Constituição Federal e regulamentada pela Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, cujo art. 1º prescreve:

O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta lei complementar.

## **2. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO**

Há determinados planos de benefícios, instituídos anteriormente à legislação hoje vigente, que condicionam a concessão dos benefícios da previdência complementar à concessão dos benefícios do INSS. Daí a ideia de que a previdência seria complementar, levando em consideração o benefício em si. Pensamos, no entanto, que essa ideia não mais pode prevalecer. A legislação vigente é expressa no sentido de que a concessão dos benefícios da previdência complementar independe do segurado haver obtido o benefício da previdência oficial (art. 68, § 2º, LC 109), embora a exceção prevista no art. 3º, da Lei Complementar n. 108, nas relações jurídicas a ela submetidas.

Daí é de se afastar a ideia generalizada de que a previdência, hoje, é complementar em consideração ao benefício previdenciário. Ela é complementar, sim, em relação à ação estatal.

## **3. REGIMES DE REPARTIÇÃO E CAPITALIZAÇÃO**

O custeio da previdência social, embora com fortes tendências à capitalização, ainda se opera no sistema de repartição, pelo qual o custo é teoricamente repartido entre os componentes do sistema, predominando nela, a noção de solidariedade, a justificar a participação da própria sociedade.

Já a previdência complementar adota o sistema de capitalização, pelo qual os recursos destinados ao custeio do sistema são aqueles decorrentes de contribuição dos próprios segurados. Cada participante constitui suas próprias reservas que, no futuro, irão gerar o seu benefício.

Por força do texto constitucional parece-nos que a previdência privada não poderá ser instituída sob a forma de repartição, o que seria mais característico do sistema de seguros.

## **4. TIPOS DE ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

O direito brasileiro conhece duas modalidades de entidades de previdência complementar: as abertas, empresas de fins lucrativos,

constituídas sob a forma de sociedade anônima e sujeitas à fiscalização da SUSEP, acessíveis a quaisquer pessoas que queiram participar dos planos previdenciários, mediante o pagamento de contribuições e as fechadas, entidades sem fins lucrativos, constituídas sob a forma de fundações ou associações e sujeitas à fiscalização Ministério da Previdência, acessíveis aos empregados de empresas ou grupo de empresas ou membros das categorias profissionais e outras entidades legalmente autorizadas. Há quem sustente que a única forma de constituição dessas entidades seria por meio de fundações a partir da vigência do novo Código Civil, que extinguiu a figura da sociedade civil, embora entendamos perfeitamente cabível a adoção da figura da associação.

Tradicionalmente, as entidades fechadas, conhecidas como fundos de pensão, eram restritas aos empregados de determinadas empresas. Hoje, entidades de classe e outras equiparadas podem também constituir para seus membros uma entidade de previdência complementar. No primeiro caso utiliza-se a expressão patrocinadora e, no segundo, instituidora. Uma entidade de previdência complementar, assim, nasce da iniciativa de uma empresa, ou grupo de empresas, de uma entidade de classe ou grupo de entidades.

## 5. DINÂMICA DE FUNCIONAMENTO

Constituída uma entidade de previdência complementar, passa ela na verdade a administrar recursos.

Seu patrimônio não se confunde com os recursos que administra.

Recebe as contribuições de seus segurados, aplica esses recursos, retira sua taxa de administração e, no futuro, concede o benefício na forma do plano da entidade.

Com a taxa cobrada suporta suas despesas administrativas e promove os investimentos necessários ao desempenho de suas funções.

Os recursos dos segurados são aplicados segundo diretrizes do Banco Central, por entidade legalmente autorizada a operar na chamada gestão de ativos.

## 6. PLANOS DE BENEFÍCIOS

Não existe uma lei geral que contenha os benefícios da previdência complementar como sucede com o INSS, no qual a matéria é disciplinada pela Lei n. 8.213/91. Na previdência complementar cada entidade elabora o seu plano de benefícios, segundo normas do órgão regulador/fiscalizador e, uma vez aprovado, passa a vendê-lo. O Regulamento de Benefícios, pois, tem caráter contratual e não legal.

