

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDO DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ricardo Ehrensperger Ramos

REFLEXÕES ACERCA DA CONTRATUALIDADE
DAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICIPANTES
E ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Porto Alegre

2012

Ricardo Ehrensperger Ramos

REFLEXÕES ACERCA DA CONTRATUALIDADE
DAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICIPANTES
E ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Orientadora: Professora Doutora Véra Maria Jacob de Fradera

Porto Alegre

2012

Ricardo Ehrensperger Ramos

REFLEXÕES ACERCA DA CONTRATUALIDADE
DAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICIPANTES
E ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
a obtenção do grau de Mestre em Direito

Aprovação: ___ / ___ / 2012

BANCA EXAMINADORA

Professor(a) Doutor(a)

Professor(a) Doutor(a)

Professor(a) Doutor(a)

Porto Alegre

2012

Dedico esta Dissertação aos professores que se esmeram
para fazer da universidade pública e gratuita
um espaço de excelência acadêmica.

Agradeço à minha família: ao meu pai, exemplo para a vida,
à minha mãe, sempre uma palavra de estímulo,
à minha irmã, a primeira professora,
e meus queridos tios e avós (*in memoriam*).

Agradeço também à minha segunda família: sogros, cunhados e amigos,
sempre expandindo e contrapondo nossas concepções iniciais.

Minha gratidão ainda à minha orientadora, Prof^a Dr^a Véra Fradera.
E agradeço especialmente à Carla, minha incondicional companheira,
confortando-me, incentivando-me e complementando-me.
Iniciar e terminar esta jornada passa necessariamente por ela.

RESUMO

O objetivo da presente dissertação é analisar os fundamentos dogmáticos das relações jurídicas de previdência complementar fechada, sob a perspectiva do direito civil, empregando metodologia de pesquisa doutrinária. Apresentado seu atual contexto sociojurídico, é decomposta a natureza do vínculo jurídico estabelecido entre participantes e fundos de pensão, questionando-se seu usual enquadramento contratual, para após apresentar o associativismo e a não lucratividade como suas características fundamentais, e depois chegar-se à sua conceituação como negócio jurídico institucional e associativo, privado, de administração colegiada, sem intuito lucrativo para o fundo de pensão, mas, ainda assim, onerosa para os participantes. Na parte final da dissertação, é estruturada obrigacionalmente a relação de previdência complementar fechada, considerados seus aspectos dinâmicos, complexos e duradouros. Assim, aplica-se a concepção de obrigação como processo para melhor destacar os elementos constitutivos da relação: seus sujeitos, o duplo objeto almejado e o solidário vínculo havido entre as partes – aí se distinguindo três acepções dadas ao polissêmico termo *solidariedade*. Conclui-se, portanto, que a relação tem como marcas indeléveis o associativismo e a não lucratividade, de modo que a visão civilista a seu respeito explicita os deveres de prestação e de proteção que envolvem as partes, evidenciando, ao mesmo tempo, os principais riscos para uma gestão previdenciária com equilíbrio financeiro e atuarial.

Palavras-chave: Entidade fechada de previdência complementar. Relação jurídica. Participante. Personalidade jurídica. Associação. Contratualidade. Negócio jurídico. Vínculo. Deveres de prestação e de proteção.

ABSTRACT

The current paper aims at analyzing the dogmatic foundation of the legal relationships in pension funds, under the civil law perspective, by using the doctrine research methodology. After presenting its current social and legal context, the nature of the civilistic legal bond established between participants and pension funds is widely discussed, questioning its usual contractual qualification, in order to later present its fundamental characteristics: associativism and non profitability. Later, it is conceptualized as an institutional and associative legal transaction, which is private, of collegiate management, non profitable for the pension fund, yet onerous to the participants. At the end of the paper, the legal relationship of pension funds is structurally presented as an obligation, considering its dynamic, complex and long-lasting aspects. The conception of obligation is applied as a procedure to highlight the elements of the relationship: subjects, aimed dual object and the relationship of solidarity between the parties (taking into consideration three distinct meanings of the word *solidarity*). Therefore, associativism and non profitability are unarguably the main characteristics of the relationship. As per the civil law perspective in this regard, the duties of provision and protection of the parties are made evident, inasmuch as the main risks of a pension management with financial and actuarial balance.

Keywords: Pension fund. Legal relationship. Participant. Legal Entity. Association. Contractuality. Legal transaction. Entailment. Duty of provision and protection.

“A previdência, que implica fazer coisas desagradáveis agora em favor de coisas agradáveis no futuro é uma das características essenciais do desenvolvimento mental. Uma vez que a previdência é difícil e exige controle de impulsos, os moralistas acentuam a sua necessidade, e dão mais ênfase à virtude do sacrifício presente do que às excelências da recompensa subsequente. Devemos agir corretamente porque é certo agir assim, e não para ganhar o céu. Devemos poupar porque todas as pessoas sensatas assim o fazem, e não porque possamos acumular uma renda que nos permita gozar a vida.”

Bertrand Russel, A autoridade e o indivíduo

“Assim que conseguiram uma pequena mesa e se sentaram, Etienne apoderou-se de Levaque para lhe explicar o seu plano de uma caixa de previdência. Tinha a obstinação dos neófitos que se outorgam uma missão.”

Émile Zola, Germinal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONCEITUAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA	22
1.1 PANORAMA ATUAL DOS FUNDOS DE PENSÃO	23
1.1.1 Relevância do tema e contexto jurídico-social	24
1.1.2 As teses contratualistas de conceituação da relação	36
1.2 NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE PARTICIPANTES E FUNDOS DE PENSÃO	45
1.2.1 Características fundamentais do negócio jurídico	46
1.2.1.1 Associativismo	48
1.2.1.2 Não lucratividade	60
1.2.2 Superação da concepção contratual	65
1.2.2.1 Inadstrição da adesão aos contratos	66
1.2.2.2 Consideração do texto constitucional	75
1.2.2.3 A força interpretativa e integradora do negócio jurídico	81
2 A DINÂMICA OBRIGACIONAL DA RELAÇÃO JURÍDICA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA	88
2.1 APLICAÇÃO DO CONCEITO DE OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO	90
2.1.1 A complexa e duradoura relação previdenciária	93
2.1.2 Custeio enquanto condição para a concessão do benefício	100
2.2 ESTRUTURA OBRIGACIONAL DA RELAÇÃO	110
2.2.1 Participantes e fundos de pensão enquanto sujeitos	112
2.2.2 O duplo objeto almejado pelo participante	116
2.2.3 O solidário vínculo previdenciário e suas distintas acepções	122
2.2.3.1 A sociológica solidariedade social	127
2.2.3.2 Solidariedade como concorrência para o adimplemento da obrigação	133
2.2.3.3 Desdobramentos previdenciários da solidariedade	138
CONCLUSÃO	145
REFERÊNCIAS	152

INTRODUÇÃO

Partindo-se da análise dos direitos e deveres que são rigidamente estabelecidos na legislação vigente e nos estatutos e regulamentos de cada fundo de pensão¹, o objetivo do presente trabalho é analisar sua especial normatização sob a perspectiva do direito civil. Por este viés pretende-se qualificar a relação jurídica² de previdência complementar fechada³, utilizando-se do direito obrigacional⁴ para delinear os compromissos assumidos pelas partes.

Confrontando-se com a lógica previdenciária, atuarial e econômica, não se pretende contradizê-las, para garantia de seu equilíbrio geral, de modo que este estudo busca averiguar até que ponto o direito privado oferece respostas que considerem as exigências metaindividuais de solvência e de equilíbrio financeiro de longo prazo, típicas do âmbito previdenciário.

A vinculação obrigacional que se estabelece entre as entidades fechadas de previdência complementar e os seus respectivos participantes deve receber a qualificação e o regramento do direito civil, uma vez estabelecida entre privados⁵,

¹ No nosso ordenamento jurídico, as entidades fechadas de previdência complementar vêm sendo sinonimicamente chamadas de fundos de pensão, expressão coloquial mais empregada para a sua referência, como em PULINO, Daniel. *Regime de previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 21.

² A relação jurídica é “a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Tomo I. p. 117-119), definição que pela sua objetividade e amplitude, permite melhor abarcar nosso objeto de pesquisa, ainda que haja na doutrina restrições à expressão. Nesse aspecto, inclusive, a utilização de conceitos, tanto civis quanto previdenciários, busca mostrar generalidades e consensos, sem ser nossa finalidade principal a sua crítica, preocupando-se mais em promover uma recuperação dogmática no que pertine ao tema.

³ As entidades fechadas de previdência complementar são aquelas acessíveis exclusivamente aos empregados das empresas patrocinadoras ou aos associados dos instituidores (pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial), organizadas sempre sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, conforme artigo 31 da Lei Complementar nº 109/2001.

⁴ Tomamos o direito das obrigações como sendo “o conjunto das normas jurídicas reguladoras das relações de crédito, sendo estas relações jurídicas em que ao direito subjectivo atribuído a um dos sujeitos corresponde um dever de prestar especificamente imposto a determinada pessoa. É o dever de prestar, a que uma pessoa fica adstrita, no interesse de outra, que distingue a relação obrigacional de outros tipos próximos de relações” (VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. I. p. 15).

⁵ Esta é a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, ainda que estejam pendentes de julgamento os Recursos Extraordinários nº 586453 e 583050, nos quais se discute a competência da Justiça do Trabalho para apreciar questão relativa à previdência privada como decorrência do

ainda que reconhecida a descentralização jurídica que é inerente à ideia de Código⁶. Porém, esta abordagem não é feita com frequência pela doutrina, mais afeta à análise do tema pela ótica publicista e regulatória do direito administrativo, do direito econômico ou do direito tributário, por se tratar de atividade previdenciária minuciosamente regulamentada e de grande importância social.

Não bastasse seu posicionamento na intrincada fronteira entre o direito público e o direito privado⁷, a previdência complementar é matéria de discussão jurídica relativamente recente⁸, com particularidades geralmente não tratadas com a profundidade histórica do direito obrigacional⁹. Ao ser dotado de extremo dinamismo e adaptabilidade, suas características se coadunam com rara felicidade às necessidades sociais e econômicas dos fundos de pensão.

Entendemos que é no direito privado que se fundamentam estes complexos negócios jurídicos, concretizando sua função social em face dos precípuos valores de eticidade, operabilidade e socialidade, estabelecidos pelas diretrizes fundamentais do Código Civil de 2002¹⁰. Toma-se, assim, o direito civil como “a base

contrato de trabalho, uma vez que a matéria tratada nos recursos teve repercussão geral reconhecida pela Corte.

⁶ SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clovis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 21-31.

⁷ A questão a ser aqui superada vai no sentido de que “[o] domínio da ação individual não deve ser considerado eticamente inferior ao do dever social. Pelo contrário, algumas das melhores atividades humanas são, pelo menos em sentimento, mais pessoais que sociais.” (RUSSELL, Bertrand. *A autoridade e o indivíduo*. Tradução do inglês de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. p. 100).

⁸ Segundo John Galbraith, (*A sociedade afluyente*. Tradução de Jaime Monteiro. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1972. p. 35), até mesmo “a experiência de nações com bem-estar é por demais curta”.

⁹ É da histórica estabilidade e uniformidade do direito das obrigações que decorre o aperfeiçoamento de seus institutos, pela antiguidade, perenidade e intensidade da disciplina: “O moderno Direito das obrigações é um código de justiça e de equilíbrio: o melhor que a Humanidade logrou aprontar, após milênios de erros e tentativas” (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português – II: Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2009. Tomo I. p. 54), de modo que o tema sofreu apenas pequenas variações desde o direito romano (VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. I, p. 26).

¹⁰ Nesse sentido, REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Clóvis do Couto e Silva já afirmava em 1986 que o “aspecto característico do Direito Privado atual reside na progressiva edição de leis especiais” (p. 21) e que o então projeto de Código Civil, já almejava ser apenas um “Código central”, pois “a importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua unidade valorativa e conceitual, no mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de modo aberto” (SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clovis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.

a partir da qual, por especialização, por negação, por complementação ou por inovação, se vão erguendo todos os demais ramos jurídicos normativos”¹¹.

As figuras centrais nesta relação jurídica são os fundos de pensão e os seus participantes, entendidos esses, sinteticamente, como aqueles que se vinculam a plano de previdência complementar administrado por entidade fechada de previdência complementar, nos termos do artigo 8º, I, da Lei Complementar nº 109/01, aderindo facultativamente a plano de benefícios¹², na forma estipulada em lei e no estatuto da entidade.

Portanto, busca-se verificar se a lógica jusprivatista, fundada precipuamente (mas não apenas) em deveres de prestação¹³, responde a contento à complexidade dos dilemas entre participantes e fundos de pensão, ao partir-se da sua genuína conceituação civil. Para cumprir tal desiderato, propomo-nos a realizar uma desconstrução da noção de *contrato previdenciário*, reconstituindo a relação desde

11-31). A esse respeito, ver também MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002; e ainda NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹¹ Para Menezes Cordeiro, “O Direito civil é o mais comum e o mais abstracto de todos os ramos do Direito. Constitui a base a partir da qual, por especialização, por negação, por complementação ou por inovação se vão erguendo todos os demais ramos jurídicos normativos [...]. Não tem de justificar a sua presença ou a sua autonomia. Cabe às disciplinas não civis a tarefa de explicitar o seu papel, e a sua especificidade e as razões de ser da sua autonomia.” CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. Parte geral. Tomo I. p. 55. No mesmo sentido, ver PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹² Os planos de benefícios corresponderiam “ao conjunto de direitos e deveres dos participantes, beneficiários, patrocinadoras e da entidade fechada de previdência complementar; entre os direitos dos participantes e beneficiários, está previsto o recebimento de benefícios”, classificados segundo o regime financeiro e atuarial de acumulação de renda. CASTRO, Marília Vieira Machado da Cunha. Alguns conceitos atuariais. REIS, Adacir (coord.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 144. Para Manuel Sebastião Soares Póvoas (*Previdência Privada*. Filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2007), “o plano previdenciário é uma elaboração intelectual que, considerando as necessidades de certo segmento da população ou de um conjunto definido de pessoas, se consubstancia num esquema de coberturas que as podem satisfazer, dentro das exigências dos organismos executivos e de controle da instituição; grande parte da elaboração intelectual recorre à ciência atuarial” (p. 163). “Um plano de benefícios pode objetivar a satisfação das mesmas necessidades do que outro, e ser diferente, não apenas no que respeita à forma de satisfazer essas necessidades, como ao regime financeiro em que é estruturado e que determina custeio diferente, como aos direitos que concede ou não concede aos que saem do plano antes do término normal do contrato (resgate, renda saldada, devolução de contribuições) etc.”

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. V. Tomo I. p. 45 e seguintes, e VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008, vol. I. p. 16.

seus alicerces para melhor enquadrá-la ao arcabouço legal da doutrina privatista, que certamente lhe é aplicável¹⁴.

Com o fito de destacar os fundamentos jurídicos da necessária manutenção do equilíbrio atuarial nas relações de previdência complementar, a doutrina defende o *contrato previdenciário* com afinco. Entretanto, ao iniciarmos nossos estudos, nos deparamos com uma questão preliminar, a indagação sobre se realmente estamos diante de um contrato.

Tendo em vista que “a compreensão começa onde algo nos interpela”¹⁵ e “só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias”¹⁶, cabe verificarmos se há justificativa e embasamento na noção contratual da relação de previdência complementar fechada, para antever quais as consequências advindas de seu eventual abandono, as vantagens e os prejuízos decorrentes de uma ampla leitura civilística do tema.

A discussão sobre o conceito de contrato, por si só, foge do foco de enfrentamento proposto, de modo que nossa abordagem apenas se serve da questão para, no específico âmbito da previdência complementar, atuar como contraponto, sem necessariamente dizer do objeto algo que ainda não foi dito, mas certamente o revendo sob uma ótica diferente o que já foi antes estudado¹⁷.

A análise do negócio jurídico¹⁸ havido entre o fundo de pensão e o participante, independentemente de sua conceituação, precisa contemplar a extrema

¹⁴ PACCA, Renato Marchena do Prado. A defesa da natureza civil do contrato previdenciário perante o STF por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (PREVIC). 2º Prêmio PREVIC de Monografias: previdência complementar fechada. Brasília: MPS, Previc, 2010. p. 120-142.

¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Tradução do alemão de Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 395.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Tradução do alemão de Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 356. Segundo o autor, “quem busca compreender está exposto a erros de opiniões que não se confirmam nas próprias coisas. (...) Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade”.

