

Institutos básicos do Direito da Previdência Complementar

Sergio de Andréa Ferreira*

O plano de benefícios. Natureza jurídica. O patrimônio a ele vinculado

1. O **Plano de Benefícios** tem, no vigente regime do **Direito Previdenciário Complementar Brasileiro**, sua **identidade jurídica**, sendo um **polo individualizado**, que, embora **não-personalizado**, tem **legitimidade jurídica**, para ser **referencial de direitos e obrigações**.

2. Tendo alcançado nível constitucional (**Constituição Federal**, art. 202, §§ 1º e 2º), é o objeto central da **Lei Complementar 109/01**, que dele trata, com precedência em relação às próprias **entidades de previdência complementar** (**Capítulos II e III**, respectivamente), as quais *'têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário'* (art. 2º).

3. Embora ainda seja comum a confusão a respeito, o **Plano** não se identifica com seu **Regulamento**, que é apenas um dos seus **elementos**.

3.1. O **Regulamento**, que ostenta caráter **negocial**, contém as **cláusulas da proposta dos negócios jurídicos de adesão**, ao **Plano de Benefício**, pelos **patrocinadores** ou **instituidores** – mediante a celebração dos chamados **convênios de adesão** –; e dos **contratos de benefícios**, com **estipulações em favor dos dependentes**, formalizados pelos que se inscrevem como **participantes**.

3.2. Esses **negócios** são **atos jurídicos perfeitos**, geradores de **direitos subjetivos e obrigações consolidadas**.

* Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto dos Advogados Brasileiros. Desembargador Federal do TRF-2ª Região, aposentado. Ex-Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Administrativo da UERJ. Advogado-Consultor na Área de Direito Administrativo e de Previdência Complementar.

4. Mas o **Plano** não conta, apenas, com **Regulamento**.

5. Congrega, ele, **pessoas**, que são seus **membros**, seus **partícipes**; os **patrocinadores**, os **participantes** e os **assistidos**; cada categoria com seus **direitos**, seus **interesses juridicamente tutelados**; seus **deveres**, **obrigações**, **pretensões** e **ações**.

6. Vincula-se, também, ao **Plano**, seu **patrimônio**.

7. O **patrimônio** é uma **universalidade de direito**, um **bem universal**: art. 57 do **Código Civil de 1916**; art. 91 do de 2002. Com efeito, o **patrimônio** é uma *universitas iuris*.

7.1. O **patrimônio** é constituído de **direitos** (não é o **imóvel B** que integra o **patrimônio** de A, mas o seu **direito de propriedade** sobre aquele), os **direitos patrimoniais**, **economicamente relevantes**, em princípio **pecuniariamente mensuráveis**: é ele o conjunto desses **direitos**, pertencente a **uma** pessoa ou a um **grupo** de pessoas.

7.2. O **patrimônio**, **juridicamente**, é o **ativo**, que, se há **passivo** (pode não haver), é **atingível** por esse: não é o que resta do **ativo**, deduzido o **passivo**¹. Este apenas *'ameaça diminuir'* o **patrimônio**; e só o diminui, quando há a **prestação** devida, por seu titular, ou a **execução forçada**, pelo **credor**.

7.3. Assim, o conceito de **patrimônio** é o de **conjunto** de direitos, pretensões, ações e exceções, **econômicos**, que **o formam**, e se diz **ativo**. A noção de **passivo** é a de **conjunto** de deveres, obrigações e situações passivas das ações e exceções, **econômicos**, e que **expõe o patrimônio à diminuição**. Enfim, o **patrimônio**, em sua **unidade**, que é o **ativo**, expõe-se à liquidação do eventual **passivo**.

8. É possível que uma pessoa tenha **mais de um patrimônio**, ou seja, o **patrimônio geral** e **patrimônios separados** ou **especiais**. O conjunto desses **patrimônios** é o **patrimônio global** do titular.

8.1. Quando se trata de **patrimônio geral**, entra nele tudo que passa a ter, por titular, o daquele. No tocante ao **patrimônio especial**, a entrada de um bem depende de que haja, no suporte fático, o elemento

1 PONTES, *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 3ª ed., 1970, V: 372

que, consoante a regra jurídica pertinente, produz a incidência dessa e causa aquele ingresso.

8.2. Assim, o **patrimônio separado** ou **especial, não-personificado**, tem o mesmo **titular** do **patrimônio geral**, mas se reveste de **independência** em relação a esse.

8.3. Ponto fundamental é o realçado por FRANCESCO FERRARA², ao assinalar que, para a identificação do **patrimônio separado**, além da **destinação especial, voluntária** ou **legal**, é inafastável a **especificidade** na **responsabilidade pelos débitos**: o **patrimônio separado** está exposto a um **passivo próprio**.

8.3.1. A **independência patrimonial** está ligada ao **princípio da incolumidade dos patrimônios separados**.

8.4. Não se exige, na caracterização do **patrimônio especial**, uma **administração separada**, eis que pode ser, **a mesma pessoa**, a **gestora** do **patrimônio geral** e de um, ou mais, **patrimônios especiais**.

9. Todo **patrimônio especial** tem um **fim**, que lhe dá o contorno conceitual; **fim**, esse, fixado pela **lei** ou pela **vontade**, de acordo com aquela.

9.1. Fala-se, em consequência, em **patrimônio de afetação**.

9.2. A **afetação**, ou **vinculação**, a um **fim**, a uma **atividade**, é um dado fático relacionado com instituto jurídico da maior relevância.

9.3. Diz FRANCESCO FERRARA³ que “*il patrimonio separato è un patrimonio allo scopo*”.

10. A **nova fase do Direito Previdenciário Privado Brasileiro** consagrou tese, que sempre defendemos, de que **a cada Plano de Benefícios** corresponde um **patrimônio especial**; e há o **patrimônio geral** da **EFPC**; com todas as consequências que essa configuração dúplice acarreta. O **conjunto** forma o **patrimônio global** da entidade.