Esses benefícios são geralmente aqueles previstos no regime geral de previdência, compatíveis com o regime de capitalização, como a aposentadoria temporária ou vitalícia. Benefícios outros, cujo custeio se faz mediante o sistema de repartição, parece-nos entregue à disciplina legal securitária, posto que a Constituição alude expressamente à formação de reservas para geração do benefício. Não se pode aplicar os institutos da previdência complementar, como, por exemplo, o resgate, em benefícios gerados mediante sistema de repartição, porque não constituem previdência complementar.

O Regulamento do Plano disciplina a concessão desses benefícios e a condições de sua elegibilidade.

Parece evidente que as normas administrativas que se incorporam ao contrato de previdência complementar sejam aquelas que vigiam por ocasião da adesão do segurado. É a intervenção estatal nos contratos, pela qual a liberdade de contratar está submetida à predominância do interesse público.

As entidades fechadas somente operam benefícios de risco por meio da contratação de uma seguradora. Parece claro o entendimento: tais benefícios são custeados mediante o sistema de repartição e, pois, incompatíveis, a nosso ver, com o sistema de previdência complementar.

Cumpra aqui conhecer a distinção entre benefício definido e contribuição definida. No primeiro, o segurado contribui para o plano e sabe, exatamente, o que vai receber. A concessão do benefício segue, como no INSS, o princípio da repartição simples. No sistema de contribuição definida, as contribuições que o segurado verter ao sistema formarão um fundo que irá gerar um benefício. Segue a regra da capitalização, com muitos menos riscos para o fundo. É o adotado na previdência complementar fechada. São manifestamente maiores

os riscos decorrentes do sistema de benefício definido, para o qual necessariamente há que existir uma fonte de custeio para garanti-lo; na contribuição definida, basicamente o saldo da conta individual suporta o benefício contratado.

Uma entidade de previdência complementar multipatrocinada pode administrar vários planos de benefícios, um para cada patrocinadora que a ela adira, todos como independência patrimonial, administrativa e financeira.

## 7. RELAÇÃO CONTRATUAL

Não dispendo a lei sobre os benefícios e os critérios para a sua concessão, tal matéria fica entregue ao regulamento de cada plano. Desse modo, tem-se que a relação que se estabelece entre o segurado e a entidade de previdência complementar é de natureza contratual. Um contrato típico muito pouco estudado pela doutrina brasileira.

Quando o participante se inscreve, ele adere ao Regulamento, cujas disposições prevalecem, naturalmente, sobre as normas de previdência social. Assim, na solução de uma questão de previdência complementar, a matéria se submete primeiro, à Lei que as regula e, de modo suplementar, às normas editadas pelo órgão diretivo do sistema e às disposições contratuais, especialmente as constantes o Regulamento de Benefícios.

O contrato de previdência complementar é um contrato de direito privado. Bilateral, consensual, oneroso, de trato sucessivo, submetido às normas do CDC, quanto às entidades abertas. A submissão ao CDC das relações contratuais nas entidades de previdência fechada não constitui matéria pacificada, em razão da natureza dessas entidades.

Não é aleatório, como o seguro, porque a renda do benefício a ser alcançada é previsível por cálculos matemáticos, embora possa não corresponder exatamente àquela programada. Inspira-se pelo regime de capitalização, diferente do contrato de seguro. Na prática, no entanto, costumam ocorrerem confusões entre os dois contratos, de que são exemplos os produtos VGBL e PGBL ofertados pelas entidades abertas, sendo o primeiro, na verdade, seguro de vida com cobertura por sobrevivência.

Segundo a Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.

Muitos semelhantes ao contrato de previdência complementar se apresentam, também, os de capitalização e o de constituição de renda, este último de longa data previsto no Código Civil. No contrato de capitalização uma parte se obriga a formar um capital, enquanto a outra, a empresa de capitalização, se obriga a restituir os valores capitalizados, na forma contratual e ao término do contrato, além de proceder a sorteios periódicos. Já na constituição de rendas do Código Civil, o devedor, ou seja, o que recebe as prestações (rendeiro), incorpora o valor respectivo ao seu patrimônio, em contraprestação à obrigação assumida com o instituidor ou beneficiário deste. Naturalmente assim procede em caráter eventual; se fizer disso uma atividade econômica acabará por exercer atividade privativa das entidades de previdência complementar. Não existe, na constituição de renda, uma equivalência econômica entre as prestações.