¹⁷ ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução do italiano de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

¹⁸ Tomamos por negócio jurídico o fato jurídico em que há como elemento fático uma ou mais manifestações de vontade, e que cria relação jurídica, constituindo, modificando ou extinguindo

complexidade das relações jurídicas de previdência complementar que se revela na sua longuíssima duração – geralmente por mais de trinta anos¹⁹, nas alterações demográficas que ocorrem no seu curso²⁰ e nos ajustes financeiros que daí se fazem necessários, uma vez que “qualquer deslocamento no centro de gravidade

direitos, conforme PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Tomo III. p. 3 e 8.

¹⁹ A relação previdenciária seria “a mais longa das pactuações que um ser humano pode experimentar, uma vez que inicia-se com a sua vida laborativa e gera efeitos mesmo após a sua morte” (RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão: temas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 231).

²⁰ É ampla a divulgação das intensas alterações demográficas por que passa o país, com redução das taxas de natalidade, aumento da expectativa de vida e o desafio que representam para o sistema de seguridade social. Destaque para as informações IPEA a respeito (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Comunicado do IPEA n. 64: PNAD 2009 – Primeiras análises: tendências demográficas*. Brasília: 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/101013_comunicadoipea64.pdf>. Acesso em: 14 out. 2010), que “confirmam a tendência demográfica em curso no País desde os anos 1970: desaceleração no ritmo de crescimento da população e mudanças expressivas em sua estrutura etária, no sentido de seu envelhecimento” (p. 03); “O envelhecimento significa uma alteração na proporção do contingente dos diversos grupos etários no total da população. Por exemplo, em 1940, a população idosa representava 4,1% da população total brasileira, mas passou a representar 11,4% em 2009. O contingente, em valores absolutos, aumentou de 1,7 milhão para cerca de 21,5 milhões no mesmo período. Por outro lado, diminuiu a proporção da população jovem. A população menor de 20 anos passou a apresentar uma diminuição no seu contingente em termos absolutos e relativos. Essa tendência irá se acentuar nas próximas décadas” (p. 03); “A alta velocidade da queda da fecundidade e da mortalidade acarreta mudanças rápidas no ritmo de crescimento da população e, também, na distribuição etária e na oferta de força de trabalho, entre outras” (p. 06). Dentre as consequências do envelhecimento da população brasileira, o estudo aponta: “O processo de envelhecimento é muito mais amplo do que uma modificação de pesos de uma determinada população, dado que altera a vida dos indivíduos, as estruturas familiares, a sociedade etc. Altera, também, a demanda por políticas públicas e a pressão pela distribuição de recursos na sociedade. Por isso, suas consequências têm sido, em geral, vistas com preocupação, por impor desafios ao Estado, ao mercado e às famílias” (p. 19); “Quatro são as políticas mais importantes para a população idosa: renda para compensar a perda da capacidade laborativa – previdência e assistência social –, saúde, cuidados de longa duração e a criação de um entorno favorável – habitação, infraestrutura, acessibilidade, redução de preconceitos etc. O caso brasileiro ilustra bem como as políticas de renda têm reduzido a associação apontada pela literatura entre envelhecimento e pobreza” (p. 19); “Em resumo, está claro que, para a primeira metade deste século, o movimento da população brasileira será o de rápida contração e de superenvelhecimento. Ela deverá atingir o seu ponto máximo nos próximos 20 anos, a despeito de se esperar, também, uma continuação da queda nos níveis de mortalidade. Isso só não ocorrerá se a fecundidade voltar a crescer. Esta mostrou ser uma variável muito importante na dinâmica de crescimento da população brasileira” (p. 23). Sobre os impactos para as contas públicas, ver BANCO MUNDIAL. *Envelhecendo em um Brasil mais velho: implicações do envelhecimento populacional sobre crescimento econômico, redução da pobreza, finanças públicas, prestação de serviços*. Washington: Banco Mundial, 2011; GIAMBIAGI, Fabio. *Reforma da Previdência: o encontro marcado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, e THUROW, Lester. *O futuro do capitalismo: como as forças econômicas de hoje moldam o mundo de amanhã*. 2. ed. Tradução Nivaldo Moningelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, cap. 5. E especificamente quanto às entidades fechadas de previdência complementar, ver PINHEIRO, Ricardo Pena. *A demografia dos fundos de pensão*. Brasília: Ministério da Previdência Social. Secretaria de Políticas de Previdência Social, 2007; ANTOLIN, Pablo. *Longevity Risk and Private Pensions*. *OECD Working Papers on Insurance and Private Pensions*, n. 3, Paris: OECD, 2007, e WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002. p 13-21.

demográfica altera a sociedade, sua índole, seu temperamento, seus valores e ainda suas instituições”²¹.

Desse modo, entendemos pertinente centrar o estudo proposto nos vínculos estabelecidos entre os participantes e as entidades fechadas de previdência complementar, especialmente naqueles constituídos sobre a modalidade atuarial que tende a se tornar mundialmente cada vez mais adotada²², os planos de contribuição definida²³.

²¹ DRUCKER, Peter. *A revolução invisível: como o socialismo fundo de pensão invadiu os Estados Unidos*. Tradução do inglês de Carlos A. Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1977. p. 117.

²² Ana Paula Quelhas menciona expressamente que, “em termos internacionais, tem-se observado, nos últimos anos, uma mudança significativa de planos de benefícios definidos para planos de contribuições definidas, principalmente entre aqueles que são promovidos por empresas”, o que se daria, basicamente, em face da estrutura e dinâmica do mercado de trabalho, dos custos associados à subscrição, gestão e resgate nos dois tipos de planos, e das políticas de regulação, promotoras destes últimos (QUELHAS, Ana Paula. *Seguros de vida e fundos de pensões: uma perspectiva financeira e actuarial*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 376). No mesmo sentido, se destaca que, a nível nacional, “as migrações de planos [de benefício definido para de contribuição definida] não surgiram apenas porque existiam planos deficitários. Surgiu também em virtude da desconfiança dos participantes em relação ao gerenciamento dos patrimônios coletivos existentes” ANZOLIN, Rita Pasqual. A individualização das reservas matemáticas no processo de migração de “BD” para “CD”. REIS, Adacir (coord.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 157. Sobre a questão, ver ainda TÔRRES, Maurício Corrêa Sette; FLORÊNCIO, Helder Rosa. Saldamento de planos de benefícios. REIS, Adacir (org.). *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2009. p. 186-205.

²³ A Resolução CGPC nº 16/2005 assim normatiza os planos de benefícios previdenciários no âmbito dos fundos de pensão: “Art. 2º Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na modalidade de benefício definido aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção. Parágrafo único: Não será considerado para fins da classificação de que trata o *caput* o benefício adicional ou acréscimo do valor de benefício decorrente de contribuições eventuais ou facultativas. Art. 3º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição definida aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos. Art. 4º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição variável aquele cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido.” A doutrina jurídica geralmente analisa a questão por meio de comparação entre os dois primeiros: “Nos planos de benefícios definidos, estabelecem-se nos regulamentos os benefícios e o regime de custeio para a sua atribuição aos participantes, quando implementadas as condições e satisfeitos os critérios e carências correspondentes. Em vista da determinação prévia, nesse tipo de plano, dos benefícios contratados com os participantes, o respectivo regime de custeio deve ser ajustado ao longo do período de capitalização das reservas, mediante a fixação de níveis de contribuições permanentemente aptos a conferir equilíbrio econômico e financeiro entre as reservas (e fundos e provisões) e os compromissos, presentes e futuros, apurados atuarialmente. Dá-se o contrário com os planos de contribuições definidas: fixadas as contribuições e a periodicidade de sua realização para o plano, os benefícios são apurados tão somente ao final do período de capitalização, correspondendo à parcela percentual ou a valor fixo do saldo das reservas acumuladas na conta do contribuinte. [...] Nos planos puros de contribuição definida, o risco da deterioração do benefício, tanto na fase de acumulação como na de atribuição de renda, é assumido pelo contribuinte (participante), na medida em que a ele não se assegura senão o gozo de um percentual ou de um valor fixo, por dado tempo, das reservas acumuladas em conta de capitalização.” (CAZETTA, Luís Carlos.

A análise privatista focada apenas nos planos de contribuição definida se justifica também em face do enorme desafio que seria considerar, obrigacionalmente, os planos de benefícios definidos, com a sua formação de reservas coletivas para o pagamento dos compromissos previdenciários futuros²⁴. Sendo distintas a lógica financeira e atuarial, não se visualiza com a mesma clareza que nos planos de contribuição definida o sinalagma e a bilateralidade típicos da relação jurídica obrigacional, ainda que possa lhes aproveitar um pouco do que aqui se pretende enfrentar. Por tudo isso, os planos de benefício definido certamente exigiriam um exame próprio, sem que a opção pelo seu descarte signifique menor importância de tal modalidade.

A experiência jurídica faz constatar que a previdência privada é o décimo segundo tema com mais ações distribuídas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dentre as sessenta e seis catalogações utilizadas²⁵, à frente de questões como locações ou sucessões, de estudo acadêmico tradicionalmente mais frequente. Também por isso se impõe a melhor análise de seus fundamentos dogmáticos, por meio da análise crítica que é proposta pela linha de pesquisa a que se vincula a presente dissertação.

Nas decisões judiciais, são reconhecidos direitos e impostos deveres às partes, com repercussão na doutrina nacional, mas sem a abordagem ora apresentada. E como se trata de uma relação jurídica flagrantemente privada, submete-se às disposições do direito civil, ainda que envolvida por específico arcabouço legal de caráter regulatório. De qualquer forma, entendemos que tal circunstância, mesmo que crie um regime jurídico muito particular, não pode turvar a

Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 50-51).

²⁴ Constituído sob a identificação prévia e a quantificação de variáveis que influenciem a extensão dos benefícios futuros, deve-se atentar para condicionantes demográficas, econômicas e financeiras, prevenindo-se as causas de saída do plano de custeio (a própria concessão do benefício, ou ainda falecimento, desistência/desemprego ou invalidez, por exemplo), a média do valor de contribuições futuras (e suas variações ao longo dos anos porvir), as taxas de rentabilidade prováveis e a massa de participantes que dividirão estes encargos (QUELHAS, Ana Paula. *Seguros de vida e fundos de pensões*: uma perspectiva financeira e atuarial. Coimbra: Almedina, 2010. p. 399-413).

²⁵ RIO GRANDE DO SUL. *Relatório anual 2010*. Relatórios Estatísticos. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, Departamento de Artes Gráficas, 2011. p. 13. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/>. Acesso em: 04 jun. 2011.

sua leitura sob a ótica civilista, que, conforme se verá, lhe antecede hermeneuticamente em algumas questões em particular.

Pelo que se analisará, portanto, descabe abordar questões afetas à previdência pública oficial, por sua diferença principiológica com relação à previdência complementar²⁶, uma vez que opera exclusivamente por meio de financiamento de repartição simples²⁷ e se baseia na solidariedade intergeracional, na universalidade de cobertura, na distribuição direta de renda e no mutualismo – vedados expressamente nos fundos de pensão²⁸.

Também não abordaremos as formalidades do momento de constituição do fundo de pensão, nem os detalhes que surgem da sua relação com o patrocinador ou instituidor, que adquirem tal condição quando decidem, espontaneamente, prestar auxílio complementar no financiamento do benefício almejado pelo participante. Exatamente por ser o patrocínio uma faculdade do empregador, em face de seus empregados, exercida como política de recursos humanos e de concessão de benefícios indiretos não incorporáveis ao salário²⁹, é possível a sua retirada³⁰, por mais traumáticas que sejam as suas consequências. Pelo que, ao

²⁶ Para uma análise mais profunda quanto à questão, ver: MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001. E especificamente na previdência complementar, ver PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. cap. 7.

²⁷ Nos regimes previdenciários organizados financeiramente por repartição simples, em oposição aos regimes de capitalização, “há um sistema de custeio em regime de caixa, pelo qual a arrecadação é imediatamente utilizada para pagamento dos benefícios atuais. Portanto, não há acumulação prévia”. Assim, “toda a arrecadação é utilizada para pagar os benefícios atuais da previdência e para manter o equilíbrio financeiro e atuarial do regime. Embora tenha caráter contributivo, é informado pelo princípio da solidariedade” (FERRARO, Suzani Andrade. *O equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 115).

²⁸ O artigo 15, II, da Lei Complementar nº 109/01 dispõe expressamente que “é vedado que os recursos financeiros correspondentes transitem pelos participantes dos planos de benefícios, sob qualquer forma”.

²⁹ Lei Complementar nº 109, artigo 68: As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes. § 1º Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano. § 2º A concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social.

³⁰ Sendo esta questão por demais complexa, que escapa da abordagem aqui proposta, apenas menciona-se que, segundo o artigo 33, III, da Lei Complementar n. 109/01, dependerão de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador as retiradas de patrocinadores, situação que hoje é regulamentada pela Resolução MPAS/CPC nº 06/88, pendente de atualização para melhor tratar da distribuição de encargos quanto a déficits e superávits apurados. Para a análise da relação

contemplar a análise dos fundos de pensão tanto patrocinados como instituídos, é preciso centrarmos-nos nas questões atinentes exclusivamente à relação entre a entidade fechada e o participante, já por demais complexa.

Daí a importância de estudo mais minucioso deste que é o polo principal da relação jurídica, enquanto fonte de obrigações, não limitada à visão comutativa contratual que sugira conotação mais maniqueísta. A partir da ótica do participante, que assume o compromisso de verter sucessivas contribuições em troca do tão almejado benefício, apenas neste reduzido enfoque a relação jurídica de previdência complementar fechada já se mostra por demais intrincada.

Pelo que também não enfrentaremos a doutrina publicista e regulatória do direito constitucional, do direito administrativo, do direito econômico ou do direito tributário, que, em sendo referidas, servirão mais como contraponto ou confirmação da pertinência da ótica aqui utilizada³¹.

Na mesma linha, pretendemos utilizar apenas subsidiariamente a doutrina civilista contratual, haja vista a tentativa de desconstrução do *contrato previdenciário*, para se confirmar o genuíno vínculo que se estabelece entre as entidades fechadas de previdência complementar e os respectivos participantes, permeado fortemente por caracteres institucionais e associativos, em semelhança ao já destacado na doutrina³², mas talvez sem o detalhamento que o aspecto mereça. Por isso, em face das particularidades do tema, uma análise privatista mais ampla novamente se justifica, para apreender mais a essência do que a forma.

Optamos por não enfrentar os requisitos para a validade deste específico negócio jurídico, por conta de, em regra, seus serem agentes capazes, abarcar

jurídica previdenciária envolvendo o patrocinador, ver CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 25-35.

³¹ Para melhor análise da questão regulatória dos Fundos de Pensão, ver PULINO, Daniel. A atuação estatal na regulação e fiscalização das entidades fechadas de previdência complementar. REIS, Adacir (org.). *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2009. p. 24-49; LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. *Regulação e Previdência Complementar Fechada*. São Paulo: LTr, 2004; e REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da regulação da previdência privada no Brasil*. São Paulo: USP, 2004. Tese (Doutorado), Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

³² WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 174-179.

objeto que é lícito, possível e determinável, e por obedecer à forma rigidamente prescrita em lei, deixando pouco espaço para a ocorrência das invalidades de que trata o artigo 166 do Código Civil.

Com tais objetivos, empregaremos metodologia de pesquisa preponderantemente doutrinária, eventualmente pontuada por questões jurisprudenciais que ilustrem e referendem as interpretações propostas. Do que decorre a adequação do presente estudo à linha de pesquisa “Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com a ênfase específica que se dá ao direito civil, e desenvolvendo a proposta de conjugação entre dogmática e zetética, utilizando-se criticamente da atividade jurídica para a proposição de modelos dogmáticos, sistematicamente.

Propomos-nos, portanto, ao enfrentamento do tema enquanto “teoria do direito como ordenamento ‘in acto’”, sem “a aceitação passiva dos enunciados normativos”³³ ou com conceituações distanciadas da complexidade social³⁴, em uma concepção sistemática do direito, buscando no ordenamento adequação e unidade³⁵.

A pretensão de analisar a questão preferencialmente sob o ponto de vista do direito das obrigações se impõe pela própria onipresença deste no direito privado³⁶. Porém, dada a complexidade do assunto, a presente abordagem precisa recorrer a lições de diversos temas, não apenas aos diretamente afetos ao direito civil, sopesando elementos financeiros, atuariais e demográficos, perpassando-os e confrontando-os, sem retirar as diferentes lógicas que lhes são próprias. Trata-se de um exercício para tentar retirar com parcimônia a previdência complementar do

³³ REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 131 e 139.