11. O **art. 34, I, b**, da **Lei Complementar nº 109**, ao classificar as **entidades fechadas de previdência complementar**, ‘*de acordo com os planos que administram*’, qualifica-as como

2 ‘*di Diritto Civile Italiano*’, Atheneum, Roma, 1921, vol. I, parte I, p. 87

3 *op. e vol. cit.*

*“com **multiplano**, quando administram planos ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial”*

11.1. A tônica da legislação brasileira contemporânea é a da **indisociabilidade** do conceito de **Plano de Benefícios** e de **patrimônio** a ele **vinculado**; **patrimônio especial**, de **afetação**, **separado**, **independente** em relação a qualquer outro.

11.2. Por seu turno, a EFPC é titular de um **patrimônio geral**, **não afetado** a qualquer um dos **Planos** que opera.

11.3. A propósito, a LC nº 109/01, em seu art. 50, § 2º, após referir ‘os ativos garantidores das reservas técnicas’ dos ‘planos de benefícios’, alude às ‘demais partes não vinculadas ao ativo’ da EFPC em processo de liquidação.

11.4. Fixemos, desde logo, que, conforme antes exposto, cabe à EFPC **gerir, administrar** o **Plano**, e, em decorrência, o respectivo **patrimônio**, respeitada sempre a **natureza** de **patrimônio especial, separado, vinculado**.

12. O patrimônio especial, afetado ao Plano, é patrimônio comum.

12.1. Sobre **patrimônio comum** disserta PONTES DE MIRANDA⁴:

*“Na **comunhão de patrimônio**, ou **patrimônio comum**, o patrimônio tem por titular duas ou mais pessoas. Cada uma delas tem o seu patrimônio geral e parte indivisa no patrimônio comum. **De regra, o patrimônio comum é patrimônio especial**; pode ocorrer patrimônio comum geral (comunhão conjugal universal de bens, sociedade de todos os bens segundo o art. 1.373). **Para que haja comunhão de patrimônio, é preciso que se tenha formado de acordo com a lei**; portanto, o patrimônio comum é efeito: no plano da eficácia dos fatos jurídicos (casamento, sucessão a causa de morte, sociedade) é que tem de ser estudado.”*

O direito do cotitular do patrimônio comum [enquanto vigorar a comunhão] não é direito de crédito: não existe só entre ele e os outros comuneiros. É direito sobre o patrimônio comum, com preten-

4 *Tratado de Direito Privado*. Rio, Borsoi, V: 383 e s.

sões, ações e exceções contra os outros cotitulares (e. g. para a administração, para a liquidação e partilha). Não é direito real, posto que direitos reais possam ser elementos do patrimônio comum. O direito de titular do patrimônio individual especial não é de crédito contra si mesmo, nem direito real: é direito sobre o patrimônio especial, ainda que algum ou alguns dos seus elementos sejam direitos reais.”

13. O patrimônio especial de cada Plano é constituído por aportes de seus membros: patrocinadores, participantes ativos, e assistidos.

13.1. Esses aportes consistem em contribuições – normais e extraordinárias – desses participantes, assistidos e patrocinadores; e de outras espécies de versões patrimoniais desses.

13.2. As contribuições não são preço, não são contraprestação do futuro benefício, mas versões de recursos na formação do patrimônio especial, vinculado ao Plano, mesmo na modalidade de Plano de contribuição definida.

13.3. Por isso, trata-se de contribuição, de ‘cum + tribuere’, o prefixo a indicar a conjugação; e o radical, o aportar (historicamente, à *tribo*): *tribuere* significava, ‘dar parte’, ‘dar para o monte’.

14. Comunheiros desse patrimônio são os participantes e assistidos, que também são os destinatários dos benefícios contratados, pagos com os recursos desse patrimônio.

14.1. Os patrocinadores contribuem, sem ser, porém, beneficiários, nem comunheiros.

14.2. Como se trata de patrimônio especial, é ele independente do patrimônio geral de cada um dos comunheiros, ou de outros patrimônios especiais deles.

15. Na modalidade de Plano de benefício definido, a comunhão é a mancomunhão – em que o patrimônio comum não está partilhado.

15.1. Daí, a noção de mutualismo, de solidariedade patrimonial.

16. Na modelagem de contribuição definida, é mantida a comunhão, mas sob a forma de comunhão por quotas, pois que a partilha corresponde à discriminação de quinhões. Juridicamente, embora partilhada em quotas, é comunhão *pro indiviso*, eis que não ocorre a

divisão material, concreta; partilha-se, mas não se partem os bens objeto dos direitos que compõem o patrimônio.

17. A evolução do **Direito Previdenciário Privado** tem sido no sentido de **identificação e individualização de direitos pessoais**, de cada participante e assistido, sobre determinados valores, que serão pagos com recursos do plano, mesmo **BD**, mercê da chamada **sucessão constitutiva** ou **criativa de direitos**, em que se **desmembra**, do **direito constituinte**, o **novo direito**, o **direito constituído**.

17.1. Com efeito, a **individualização de direitos pecuniários**, de índole pessoal, no regime de **benefício definido**, em relação a cada participante, **potencializou-se** com a **nova legislação**, na medida em que identificou as **reservas individuais**, o **direito acumulado**, fazendo, do *quantum*, objeto de **direito adquirido** do participante, e ao qual ele tem acesso, para certos fins, como o da **portabilidade**.

17.2. Nesta linha, a **portabilidade**, a envolver a noção de **direito acumulado**, como prevista na nova legislação complementar (LC nº 109/01, arts. 14, II e 15, e p. único), é expressão conspícua desse **desmembramento**, correspondendo, ao **direito** *‘às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável’*.