## 8. NATUREZA DOS RECURSOS

Na verdade a entidade de previdência complementar cria planos de benefícios e passa a ser, deles, mera administradora. Os recursos dos planos são aplicados na forma autorizada pelo órgão regulador, especialmente no mercado financeiro e, com eles, são custeados os benefícios. Daí, no sistema de capitalização, a ideia de que o segurado tem cotas de um fundo, que se valorizam e desvalorizam, segundo a administração.

Não se pode, pois, como costumeiramente ocorre, que se confundam essas aplicações e o regime de fundos como depósitos bancários, em que se pode discutir questões de juros e atualizações monetárias. No sistema da previdência complementar as cotas variam segundo as aplicações feitas e, assim, podem ocorrer perdas e lucros, sem que o segurado possa pretender simplesmente a atualização de dinheiro aplicado, como se houvesse feito um depósito bancário puro e simples.

Não é essa, no entanto, a orientação do STJ, que já sumulou o entendimento de que o resgate deve ser feito segundo valores que traduzam a efetiva recomposição da perda do poder aquisitivo da moeda.

## 9. BENEFÍCIOS PROGRAMADOS E DE RISCOS

A entidade de previdência complementar pode conceder benefícios programados, como ocorre numa aposentadoria por prazo determinado ou mesmo em forma vitalícia. Como pode, igualmente, conceder benefícios por morte e invalidez, que dependem do fator risco. As entidades fechadas de previdência complementar têm que se associar a uma entidade seguradora para que possam conceder benefícios de risco.

A concessão de aposentadoria de forma vitalícia constitui também uma operação de risco. Isso porque a expectativa de vida foi considerada atuariamente com base na taxa de mortalidade. Se o participante, no entanto, viver mais do que estimado atuariamente faltarão recursos ao plano para suportar seu benefício até final. Naturalmente sobrarão recursos se viver menos que o tempo estimado.

Na concessão de benefícios programados, por tempo determinado, o risco teoricamente não deveria existir, porque o benefício será gerado por prazo certo exatamente em razão do capital constituído.

Os benefícios podem ser de valor único ou de prestação mensal.

## 10. INSTITUTOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

O segurado pode, na previdência complementar, implementar o tempo de contribuição e passar a receber o benefício contratado. Como pode recebê-lo um beneficiário indicado.

No curso das contribuições, contudo, pode o segurado desistir do plano previdenciário, caso em que ocorrerá o resgate das contribuições. Como pode transferi-las para outro plano previdenciário, o que se denomina “portabilidade”, cabível entre planos do mesmo segmento. Pode, ainda, receber benefício proporcional diferido. Dessa última hipótese é a situação do empregado que, após contribuir para entidade de previdência complementar, deixa a empresa, sem que tenha preenchido os requisitos para obtenção do benefício na forma do regulamento de benefícios.

## 11. ENCARGOS COBRADOS

Para que possa administrar o plano de benefícios, as entidades de previdência complementar cobram taxas, dentre as quais a de carregamento (incidente sobre as aplicações) e a de administração (incidente anualmente sobre o volume total de recursos).

A primeira é facilmente identificável. Ao receber a contribuição do segurado, já deduz referida taxa de administração, também conhecida como de carregamento. Já a outra é cobrada sobre o total do patrimônio administrado e serve para custeio da gestão do ativo.

A taxa cobrada sobre o valor das contribuições constitui a fonte de recursos das entidades de previdência complementar fechadas.

Não tendo fins lucrativos, as entidades fechadas apresentam-se como uma opção mais interessante que as entidades de fins econômicos, nas quais o gerenciamento do ativo tem valores muito mais elevados.

Algumas entidades de previdência complementar abertas costumam cobrar encargos de saída, quando o segurado deixa o plano com pouco tempo, o que parece passível de questionamento judicial.

## 12. ENTIDADES MULTIPATROCINADAS E MULTI-INSTITUÍDAS

Uma entidade de previdência complementar fechada pode administrar os recursos de uma única empresa ou categoria profissional, gerindo um único plano. Como pode ser uma multipatrocinadora ou multi-instituidora, administrando planos de várias empresas ou entidades de classe.