³⁴ NEVES, António Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 57-58.

³⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução do alemão de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

³⁶ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português – II: Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina. 2009. Tomo I. p. 125.

“feudo”³⁷ de seu sistema regulatório. Assim, contribui-se para uma maior coerência jurídica, transcendendo ramos de estudo estanques, pois “quando se trata de direito privado contemporâneo, poucos são os que se dão conta de que há mais de dois mil anos se vem elaborando toda a doutrina de que desfrutamos”³⁸.

Por conseguinte, revisaremos a fonte destas obrigações com metodologia que considere, preliminarmente, conceitos e classificações privatistas, para somente então fazer as compatibilizações necessárias diante das suas particularidades técnicas de natureza previdenciária³⁹.

Em face de tais considerações, a primeira parte do trabalho pretende conceituar a relação jurídica de previdência complementar fechada, analisando a natureza do vínculo jurídico que se estabelece entre o participante e a entidade fechada de previdência complementar. Depois de uma breve apresentação do panorama atual dos fundos de pensão, em seu contexto jurídico-social junto ao sistema de seguridade social e também no tocante ao posicionamento doutrinário a respeito, verificar-se-á a adequação em se falar na presença de um contrato entre as partes, por conta da sua majoritária defesa corrente. Entendemos que a sua qualificação como negócio jurídico, preliminarmente, permitirá vislumbrar elementos inerentes à relação, de características tais que permitam melhor determinar os seus limites.

Na segunda parte do estudo, buscaremos estruturar obrigacionalmente a relação de previdência complementar fechada. Consideram-se seus aspectos dinâmicos, por meio da aplicação da concepção de obrigação como processo, em

³⁷ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução do francês de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 2005. p. 125 e seguintes. A expressão é utilizada referindo-se ao processo de descodificação do Direito Civil.

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Tomo I. p. XVIII.

³⁹ O direito pátrio vem se construindo, em grande parte, mediante a imitação de modelos jurídicos, e não como produto da situação socioeconômica e cultural interna do país (conforme FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 92-103), sendo fenômeno raro o nascimento de modelos originais (SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução do italiano de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 42, 175 e 168). Segundo o autor, as causas da imitação jurídica, marca dos sistemas jurídicos latino americanos, seriam, primordialmente, a imposição e o prestígio, à procura de nacionalizações artificiais (p. 183-185), pelo que não se pode menosprezar a força e o prestígio do instituto do contrato perante todo direito privado.

face da complexa e duradoura relação previdenciária. A partir desta abordagem, far-se-á possível analisar a estrutura da relação, com destaque para os sujeitos, o objeto e o vínculo havido, enquanto seus elementos constitutivos. Isso posto, apontar-se-ão breves distinções entre as acepções usualmente dadas ao termo solidariedade, igualmente relevante para o adequado tratamento obrigacional do tema, uma vez que a amplitude e a diversidade de seus significados não raro se constituem em empecilho à definição dos direitos e deveres de participantes e fundos de pensão.

Dessa forma, pretende-se contribuir com uma análise talvez inusual sobre a previdência complementar fechada, sob ótica genuinamente civilista, mas sem se descuidar das consequências públicas do direito privado⁴⁰, espaços distintos que não devem estabelecer relação conflitiva, mas de harmoniosa coexistência⁴¹. Trata-se, conforme já referido, de superação pontual do processo de dicotomização entre estas distintas esferas, ainda que fundamental a importância de sua diferenciação para o tratamento jurídico de relações intersubjetivas altamente complexas⁴².

⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução do espanhol de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁴¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Tradução do alemão de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 68-69.

⁴² LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 87-117.

1 CONCEITUAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA

As construções doutrinárias clássicas do direito civil não são usualmente utilizadas para análise da previdência complementar fechada. O estudo do tema ampara-se mais na legislação regulamentar que lhe é atinente, no regime normativo de gerenciamento dessas entidades, no seu papel para a promoção da seguridade social, nos desdobramentos financeiros dos recursos que o sistema acumula e administra, em seus diversos aspectos tributários, além de outras abordagens ainda mais específicas.

Neste primeiro capítulo, debruçaremos-nos sobre a qualificação jurídica da relação jurídica havida entre participantes e fundos de pensão, para bem descrever o liame que se estabelece entre as partes, em um esforço de conceituação que abarque as disposições civilistas atinentes.

Primeiramente, exporemos uma breve contextualização do regime de previdência complementar fechado, em suas interfaces com o sistema de seguridade social e também considerando a conceituação jurídica da relação de acordo com a doutrina.

A partir disso, proporemos uma releitura do instituto tido pela doutrina nacional como *contrato previdenciário*, a fim de considerar os relevantes elementos que integram esta complexa relação obrigacional, sem prejuízo do fundamental equilíbrio financeiro e atuarial, pois não é nossa intenção contrapor-nos aos esforços de educação e conscientização previdenciária.

Para cumprir tal desiderato, destacaremos as eficácias surgidas da personalidade jurídica dos fundos de pensão, assim agregando outros elementos àqueles que costumam ser usualmente citados como integrantes do vínculo estabelecido por estas entidades com seus participantes, que não os genuinamente contratuais.

Tendo em vista a abstração que envolve o conceito jurídico de contrato⁴³ e considerando o forte questionamento pelos fundos de pensão acerca da busca dos participantes pelas instâncias judiciais, pretende-se apurar o quanto há de contratualidade e, por decorrência, o que há de legítimo em tal classificação, para vislumbrar com mais clareza o seu contorno.

Ressalve-se que este trabalho de revisão dogmática pretende justamente reforçar-se por meio das questões mais intrincadas, buscando coesão e robustez hermenêutica.

Passemos então ao panorama atual da previdência complementar fechada para a seguridade social, em esforço inicial de qualificação do tema que pretende contribuir para a justificação de seu estudo, primeiramente segundo aspectos sociais e econômicos, para depois expor a conceituação do liame jurídico ligando fundos de pensão e seus participantes.

1.1 PANORAMA ATUAL DOS FUNDOS DE PENSÃO

Para o adequado enfrentamento do tema, entendemos por necessária a apresentação das entidades fechadas de previdência complementar enquanto integrantes do sistema de seguridade social. Daí a necessidade de apresentação de seu espaço social, econômico e jurídico de atuação ideal, evitando que lhe sejam repassadas maiores responsabilidades que as suas inerentes funcionalidades permitem.

Além disso, tendo em vista a pretensão de dissertar sobre a conceituação da relação jurídica de previdência complementar fechada segundo o direito privado, o panorama deve contemplar também como a doutrina especializada trata a questão, ainda que sem recorrer especificamente ao direito obrigacional. Por isso,

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *Contratos. Conceito e evolução*. No prelo.

recorreremos às bases e fundamentos do denominado *contrato previdenciário*, apresentando-se algumas de suas principais concepções.

Passemos, portanto, aos aspectos previdenciários mais amplos dos fundos de pensão, enquanto elementos integrantes do sistema de seguridade social, vislumbrando-se sua importância social e econômica.

1.1.1 Relevância do tema e contexto jurídico-social

O presente capítulo busca mostrar a relevância dos fundos de pensão para o sistema previdenciário, ainda que sem a pretensão de uma exposição histórica do seu surgimento e evolução. Entende-se por necessário apresentar minimamente seu espectro de atuação, enquanto apenas um dos elementos da seguridade social, para somente então realizar-se a análise jurídica do instituto.

Tratar de previdência remete não apenas semântica, mas também valorativamente, à virtude da prudência⁴⁴. A sociedade ocidental moderna “recusa a fatalidade”, onde a proteção contra os riscos sociais é analisada como um desdobramento da revolução industrial⁴⁵, por meio das noções de cálculo de probabilidades e de mutualização da cobertura de danos, desenvolvida em sua gênese, portanto, para atividades mercantis de cunho privado⁴⁶.

⁴⁴ COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução do francês de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37-44.

⁴⁵ FRANÇA. Conselho de Estado. *Responsabilidade e socialização do risco*. Tradução do francês de Michels Abes. Brasília: UniCEUB, 2006. p. 09 e 26. No mesmo sentido, ver CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Tradução do francês de Iraci D. Poletti. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

⁴⁶ Ironicamente, esta tecnologia tinha por objetivo a maximização de lucros individuais dos empreendedores da época, conforme análise histórica dos mecanismos de controle de riscos de BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução do inglês de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

Rumando a uma outra modernidade, a sociedade de risco tem em sua origem vínculos de solidariedade da carência⁴⁷, surgida como “medida profilática” em face da Grande Depressão de 1929, quando teria iniciado-se a constituição dos primeiros sistemas previdenciários institucionalizados⁴⁸, onde o estado social emerge para negociar compromissos e buscar coesão entre “o moralismo dos filantropos” e “o socialismo dos ‘distributivistas’”⁴⁹.

Uma interpretação sistemática de nossa Constituição faz notar que a questão previdenciária precede temas tão importantes como educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia e meio ambiente. A seguridade social é o primeiro dos objetos de interesse da ordem social, que tem como base o primado do trabalho, e como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais⁵⁰. Ao assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social⁵¹, a seguridade social forma o tripé desta grande rede de proteção social básica, “la cara visible del proyecto de nación que una sociedad construye”⁵².

Tendo como objetivos, dentre outros, a universalidade da cobertura e do atendimento, a seletividade e a distributividade na prestação dos benefícios e serviços, e também a equidade na forma de participação no custeio⁵³, a seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do artigo 195 da Constituição Federal.

⁴⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução do alemão de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. p. 60.

⁴⁸ HOBBSAWN, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução do inglês de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 100.

⁴⁹ CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Tradução do francês de Iraci D. Poleti. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 345.

⁵⁰ Constituição Federal, artigo 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

⁵¹ Constituição Federal, artigo 194, *caput*: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

⁵² MASSA, Sergio; PASTOR, Miguel A. Fernandez. *De la exclusión a la inclusión social: reformas de la seguridad social en la Republica Argentina*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007. p. 179.

⁵³ Constituição Federal, artigo 194, parágrafo único: “Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e do atendimento; II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV – irredutibilidade do valor dos benefícios; V – equidade na forma de participação no custeio; VI – diversidade da base de financiamento; VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

A previdência social se diferencia por ter dentre suas principais características o caráter contributivo, a filiação obrigatória e a necessária preservação do seu equilíbrio financeiro e atuarial, nos termos do artigo 201 da nossa Carta Magna⁵⁴, em oposição às características da incondicional assistência social⁵⁵.

Portanto, nesse contexto, enquanto ferramenta de proteção social, a previdência complementar situa-se em polo oposto ao da assistência social, para a qual não se exige qualquer contribuição.

Por conta disso, é reconhecida cada vez mais a importância de políticas públicas assistenciais e de proteção social, pela imperiosa necessidade de uma distribuição da renda mais equânime em nosso país, incluindo, econômica e socialmente, as parcelas da população em situação de pobreza extrema⁵⁶, ainda que a sua ampliação tenha alguns efeitos perversos⁵⁷.

Tanto é assim que, em estudo da Fundação Getúlio Vargas e do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA, estimava-se a migração, somente até o final do ano de 2008, de três milhões de moradores das regiões metropolitanas brasileiras, da pobreza para a classe média, em face dos recentes programas de assistência social⁵⁸.

⁵⁴ Constituição Federal, artigo 201: “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”

⁵⁵ Constituição Federal, artigo 203: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

⁵⁶ Nesse sentido, ver ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Brasil: Uma estratégia inovadora alavancada pela renda*. Genebra: OIT, 2011.

⁵⁷ CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Tradução do francês de Iraci D. Poleti. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 504.

⁵⁸ NERI, Marcelo Côrtes (Coord.). *A nova classe média*. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2008. Disponível em: <http://www.fgv.br/cps/classe_media/>. Acesso: em 29 jul. 2009.

Há quem aponte, todavia, que a estrutura do regime geral de previdência social e sua lógica financeira vêm sendo desvirtuadas, ao servir como instrumento para execução de políticas de caráter assistencial, como se dá com as aposentadorias rurais. Mesmo tratando-se de justas demandas sociais, estão desvinculadas de um histórico contributivo dos seus respectivos beneficiários, sem respeitar a sistemática de custeio constitucionalmente prevista⁵⁹.

A questão previdenciária é, portanto, tema altamente polêmico, envolvido por discussões sobre o tamanho do Estado e dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos, em comparação ao regime geral⁶⁰, abordagem propícia a subjetivismos dos mais diversos matizes políticos e ideológicos, e formando grupos

⁵⁹ Sobre o custeio da seguridade social, seu caráter contributivo e as políticas governamentais de assistência social, ver VIEIRA, Helga Klug Doin. Custeio da previdência social. Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região. *Caderno de Direito Previdenciário*, n. 3, 2005, v. I. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/modulo3_caderno3_vol1.pdf. Acesso em: 01 ago. 2009.

⁶⁰ O atual contexto da seguridade social retiraria parte significativa da capacidade de investimento do Estado, que deveria ser destinada para setores estrategicamente mais importantes para o crescimento do país, como educação, infraestrutura e tecnologia, outorgando “aposentadorias à classe média em idades extremamente precoces na comparação com o resto do mundo. [...] O Brasil gasta cada vez mais com formas de assistencialismo que perpetuam – em vez de resolver – o problema da extrema pobreza e com Previdência Social”. O modelo assistencialista e distributivo seria uma opção não premeditada pela mediocridade, devendo ser sucedido pelo incentivo ao longo prazo, ao empreendedorismo, à produtividade, à formação educacional das próximas gerações e à criação de riqueza para o futuro (GIAMBIAGI, Fabio. *Reforma da Previdência: o encontro marcado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 24 e 211 e seguintes). Nessa linha, de acordo com pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o Brasil apresentaria os mais altos índices de gasto previdenciário, consideradas as suas possibilidades estruturais. O estudo se utiliza de metodologia que permitiu comparar despesas previdenciárias entre diversos países, dadas suas respectivas condições sociais, demográficas e econômicas, contemplando variáveis como a dependência demográfica (quociente entre o total da população com 65 anos ou mais e a população economicamente ativa), a relação da aposentadoria média com a renda *per capita*, o percentual de contribuintes na força de trabalho, a alíquota total de contribuição previdenciária e a idade mínima para aposentadoria (CAETANO, Marcelo Abi-Ramia; MIRANDA, Rogerio Boueri. *Comparativo Internacional para a Previdência Social*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1302.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2009). Em ponto de vista contrário, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, onde são tratados aspectos como os níveis essenciais das prestações sociais, o local incerto da socialidade segundo a aceção constitucional e de direitos fundamentais, a proibição de retrocesso nos seus níveis de proteção e os desdobramentos dos direitos fundamentais sociais quanto à solidariedade e à consciência de classe. Um panorama da polêmica sobre os números da seguridade social é trazido em SILVEIRA, Silvio Renato Rangel. *Previdência social na sociedade de risco: o desafio da solidariedade com sustentabilidade*. São Paulo: Abrapp, 2010. p. 39-43. E ver ainda COSTA, Maria Isabel Pereira da (org.). *Previdência ou imprevidência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

de pressão em prol da manutenção do atual sistema⁶¹. Nessas circunstâncias, revela-se, mesmo segundo as opiniões menos liberais, “a crise do estado-providência”⁶², fenômeno que não seria inteiramente explicável através do movimento de privatização havido nas últimas décadas, ainda que considerado o sentido polissêmico da expressão⁶³.

Apesar disso, ganha força o entendimento de que a previdência oficial deve focar seus esforços na proteção das camadas salariais mais baixas da população economicamente ativa, por meio da ampliação do pilar básico de repartição, em coexistência com regimes de capitalização para aqueles que tenham maior capacidade contributiva⁶⁴.

Limitada verticalmente a atuação do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, para fomentar o maior número de pessoas cobertas, incrementa-se a importância do sistema previdenciário privado em seu aspecto econômico e social, a fim de garantir os padrões financeiros da população de níveis salariais mais altos⁶⁵, conforme já destacava o item nº 37 da Exposição de Motivos da Mensagem nº 306 do Poder Executivo Federal, de 17 de março de 1995, que deu origem à Proposta de Emenda Constitucional nº 33/1995 e que culminou na Emenda Constitucional nº 20

⁶¹ Sobre a questão, ver MESA-LAGO, Carmelo. *Modelos de seguridad social en América Latina*. Estudio comparativo. Tradução do inglês de Mario R. dos Santos. Buenos Aires: Siap-Planteos, 1977.