17.2.1. A regulação do instituto veio com a **Resolução CGPC nº 06, de 30.10.03**, que lhe dedica toda a **Seção IV do Capítulo II, ‘Da Portabilidade’** (art. 15 e §§).

17.2.2. O **direito acumulado** é **direito econômico**, e, portanto, um **valor pecuniário**.

17.2.3. Por isso, o *‘Dicionário de Termos Técnicos da Previdência Complementar Fechada’*, assim define o **direito acumulado**:

“Valor a ser aportado para outro Plano de Benefícios pelo participante que optar pela portabilidade, apurado nos termos do Regulamento do Plano de Benefícios originários.”

17.3. As **migrações e transferências de participantes e reservas**; a permanente **individualização** dessas são figuras que evidenciam a tendência ora gizada.

18. Nos **planos BD**, as **contribuições** aportadas ao patrimônio de afetação perdem sua **identidade**, sua **individualidade**. Os **valores** das contribuições são, apenas, **registrados**, para o efeito de funcionar como elementos numéricos de futuros cálculos, inclusive para fins da chamada '*restituição*' e de '*resgate*'.

18.1. Nenhum **recurso**, nenhuma **parcela de patrimônio** sai, a qualquer título que seja, por qualquer causa, senão segundo o **legalmente** admitido.

18.2. É inexato afirmar-se, que as contribuições vertidas pelos participantes formariam uma espécie de **patrimônio separado**, à parte do fundo afetado ao plano; ao contrário, elas formam este próprio patrimônio.

18.3. Grife-se que, o **direito ao resgate** não é direito a uma **quota-parte do patrimônio**; mas **direito pessoal**, de **crédito**. É **direito econômico**, mas **obrigacional**.

18.4. Nesse quadro, o que se '*restitui*' ou '*resgata*' (o termo é importado do Direito Securitário) é o **valor** equivalente ao de contribuições, e não essas.

18.4.1. Esse ponto é fundamental: '*restituição*' não significa, necessariamente, o **retorno** do que foi prestado; mas pode ter o sentido de '*restabelecimento do estado ao tempo da prática do ato jurídico*⁵'; é a '*reposição no estado anterior*', a sua '*restauração*' (HOUAISS).

18.4.2. Por sua vez, '*devolução*', além do mesmo sentido de '*restituição*', também encerra o de '*transferência*' (HOUAISS; v.g. *devolução* de um direito, de uma propriedade; *devolução* de competência).

18.4.3. *Resgate* é também *extinção*, como em *resgate da hipoteca*, *resgate da servidão* (Código Civil, art. 1.388, III), *resgate da concessão*, *resgate do aforamento*. Em todos os casos, o *resgatar* é *extinguir*. *Resgatar* é *remir*.

18.4.4. Com efeito, o que se *resgata* é o **contrato previdencial privado**, como forma de **denúncia**, mediante o exercício de **direito potestativo**, **extintivo** daquele e de suas situações jurídicas. Desse exercício,

5 PONTES, *Tratado*, cit., IV: 321/322

em seu **viés constitutivo**, nasce o **direito econômico ao valor** correspondente às **contribuições**.

18.5. Aliás, observe-se, mesmo na **liquidação** desse, não há **direitos ao patrimônio**, mas somente **direitos de crédito**, com preferências e privilégios.

19. Outra característica do **patrimônio vinculado ao Plano** é a presença da **fidúcia**, decorrente de relação entre, de um lado, o **Plano** e seus **membros-contribuintes** – patrocinadores, participantes e assistidos – e, de outro, a **EFPC**, enquanto **pessoa jurídica**.

20. Como explicita PONTES⁶, *‘sempre que a transmissão [de direitos sobre bens] tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquela a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário’*.

20.1. Exemplifica:

“A transmite a C, para que C transmita a B; A transmite a B, para que B administre”.

21. A evolução do **Direito Previdenciário Privado Brasileiro** tem sido no sentido da **transferência fiduciária**, para a **EFPC**, do **patrimônio especial do Plano de Benefícios**, para fins de **administração**, de **gestão**, que, na dicção da própria legislação, são objeto da atuação dessa espécie de entidade, conforme anteriormente citado.

21.1. PONTES DE MIRANDA⁷ adita que o fenômeno é o da *‘atribuição patrimonial a que se une a fidúcia’*.

21.2. Outrossim, explana PONTES⁸ que, na formação de **patrimônio especial** constituído por **contribuições**, coletadas, pode a **propriedade** – em sentido lato – passar para o **fiduciário**, caracterizando-se o **patrimônio especial fiduciário**.

21.3. A configuração da **transmissão com fidúcia**, para fins de **administração**, justifica-se pela **facilidade na gestão**.

6 *Tratado cit.*, III: 146 e s.

7 *Tratado cit.*, III: 149.

8 *op. cit.*, I: 520 e s.

21.4. Os institutos da **fidúcia**, da **transmissão fiduciária**, inclusive dos **patrimônios de afetação**, são de grande atualidade e utilidade no **Direito Contemporâneo**, porquanto atendem a diferentes **finalidades**, especialmente a de **administração**; sendo que cada espécie tem sua configuração própria, que se formata em função do **fim**, cuja consecução se busca.

21.4.1. No **Direito Comparado**, como analisa MELHIM NAMED CHALUB⁹, temos o **contrato de fidúcia francês**; os **fundos de investimento italianos**; o **fideicomisso da América Espanhola** (México, Argentina, Chile, Colômbia, Porto Rico, Panamá).

21.4.2. No **Brasil**, temos tido o vetusto **fideicomisso sucessório**; a **alienação fiduciária em garantia**; a **propriedade fiduciária civil**; a **propriedade fiduciária nos fundos de investimento**; a **fidúcia no processo de securitização de créditos**; a **cessão fiduciária de crédito em garantia**.