A entidade multipatrocinadora gera recursos de várias empresas, mas cada plano de benefícios é independente, como independente é o patrimônio de cada um. Desse patrimônio individualizado os segurados detêm cotas. Assim, quando alguma entidade adere a uma multipatrocinadora está tendo regulamento de benefícios próprio com patrimônio independente. A contabilidade é feita por plano.

O patrimônio de cada plano está afetado ao cumprimento das obrigações a ele relativas.

### **13. CONTRIBUIÇÃO DA PATROCINADORA**

Não existe na entidade instituída, apenas na patrocinada. São as contribuições das empresas. Entendemos que, retirando-se o empregado da empresa, o resgate não deve abranger a contribuição da patrocinadora, que se destina ao custeio do plano de benefícios.

Nesse sentido, a Súmula 290 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetivada pelo patrocinador.

### **14. APLICAÇÃO DOS RECURSOS**

Os recursos das entidades fechadas de previdência complementar são aplicados segundo diretrizes do Conselho Monetário Nacional (fundos de renda fixa, variável, bolsas, imóveis, etc.).

A Resolução n. 3.456, de 01.06.07, disciplina a matéria.

A questão relativa à aplicação dos recursos é conhecida por gestão de ativos. Uma empresa de previdência complementar recebe contribuições dos participantes as quais irão formar as contas individuais de cada um. Para isso terá que fazer uma gestão de passivo. Ou seja, a gestão e controle das cotas de cada participante. É um trabalho contábil interno.

Só que os recursos advindos dos participantes são aplicados a fim de gerar rendimentos. Surge, aí, a figura da gestão de ativos, que é feita por entidade autorizada a operar pelo Banco Central.

Essa entidade, grosso modo, recebe o numerário ou dinheiro da entidade de previdência complementar e, segundo as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Deliberativo da Entidade, faz as aplicações. As aplicações, no geral, são feitas em fundos, com maior ou menor risco, maior ou menor rentabilidade, segundo os papéis que adquira (títulos públicos, privados, ações, etc.).

Com base nos recursos aplicados e seus rendimentos a entidade faz a sua gestão do passivo.

A gestão de ativos envolve ainda a figura do custodiante, encarregado da guarda das aplicações.

A entidade de previdência complementar, por meio de sua Diretoria, elabora o Plano de Gestão, que é aprovado internamente (Con-

selho Deliberativo), e que deve ser seguido pelo gestor e pelo custodiante, servindo, ainda, de instrumento de fiscalização pelo órgão gestor do sistema (Secretaria de Previdência Complementar, no caso das entidades fechadas).

## 15. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PÚBLICA

Como se sabe, a Previdência Pública complementar poderá ser instituída por meio de lei do ente federativo, caso em que os benefícios do regime próprio poderão, para os novos servidores e para os antigos, por opção, ser limitados ao valor máximo pago pelo INSS.

Na esfera federal o governo encaminhou projeto ao Congresso, o qual prevê possibilidade de adesão à entidade a ser criada – FUN-PRESP –, pelos Estados e Municípios. Mais ou menos aos moldes da previdência complementar, o projeto prevê, no entanto, um benefício especial, para compensar o antigo servidor que anuir ao novo sistema. Isso porque os antigos servidores possuem grande tempo de contribuição ao regime próprio e não poderiam receber, com relação a esse tempo, benefício da previdência complementar. O projeto prevê, pois, um benefício para compensar esse tempo, passando o servidor a receber os benefícios da previdência complementar a partir das novas contribuições que verter.

Nas entidades fechadas de previdência ligadas ao Poder Público é vedado aporte de contribuição da patrocinadora superior às do servidor (v. arts. 5º e 6º, § 1º, da Lei Complementar n. 108/2001).

## 16. CRIAÇÃO DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Para participar de uma entidade de previdência complementar não é necessário que se crie uma. Uma empresa, por exemplo, pode, mediante convênio de adesão, se associar a uma entidade multipatrocinadora, sem que tenha que criar sua própria entidade.

Caso se proponha, no entanto, à criação de uma entidade de previdência complementar fechada, o primeiro caminho será aprovação dos Estatutos, que deverão ser submetidos, juntamente com o Plano de Benefícios, à aprovação do Ministério da Previdência (SPC). Só

depois, concedida a autorização para funcionamento, a entidade adquirirá sua personalidade jurídica na forma regular e poderá operacionalizar planos de benefícios.