⁶² ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução do francês de Joel Pimentel de Ulhoa. Brasília: UnB, 1997. Sobre a questão, ver ainda LEITE, Celso Barroso. *A crise da previdência social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

⁶³ O termo privatização, na literatura jurídica e econômica, designaria “um variado conjunto de políticas públicas que transcende o sector empresarial do Estado, podendo atingir também a administração econômica em sentido restrito e os serviços sociais em geral, ou a própria actividade administrativa tradicional”. Remeteria tanto à transferência de propriedade de bens públicos como também concessões e permissões públicas, contratações públicas licitadas ou ainda simples processos de desregulamentação. LOPES, Licínio. *As instituições particulares de solidariedade social*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 403-404.

⁶⁴ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 23-30.

⁶⁵ Nesse sentido, ver OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Seguridad social: un nuevo consenso*. Ginebra: OIT, 2002; NACIONES UNIDAS, CEPAL. *La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad*. Montevideo: CEPAL, 2006; MESA-LAGO, Carmelo. *Las reformas de pensiones em América Latina y su impacto em los principios de la seguridad social*. Santiago de Chile: Naciones Unidas – CEPAL, 2004, e MATIJASCIC, Milko. *Reformas de pensiones socialmente inclusivas y financieramente sustentables: La re-reforma de los sistemas de pensiones em las Américas: una visión comparativa preliminar*. Ginebra: AISS, 2010. Disponível em: <<http://www.issa.int/esl/Recursos/Informes-de-conferencias/Reformas-de-Pensiones-Socialmente-Inclusivas-y-Financieramente-Sustentables>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

e na atual redação do artigo 202 da Constituição⁶⁶, quando então se passou a tratar da previdência privada.

Desse modo, é tal a importância que as relações previdenciárias de âmbito privado assumem para o futuro financeiro dos seus aderentes, que há quem defenda a contribuição obrigatória em detrimento do direito de escolha do participante⁶⁷, ainda que, sob o estrito ponto de vista jurídico-constitucional, determine-se que o regime de previdência privada seja de caráter complementar e facultativo, conforme dispõe seu artigo 202.

Mesmo que o debate público sobre a seguridade social brasileira não dê a devida atenção à distinção técnica entre assistência e previdência e também entre os regimes de repartição e de capitalização, a constituição de pilares independentes, com regimes financeiros distintos, indica a busca por promoção de proteção social de modo amplo e justo⁶⁸.

O primeiro pilar previdenciário, em face de suas características técnicas de financiamento e de custeio, viabiliza benefícios básicos, inserção socioeconômica, busca por universalidade e maiores níveis de solidariedade. Além disso, o direcionamento da previdência complementar para as camadas sociais de faixa salarial mais alta imprime maior justiça social ao sistema, com divisão, na prática, de atribuições entre o estado e a sociedade civil, em função da capacidade contributiva de seus participantes. Nesses termos, reservam-se os programas assistenciais não contributivos para o combate à pobreza extrema, por meio de arranjo tributário que inclua toda a população economicamente ativa no seu custeio.

⁶⁶ Constituição Federal, artigo 202: “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.”

⁶⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 190. A facultatividade é questionada com base em diversos argumentos, como os de promoção de altos graus de solidariedade e de viabilização financeira, permitindo a disseminação da oferta de investimentos dessa natureza. Mas é possível dizer que, senão juridicamente, ao menos economicamente a previdência complementar já é fundamental para uma parte significativa da população, diante da tendência de achatamento do teto dos regimes geral e próprio da previdência oficial.

⁶⁸ Sobre a diferenciação entre os regimes de custeio previdenciários adotados, ver WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 48-62.

Portanto, a garantia do direito fundamental à seguridade social confronta-se com a dificuldade de o Estado prover um sistema abrangente o suficiente, diante do dilema imposto pelos extensos direitos sociais da Constituição de 1988, sem a exata previsão das correspondentes fontes orçamentárias. Assim, revelar-se-ia o “empenho do texto fundamental em ampliar o paternalismo estatal”⁶⁹, quando deveria ser considerada a sua atuação ao economicamente possível⁷⁰.

Nessas condições, a adoção de políticas públicas para fomentar o crescimento dos fundos de pensão somente pode trazer efeitos práticos quando considere-se o princípio da capacidade contributiva⁷¹, sem prejuízos às garantias sociais até hoje alcançadas com grande esforço⁷². Não apenas as finanças públicas, mas também a realidade laboral condicionam o seu âmbito de atuação.

A implantação da economia de mercado somente teria se tornado possível com um mercado de trabalho não totalmente liberal, ao menos provido de mecanismos mínimos de proteção social, tanto que a revolução industrial inglesa

⁶⁹ FERRARO, Suzani Andrade. *O equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159.

⁷⁰ Sobre a eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional, por meio de condutas positivas do Estado em prol dos cidadãos, é reservado seu papel ao que seja economicamente possível de ser realizado, não somente no âmbito assistencial, mas também do previdenciário (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 281-359). É certo que há uma “zona de penumbra” que desperta intensas discussões acerca da distinção entre as espécies de mínimos sociais existenciais, enquanto direitos fundamentais, e os direitos sociais como gênero, delimitando os limites mínimos e máximos da presença do Estado (TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e a “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 80). Daí a inegável necessidade de precisar sua utilização entre situações particulares ou de orçamentos públicos, no contexto das promessas dos benefícios sociais (LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e a “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173 e 193).

⁷¹ Constituição Federal, artigo 145, parágrafo único: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

⁷² Nesse aspecto, a solução dos dilemas surgidos depende do adequado sopesamento de diversos dispositivos legais, se utilizando das balizas constitucionais como princípios norteadores não apenas para a prestação jurisdicional, mas também para o legislador ordinário, de modo a otimizar o alcance do regime de seguridade social básico do sistema público, na linha da teoria dos direitos fundamentais. Para tanto, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Tradução do alemão de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. No mesmo sentido, ver também CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução do alemão de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

teria presenciado um duplo movimento, aparentemente contraditório, mas, na verdade, complementar: a implantação do liberalismo econômico e de sistemas de proteção social⁷³, visão que, aplicada aos fundos de pensão, permite melhor apreender a sua complexidade e riqueza.

O encargo financeiro que garante o benefício previdenciário de caráter complementar, comparado ao regime geral da previdência social, recai mais acentuadamente sobre o próprio beneficiado, pelo que concretiza-se a noção de seguridade social enquanto conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da *sociedade*, a esta última aqui se outorgando papel efetivo⁷⁴.

Tais circunstâncias limitam as concepções mais privatizantes da previdência social⁷⁵, ao mesmo tempo em que se garante, dialeticamente, o espaço de atuação da previdência complementar para a população economicamente ativa de níveis salariais mais altos, uma tendência em caso de manutenção sustentada do crescimento econômico havida nos últimos anos⁷⁶.

Assim, a complementaridade dos fundos de pensão se revela na sua função de ferramenta extra de poupança, avançando além das garantias do regime geral do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS. Com lógica financeira totalmente distinta⁷⁷, busca sustentar depois da aposentadoria os mesmos níveis de renda

⁷³ “A informalidade, o desemprego e a rotatividade não só obstaculizam o acesso da população a uma série de benefícios, como também prejudicam o adequado financiamento da previdência social”. CAMPOS, André; POCHMANN, Marcio. Mercado de trabalho e previdência social no Brasil. Cesit – Carta Social e do Trabalho, n. 7 – set./dez. 2007. p. 65-80. Disponível em: <http://www.cesit.org/arquivos/Versao_Integral7_2.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2011.

⁷⁴ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 316-320.

⁷⁵ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Tradução do inglês de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 1980. p. 89 e 139.

⁷⁶ Nesse contexto, vale a lição de que “antes de um homem tentar proteger-se de mudanças repentinas em sua situação econômica, ele deve ter alguma coisa de seu para proteger. [...] Aqueles que trabalham diariamente na luta pela sobrevivência não se preocupam com a velhice, pois não esperam alcançá-la. Quando a expectativa de vida normal é muito baixa, doença e morte são consideradas fatos normais. Aumentando o bem-estar, as pessoas descobrem, cedo ou tarde, que têm algo a proteger. [...] À medida que o salário real do trabalhador aumenta, e que a obtenção de emprego se torna mais certa, o desemprego e a falta de renda adquirem, pelo contraste, características de algo horrível. Aumentando a renda, passa a ser possível pensar também na velhice”. GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade afluyente*. Tradução do inglês de Jaime Monteiro. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1972. p. 131-135.

⁷⁷ Para uma adequada diferenciação entre os regimes financeiros de repartição, de que se utiliza o INSS (onde a receita de contribuições é toda utilizada para o pagamento de benefícios em um exercício econômico), e o de capitalização, preponderante nos fundos de pensão (em que as

percebidos na ativa para aqueles que durante o seu ciclo laboral tenham padrão de renda superior ao teto do benefício público.

Porém, não nos parece adequado atribuir aos fundos de pensão a responsabilidade de domesticar o “capitalismo selvagem”⁷⁸. Conferir à sua atividade financeira a função de “limpeza do dinheiro sujo” das atividades especulativas tidas por imorais, de seus lucros “ilegítimos” e “profanos”, sacralizando investimentos produtivos e responsabilidade social, remete o tema novamente a dogmas, e não às construções dogmáticas que buscamos aventar. A especulação tem legitimidade econômica e social⁷⁹, sendo contraproducente a visão maniqueísta entre o regime geral de previdência social e o regime de previdência complementar, ou de preponderância da legitimidade social sobre a atividade puramente econômica. Nem apenas uma, nem somente a outra: a questão é previdenciária, altamente técnica, que precisa ser retirada deste contexto partidarizado, mas sem negar sua capacidade de repercutir fortemente nas esferas social e econômica. Ver nos fundos de pensão a representação da “socialização do dinheiro” indica pouca cautela, pois os resultados financeiros de investimentos com tal perfil serão colhidos pelos participantes depois de décadas, não existindo experiências seguras de os fundos de pensão vincularem suas estratégias de investimento a agendas de governos.

A utilização da previdência complementar exige de seus participantes capacidade e disciplina financeiras⁸⁰, características que precisam ser socialmente

contribuições vertidas, capitalizadas ano a ano, custearão os benefícios), ver CHAN, Betty Lilian; SILVA, Fabiana Lopes da; MARTINS, Gilberto de Andrade. *Fundamentos da previdência complementar: da atuária à contabilidade*. São Paulo: Atlas: Fipecafi/USP, 2010. p. 76-82 e PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência Privada*. Filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 173-178.

⁷⁸ JARDIM, Maria Aparecida Chaves. *Entre a solidariedade e o risco: sindicatos e fundos de pensão em tempos de governo Lula*. São Carlos, 2007. 421 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade Federal de São Carlos, 2007. Especialmente p. 73, 100, 159, 228, 231 e 244, conforme desenvolvido ao longo do parágrafo.

⁷⁹ Nesse sentido, ver SPERCEL, Thiago. Teoria dos jogos aplicada à responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: jul./set. 2004. n. 135, a. 43.

⁸⁰ “O regime de capitalização possui a imensa vantagem de evitar que o custo dos principais benefícios seja postergado para a data das suas concessões, quando poderão estar presentes ou não as condições inicialmente previstas, daí chamar-se também de regime pré-custeadado” (RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão: temas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 65).

estimuladas, tanto que, inclusive, já existem políticas específicas para tanto⁸¹. O caminho da previdência complementar é, sob certo aspecto, menos solidário, mas tão importante quanto o da previdência social.

As referências liberais se coadunam com o caráter mais individualista que se revela no esforço financeiro da atividade previdenciária privada. Talvez sejam distantes da “índole naturalmente pródiga do brasileiro”⁸², que adota “padrões de consumo sofisticados (privados e públicos) sem o correspondente processo de acumulação de capital e progresso nos métodos produtivos” – marca da dependência econômica e obstáculo fundamental para o desenvolvimento⁸³, com reflexos diretos em menores taxas de poupança, em comparação a outros países emergentes⁸⁴. Entretanto, seu valor é reconhecido pela doutrina econômica, como demonstra a outorga do Prêmio Nobel de 1985 a Franco Modigliani, com a sua hipótese de ciclo de vida para o estímulo à formação de poupança privada, enfrentando míopes visões de futuro que não contemplem substancial grau de racionalidade e preparativos para as necessidades financeiras na aposentadoria, de

⁸¹ O funcionamento a contento da previdência complementar depende muito de implementação de efetivos programas de educação previdenciária, “como instrumento para (i) melhorar o funcionamento dos fundos de pensão, (ii) mudar hábitos culturais que podem prejudicar a qualidade de vida do brasileiro, como baixos níveis de poupança previdenciária, (iii) enfrentar as consequências advindas da transição demográfica e do risco de longevidade, (iv) permitir que o indivíduo realize escolhas financeiras adequadas ao seu perfil e (v) auxiliar as atividades do órgão governamental de fiscalização dos fundos de pensão” (PINHEIRO, Ricardo Pena. Educação financeira e previdenciária, a nova fronteira dos fundos de pensão. REIS, Adacir (org.). *Fundos de pensão e mercado de capitais*. São Paulo: Peixoto Neto, 2008. p. 230). A questão é regulada pelo Decreto nº 7393/10, que instituiu a Estratégia Nacional de Educação Financeira – Enef, com a participação de representantes do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência Nacional de Previdência Complementar, da Superintendência de Seguros Privados, dos Ministérios da Fazenda, Educação, Previdência Social e Justiça, da sociedade civil. Sobre o tema, ver ainda GUIMARÃES, Magda Cristina Monteiro. Estudo do programa da educação financeira e previdência nas entidades fechadas de previdência complementar. SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (Previc). 2º Prêmio PREVIC de Monografias: previdência complementar fechada. Brasília: MPS, Precvic, 2010. p. 61-121.

⁸² TAUNAY, Visconde de. *O encilhamento: cenas contemporâneas da bolsa do Rio de Janeiro em 1890, 1891 e 1892*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1971. p. 114. Para Darcy Ribeiro, estaríamos envoltos por uma “cultura da pobreza”, pois o processo histórico de formação da sociedade brasileira incluiria uma complexa combinação de defasagem e alienação cultural (RIBEIRO, Darcy. *Teoria do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975. p. 164-171).

⁸³ FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974. p. 81. Segundo o autor, “o fenômeno da dependência econômica se manifesta inicialmente sob a forma de imposição externa de padrões de geração de consumo que somente podem ser mantidos mediante a geração de um excedente criado no comércio exterior” (p. 87).

⁸⁴ FOLHA DE SÃO PAULO. *Poupança do Brasil é a menor entre os emergentes*. São Paulo, 07 set. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/795035-poupanca-do-brasil-e-a-menor-entre-os-emergentes.shtml>>. Acesso em: 29 jan. 2010.

modo a garantirem-se níveis de consumo independentemente da situação orçamentária pública vindoura⁸⁵.

Dessa forma, não se desnaturam as entidades de previdência complementar como peça importante do sistema de seguridade social, pois são as próprias características inerentes aos fundos de pensão que definem a extensão das prestações e dos benefícios oferecidos, apesar de a iniciativa autônoma do participante de constituir reservas financeiras especificamente previdenciárias ser erigida à condição de princípio reitor da previdência complementar⁸⁶, constitucionalmente previsto no já mencionado artigo 202 da Constituição⁸⁷.

Mesmo que reconhecidas as suas vantagens para o incremento da poupança privada e para a diluição de riscos sociais e econômicos de todo o núcleo familiar, nossa carta constitucional revela o vínculo de previdência complementar como produto de decisão livre e espontânea do interessado, realizado na esfera privada, ainda que permeado de forte interesse social, a ponto de apresentar

um cunho legal e não fático, pois nem sempre em termos pecuniários ocorre essa acessoriedade. Perante o achatamento progressivo e inexorável dos benefícios da Previdência Social e inclusive do Regime Jurídico Único, em valores reais de benefícios, a Previdência Complementar Privada oferece benefícios maiores do que a Previdência Oficial, até porque no campo oficial há um teto para os benefícios⁸⁸.

⁸⁵ MODIGLIANI, Franco. Life-cycle, individual thrift, and the wealth of nations. *American Economic Review*, n. 76. Pittsburgh: 3 jun. 1986. p. 297-313. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1985/modigliani-lecture.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2011.