O convênio de adesão: sua natureza jurídica

1. **Patrocinador originário** é aquele que cria a EFPC e participa do processo de **implantação** de seu **estatuto** (art. 5º, § 1º, I, b, da **Resolução CGPC nº 08, de 19.02.2004**) e do **regulamento** de seu primeiro **plano de benefícios** (art. 5º, § 1º, V, d): é o **patrocinador da entidade** (dicção da primeira disposição citada) e de seu **plano de benefícios** (dicção do segundo dispositivo indicado).

1.1. Posição similar tem o **instituidor da entidade** (art. 5º, § 1º, I, b, cit.) e do **plano dos benefícios** (art. 5º, § 1º, V, d, cit.).

1.2. A **formalização da vinculação**, a cada plano dá-se por meio da celebração do que a lei denomina de **convênio de adesão: LC 109/01, art. 13**.

2. Os **patrocinadores e instituidores ulteriores** são aqueles que aderem à **entidade** e ao **plano** já operativo.

2.1. Participam, quer aqueles **originários**, quer os **ulteriores**, de **alterações estatutárias e regulamentares** posteriores à sua adesão (**Resolução CGPC 08/04, art. 5º, II, d; e VI, f**).

9 'Trust', Rio, Renovar, 2001.

3. Os **convênios de adesão**, e suas **alterações**, carecem de **aprovação pelo órgão fiscalizador** (art. 5º, III e IV).

4. Temos que o **convênio de adesão** é um **negócio jurídico de parceria**; de caráter **complexo** ou **misto**, com **elementos típicos de modelos negociais** contemplados por lei e **elementos atípicos**.

5. Fundamental é a **causa negocial**, a *que título* é celebrado o **negócio jurídico**: a **razão imediata das vontades declaradas**; quer da EFPC, que, por meio do **regulamento**, oferece, a empresas ou outras entidades, o **negócio jurídico**; quer dessas, na **adesão à proposta negocial**, contida no **Regulamento**.

5.1. No **negócio jurídico parciário**, avulta a **causa associativa**, de **cooperação**; não se tratando, pois, de **negócio jurídico de colaboração**, como o de **prestação de serviços** (pelo menos, no tocante às EFPC's ortodoxas); nem de **atribuição** ou de **disposição**.

6. Outrossim, é **negócio jurídico plurilateral**, mesmo quando com **duas partes**: **bilateral** ou **multilateral** na formação de seu **substrato jurígeno**, é **eficacialmente multilateral**.

6.1. Encontra-se, na essência dessa espécie, a existência de um **fim comum**; sendo que há **comunhão de finalidade**, e não **contraposição de interesses**, como nos **atos eficazmente bilaterais**.

6.2. Há uma **coatuação das partes**, objetivando a **concretização do plano de benefícios**.

6.3. Cumpre anotar que a própria EFPC, que pode, ou não ser **patrocinadora** de seus **planos**; no caso afirmativo, há de formalizar **convênio de adesão** ao mesmo; assumindo, perante ele, uma nova **posição jurídica**; pelo que celebra, **via plano**, um verdadeiro **negócio jurídico consigo mesmo**.

7. Como **negócio jurídico misto**, conjugado com o aspecto **convenial**, propriamente dito, situa-se o **contratual**, igualmente de índole **plurilateral**, ainda que apenas com **duas partes**.

7.1. Nesta parte, temos o **contrato de parceria**, **contrato plurilateral**, **associativo**.

8. O **contrato** é, na espécie, **plurilateral**, porque ambas as partes **prestam**; e não uma **presta**, e a outra **contrapresta**.

8.1. A propósito, a **parceria previdencial privada** contempla '*cláusulas referentes aos direitos e obrigações do patrocinador ou instituidor e da entidade fechada de previdência complementar*' (Resolução CGPC 08/04, art. 3º, III); basicamente **encargos** dotados de **exigibilidade** e **efetividade**, não *de uma parte em face da outra*, mas *de cada uma* com o **plano de benefícios**: a **EFPC**, **executando-o**, **administrando-o**; e a **aderente**, cumprindo suas **obrigações**, para com aquele; ambas as partes, com **direitos correlatos**, referenciados ao **plano**, e à sua **massa destinatária**.

9. Reitere-se ser inerente à **parceria** o **caráter associativo**.

9.1. Define PONTES DE MIRANDA¹⁰:

"Associação em sentido lato, é a organização estável de duas ou mais pessoas para se conseguir fim comum."

9.1.1. Complementa:

*"O que liga todas as espécies é o fato de **estabilidade**, razão por que a simples 'reunião', transitória e instável, como é, não se pode ter como associação."*

9.2. Os **parceiros**, no **contrato associativo**, são movidos pelo elemento subjetivo da *affectio* e, podemos dizer, *societatis*, embora não haja personificação institucional.

9.3. Desse modo, a **causa associativa**, de **cooperação**, avulta no que se chama de **contrato de parceria**.

10. Aprofundemos a distinção entre os **contratos de colaboração** e os de **cooperação**.

10.1. Nos **contratos de colaboração**, em qualquer ramo jurídico, uma das partes, embora recebendo a **contraprestação** remuneratória devida, tem a **prestação**, que lhe cabe, direcionada, **finalisticamente**, para a consecução dos interesses da contraparte, que são prevaletentes.

10.1.1. Etimológica e semanticamente, **colaborar** tem o sentido de **trabalhar para outrem, ajudar, auxiliar**. **Juridicamente**, a noção é a de **atuar** em favor de interesse alheio. Daí, o conceito de **descen-**

¹⁰ *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 3ª ed., 1984, XLIX: 28.

tralização por colaboração, em que se inscrevem os **colaboradores da Administração Pública**, dentre os quais, os **contratados**, nos referidos **contratos de fornecimento, obras, serviços, concessões e permissões**.