A adesão a uma entidade já constituída é formalizada por meio de um convênio e o patrimônio da nova aderente será totalmente independente das demais empresas administradas.

A estrutura organizacional mínima estabelecida na legislação para uma EFPC é composta de três órgãos estatutários: Conselho Deliberativo, Conselho Fiscal e Diretoria Executiva, sendo que podem existir outros órgãos de governança da entidade na forma estatutária.

## **17. TÁBUAS DE MORTALIDADE**

São tabelas diversas de sobrevivência utilizadas para os benefícios de risco. Segundo as previsões de maior ou menor tempo de sobrevivência do segurado existem maiores ou menores riscos ao equilíbrio financeiro do sistema.

Consustanciam estudos matemático-estatísticos e demográficos para definição do comportamento de certo grupo humano sob diferentes aspectos, dentre os quais natalidade, mortalidade, doença, invalidez e morte.

## **18. A SPC**

Embora no futuro, a matéria relativa à previdência complementar das entidades fechadas tenda a ser entregue a uma agência ou outro órgão, no momento, a gestão do sistema está entregue à Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência, que, cumprindo normas do Conselho Gestor da Previdência Complementar, fiscaliza a atuação das entidades autorizadas a operar no sistema.

## **19. ATUÁRIA**

Ciência especializada que, grosso modo, poderíamos chamar de matemática de seguro, incluindo probabilidades, estatísticas, avaliação de riscos e constituição de provisões e reservas para garantia de pagamentos futuros. Segundo o disposto no art. 1º do Decreto n. 66.408/70, atuário é “o técnico especializado em matemática superior

que atua, de modo geral, no mercado econômico-financeiro, promovendo pesquisas e estabelecendo planos e políticas de investimentos e amortizações e, em seguro privado e social, calculando probabilidades de eventos, avaliando riscos e fixando prêmios, indenizações, benefícios e reservas matemáticas”.

## **20. TRIBUTAÇÃO DOS PARTICIPANTES NO CASO DE RESGATE**

A matéria é bastante complexa. Em uma avaliação preliminar, sem atentar para as normas existentes sobre o tema, pareceria estranho alguém aplicar numerário para constituição de reservas de poupança e, quando da retirada dessas, sofrer tributação. Isso porque, na verdade, estaria apenas recebendo, em devolução, aquilo que aplicou. O normal seria que fossem tributados apenas os rendimentos, não o próprio capital.

A legislação tributária, no entanto, de longa data, prevê a tributação do resgate, inócurre esta, contudo, quando relativo às contribuições vertidas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995 (Lei n. 9.250, de 1995), cujo ônus tenha sido exclusivamente da pessoa física.

Mais modernamente vem sendo distinguida a tributação dos produtos VGBL (Vida gerador de benefício livre) e PGBL (Plano gerador de benefício livre) ofertados pelas entidades de previdência complementar. Nos primeiros, o contribuinte não deduz, na declaração de imposto de renda, como despesa, os investimentos feitos e, pois, quando se afasta do plano e recebe o numerário correspondente (resgate), somente ocorre a tributação de rendimentos. No segundo, o contribuinte deduz, na declaração de imposto de renda, os gastos com previdência complementar e, quando promove ao resgate do saldo da conta paga imposto de renda sobre o referido valor.

A manual de orientação para declaração de imposto de renda elaborado pela Secretaria da Receita Federal confirma, expressamente, esse procedimento.

A diferença reside provavelmente no fato de que a lei só permite as deduções no imposto de renda nos casos de previdência complementar, de que é exemplo o plano PGBL. O plano VGBL, utilizado

nas entidades abertas, seria, na verdade, seguro e, pois, insuscetível de ser beneficiado pelas regras da previdência complementar.

A Lei n. 11.053, de 29 de dezembro de 2004 (alterada pela Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005) instituiu sistema de opção pela tributação no caso de resgate e rendimentos de previdência complementar. Por ela existe uma progressividade em razão do tempo de aplicação dos recursos, de modo que, quanto maior, menor será a tributação. Note-se que referida lei condiciona o uso dos benefícios por elas instituídos ao fato de o investidor ser também contribuinte da previdência.