⁸⁶ Dentre outros, a natureza facultativa da relação previdenciária de caráter complementar é destacada em CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 26; BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 83-84; e LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. *Regulação e Previdência Complementar Fechada*. São Paulo: LTr, 2004. p. 63-64.

⁸⁷ Constituição Federal, artigo 202: “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar (grifo nosso).”

⁸⁸ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 75-76. Para os participantes das entidades instituídas, também chamados de fundos de pensão associativos, os benefícios complementares muitas vezes adquirem importância prioritária, já que não raro há preferência pelas contribuições privadas, em detrimento dos aportes para o regime público. Ainda que estes sejam obrigatórios, vê-se considerável evasão por parte de profissionais liberais e trabalhadores autônomos, que preferem contribuir para o sistema de

É neste cenário que a promoção da previdência complementar, uma “simbiose” das soluções oferecidas pelos campos econômicos e sociais⁸⁹, ganha ainda mais importância, com potencial para, mesmo que indiretamente, alavancar o desenvolvimento nacional e formar poupança interna⁹⁰, expandir e sofisticar o mercado de capitais⁹¹, combater desigualdades sociais e promover o bem de todos, por meio dos valores do trabalho e da livre iniciativa, em pleno respeito aos princípios constitucionais dos artigos 1º e 3º. Se a observância à capacidade contributiva do participante reflete maior justiça fiscal⁹², a previdência complementar é exemplo de sua concretização efetiva, pelo que se impõe seu constante estudo e aprimoramento.

Naturalmente, a referida simbiose de aspectos econômicos e sociais reflete-se também nas relações jurídicas estabelecidas entre as partes, impondo o estudo de como se criam e como se mantêm os direitos e obrigações por longas décadas.

Consideradas tais questões, exporemos no próximo capítulo um panorama do posicionamento doutrinário a respeito da relação jurídica em questão, o majoritariamente denominado *contrato previdenciário*, traçando uma breve e geral visão acerca dos argumentos utilizados em seu favor, por entendermos que somente depois disso cabe promover a reconstrução conceitual pretendida.

capitalização, até pela percepção de que o regime geral público outorga benefícios desvinculados de equivalência contributiva.

⁸⁹ WALD, Arnoldo. Limites normativos do poder executivo em relação à previdência privada. *Revista Forense*, v. 343 (jul./ago./set.). Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 13-18.

⁹⁰ Nesse sentido, ver AMARAL, Hudson Fernandes; VILACA, Caroline Sales Issa; BARBOSA, Camila Figueirêdo Marques e BRESSAN, Valéria Gama Fully. Fundos de Pensão como Formadores de Poupança Interna: uma Alternativa para o Financiamento da Atividade Econômica. *Revista de Administração Contemporânea [on line]*, v. 8, n. 2, abr./Jun. 2004. Disponível em: <<http://www.nepec-ufg.net/dnilson/fundosdepensaocomoformadoresdepoupancainterna.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2011. Ver também PAIXÃO, Leonardo; PENA, Ricardo. Fundos de pensão e infraestrutura. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 14 set. 2007. Disponível em: http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_081024-103125-662.pdf. Acesso em: 18 jul. 2010.

⁹¹ Para aprofundamento sobre o tema, ver REIS, Adacir (org.). *Fundos de pensão e mercado de capitais*. São Paulo: Peixoto Neto, 2008; GOÉS, Wagner de (coord.). *Papel dos fundos de pensão na formação da economia brasileira: capitalismo social*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2007; e ABRAPP. Os fundos de pensão, os investimentos produtivos e a eficiência de mercado. *Revista Fundos de Pensão*. São Paulo. Abrapp/ICSS/Sindapp, a. XXIX, n. 364, mai. 2010, p. 39-42.

1.1.2 As teses contratualistas de conceituação da relação

Este capítulo pretende apresentar a segunda parte do panorama atual dos fundos de pensão, mais diretamente afeta ao tema de estudo. Trata-se da específica defesa doutrinária que classifica como um contrato a vinculação havida entre fundos de pensão e participantes, entendidas estas como as suas partes componentes.

O artigo 12 da Lei Complementar nº 109/2001 admite que “os planos de benefícios de entidades fechadas poderão ser instituídos por patrocinadores e instituidores”, não havendo espaço para se considerar como fundamental o patrocínio à relação jurídica de previdência complementar, por mais que seja usual. Daí que a inclusão de terceiros nesta específica condição é apenas uma alternativa jurídica que não desnatura o vínculo principal e fundante do negócio havido entre o participante e o fundo de pensão, em que se focaliza nossa abordagem.

Dito isto, passemos então à relação jurídica, que tem como objeto a administração de planos de benefícios de complementação de aposentadoria, mediante contribuição financeira. Constituída faticamente por meio da adesão a um estatuto e seu regulamento, o vínculo é envolvido pela específica cogência normativa a que se submetem os fundos de pensão, diante de todo o arcabouço fiscalizatório e regulador.

Selecionamos mencionar as teses do *contrato gratuito*, do *contrato de seguro complementar*, do *contrato previdenciário* e do *contrato relacional*, pela fundamentação minuciosa que as acompanha, em face da repercussão doutrinária que tiveram e como ferramenta de delimitação do objeto, viabilizando o nosso estudo. Nesses termos, não se pretende averiguar qual seria o tipo contratual mais adequado para seu enquadramento, mas tão somente apontar os argumentos que costumam ser adotados em seu favor.

⁹² FERRARO, Suzani Andrade. *O equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 94.

Haja vista a pretensão de análise de adequação dogmática do tema ao arcabouço jurídico nacional, optamos por não discutir se a relação jurídica de previdência complementar corresponderia ao *trust*, instituto não recepcionado em nossa legislação. Por mais que haja rica abordagem sob tal enfoque⁹³, capaz de agregar fortes elementos jurídicos indicadores de colaboração não onerosa em favor de um beneficiário, procuramos encontrar os fundamentos da relação em nosso ordenamento. Além disso, mesmo considerada a sua origem inglesa, “é totalmente dissociado” dos contratos, sem conter os “elementos fundamentais” que os caracterizam⁹⁴, também se afastaria da usual concepção ora confrontada. Portanto, se o direito é um dos fatores essenciais para a organização das relações econômicas, entendemos possível apontar este mesmo *suporte cognitivo*⁹⁵ também dentro da cultura jurídica civilista.

Quando a doutrina destaca o caráter institucional da relação jurídica que se estabelece entre as entidades fechadas de previdência complementar e seus participantes, o faz no sentido de que seria advindo da cogente proteção social, delimitando a liberdade privatista, por decorrer do específico e intenso ambiente regulatório a partir do forte interesse público⁹⁶. Nesses termos, não é trazida qualquer conotação direta à associatividade de seus participantes como elemento mitigador da característica contratual, como adiante exporemos.

Para aqueles que pressupõem ser a relação jurídica de previdência complementar estabelecida por meio de *contrato gratuito*, sua natureza se identifica pela operação econômica que lhe é inerente, qual seja, o “processo de reunião

⁹³ MONTAGNE, Sabine. *Le fons de pension: entre protection sociale et spéculation financière*. Paris: Odile Jacob, 2006. Na obra, a economista francesa questiona a efetividade de serem conciliadas as atividades de proteção social e de especulação financeira que está no cerne do escopo dos fundos de pensão, o que seria viabilizado no seu nascedouro norte-americano justamente em face da estrutura jurídica do *trust*: “le trust organise effectivement la gestion autour de deux questions centrales: la primauté de l'intérêt du bénéficiaire et la sauvegarde des actifs sous gestion” (p. 16), sendo uma chave para a compreensão do sistema, uma forma de resolução do antagonismo estrutural entre as lógicas financeira e de proteção social (p. 20-21).

⁹⁴ DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução do francês de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 105.

⁹⁵ MONTAGNE, Sabine. *Le fons de pension: entre protection sociale et spéculation financière*. Paris: Odile Jacob, 2006. p. 251.

⁹⁶ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 174-179; FONTENELE, Tarcísio Luiz Silva. A natureza jurídica do vínculo nos planos de benefícios. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE

antecipada de recursos para o oportuno pagamento de benefícios previdenciários”⁹⁷, decorrente de

relação jurídica multilateral destinada a disciplinar a constituição de reservas, mediante a realização de contribuições por parte do patrocinador e (ou) do participante, com o fim da oportuna atribuição, aos participantes, dos benefícios previdenciários previstos no regulamento do respectivo plano⁹⁸.

Também encontra-se conceituação da relação como sendo *contrato de seguro complementar*, entendendo-a como garantia do participante contra as consequências da materialização de riscos sociais, acordada “com uma pessoa legalmente autorizada a efetuar a ‘compensação’ dos riscos, mediante pagamento único ou continuado”⁹⁹.

Esta definição remete ao papel da previdência complementar como elemento da seguridade social, mas com componentes civilistas que nos parece inapropriados: apesar de questionável, não é uníssona a noção de que a relação previdenciária complementar seria “em tudo semelhante à de um contrato de seguros”, e se operaria por meio “dos mesmos instrumentos técnicos e jurídicos”¹⁰⁰. Por isso, tal concepção já recebeu pertinentes críticas¹⁰¹ por trazer acepção securitária que tecnicamente não é afeta aos seguros sociais, pois não há intuito lucrativo por parte do fundo de pensão¹⁰², conforme enfrentaremos em capítulo específico, de modo que o escopo previdenciário contempla esforço contributivo que se dissocia do mero seguro.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - ABRAPP. *Revista Fundos de Pensão*. São Paulo. Abrapp/ICSS/Sindapp, a. XXII, n. 287, set. 2003. p. 69-72.

⁹⁷ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 112.

⁹⁸ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 121.

⁹⁹ COSTA, Eliane Romeiro. *Previdência complementar na seguridade social: o risco velhice e a idade para a aposentadoria*. São Paulo: LTr, 2003. p. 111.

¹⁰⁰ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência Privada*. Filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 259-260 e 270-277.

¹⁰¹ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 122.

¹⁰² Lei Complementar nº 109, artigo 31, § 1º: “As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, *sem fins lucrativos*” (grifo nosso).

De um modo geral, a doutrina entende não haver dúvidas¹⁰³ de que a relação de previdência complementar “será sempre presidida por um *contrato previdenciário*” (grifo nosso)¹⁰⁴, de trato sucessivo, aleatório e de adesão¹⁰⁵. Tido o regulamento como contrato¹⁰⁶, “o instrumento jurídico que traz as características gerais do plano”, é elevado à condição de documento principal, a que se soma a proposta de inscrição, entendida esta como a formalização da intenção de se aderir ao plano, que seria ou integraria o próprio contrato¹⁰⁷.

Nesse contexto dogmático, a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - Abrapp divulga com frequência trabalhos que promovem a chamada *defesa do contrato previdenciário*¹⁰⁸, com o combate à denominada judicialização indevida¹⁰⁹.

¹⁰³ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência Privada*. Filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 260.

¹⁰⁴ MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes. A previdência complementar e os direitos sociais. *Revista de Previdência Social*. São Paulo, n. 236, a. XXIV, jul. 2000. p. 664.

¹⁰⁵ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada – doutrina e jurisprudência da*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 160. A contratualidade da relação de previdência complementar também é destacada por BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 81; LIMA, Silvio W. do Nascimento. *Regulação e Previdência Complementar Fechada*. São Paulo: LTr, 2004. p. 64; RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão: temas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 75-86; SANTOS, Celi Ferreira dos. *Previdência fechada privada: temas controvertidos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 35; SIMÕES, Fernando Nunes; MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *O direito acumulado dos participantes dos fundos de pensão*. Goiânia: Scala, 2006. p. 44; e VIEIRA, Helga Klug Doin. *O regime jurídico da previdência privada no sistema brasileiro de seguridade social*. São Paulo: PUC/SP, 2003. 372 p. Tese (doutorado em Direito das Relações Sociais). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003. p. 207 e seguintes; FERRARO, Suzani Andrade. *O equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 122.

¹⁰⁶ REIS, Adacir. A natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar. REIS, Adacir (org.). *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2009. p. 65.

¹⁰⁷ CASSA, Ivy. *Contrato de previdência privada*. São Paulo: MP, 2009. p. 107-109. Para Adacir Reis, “o regulamento do plano é o contrato entre as partes” (REIS, Adacir. *Temas centrais da nova legislação. Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 18). O caráter contratual de proposta também é tratado por CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 66, e por PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência Privada*. Filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 260.

¹⁰⁸ ABRAPP. A natureza jurídica das EFPC e o seu vínculo com os participantes: iniciativas que o sistema de previdência complementar precisa tomar em defesa do contrato previdenciário. *Revista Fundos de Pensão*. São Paulo. Abrapp/ICSS/Sindapp, a. XXIX, n. 364, maio 2010. p. 49-52.

¹⁰⁹ “A judicialização das relações entre entidades e participantes tem levado, segundo observou no evento a Comissão Técnica Nacional de Assuntos Jurídicos da Abrapp, a “decisões judiciais que desconsideram o suporte técnico atuarial dos contratos previdenciários a serem suportados pelos participantes remanescentes e patrocinadores e multiplicação de ações judiciais cujas consequências colocam em risco o sistema complementar fechado”. Nessa linha, o Cejuprev tem diagnosticado as causas mais comuns desses conflitos: regras de funcionamento dos planos pouco compreendidas pelos participantes, assimetria de atuação dos profissionais do próprio sistema, percepção de que os fundos são superavitários e impressão equivocada de que é o patrocinador que paga sozinho a

No mesmo sentido vinha se posicionando a então Secretaria de Previdência Complementar – SPC, repercutindo e praticamente consolidando neste âmbito o entendimento de que as disputas judiciais entre fundos de pensão e participantes representaria um “percepção prática e irretorquível da existência de um evidente atentado jurídico ao Contrato Previdenciário”, defendendo que fosse travada “uma verdadeira batalha contra Judiciário, participantes, assistidos, advogados e sociedade, que não entendem o conceito nem a relação jurídica decorrente do Contrato Previdenciário”¹¹⁰.

Nesse contexto, o contrato previdenciário é qualificado como contrato de colaboração, “caracterizado pela existência concomitante da vontade de cada contratante alcançar vantagens e benefícios para si e preservar o acervo comum assegurador das vantagens e benefícios para todos”¹¹¹, apesar da dificuldade em identificar-se vantagens para os fundos de pensão na relação.

O destaque dado à dita carga contratual da relação remete à contraposição e enfrentamento de interesses. E o embate traz à tona a questionável ideia de contraparte, incompatível com a natureza jurídica da relação, como se verá ao longo do trabalho. Além disso, os anseios dos participantes, cada vez mais judicializados, em recebendo decisões favoráveis, somente são contornáveis atuarialmente no âmbito interno de cada entidade, com a devida revisão do custeio do plano de benefícios. Nessas condições, o dilema é não somente conferir equilíbrio atuarial ao direito, mas também seguir os preceitos jurídicos quando da fixação dos parâmetros financeiros e atuariais.

conta. Daí porque as regras contratuais precisam ser observadas, de modo a que o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial seja preservado e decisões judiciais erradas não tragam prejuízos para os próprios participantes” (ABRAPP. *Diário dos Fundos de Pensão*. Cada Congresso melhor que o anterior. Edição de 26 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.abrapp.org.br/diario/DescricaoNoticia.aspx?id=19755>>. Acesso em: 26 nov. 2010).

¹¹⁰ ALENCAR, Marcele Caroline Maciel de. Defesa do contrato previdenciário. Aspectos relevantes e proposições. SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (Previc). 2º Prêmio PREVIC de Monografias: previdência complementar fechada. Brasília: MPS, Previc, 2010. p. 06-60. Segundo a autora, “as entidades fechadas de previdência complementar travam uma verdadeira batalha contra Judiciário, participantes, assistidos, advogados e sociedade, que não entendem o conceito nem a relação jurídica decorrente do Contrato Previdenciário”.

¹¹¹ ALENCAR, Marcele Caroline Maciel de. Defesa do contrato previdenciário. Aspectos relevantes e proposições. SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (Previc). 2º

Em oposição ao entendimento que defende que o participante que *ataca* o contrato previdenciário “dá um tiro no pé”¹¹², cabe questionar se também não é necessário que o fundo de pensão providencie imediatas alterações estatutárias e regulamentares em face de entendimentos jurisprudenciais sumulados a respeito dos direitos de seus participantes. Sendo a finalidade principal de um fundo de pensão conferir maior e melhor cobertura previdenciária, a promoção de cultura previdenciária passa pelo equilíbrio entre estes dois vértices.