10.1.2. É classe contratual existente, por exemplo, no **Direito Civil**, albergando a **empreitada, o mandato, a prestação de serviços**; no **Direito Comercial**, o **contrato de compra e venda por fornecimento**; no **Direito Social**, o **contrato individual de trabalho**.

10.2. Já, por seu turno, **cooperar, juridicamente**, tem, diferentemente de **colaborar**, o sentido de **coatuação** em pé de igualdade; e, daí, a figura do **associado**. Na hipótese, ao invés de **contratante e contratado**, temos **cocontratantes**. No particular, trata-se de **associação não-personificada**, resultante de **negócio jurídico**; não constitui uma **entidade**, mas uma **relação jurídica**. A figura do **convênio**, no **Direito Administrativo**, é um exemplo expressivo.

11. Na **parceria**, com a EFPC, tudo aquilo que o **patrocinador** faz, como sua denominação indica, é a **título de patrocínio**, ou seja, de **suporte**, de **amparo**, de **auxílio**, **proteção**, de **apoio financeiro**, de **custeio**, ainda que **parcial do plano**; o que dá sentido a seus **aportes contributivos**.

11.1. Do latim **patrocinus**, **proteção**, em *Roma*, dos **patricios** ao **plebeus**; cognata com **patronus**, **protetor dos plebeus**; já decorria, em latim, ser o **patrono**, o **protetor**, o **defensor**. Aliás, é, neste sentido, que o **patrocinador** tem, de acordo com o disposto no **art. 41, § 2º, da LC 109/01**, '*a responsabilidade pela supervisão sistemática das atividades das suas respectivas entidades fechadas*'.

11.2. Como em outros, também no campo da **Previdência Complementar Fechada**, o **patrocinador** é movido por vários **motivos**, tais como de **política de recursos humanos, fiscais**, de **aumento de produtividade**, a par é claro, de outros, ligados à sua **responsabilidade social**. Mas esses são **motivos extrajurídicos**, que não integram o **substrato jurígeno do ato de patrocínio**, pois que, **juridicamente**, o que tem relevância é a **causa**, ou seja, a **função** que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de **ato jurídico**; *a que título* é esse praticado e foi a vontade jurígena expressada.

11.3. Na espécie, a **causa** se vincula à condição de **parceiro** com a EFPC, para, dentro dos **limites legais e negociais**, dentre outros aspectos, **custear o plano**.

11.4. Nessa moldura, a **adesão**, a esse, pelo **patrocinador**, difere daquela do **participante**, que o faz para ser **destinatário e comantenedor**; enquanto o primeiro, para ser apenas **mantenedor**, designação empregada, nos albores da **Previdência Complementar Fechada**, em nosso País, anteriormente ao advento da **Lei 6.435/77**.

11.5. Não se cuida, pois, renove-se, de **contrato de prestação de serviços**.

12. Sendo **contrato plurilateral**, permite ele a participação de mais de duas pessoas, afigurando-se cada uma delas, titular de obrigações e direitos, não uma em relação às outras, mas perante o polo comum de convergência; e que pode ser, ou não, uma pessoa jurídica.

12.1. No **Direito Previdenciário Complementar**, esse polo é o **plano**.

O contrato de benefícios

1. O **regramento interno** de uma EFPC, envolve seu **Estatuto**, os **Regulamentos dos Planos**, e **atos regimentais**.

1.1. A regulação administrativa contida na **Resolução CGPC nº 08, de 19.02.04**, estabelece que *'o estatuto não deverá dispor sobre matéria específica de regulamento de plano de benefícios'* (art. 2º, § 2º) e que *'o regulamento de plano de benefícios não deverá dispor sobre matéria estatutária (...) e outras matérias não relacionadas a plano de benefício'* (art. 4º, § 3º).

1.2. Mas a Constituição Federal, em seu **art. 202, § 2º**, emprega a locução *'os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada'*.

1.3. Daí, a **matéria contratual** está em seus vários instrumentos; **Estatuto, Regulamento do Plano**, e outros **atos regimentais**.

2. O **Plano** não se confunde com seu **Regulamento**, ao qual não se limita, pois que aquele tem nesse um de seus **elementos**, ao lado de seu **patrimônio** e de seus **partícipes**.

2.1. O Regulamento do Plano de Benefícios, assim como o **Estatuto de uma EFPC**, não faz parte do **ordenamento jurídico**, do **Direito Positivo**: são, diversamente, **negócios jurídicos unilaterais**, ainda que **atos jurídicos colegiados** (produto da deliberação de órgãos coletivos) e **complexos** (a aprovação pelo **Órgão Fiscalizador** é **ato integrativo do substrato jurígeno** do referido **negócio**).

3. É inegável, a esta altura do desenvolvimento do **Direito da Previdência Privada**, a existência do **contrato previdenciário privado**, do **contrato de benefício**, criador da **situação jurídica subjetivada do participante** e de seus **beneficiários**.

3.1. A identificação da natureza contratual, do **inter-relacionamento** em pauta, é **fiel à natureza da situação jurídica dos participantes e assistidos**, e, por isso, veio a ser **constitucionalmente consagrado** pela **Emenda nº 20/98**.

3.2. Com efeito, ao **alterar a CF**, explicitou ela que as **condições** contidas, nos **estatutos, regulamentos e planos de benefícios das EFPC's**, são de índole **contratual** (**art. 202, caput, e § 2º**), inclusive quanto ao **benefício** (que integra a **remuneração do participante assistido**) e as **contribuições do empregador**, que não compõem, é certo, o **contrato de trabalho**, mas fazem parte do **conjunto negocial de previdência privada**.

3.3. Na cabeça do **art. 202**, a Carta Política Nacional alude a **'benefício contratado'**; e, no respectivo **§ 2º**, a **'condições contratuais'**.