Segundo decisão do STJ proferida no Recurso Especial n. 908.914 incide imposto de renda sobre as importâncias recebidas por participantes que se originarem de recolhimentos de empregadores, patrocinadores ou instituidores.

## 21. PRESCRIÇÃO

O art. 75 da Lei Complementar n. 109/2001, estabelece que, sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes e dos ausentes, na forma da Lei Civil.

Segundo a Súmula n. 291 do Superior Tribunal de Justiça, a ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos.

Esse dispositivo, no entanto, é questionável quanto se trata de cobrança de diferenças decorrentes de resgates, havendo, sobre o tema, inúmeras decisões entendendo aplicar-se, aqui, o prazo geral de prescrição, de vinte anos no Código anterior e de dez anos no vigente Código.

## 22. EXPURGOS

Segundo a Súmula n. 289 do Superior Tribunal de Justiça, a restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.

O entendimento já é questionável em se tratando de entidades abertas e sumamente injusto em se tratando de entidades fechadas.

A restituição, como regra, é feita segundo o sistema de cotas, estabelecido contratualmente pelas partes.

### **23. GOVERNANÇA**

A expressão é utilizada, em previdência complementar, para designar o envolvimento de todos os órgãos na gestão dos recursos dos participantes. Envolve o Governo, por meio da SPC, a entidade de previdência complementar e as instituidoras.

### **24. SEGREGAÇÃO**

Como se viu, a entidade de previdência complementar apenas gere um fundo, cujos recursos representam o patrimônio dos segurados. O patrimônio da entidade de previdência complementar, havido com os recursos das taxas de administração cobradas, não se confunde com os recursos do fundo. O art. 31, § 3º, da Lei Complementar n. 109, estabelece que os responsáveis pela gestão dos recursos da entidade de previdência complementar deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada. Ademais, quando uma entidade administra vários planos cada um deles tem sua independência em relação aos outros.

### **25. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E CONTRATO DE TRABALHO**

O comando constitucional busca estabelecer uma separação entre a relação de emprego e a atividade de previdência complementar fechada das entidades patrocinadoras.

As questões envolvendo segurados e entidades de previdência complementar fechada são, no geral, dirimidas pela Justiça Comum. Envolve-se, no entanto, a entidade fechada de previdência complementar e cuidam de benefício resultante de contrato de trabalho devem ser julgadas pela Justiça do Trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 458, § 2º, inciso VI, estabelece que a previdência privada não constitui parcela salarial.

Registre-se que o vínculo da previdência complementar pode persistir mesmo após a extinção do contrato de trabalho, por meio das contribuições do empregado, figura conhecida como “autopatrocinio”.

## **26. SERVIDORES PÚBLICOS E PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Os servidores públicos tradicionalmente gozavam das garantias da integralidade e da paridade. A primeira implica em que os proventos da aposentadoria correspondam à última remuneração no cargo exercido; a paridade assegura ao servidor, na inatividade, as mesmas vantagens concedidas ao servidor ativo.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, ressalvadas as situações dos que já eram servidores àquela ocasião, desapareceu na regra permanente do art. 40 da Constituição Federal, a possibilidade de os benefícios serem concedidos de forma integral e reajustados segundo os critérios da paridade.

A partir do advento da EC 41, os benefícios passam a ser calculados, à semelhança do que sucede no regime geral, segundo a média das 80% maiores remunerações a partir de julho de 1994 e, para o que ingressaram no serviço posteriormente, a partir da data do ingresso. Com o critério da média, ocorre perda nos proventos da aposentadoria para a grande maioria dos servidores, posto que, os fins de carreira, acabam sendo marcados por promoções e outros benefícios. É natural, no entanto, que um servidor que, durante 80% do seu tempo de serviço, tenha tido idêntica remuneração, acabe por se aposentar com proventos aproximados de seus últimos vencimentos ou remuneração.

## **27. PARALELO ENTRE O RGPS E A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

É imprópria a invocação dos princípios e regras de direito previdenciário em matéria de previdência complementar. A relação jurídica de direito previdenciário é de direito público, caracterizada pela obrigatoriedade da filiação, salvo quanto ao segurado facultativo, enquanto a relação jurídica de previdência complementar é contratual.