Diante do impasse havido entre as lógicas jurídica e atuarial, ainda cabe enfrentar uma peculiar visão contratual do tema – a da *teoria relacional*. Aqui se afigura de forma distinta o estudo da relação previdenciária havida entre fundos de pensão e participantes, a partir do ponto de vista de uma obra em específico que, pela peculiaridade e profundidade da abordagem, merece menção maior que a simples referência. Ao trazer com vigor a teoria relacional para o cenário acadêmico e doutrinário nacional, Ronaldo Porto Macedo Jr. escolheu a previdência complementar para, inovadoramente, discutir os desdobramentos práticos quando da sua aplicação¹¹³.

Porém, consideramos fundamental ressalvamos que a noção de contrato relacional, dada a sua origem norte-americana, não se utiliza da mesma concepção do que seja um contrato para a cultura jurídica civilista que moldou nossas instituições¹¹⁴. Mesmo que hoje compartilhem de premissas sociológicas semelhantes, ao levarem em consideração o surgimento dos direitos sociais no final

Prêmio PREVIC de Monografias: previdência complementar fechada. Brasília: MPS, Previc, 2010, p. 22.

¹¹² REIS, Adacir. Atacar o Contrato Previdenciário é um tiro no pé. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - ABRAPP. *Revista Fundos de Pensão*. São Paulo. Abrapp/ICSS/Sindapp, a. XXIII, n. 351, abr. 2009. p. 05-08.

¹¹³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹¹⁴ Tomando por impossível se garantir a absoluta segurança e previsibilidade das relações jurídicas, a teoria relacional tem como premissas teóricas o direito como um conjunto de práticas normativas, de coerção e de sanção social; a especialização e a divisão social do trabalho com fonte do contrato; o sentido de liberdade de escolha e de autonomia privada como raiz primitiva do contrato; o contrato como um processo de projeção de trocas no tempo, avençando-se no presente obrigações para o futuro (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 124-125).

do século XIX, o direito civil e a teoria relacional não podem ser comparadas segundo um conceito uníssono e comum de contrato¹¹⁵.

A teoria relacional é eminentemente contratual, mas em sentido amplo demais para se equivaler exatamente ao da nossa tradição jurídica. Segundo seus defensores, contrato é “nada mais nada menos do que as relações entre as partes no processo de projetar a troca no futuro”¹¹⁶. Em face disso, entende-se por fundamental a sua referência especialmente quando analisa as relações de previdência complementar fechada, e não com o intuito de confrontá-la com as premissas civis do direito contratual.

Dessa forma, uma relação jurídica relacional seria aquela em que as partes não clausulam precisamente as obrigações estipuladas, deixando em aberto a “infinidade de contingências que podem vir a interferir na interdependência dos seus interesses e no desenvolvimento das suas condutas”¹¹⁷.

A concepção contratual relacional propõe a inclusão de elementos inerentes à complexidade contemporânea ao conceito formal de contrato, agregando questões econômicas e sociais que se oporiam à noção clássica que o considerava como mero produto da autonomia privada. As transformações do direito contratual moderno pressuporiam a inserção de novos valores de bem-estar e de justiça distributiva que exigiriam alteração na racionalidade jurídica, para bem compatibilizar essas novas realidades¹¹⁸.

¹¹⁵ Para maiores detalhes sobre a teoria relacional contratual, ver também MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Tradução do inglês de Alvamar Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; e, ainda, ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 393-430.

¹¹⁶ MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Tradução do inglês de Alvamar Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 5.

¹¹⁷ ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 395.

¹¹⁸ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37. Para o autor, o paradigma contratual clássico não mais proporcionaria respostas a estas novas demandas, pois se todo direito contratual associa-se de maneira íntima a uma determinada ordem de produção e de mercado, é necessário, antes de mais nada, pensar a ordem de mercado na qual vai se formando o novo direito contratual [...] É usualmente reconhecido que o aumento da intervenção do Estado na economia [...] incorporou critérios de justiça social praticamente desconhecidos no período de apogeu do liberalismo clássico. Menos evidente, contudo, é o fato de que os critérios e valores desenvolvidos pelo conceito de justiça social também

Dentre as características e elementos distintivos dos vínculos relacionais que são mais afetos ao presente estudo, destacam-se: (a) a primariedade de suas relações, denotando alto grau de pessoalidade e subjetividade das partes, envolvendo-as integralmente em face de sua importância fundamental para o contratante; (b) incomensurabilidade do seu objeto econômico, em função da amplitude da medida e da especificidade da transação; (c) indeterminação de seus prazos, não havendo clareza por quanto tempo duram e como se dará o seu término; (d) perpetuidade da relação, em face do planejamento e do grau de sua importância para as partes; (e) divisão e compartilhamento dos ônus e benefícios, revelando alto grau de cooperação e de solidariedade entre os envolvidos, e exigindo apoio “moral” e econômico recíprocos; (f) direito de participação nas instâncias decisórias da contraparte, gerando disputa por poder dentro do espaço de deliberação da relação, havendo possibilidade de alternâncias de posições¹¹⁹; e (g) consideração das expectativas das partes, crescendo em importância o elemento confiança, em face da dificuldade de “presentificação” do futuro e das prováveis revisões e adequações vindouras.

Assim, a teoria relacional propõe uma visão dicotômica entre a concepção liberal de contrato e o que é definido como *welfarismo contratual*, baseado nos valores de igualdade, reciprocidade e de justiça distributiva. Desse modo, em oposição ao paradigma vigente, a nova racionalidade contratual seria intrinsecamente incompatível com valores liberais tradicionalmente recepcionados pelo direito¹²⁰.

alcançaram o exercício das escolhas voluntárias individuais no contexto das relações de mercado (p. 46-47).

¹¹⁹ Nesse ponto em específico, Macedo Jr., utilizando como exemplo justamente os fundos de pensão, menciona premissas que não entendemos como adequadas para as entidades fechadas de previdência complementar, como a sujeição de tais instituições à incidência do Código de Defesa do Consumidor (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 163), conforme AVENA, Lygia Maria. Da inaplicabilidade do código de defesa do consumidor no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar. REIS, Adacir (coord.) *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, e ainda ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A previdência privada aberta como relação de consumo*. São Paulo: LTr, 2004.

¹²⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 57.

O contrato não mais se coadunaria à atual complexidade das relações jurídicas, assolando o mundo “como a praga”¹²¹, em diagnóstico que é encontrado também na doutrina civilista, quando se defende que nossa cultura jurídica teria passado por um ciclo em que foi hipertrofiada a ideia de contrato¹²². Dessa forma, estaria ultrapassada a noção clássica que o entendia como resultado tão somente do mútuo consentimento, da impessoalidade, da presentificação e da descontinuidade¹²³.

Nesse sentido, a teoria relacional interpreta que os institutos e noções jurídicas protetores da equivalência substantiva entre os contratantes, tais como os da onerosidade excessiva, da vulnerabilidade e da abusividade, seriam exemplos de mecanismos tendentes à implementação efetiva desta visão social. Assim, ganha destaque o contexto contratual que envolve as partes, devendo sempre ser considerado com muita atenção, ainda que sem abandonar as disposições expressamente previstas pelas partes¹²⁴.

Sob a ótica relacional, a previdência complementar se apresenta como um típico exemplo para avaliar os desdobramentos do longo prazo sobre as relações jurídicas, considerando seu contexto sociologicamente real e abarcando, necessariamente, os valores de solidariedade, confiança e cooperação.

Apesar de encontrarmos o desenvolvimento de tais noções também no seio da hodierna doutrina civil, Ronaldo Porto Macedo Jr. destaca que “as mudanças provocadas pela transformação do direito social vieram a aproximar os conceitos jurídicos de contrato e acordo”¹²⁵, questão de especial interesse para o presente estudo, como adiante exporemos.

Nesse aspecto, é curioso observar que, por conta dos avanços doutrinários de uma cultura jurídica distante da realidade nacional, chegue-se justamente à

¹²¹ MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Tradução do inglês de Alvarado Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 69.

¹²² COSTA, Mário Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 182.

¹²³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 91.

¹²⁴ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 394.

hipótese crítica que pretendemos demonstrar: o tradicional conceito de contrato do direito civil não abarca, sozinho, toda a complexidade das relações jurídicas de previdência complementar.

Por isso, parece-nos que a defesa da atividade previdenciária dos fundos de pensão como sendo um contrato relacional¹²⁶ revela a necessidade de ser ampliada a concepção contratual clássica que a doutrina previdenciária até aqui construiu, amplamente recepcionada pela doutrina especializada.

Pela riqueza com que a teoria relacional trata de questões tão afetas ao nosso objeto de estudo, retomaremos suas lições adiante, quando abordarmos a longa duração da complexa relação de previdência complementar e a solidariedade social como origem do solidarismo que hoje permeia o direito civil, nos capítulos 2.1.1 e 2.2.3.1, respectivamente.

É, portanto, com a percepção de que a relação de previdência complementar contempla feixes mais amplos do que os abarcados pela noção civil de contrato, que se passa ao próximo tópico.

1.2 NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE PARTICIPANTES E FUNDOS DE PENSÃO

Apresentado brevemente o panorama publicista e contratual dos fundos de pensão, respectivamente quanto à sua posição junto seguridade social e no tocante à vinculação com seus participantes, agora iniciaremos concretamente a

¹²⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 69.

¹²⁶ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 254-263. Porém, ainda que haja robusta contribuição para a análise jurídica da previdência complementar, não nos furtamos de registrar nosso questionamento quanto a certas críticas de Macedo Jr. sobre o sistema previdenciário privado: a aplicação da teoria relacional com forte e indiscriminada referência à lógica consumerista; a suposta possibilidade de a administração desviar ilicitamente os recursos dos fundos de pensão e a alegação de que o

qualificação jurídica desta relação jurídica, buscando conceituação que abarque as disposições civilistas atinentes.

Conforme anunciamos, as construções doutrinárias clássicas do direito civil podem ser utilizadas para enriquecer a análise da previdência complementar fechada, em face do que proporemos uma releitura do instituto tido pela doutrina nacional como *contrato previdenciário*.

Com garantia do fundamental equilíbrio financeiro e atuarial, enquanto esforço de educação e conscientização previdenciária, destacaremos as eficácias surgidas da personalidade jurídica dos fundos de pensão, por meio do qual poderemos revelar outros elementos que não os genuinamente contratuais.

Passemos, então, à análise das principais características do negócio jurídico havido entre participantes e fundos de pensão, enquanto trabalho de revisão dogmática que pretende justamente reforçar-se por meio do enfrentamento das questões mais intrincadas, buscando conferir maior coesão e robustez hermenêutica para o tema.

1.2.1 Características fundamentais do negócio jurídico

Pressupondo o entendimento acerca da contratualidade como marca da relação jurídica de previdência complementar, com especial enfoque para o equilíbrio financeiro e atuarial, este capítulo pretende, sem desconsiderar a necessária equivalência entre as prestações das partes, enfatizar duas circunstâncias que, juntas, se impõem de modo indelével aos fundos de pensão: (i) o vínculo associativo de seus participantes com a entidade e (ii) a ausência de interesse lucrativo desta. Tais questões já indicam a necessidade de

cumprimento da promessa de pagamento da pensão contratada não seria frequente na história do direito previdenciário brasileiro.

desenvolvimento de crítica à concepção contratual, como se verá ao longo do trecho final desta primeira parte da presente dissertação¹²⁷.

Em abordagens próximas à que é ora proposta, por uma pretensa equiparação a entidades assistenciais, educacionais ou religiosas, a doutrina afirmou que as particulares características dos fundos de pensão os aproximariam dos entes de colaboração da administração pública¹²⁸.

Entretanto, ainda que os fundos de pensão integrem o sistema de seguridade social, na condição de pilar complementar da estrutura previdenciária, mesmo o alto grau de interesse público no seu regular funcionamento não indica sua inclusão à administração pública, mesmo que em grau de colaboração. Isto porque, em que pese a ausência de finalidade lucrativa, suas relações jurídicas são todas estabelecidas no âmbito do direito privado, de modo que se impõe refutar a aplicação do direito administrativo ao nosso objeto de estudo, ao menos neste específico enfoque.

Enquanto regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, o Estado definitivamente não se inclui entre os sujeitos desta particular relação jurídica. A esfera pública de caráter fiscalizatório e o vínculo privado havido entre participante e fundo de pensão se mostram de lógicas distintas, por demais contraditórias, impondo-se a sua conceituação com a necessária harmonia e coerência jurídicas.

Em raciocínio semelhante, a doutrina relata que um eventual enquadramento dos fundos de pensão ao chamado terceiro setor¹²⁹ também não contribui para a

¹²⁷ Tal como alertado na introdução, o debate sobre tais temas pode imiscuir-se em áreas ainda sem entendimentos consolidados, mas optamos por fazê-lo sempre com vistas ao enriquecimento do estudo.

¹²⁸ MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes. A previdência complementar e os direitos sociais. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: n. 236, a. XXIV, jul. 2000. p. 662.

¹²⁹ Ausente um conceito legal da expressão, por sua realidade jurídica e institucional “multiforme e heterogênea” (LOPES, Licínio. *As instituições particulares de solidariedade social*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 226), o terceiro setor remeteria a entidades com direito à livre associação, criadas e desenvolvidas fora do aparelho estatal, para o desempenho de atividades não lucrativas e de interesse público, posicionadas entre o direito administrativo e o direito privado (REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: regime jurídico das Oscips*. São Paulo: Método, 2006. p. 45-54), além de serem institucionalizadas, autoadministradas e voluntárias (MÂNICA, Fernando Borges. *Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das*

análise acerca das relações que tais entidades estabelecem com seus participantes, enquanto pessoas jurídicas de direito privado. Mesmo que atuando sem finalidade lucrativa, paralelamente ao Estado, com objetivos de relevante interesse social, os fundos de pensão têm escopo de atuação limitado pela sua inerente condição fechada¹³⁰. Sendo a cobertura previdenciária oferecida a “destinatários restritos”, é muito mais tênue seu interesse público e sua colaboração com o Estado¹³¹, o que corrobora as ressalvas feitas quanto ao enquadramento administrativista dos fundos de pensão aos entes de colaboração da administração pública.

A partir dessas considerações, passa-se a analisar a relação jurídica havida entre fundos de pensão e seus participantes, tendo em vista o que o direito civil e o vínculo associativo impõem às partes.

1.2.1.1 Associativismo

A concepção de que a relação de previdência complementar adviria de um contrato se defronta com o fato de que, em nosso ordenamento, os fundos de pensão se constituem sob a forma de associações ou fundações.

Quando promulgada em 2001, a Lei Complementar nº 109 dispunha em seu artigo 31 que os fundos de pensão deveriam ser constituídos sob a forma de fundação ou sociedade civil¹³², modalidade de pessoa jurídica que foi extinta com o

Oscip. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). *Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas*. Curitiba: OAB/PR, 2006. p. 18), tal como as ONGs – Organizações Não Governamentais e as Oscips – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, reguladas pela Lei nº 9.790/99.

¹³⁰ Lei Complementar nº 109, artigo 31: As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente: I – aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e II – aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

¹³¹ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 227-237. Ver também LOPES, Licínio. *As instituições particulares de solidariedade social*. Coimbra: Almedina, 2009.

¹³² Lei Complementar nº 109, artigo 31, parágrafo 1º: “As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos”.

advento do Código Civil de 2002. Desde então, “sociedade sem fins lucrativos não é mais sociedade, mas associação”¹³³, formalizando sinonímia que já era reconhecida pela doutrina¹³⁴. E é neste contexto que devem ser lidas as determinações da Portaria nº 02 da Secretaria de Previdência Complementar¹³⁵.

Faz-se ainda o esclarecimento preliminar de que, no meio previdenciário, são usualmente categorizados como sendo integrantes da “previdência associativa” os fundos de pensão instituídos, ou seja, não patrocinados, no sentido do já citado artigo 31, inciso I, da Lei Complementar nº 109¹³⁶.

Porém, neste capítulo não nos limitamos à análise desta específica modalidade de constituição de entidades fechadas de previdência complementar, precipuamente por adotarmos a noção civil de associativismo, correspondente àquelas pessoas jurídicas previstas no Capítulo I do Código Civil, criadas por meio de “negócio jurídico formal, coletivo, cujas declarações de vontade são paralelas e convergem para um objetivo comum, que é o de constituírem a pessoa jurídica e dela participarem”¹³⁷. Por conseguinte, é com esta concepção que passamos a analisar os fundos de pensão, ainda que a matéria não seja explorada com a mesma abundância e profundidade conferida às sociedades comerciais¹³⁸.