3.4. Falando em **'benefício contratado'** e em **'condições contratuais'**, a **CF**, na sua nova versão, evidencia que, desde a **inscrição**, no **Plano**, há **contrato**, com as denotações do **direito adquirido** e do **ato jurídico perfeito**, conforme analisaremos adiante.

4. Na vinculação **EFPC-participante**, há, primeiramente, **oferta, proposta de contrato**, nos termos **estatutários e regulamentares**.

4.1. Aliás, observe-se que a **Constituição** reconhece que as **'condições contratuais'** estão contidas **'nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada'** (**CF, art. 202, § 2º, cit.**). Nota-se que, não apenas os **diplomas regulamentares**, mas também os **estatutários** contêm **cláusulas contratuais**.

Outrossim, grife-se que a **CF** menciona, individualizadamente, '*regulamentos*' e '*planos*'.

4.2. A propósito de **direitos e obrigações**, constantes de **diplomas estatutários**, cite-se cláusula que o eminente e saudoso Atuário Professor RIO NOGUEIRA não deixava de inserir em todos os diplomas estatutários que formulava.

4.2.1. Estabelece, a cláusula da espécie, a **garantia**, que o **Patrocinador** que tivesse sua **inscrição** cancelada, inclusive em razão de requerimento seu; garantia, essa, objeto de obrigação, de prestação ao **Plano**, de recolhimento, em favor deste, de **valores e fundos**, que assegurassem os direitos pecuniários dos participantes e assistidos.

5. Trata-se da espécie do gênero *oferta a uma massa*, ao conjunto, no caso **fechado**, de **empregados** de uma **empresa**, de uma **entidade**, ou de um **conjunto de empresas** ou **entidades**.

5.1. Dirige-se a **todos** do **conjunto**, mas, ao contrário de outras **ofertas** do gênero, nas quais apenas *unus ex publico* pode aceitar, já, nesta hipótese, **todos**; ou melhor, **cada um pode** fazê-lo.

6. A **declaração de vontade**, do interessado, de **admissão**, de **inscrição**, traduz a **aceitação** das **condições contratuais**, **estatutárias**, e **regulamentares**, e das outras **fontes** já referidas; selando o **contrato** e **subjetivando a situação jurídica** como **participante**.

6.1. Há **sucessividade** nas **duas expressões de vontade**, mas a segunda **bilateraliza** o que, até então, era **unilateral**.

6.1.1. O **ato jurídico bilateral** é a **fusão** de dois **atos unilaterais**.

7. Está-se na área dos **contratos de adesão**, que supõem **oferta** a um **conjunto de pessoas**, cada uma delas **aceitando**, em cada caso, o que foi **oferta a todos**, ou, mais exatamente, reste-se **a cada um**¹¹.

7.1. Não há simples '*invitatio ad offerendum*', '*convite para a oferta*', mas '*oferta mesmo*'.

11 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 3ª ed., XXXVIII:34.

7.2. A **vinculação** é logo o **primeiro efeito** do negócio jurídico que se concluiu, o que se dá através da ocorrência do **consenso**, *in casu*, pela formalização, pela **patrocinadora**, do **convênio de adesão**; e requerimento de admissão como **participante**. Já tem lugar, em consequência, o nascimento do **direito subjetivo** e do **dever jurídico**, que defluem, automaticamente, da **vinculação**.¹²

7.3. Todas as citadas **fontes de obrigações** já **autovinculam**, desde logo, **instituidores**, **patrocinadores** e **entidades**, para, a seguir, integrarem, com a **aceitação** do **participante**, o **conteúdo do contrato de previdência privada**, em que figura, em um dos polos, o **participante**.

7.4. Os **ofertantes vinculam-se por sua oferta e à sua oferta**. Com a **aceitação**, têm lugar duas **declarações de vontade**, que produzem, por si sós, **atos jurídicos interintegrativos**¹².

7.4.1. A **oferta** já é **negócio jurídico, unilateral**, que se destina à composição de **negócio jurídico bilateral**; o qual se constituirá com a **aceitação**, também **negócio jurídico**, a partir do exercício de **direito potestativo gerador**, do **destinatário** da proposta. Por isso é que são **negócios jurídicos interintegrativos**.

7.4.2. Tem, a **oferta**, caráter **vinculativo**, e, enquanto não é providenciado, eficientemente, para que a mesma não mais seja cognoscível, a sua **aceitação** vincula.

8. O **efeito vinculativo do contrato de previdência privada** é básico.

8.1. Com a **conclusão (ultimação, aperfeiçoamento)** do **negócio jurídico unilateral, bilateral, ou plurilateral**, dá-se o advento da **vinculação**, traduzida na **irrevogabilidade**, na **intangibilidade**, do que é **direito subjetivo e dever jurídico**.

8.2. Apesar de tratar-se de **contrato de adesão** – de **tipo ou padrão** –, ainda assim se trata de **contrato**, o que extrema, radicalmente, a situação em tela da de índole **objetiva**, dita, também, **estatutária**: no **contrato de adesão**, a **situação jurídica dos contratantes** é **subjetiva**, criada por **negócio jurídico bilateral** (mesmo resultante de duas expressões volitivas sucessivas), sejam as **cláusulas** respec-

12 PONTES, *op. cit.*, III: 26/27.

tivas estabelecidas por **normas jurídicas**, que, ocorrido o **fato gerador**, se torna **subjativador**, **conteúdo do ato jurídico subjetivo**; sejam aquelas estipuladas livremente pelo **ofertante**, com a **adesão do cocontratante**.

8.3. Cumpre enfatizar que o **continente das condições contratuais**, na segunda hipótese, não são **regras de direito**, mas conteúdo da **proposta**, que formado o **contrato**, se fazem **cláusulas** do mesmo.