No RGPS os benefícios são previstos em lei, que define sua forma de cálculo. No regime de previdência complementar essa questão é afeta ao contrato, a ela incorporando-se, naturalmente, as normas editadas pelo gestor do sistema.

No regime geral de previdência, ainda vige o sistema de repartição, não obstante as tendências à capitalização, como ocorreu com o advento da Lei n. 9.876/99, que reformulou o critério de cálculo dos benefícios, mediante a apuração da média dos 80% maiores salários de contribuição a partir de julho de 1994 ou do ingresso do segurado no sistema, se posterior. No regime de previdência complementar, o valor da aposentadoria será calculado com base nas contribuições efetivamente vertidas e que irão constituir um capital, com dedução dos encargos e despesas administrativas.

No regime geral de previdência, o pagamento de contribuições somente permite a percepção de benefícios, atendidos os requisitos legais; não existe a hipótese de restituição de contribuições, salvo no caso de pagamento indevido. Em épocas passadas existiu, mas não mais vige, o instituto do pecúlio, para o segurado já aposentado que voltava a exercer atividade vinculada ao sistema. No regime de previdência complementar existe a possibilidade de o segurado optar pelo resgate ou mesmo pela transferência dos recursos de uma entidade de previdência para outra.

Inúmeras seriam, enfim, as distinções entre os dois sistemas, a recomendar que as questões relativas à previdência complementar sejam vistas sob a ótica do direito provado, à luz dos princípios contratuais.

## 28. QUESTÕES CONTROVERTIDAS

O benefício da previdência complementar, após sua concessão, sofre os reajustes previstos no contrato. Como todo sistema de atualização de benefícios acarreta infundáveis polêmicas na previdência social, por certo não ocorrerá diferentemente na previdência complementar.

Após a concessão do benefício previdenciário, outrossim, não mais se justifica o pedido de resgate ou de transferência das reservas, em linha de princípio.

Outra questão que certamente trará muitas polêmicas, diz respeito à natureza dos depósitos efetivados na previdência complementar. Predomina administrativamente o entendimento de que os resgates dos depósitos efetivados em prol da previdência complementar são deferidos às pessoas indicadas pelo segurado, com preferência sobre os herdeiros, à sua falta. Até onde essa manifestação de vontade poderia atingir a legítima dos herdeiros? Seria simples ao segurado, por meio da instituição de planos de previdência complementar, frustrar a legítima?

Ademais, seriam tais recursos penhoráveis? É natural que se possa sustentar a impenhorabilidade do benefício concedido, mas e as reservas? A matéria é regida pelo art. 649, incisos IV e VI, do CPC. O primeiro cuida da impenhorabilidade dos pecúlios e montepios e, o segundo, do seguro de vida. Com relação ao benefício previdenciário em si, parece bastante sólido o entendimento de que é impenhorável, tal como ocorre no regime geral. O STJ, no julgamento do Resp. n. 536760/SP, considerou impenhorável a complementação da pensão por entidade de previdência complementar. O entendimento não nos parece seguro, no entanto, quanto aos depósitos constitutivos da renda. Pode-se argumentar que seriam impenhoráveis porque se destinam a benefício previdenciário privado, que é impenhorável. Contudo, é preciso lembrar que constituem, na verdade, um capital, sujeito a resgate à livre conveniência do segurado e, sob esse prisma, justificar-se-ia a sua penhora.

Idêntica discussão há que se travar em torno de saber se tais depósitos seriam, no caso de separação judicial, passíveis de partilha. O benefício previdenciário, com certeza pode servir de fundamento para a fixação de alimentos, mas não justifica seja considerado para efeito de partilha. Os depósitos na previdência complementar, contudo, constituem patrimônio em dinheiro perfeitamente identificável; seria sumamente injusto não pudessem ser objeto de partilha na separação, segundo a natureza do regime, naturalmente.

São questões e mais questões a serem enfrentadas no tocante ao novel ramo da previdência complementar, carente de estudos jurídicos mais detalhados no direito brasileiro.

Daí porque nos atrevemos a essas considerações preliminares, no propósito de que possam gerar debates e discussões.