Parcela relevante da doutrina civilista afirma não existir inconveniente em dar ao ato constitutivo da entidade o nome de contrato¹³⁹, visualizando a associação

¹³³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 121.

¹³⁴ LOUGE, Pedro J. S. *Asociaciones civiles: Régimen jurídico, contable y fiscal*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959. p. 02.

¹³⁵ Secretaria de Previdência Complementar, Portaria nº 02, de 08/01/2004, artigo 1º: “As entidades fechadas de previdência complementar, regidas por lei complementar, não estão obrigadas a promover em seus estatutos as adaptações a que se refere o artigo 2.031 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil).”

Código Civil, artigo 2.031: “As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007.”

¹³⁶ REIS, Adacir. A natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar. REIS, Adacir (org.). *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2009. p. 52.

¹³⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 289.

¹³⁸ LOUGE, Pedro J. S. *Asociaciones civiles: Régimen jurídico, contable y fiscal*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959. p. 21.

¹³⁹ LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*. Tradução do alemão de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Jaén: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 187.

como um contrato plurilateral¹⁴⁰ de congregação¹⁴¹, ato constitutivo que englobaria um conjunto de cláusulas contratuais vinculantes que ligariam fundadores e novos associados¹⁴². Porém, temos que tais concepções merecem ser confrontadas, suscitando debate atualizado sobre a questão.

A denominação daquele que é tido como sendo o contratante da relação já indica o cabimento do questionamento proposto: considerando-se como participante a pessoa física que adere ao plano de benefício, conforme preceitua o artigo 8º, inciso I da Lei Complementar nº 109, se lhe reserva mais que um mero papel de espectador da contraparte prestadora de serviço. Tanto é assim que, etimologicamente, participar remonta à tomada de partido, a uma posição ativa de compartilhamento e de associação¹⁴³.

Parece-nos uma imposição técnica relativizar a natureza contratual do vínculo entre participante e o fundo de pensão, pois os direitos e deveres surgidos entre as partes envolvidas não podem ser interpretados sem se considerar a lógica fundacional ou associativa, que “têm nos seus associados a sua origem e a fonte maior da formação da vontade social”¹⁴⁴. Ao pretenderem racionalizar e ratear os recursos empregados para a busca por objetivo comum¹⁴⁵, não se estabelece entre os associados direitos e obrigações recíprocos, por determinação legal expressa do parágrafo único do artigo 53 do Código Civil¹⁴⁶, tal como se dá em uma sinalagmática e comutativa relação contratual.

Portanto, já se entendia o antes denominado seguro mútuo como sendo uma relação jurídica de associação, “sem que se possa dizer que se trate de contrato de

¹⁴⁰ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del derecho civil*. Tradução do italiano de A. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964. p. 257.

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, Volume I, teoria geral do direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 273.

¹⁴² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010. p. 63.

¹⁴³ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2139.

¹⁴⁴ BORBA, José Eduardo Tavares. *Direito societário*. 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 07-09.

¹⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 248. vol. I.

¹⁴⁶ Código Civil, artigo 53, parágrafo único: “Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.”

seguro revestido de ‘forma social’¹⁴⁷. Nesse sentido, Josserand considerava as sociedades de seguros mútuos como formas especializadas do conceito de associação¹⁴⁸.

Para a entidade fechada de previdência complementar, enquanto pessoa jurídica, “por causa da ausência de interesses egoísticos, o corpo (a coletividade) é mais importante que as partes (as pessoas) e o fim comum é mais relevante que os indivíduos integrantes da comunidade”. Contudo, nos fundos de pensão o fim comum revela-se nos próprios indivíduos, tanto que esta *corporalidade* pode apresentar diferentes graus, sem descaracterizar a associação, mas influenciando na sua estrutura organizacional¹⁴⁹. Demonstra-se assim a proeminência da figura do participante e o necessário zelo para com seus interesses previdenciários, a própria finalidade da instituição.

As associações têm número indeterminado de membros, seus atos se apoiam em decisões majoritárias dos órgãos internos e, mais importante, são essencialmente corporativas, no sentido de que se organizam de tal maneira “que seus membros se apresentam como todo único e uno”, conforme lição de Pontes de Miranda¹⁵⁰. Essa qualidade de associado, a chamada *membridade*, advém de negócio jurídico específico de adesão, mas especial a ponto de cada um dos associados ser órgão da pessoa jurídica, mesmo fora da assembleia geral, ainda que com menor poder e sem apresentação¹⁵¹.

Mesmo os que defendem a concepção de *contrato previdenciário*, ainda assim, vêem o participante, no momento de seu ingresso na entidade, como a ela se

¹⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p.109-110. Tomo XLVI. Segundo o jurista, “o seguro mútuo não é espécie de seguro conforme a álea. Apenas se refere à empresa, em sua organização técnica e mutualística. A cooperatividade é que ressalta, com a finalidade de atribuir aos segurados o que, nas outras empresas de seguros, seria destinado às quotas e dividendos dos capitalistas”.

¹⁴⁸ JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. v. I. Tomo I. Tradução do francês de Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia., 1950. p. 175.

¹⁴⁹ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros... [et al.]. *Comentários ao novo código civil: das pessoas* (arts. 1º a 78). Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 876-878. v. I.

¹⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 318-321. Tomo I.

¹⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 391-393. Tomo I.

incorporando¹⁵². Pelo que, segundo Menezes Cordeiro, o “status de associado” permitiria verificar o complexo acervo dos direitos associativos, surgidos de uma relação jurídica marcada como duradoura, e da qual derivam direitos e deveres mútuos. Daí que “da situação de membro derivam posições absolutas que devem ser respeitadas por todos: têm cobertura delitual ou aquiliana”. Em síntese: “os direitos associativos estão marcados pelo escopo da associação a que respeitem e traduzem a participação do seu titular em todo um (sub)sistema de actuação e ordenação”, pelo que

se nos ocuparmos do conteúdo dos direitos e dos deveres em causa, encontramos situações muito diversificadas: prestações pecuniárias ou de *dare* variadas; prestações de *facere*; sujeições. Lado a lado, podem ocorrer actuações de tipo pessoal e acções indiferenciadas. A mera presença do associado pode ser decisiva ou indiferente. A actuação do associado pode ser puramente interior ou exterior. Há ocorrências patrimoniais e não patrimoniais, e assim por diante, incluindo a eventual sujeição ao poder disciplinar¹⁵³.

As associações são constituídas “por meio de um negócio jurídico formal, coletivo, cujas declarações de vontade são paralelas e convergem para um objetivo comum, que é o de constituírem a pessoa jurídica e dela participarem”, sem a presença de contratualidade em vínculos desta natureza. Por isso, a relação jurídica entre o fundo de pensão e o participante “nasce do próprio ato constitutivo ou, se a associação já é existente, do negócio jurídico de admissão, isto é, da adesão do interessado aceita pela entidade”¹⁵⁴. Daí o destaque para a característica de que no estatuto

as partes regulam para o futuro, concebendo situações de fato abstratas, sem qualquer eficácia concreta. Por eles, não visam as partes, no presente, modificar ou extinguir direitos, esta que é a função específica dos contratos¹⁵⁵.

¹⁵² CASSA, Ivy. *Contrato de previdência privada*. São Paulo: MP, 2009. p. 182.

¹⁵³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 730-731. Parte geral. Tomo II.

¹⁵⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 290.

¹⁵⁵ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros... [et al.]. *Comentários ao novo código civil: das pessoas* (arts. 1º a 78). Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 602. v. I. Reafirmando a natureza não contratual e

Portanto, revela-se pouco conveniente ver fundado o ato constitutivo das associações em um vínculo contratual. San Tiago Dantas entende que seus estatutos são elaborados segundo “a técnica da lei”, e não a do contrato, uma vez que “os direitos e deveres dos sócios são aí definidos, tal como se definem os direitos dos cidadãos em relação ao estado”¹⁵⁶.

Dessa forma, o estatuto não deve ser visto como um contrato, nem no momento de constituição da associação, nem no momento posterior em que a entidade recebe a adesão de pessoas interessadas em ingressar no grupo, especialmente em face da ausência de oposição de interesses entre seus membros¹⁵⁷. A constituição da entidade por meio de um estatuto, por si só, já se opõe à noção de contrato, pelo seu sentido prescritivo e ordenatório¹⁵⁸, pois, se tomando o contrato como a conciliação de interesses divergentes, e o ato coletivo representando vontades convergentes:

Se uma disposição é eliminada (por exemplo, por vício da vontade determinado por erro ou coacção) é todo contrato que está inquinado.

Pelo contrário, no acto colectivo, como o efeito comumente pretendido não depende em princípio do número de partes ou de parte singular, a eliminação de uma participação não põe em causa o efeito comum. O melhor, só o põe se for essencial para esse efeito comum¹⁵⁹.

Atual, portanto, a lição de Hauriou, destacando a importância das instituições enquanto estruturação de uma teoria da personalidade, formulada justamente no contexto de consolidação dos direitos sociais. Estas entidades vinculam seus membros por conta da forte “ideia de obra a realizar”, em proveito do agrupamento social em que surge o movimento associativo, “que lhe permite passar de um espírito ao outro e refratar-se diferentemente em cada um sem, no entanto,

estatutária do vínculo associativo, ver ainda FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 384.

¹⁵⁶ DANTAS, Francisco San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 217-218.

¹⁵⁷ LOUGE, Pedro J. S. *Asociaciones civiles: Régimen jurídico, contable y fiscal*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959. p. 41-43.

¹⁵⁸ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros... [et al.]. *Comentários ao novo código civil: das pessoas* (arts. 1º a 78). Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 890. v. I.

¹⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Teoria Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 297. v. I.

dissolver-se nem desvanecer-se”. O poder conferido ao fundo de pensão somente existe e está estritamente a serviço da realização dos objetivos de proteção previdenciária de seus participantes, que “devem mover e comover as consciências individuais envolvidas”¹⁶⁰.

A redução da figura do contrato em detrimento à da instituição também era destacada por Savatier, por se conferir maior dinamismo às relações jurídicas, no espaço e no tempo¹⁶¹. Esta noção de instituição permitiria “equilibrar duas ideias virtualmente antagônicas: a estabilidade e a mudança, ambas necessárias à harmonia social”, levando em consideração “as turbulências, as discontinuidades, os estados de transição”:

Melhor ainda que o contrato, a Instituição garante a empresa do homem sobre o tempo, ampliando seu horizonte e inscrevendo nele uma trajetória que outros doravante poderão tomar de empréstimo. Mas se ela sabe utilizar o fluxo do devir, a instituição nem por isso não o cristaliza; sabemos bem que, se não for incessantemente revivificada ela seria tomada pela usura e pela inércia¹⁶².

Expandindo as concepções de Hauriou, a noção de instituição para Santi Romano nos é igualmente pertinente, por sua concepção enquanto ordenamento jurídico dotado de completude e unidade, contendo um conjunto de preceitos devidamente sistematizados¹⁶³, de forte vinculação à realidade estatutária dos fundos de pensão.

Tais concepções institucionalistas não são explicitadas quando é defendido na doutrina brasileira o caráter institucional da previdência privada, que “diz respeito

¹⁶⁰ HAURIU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social*. Tradução do francês de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 21-26 e 29. Basicamente, para Hauriou, a noção de instituição pretende estruturar uma teoria da personalidade jurídica. Seus principais elementos são a ideia de obra a realizar como objeto, um poder de governo organizado para a realização dos serviços a que se destina, e a manifestação de comunhão entre seus membros.

¹⁶¹ SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques e sociales du droit civil d'aujourd'hui*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1952. p. 30-31.

¹⁶² OST, François. *O tempo do direito*. Tradução do francês de Elcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 235-239.

¹⁶³ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução do italiano de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 78.

ao aspecto cogente envolvendo a matéria, ou seja, que não é passível de pactuação com liberdade contratual das partes” A imposição de limites legais, buscando a proteção social, impediria “a supremacia contratual”¹⁶⁴.

Portanto, ainda segundo Santi Romano, mesmo que a pessoa jurídica, por si só, já seja uma instituição, tal conceito é aqui utilizado enquanto “um ordenamento jurídico, uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo”, a estrutura necessária para que as relações realizadas em sua órbita possam ser qualificadas como jurídicas¹⁶⁵.

De acordo com tal concepção, estão presentes nos fundos de pensão todos seus requisitos de uma instituição: uma existência objetiva com individualidade exterior e visível, manifestação de natureza social e não puramente individual, examinável em si e por si, permanente a ponto de não perder sua identidade devido a alterações dos indivíduos que a compõem¹⁶⁶.

Por conseguinte, com o inerente caráter associativo, a relação jurídica previdenciária fechada, revestida de especiais particularidades¹⁶⁷, também se revela desprovida de características societárias, em que pese uma aventada semelhança entre a figura do participante à do acionista¹⁶⁸, pois não se sustenta diante da inadequação de se “sobrepor a noção de empresa à atividade de previdência

¹⁶⁴ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 176.

¹⁶⁵ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução do italiano de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boixteux, 2008. p. 113, 89 e 106.

¹⁶⁶ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução do italiano de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boixteux, 2008. p. 83-87.

¹⁶⁷ A relação em comento já nos parece não consumerista, ao contrário do que possa dar a entender a Súmula nº 321 do Superior Tribunal de Justiça, conforme AVENA, Lygia Maria. Da inaplicabilidade do código de defesa do consumidor no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar. REIS, Adacir (coord.) *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 47-71.

¹⁶⁸ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 280. Porém, a semelhança entre participante e acionista denota a menor presença do caráter subjetivo na sociedade anônima, em comparação às demais sociedades empresárias, onde o *intuitu personae* não prepondera diante do *intuitu pecuniae*, pois a busca por bons resultados possibilita a convivência de estranhos na busca dos fins sociais (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 429). A questão remete ao debate doutrinário acerca da natureza institucional ou contratual da pessoa jurídica, que, por mais que nos seja proveitosa – tendo em vista sua síntese apontar para o aprimoramento de mecanismos de cooperação (COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 374-381, e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25-38), escapa do nosso objeto de estudo.

complementar fechada”¹⁶⁹. Essa evidência decorre das disposições do já citado parágrafo 1º do artigo 31 da Lei Complementar nº 109/2001, que impunha às entidades fechadas se organizarem exclusivamente sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

Ainda que o direito empresarial tenha produzido, a partir de Ascarelli, a noção de contrato plurilateral para as relações societárias¹⁷⁰, e mesmo com o entendimento doutrinário estrangeiro de que os planos de pensões sejam vistos como “contratos associativos de base mutualista”¹⁷¹, parece-nos fundamental lembrar a lição de Rachel Sztajn, quando destaca as particularidades da associação enquanto pessoa jurídica distinta das sociedades, como ente em nível intermediário, justamente no tocante ao seu aspecto contratual. Portanto, “é de indagar qual o negócio jurídico de constituição das associações e se é diferente do contrato plurilateral”, uma vez adotando modelos e estruturas internas semelhantes às das sociedades anônimas, e por isso “afastando-se das comunhões e condomínios”¹⁷².

Se, para Ascarelli, o contrato plurilateral de sociedade pressupõe interesses antagônicos, onde cada parte tem obrigações e direitos “não para com ‘uma’ outra, mas para com ‘todas’ as outras”, de modo que “diversos são, pois, os direitos de quem participa de uma associação e aqueles de quem participa de uma sociedade”¹⁷³, impensável a aplicação ao atual contexto legislativo das associações, se o parágrafo único do artigo 53 do Código Civil dispõe não haver entre os associados direitos e obrigações recíprocos.

Nessa linha, Sztajn, depois de longa defesa do contrato plurilateral para as relações societárias, defende, adversativamente que

¹⁶⁹ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 185.

¹⁷⁰ Para aprofundamento na questão do contrato plurilateral, ver ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 266-312.

¹⁷¹ DOMINGUES, Justino Duque. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DO SEGURO. *II Fórum de direito do seguro*. São Paulo: IBDS, 2002. p. 137.

¹⁷² SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades: à luz da noção de contrato plurilateral. *Revista de Direito Privado – RDPriv 21/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 2005. p. 226.

¹⁷³ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 258, 268-281.

no que tange às associações, não há, salvo nenhuma indicação quanto ao negócio constitutivo e, salvo regras quanto a menções ou disposições estatutárias e matérias administrativas, faltam elementos para determinar-se qual o substrato do negócio constitutivo¹⁷⁴.