8.4. Mister faz-se ressaltar que a noção de **contrato de adesão** está ligada à fase de **formação da bilateralidade** do negócio jurídico, e não aos **efeitos**; porquanto é ele, como qualquer contrato, **ato jurídico perfeito, vinculativo das partes**, e **gerador de direitos subjetivos adquiridos**.

8.5. Existem, porém, peculiaridades quanto à **proteção do aderente**, o qual, na ótica do **Direito Social**, é a parte mais fraca.

8.5.1. Nessa moldura, há regras específicas de **interpretação, favoráveis ao aderente**: arts. 423 e 424 do Código Civil de 2002; art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor.

8.5.2. Esse aspecto é de suma importância para o campo da **Previdência Complementar** – inclusive no caso ora em estudo –; porquanto os **participantes dos Planos de Benefícios**, segundo o enunciado da **Súmula nº 321 do Superior Tribunal de Justiça**, é considerado **consumidor**, com direitos e garantias do **CDC**.

9. É certo que, **constituído o vínculo contratual**, não poderá haver, para o **contrato já celebrado**, atingimento por **modificações normativas, legais ou regulamentares**; nem **negociais, unilaterais**, por **uma das partes**.

10. No tocante aos **beneficiários**, a **vinculação** se dá pela figura da **estipulação em favor de terceiro**, também de índole **contratual** (art. 436 a 438 do Código Civil).

11. Identificado o referido **conjunto de atos subjativadores de direitos e obrigações**, a desembocar no **contrato de previdência privada**; caracterizadas as **situações subjetivas** em jogo, inclusive a da **patrocinadora**, fica fácil tirar as ilações consequentes.

12. Pelo contrato de previdência complementar fechada, a EFPC fica obrigada a segurar, a suportar o risco de arcar com as prestações correspondentes aos benefícios prometidos.

12.1. No inter-relacionamento **participante-EFPC, via Plano**, o primeiro é **destinatário da gestão do patrimônio fiduciariamente entregue à administração** da entidade; encontrando-nos, no âmbito do **contrato de previdência privada**, em sede do **Direito das Obrigações, das relações jurídicas fechadas de crédito e de débito. Obrigação** em sentido estrito, ou seja, a relação jurídica de que decorre para uma pessoa, o *'debitor'*, poderem vir a ser exigidas pela outra, o *'creditor'*, as **prestações** devidas.

13. Em face da **proposta de contrato de adesão, do contrato-padrão**, ofertado pela EFPC, nos termos do **art. 16 da LC 109/01**, formaliza-se, mediante a manifestação de vontade de inscrição no **Plano**, a conclusão do **negócio jurídico previdenciário**.

13.1. A inscrição no **Plano** é o fato criador da **situação jurídica previdencial básica do participante**, porque surge uma **situação jurídica subjetiva consolidada**.

14. A legislação em comento dá idêntico tratamento, como **destinatários da oferta de contrato**, aos **empregados dos patrocinadores, aos associados dos instituidores**, e aos **servidores da 'União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios'** (LC 109/01, arts. 12, 13 e 31).

14.1. Também são **destinatários os associados (membros)** de *'pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial'*, que são aquelas que podem ser **instituidoras**.

14.1.1. A **Resolução CGPC nº 12, de 17.09.02**, que regulou a matéria, dispõe em seu **art. 2º, parágrafo único**, que podem ser **instituidores**: *'I – os conselhos profissionais e entidades de classe nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; II – os sindicatos, as centrais sindicais e as respectivas federações e confederações; III – as cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas; IV – as associações profissionais, legalmente constituídas; V – outras pessoas jurídicas de caráter profissional, clas-*

sista ou setorial, não previstas nos incisos anteriores, desde que autorizadas pelo órgão fiscalizador.”

14.2. Estão, igualmente, abrangidos, no conjunto de **destinatários**, por força do disposto no § 1º do art. 16, ‘*os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo efetivo, e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores*’.

14.3. É esse o círculo de pessoas que devem ter ciência da **oferta**, da **proposta de contrato**, e podem **aceitá-la**. Caracteriza-se a **aceitabilidade vinculante**.

A situação jurídica dos participantes

1. Com a **celebração do contrato previdencial privado**, nasce um conjunto de **direitos potestativos constitutivos**; alguns já **consumados, exercitáveis**; como o de formalização de certas **opções imediatas**, quando da própria **inscrição** como **participante**; outros também **atuais**, mas ainda **não consumados, não exercitáveis**, sujeitos a **termos iniciais** e a **pressupostos de exercício**.

2. Dentre esses últimos, está o próprio **direito potestativo à constituição da situação de assistido**.

3. A **elegibilidade**, a situação de **participante elegível** decore do advento de **termos** e do **implemento de pressupostos**, pelo que **se consuma o direito potestativo já antes adquirido**, de **opção** entre: (a) tornar-se **assistido**; (b) efetuar o **resgate**; (c) valer-se da **portabilidade**.

3.1. Se exercida a **opção** por (a), dá-se a **constituição do direito formado, adquirido, consumado ao benefício**, na **situação jurídica de assistido**.

3.2. A **opção** exerce-se pelo chamado **requerimento de concessão do benefício**; essa, não no sentido de **outorga**, mas de **ato declaratório da existência e da consumação do direito exercitável**, e, já agora, **exercitado**; para início do correspondente pagamento.

4. Tornando-se **assistido**, o **participante** faz-se **titular** de uma **nova situação jurídica subjetivada, consolidada**, constituída de **direitos adquiridos em fruição**, atendidos, pela EFPC, via **Plano**, por meio de **prestações pecuniárias**.

4.1. Há, os **benefícios de prestação única**, como os **abonos**; e os de **prestação continuada**, como aqueles **por tempo de contribuição, por idade, por invalidez**.

5. O **contrato previdencial privado** é de **duração permanente**; de **eficácia duradoura**; e de **trato sucessivo**, na fase de **adimplemento das obrigações**.

5.1. Consumada a **opção pelo benefício**, o **participante ativo** '*entra em gozo de benefício*', passa à sua **fruição**, a partir da data em que o **benefício é devido**, seguindo-se a **data de início do pagamento** do mesmo, que pode ser referenciada à de algum **fato**, ou à do **requerimento do benefício**.

5.2. Tem-se, já, então, **direito atual consumado, exercitado**, e em **gozo, em manutenção**.

6. Esse direito é um **direito unitário**, que corresponde a uma **unidade obrigacional** da EFPC, **por meio do Plano**; mas, também, a uma **multiplicidade de prestações**; ficando, as **prestações futuras**, com sua **exigibilidade sustida**, no aguardo do **advento do termo** correspondente.

7. Focalizemos, agora, o **direito**, e sua **exigibilidade e poder de efetivação**, a cada **prestação**, a cada **mensalidade** correspondente ao **benefício**, ao qual, *ab ovo*, já tinha **direito o participante ou assistido**, e que já está, portanto, munido da **pretensão e ação** respectivas.

7.1. O **direito à cobertura** e ao **benefício** é da espécie de **direito unitário**, a abranger o **benefício** em si mesmo, cujo conteúdo são as **prestações periódicas**. É direito "que se irradia de uma vez e permanentemente", produzindo, quando da caracterização da **elegibilidade**, a **pretensão (exigibilidade)** e a **ação (poder de efetivação)** ao **benefício** e às **prestações periódicas**. Essas **pretensões e ações** é que ficam com seu **exercício sustido, represado**, e que se liberam, à medida **que se vão vencendo** as **prestações**. Daí, a **pretensão** e a **ação**, **referentemente ao benefício**, poderem ser tidas como **não prescritíveis**, e já aquelas para haver as **prestações periódicas**, sim, eis que as **exigibilidades** correspondentes, que é aquilo que a **prescrição** encobre (não há **caducidade do direito**), têm os *diei* **iniciais**, para seu exercício, **em momentos diversos**.

7.2. Nesta linha, em relação a cada prestação, o crédito é a termo, pois exigibilidade e acionabilidade ficam com seu exercício diferido para o *dies* correspondente; para quando se dá o advento do termo mensal.

7.3. O art. 21 da minuta do decreto regulador enuncia que o direito ao benefício não prescreve: prescreve em cinco anos, 'o direito às correspondentes prestações mensais não pagas'; exatamente, pela diferença de momentos iniciais de exercício das pretensões e ações.

7.3.1. Ora, o que prescreve não é o direito - unitário, conforme salientado -, mas a pretensão (exigibilidade) e a ação (poder de efetivação) referentes a cada uma das prestações.

7.4. O direito ao benefício é, repetimos, unitário, desdobrando-se em pretensões múltiplas: a referente à própria elegibilidade ao benefício; e aquelas relativas a cada uma das prestações.

7.4.1. Não se trata, pois de créditos futuros, mas de pretensões meramente diferidas, todas sob o manto da garantia do direito subjetivo adquirido, mesmo na concepção, literalmente restritiva do art. 68, § 1º, da LC nº 109/01, segundo o qual, pelo menos "quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano", é certo que

"os benefícios serão considerados direito adquirido do participante"

7.4.2. Ora, o benefício tem seu conteúdo jurídico-econômico; e este tem como núcleo as prestações, que se vão vencendo; e o vencimento é que é antecipado, em razão da liquidação.

7.5. O contrato de previdência complementar fechada é de duração permanente e de execução imediata quanto a suportação do risco; e de trato sucessivo, com início de execução diferida, quanto ao adimplemento das prestações. Cada prestação periódica, singular, não é objeto de uma obrigação distinta: "a obrigação é única; fracionam-se as prestações"¹³.

7.5.1. A questão é, portanto, temporal, de diferimento, isto é, de vencimento após determinado prazo, em certos *diei*, o que enseja o

13 ORLANDO GOMES, *Contratos*, Rio, Forense, 1959, p. 94.

vencimento antecipado, em razão da **decretação da liquidação extrajudicial**; e não de **deferimento**, no sentido em que o **Código Civil** emprega o vocábulo em seu **art. 74, parágrafo único**, ao conceituar o **direito deferido**, como **direito futuro**. Ao contrário, o **direito ao benefício**, mesmo para os **participantes não-elegíveis**; e às **prestações correspondentes**, para os **elegíveis e não-elegíveis**, e para os **assistidos**, são **direito-unitário atual**, isto é, “completamente adquirido” (CC, inciso III do mesmo art. 74): o que é **diferido**, mas também já **certo**, eis que apenas submetido a **momentos sucessivos de início de exercício**, é o conjunto das **pretensões e ações**.

7.5.2. Nem pode deixar de assim ser, porque o **direito unitário** já **nasce** com a celebração do **contrato**: o que é **diferido** é sua **execução**, seja pelo **diferimento** do momento a partir do qual pode ser exigida a **execução do contrato**, isto é, pode passar a ser exigida a primeira prestação; com fixação dos *diei* em que pode ser formulada a **exigência** (aqui, *dies interpellat pro homine*) de **execução contratual** das demais **prestações sucessivas**, ou seja, que se vão **vencendo periodicamente**.

7.5.3. As diferenças entre o **regime jurídico dos contratos de execução imediata** e os de **execução diferida**; de **execução instantânea**, **parcelada** e de **trato sucessivo** ou de **duração**, não dizem respeito, nem tal poderia ocorrer, ao **momento de aquisição do direito**. Tais diferenças são de outra índole e não concernem ao presente trabalho.

7.5.3.1. Aliás, quanto à **cobertura do risco**, o **contrato previdenciário** em tela é de **execução imediata e permanente**, isto é, de **prestação única**, contínua.