Por isso, as associações “assemelham-se à concepção institucional das companhias com caráter perene ou quase permanente”, com a particularidade de que seu fim não lucrativo “está presente e permeia seu regramento institucional e jurídico”¹⁷⁵.

Rodrigo Xavier Leonardo defende inclusive que, considerando as disposições do Código Civil de 2002, as associações e as fundações estariam topologicamente separadas das pessoas jurídicas de direito privado de base contratual, refletindo a diferença tanto no momento genético como no momento funcional dessas duas modalidades de organizações. Assim sendo, afastam-se dos contratos plurilaterais e dos contratos associativos, uma vez que a liberdade contratual e a liberdade associativa percorrerem “vias praticamente opostas no direito contemporâneo”. Por isso, “a natureza jurídica das associações aponta para a verificação de um *negócio jurídico organizativo*”, “alheio à disciplina contratual do Código Civil e diretamente ligado à categoria do negócio jurídico, adotada como paradigma normativo para os atos jurídicos *lato sensu*, pela mesma lei civil”¹⁷⁶.

Definitivamente plurilateral¹⁷⁷, o negócio jurídico associativo é antevisto, ainda que indiretamente, mesmo quando se pressupõe a existência de um *contrato previdenciário*, uma vez verificada a peculiaridade da relação previdenciária privada fechada “que faz com que as partes não figurem em polos contrapostos na relação contratual, mas em parceria para atingir o fim comum”¹⁷⁸.

¹⁷⁴ SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades: à luz da noção de contrato plurilateral. *Revista de Direito Privado – RDPriv 21/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 2005. p. 229.

¹⁷⁵ SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades: à luz da noção de contrato plurilateral. *Revista de Direito Privado – RDPriv 21/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 2005. p. 230 e 234.

¹⁷⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. São Paulo: USP, 2006. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p.134-140.

¹⁷⁷ HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 398.

¹⁷⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - ABRAPP. O Judiciário e a complexidade do novo direito previdenciário. *Revista Fundos de Pensão*. São Paulo. Abrapp/ICSS/Sindapp, a. XXIII, n. 351, abril 2009. p. 09-13.

Porém, ainda que seja marca característica de um fundo de pensão fechado a pluralidade de indivíduos unidos na busca de um interesse comum¹⁷⁹, podem-se estabelecer interesses antagônicos em face de seus próprios participantes, apesar de a entidade fechada de previdência complementar ser dirigida à realização de interesses dos associados.

Apesar de se constituírem as associações como organismos autônomos, com vontade própria¹⁸⁰, sobre os fundos de pensão “não deve pairar nem a mais leve suspeita de interesses conflitantes”¹⁸¹. Aqui impõe-se destacar a possibilidade de ocorrência do chamado *risco moral*, noção desenvolvida na análise econômica do direito que busca esmiuçar o conflito de interesses advindos da assimetria informativa endógena a uma relação jurídica, manipulável pela parte que detém o conhecimento fundamental para a consecução do negócio.

Em que pese nossa ressalva quanto à aplicação da doutrina contratual, e ainda que o risco moral seja especialmente identificável nos contratos de agência, parece-nos relevante uma breve menção a seu respeito, diante da vasta possibilidade de estudo para o caso. Nesse sentido, enfatiza-se o destaque dado à possibilidade de esta circunstância “minar qualquer relação estratégica com ou sem configuração contratual”, uma vez denotando

o uso estratégico de informação privativa por parte de um agente, na medida em que os objectivos visados com o contrato dependam crucialmente da conducta desse agente e ele possa manipular as condições em que se cumpre os seus deveres contratuais, mais especificamente o seu grau de esforço e a sua fidelidade ao programa de acção a que se declarou adstrito, privando a contraparte, o principal, da informação que propiciaria a este a detecção e a avaliação desse desvio dos fins contratuais¹⁸².

¹⁷⁹ ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 54. v. I.

¹⁸⁰ ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 69-70. v. I.

¹⁸¹ DRUCKER, Peter. *A revolução invisível: como o socialismo fundo-de-pensão invadiu os Estados Unidos*. Tradução do inglês de Carlos A. Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1977. p. 92.

¹⁸² ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 286-287. Sobre a teoria da agência aplicada aos fundos de pensão, ver BLECHER, Flavia V. *Gestão de ativos de fundos de pensão: práticas de governança, estrutura de controle e remuneração*. Rio de Janeiro:

Essa situação precisa ser especialmente considerada diante da ausência de fins lucrativos do fundo de pensão, posto que seu escopo altruístico não lhe permite satisfação irrestrita dos interesses dos seus associados¹⁸³. O enfrentamento de interesses opostos, por garantia constitucional de apreciação pelo Poder Judiciário de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito¹⁸⁴, concretiza-se especialmente na relação havida entre a pessoa jurídica e seus membros¹⁸⁵, sendo uma realidade que o regime de custeio não pode desconsiderar.

Segundo Ovídio Baptista, “é um exercício penoso para nossa formação jurídica pensar o direito como uma relação de *cooperação* e não de *conflito*”¹⁸⁶. No negócio jurídico que se estabelece entre o fundo de pensão e seus participantes, aquele é contraparte destes e, ao mesmo tempo, a representação dos seus interesses. Por isso é que o aprofundamento dos estudos sobre a extensão dos direitos e deveres das partes viabiliza maior precaução financeira e atuarial.

Por fim, registre-se, ainda, que a lógica associativa e institucional aqui proposta é ampla o suficiente para adequar-se à estruturação fundacional, para além da desobrigação de adaptação às disposições do Código Civil de 2002, conforme determina a já mencionada Portaria nº 02 da Secretaria de Previdência Complementar.

Na relação entre participantes e entidades fechadas de previdência complementar que se constituem sob a forma de fundações, independentemente da afetação patrimonial que caracteriza estas pessoas jurídicas, o vínculo que se estabelece entre as partes é “muito diferente daquele previsto tradicionalmente no

FGV, 2004. Dissertação (Mestrado em Finanças e Economia Empresarial). Escola de Pós-Graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/338/2138.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 set. 2011.

¹⁸³ A desistência de participantes antes da concessão do benefício pode trazer vantagens financeiras e atuariais para os seus pares (RODRIGUES, José Angelo. *Gestão de risco atuarial*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35), mas não pode implicar em menor proteção previdenciária.

¹⁸⁴ Constituição, artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 404. Tomo I.

¹⁸⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Natureza jurídica do “Monte de Previdência”. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DO SEGURO. *II Fórum de direito do seguro*. São Paulo: IBDS, 2002. p. 81.

Código Civil”¹⁸⁷, o que entendemos como indicativo da necessidade de remissão à leitura ora proposta.

Mesmo que na fundação se entenda haver negócio jurídico unilateral¹⁸⁸, “o que aproxima associações e fundações é a natureza ideal de seus fins, porquanto estes serão, nos dois casos, destituídos de caráter econômico”¹⁸⁹, pelo que se remete à noção de que fundações sejam associações de um caráter especial¹⁹⁰. Tanto associações quanto fundações não visam obter lucro para si, o que não se confunde com o esforço em maximizar a rentabilidade financeira dos valores que lhe são alcançados por seus próprios membros.

Em os fundos de pensão dedicando-se à administração destes valores sem serem remunerados por tal atividade, pertinente ser tratada no próximo ponto, justamente, a sua ausência de finalidade lucrativa, em oposição às pessoas jurídicas com legítimo intuito lucrativo que são as entidades abertas de previdência complementar¹⁹¹.

1.2.1.2 Não lucratividade

Consequência do associativismo enquanto característica fundamental, outro aspecto que marca a entidade fechada de previdência complementar é a ausência de intuito lucrativo no exercício de seu objeto e na relação com os seus participantes. Impõe-se, porém, a distinção entre as noções de lucratividade e

¹⁸⁷ REIS, Adacir. A natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar. REIS, Adacir (org.). *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2009. p. 53.

¹⁸⁸ HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 405.

¹⁸⁹ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros [et al.]. *Comentários ao novo código civil: das pessoas* (arts. 1º a 78). Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 875. v. I.

¹⁹⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 1999. p. 163.

¹⁹¹ Lei Complementar nº 109, artigo 36: “As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.”

onerosidade, se fazendo presente na relação em comento esta última, ainda que sem a busca pelo lucro, devendo ser repassado aos participantes os custos da estrutura administrativa da entidade.

O Código Civil, em seu artigo 53, dispõe expressamente que as associações constituem-se pela união de pessoas que se organizam para *fins não econômicos*¹⁹², o que deve ser entendido apenas em seu sentido estrito, uma vez que a restrição é tão somente para a associação, enquanto pessoa jurídica distinta de seus associados, sem confundir-se com o seu eventual objeto de rentabilizar seus participantes.

Quanto às fundações, o parágrafo único do artigo 62 do Código Civil permite a sua constituição para fins assistenciais, também remetendo à vedação de lucro como seu objeto principal¹⁹³.

E é a ausência de fins lucrativos da entidade que se constitui em marca distintiva do vínculo complementar fechado. Há quem destaque que o contrato previdenciário teria evidente caráter oneroso¹⁹⁴, “imprescindível à relação”¹⁹⁵, devendo-se, de qualquer modo, evitar a confusão entre as expressões, haja vista a vedação de lucro prevista no já citado artigo 31 da Lei Complementar nº 109. Neste aspecto, portanto, a finalidade lucrativa seria, inclusive, uma “chave lógica” para se analisar as diferenças entre entidades fechadas e abertas de previdência complementar¹⁹⁶.

Para Menezes Cordeiro, a associação deve ter meios econômicos para realizar seus objetivos, nada impedindo que ela busque lucro para seus associados. Estas características não se contradizem à vedação de finalidade lucrativa de tais entidades, uma vez que na relação entre os participantes e o fundo de pensão “o

¹⁹² Código Civil, artigo 53: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.”

¹⁹³ Código Civil, artigo 62, parágrafo único: “A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.”

¹⁹⁴ ROMITA, Arion Sayão. Estrutura da relação de previdência privada (entidades fechadas). *Revista de Previdência Social*. São Paulo, n. 252, a. XXV, nov. 2001, p. 778.

¹⁹⁵ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 161.

primeiro e fundamental elemento de qualquer associação é constituído pelos seus associados ou massa associativa”¹⁹⁷.

Daí a necessária a distinção entre onerosidade e lucratividade, que não podem receber tratamento equivalente: a ausência de finalidade lucrativa dos fundos de pensão não impede que seus participantes sejam onerados com os custos administrativos da entidade. Ao mesmo tempo, ainda que não almeje lucro, o fundo de pensão tem o dever de buscar a maior rentabilidade possível na gestão do patrimônio acumulado por seus participantes.

Como afirma Daniel Pulino, o fundo de pensão não tem a marca empresarial da “intenção de lucro como o objetivo último visado pelo empreendedor da atividade”. Assim, é evidente que está permeado de “economicidade”, em acepção mais ampla, buscando “resultados operacionais positivos, ainda que não necessariamente significando o excedente financeiro para distribuição entre os proprietários da empresa”. Ou seja, mesmo não sendo uma empresa, e ainda que com a estrutura jurídica sem fins lucrativos de uma associação ou fundação, “o plano de benefícios deve ter resultados patrimoniais positivos”¹⁹⁸.

A ausência de finalidade lucrativa dos fundos de pensão se assemelha à da relação jurídica cooperativa, porquanto, estabelecidas no seio do direito privado, e submetendo-se a fiscalização estatal, entidades fechadas de previdência complementar e cooperativas são “criadas para atender às necessidades de seus associados, [de modo] que estes são ao mesmo tempo, como já se acentuou ao correr deste trabalho, associados e clientes”. Por isso a sua menção, em que pese a referência de transcendência do direito cooperativo para além do direito civil, comercial, social ou administrativo¹⁹⁹.

¹⁹⁶ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 133.

¹⁹⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 717. Parte geral. Tomo II.

¹⁹⁸ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 206-207.

¹⁹⁹ BULGARELLI, Waldirio. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 24 e 19.

Na relação jurídica de previdência privada fechada, tal como no direito cooperativo, também é valorizada a adesão livre e voluntária, o controle democrático pelos sócios e a sua participação econômica direta²⁰⁰. Desse modo, o liame se formaria por meio de delegação, não se tratando de mandato gratuito, mas sim oneroso, sendo não lucrativo o vínculo havido entre a pessoa jurídica e seus membros²⁰¹.

Da mesma forma, o fundo de pensão, enquanto entidade com autonomia e personalidade jurídica própria, não pode buscar lucro – repita-se – para si. Os resultados positivos de seus esforços financeiros e gerenciais revertem em favor de seus participantes. Por isso, a lógica cooperativa serviria como adequada referência comparativa para a análise das entidades fechadas de previdência complementar, especialmente com relação aos dividendos por elas obtidos com a gestão do patrimônio acumulado por conta dos aportes de seus participantes²⁰².

Parte da doutrina civil considera vedado o objetivo comum de distribuição de lucros entre associados, sendo a não lucratividade ou a não economicidade das associações a característica que as distingue das sociedades, ainda que não haja

²⁰⁰ Dentre os elementos tidos por Reale como essenciais à toda relação jurídica cooperativa, destacamos o seu cunho social, a inexistência do objetivo de lucro da entidade e a individualidade do fundo de reserva de cada cooperado, constituindo esta particular relação mutualística (REALE, Miguel. Direitos do sócio que se desliga de uma cooperativa. *Questões de direito privado*. São Paulo, Saraiva, 1997. p. 115-116). Ainda cabe a menção quanto ao governo da sociedade cooperativa mediante eleição, em assembleias gerais dos associados (MAGANO, Octavio Bueno. Cooperativas. WALD, Arnoldo (org.). *Direito empresarial: direito societário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 800), à semelhança do que ocorre, ainda que parcialmente, nas entidades fechadas de previdência complementar. Sobre o tema, ver ainda KRUEGER, Guilherme (coord.). *Cooperativas na ordem econômica constitucional: teoria e direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. Tomo I. Também FRANKE, Walmor. *Direito das sociedades cooperativas: direito cooperativo*. São Paulo: Saraiva, 1973.

²⁰¹ “Não lucrativo o é, pois, cobrando a cooperativa uma taxa para o custeio do serviço, em havendo sobras, como é comum, estas, após as deduções para os fundos sociais, são-lhe devolvidas em proporção às operações que praticou com a sociedade” BULGARELLI, Waldírio. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 36.

²⁰² PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 209-217. Destaque-se ainda que a similitude entre os regimes jurídicos cooperativos e de previdência complementar fechada se estende aos caracteres associativos antes destacados, pois “doutrinariamente, procurou-se estruturar e disciplinar a sociedade cooperativa, nos moldes mais ajustáveis às práticas associativas” (BULGARELLI, Waldírio. *Regime jurídico das sociedades cooperativas*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1965. p. 121).

impedimento ou vedação para que as associações tenham atividades econômicas²⁰³.

Todavia, parece-nos mais adequado o entendimento de que a redação atual do artigo 53 do Código Civil, referindo-se a “fins não econômicos”, seria imprópria, vedando-se apenas os fins lucrativos da associação, sem impedir o exercício de atividades que proporcionem ganhos aos seus associados, de modo que receitas com tal destinação não desnaturariam o vínculo associativo²⁰⁴.

A questão da lucratividade adquire maior clareza quando se distinguem os fins dos meios almejados pelo fundo de pensão. Se “as associações e fundações, por buscarem fins não econômicos, podem ter o lucro como meio”, sempre direcionado ao cumprimento de seus objetivos²⁰⁵, a finalidade dos fundos de pensão se concretiza na segurança previdenciária e financeira de seus participantes no futuro.

Assim, quanto maiores forem os ganhos auferidos com sucesso na gestão do patrimônio constituído pelas contribuições dos participantes, mais cobertura previdenciária é proporcionada no futuro, de modo que o contexto de longo prazo afasta a equiparação a uma mera aplicação bancária.

Ademais, se a entidade fechada de previdência complementar não tem o objetivo de constituir para si riqueza, ou de transferir patrimônio entre as partes, mais uma vez se questiona a adequação em se denominar este liame como contrato, como se verá adiante. A questão é sutil, mas juridicamente relevante: os ganhos financeiros em prol do participante não configuram intuito lucrativo da entidade²⁰⁶.

Assinaladas essas considerações acerca do caráter associativo e institucional dos participantes e assistidos reunidos em um fundo de pensão, já se fundamenta a

²⁰³ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 290.

²⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 201. Volume I: parte geral.

²⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 255. v. I.

recomendação por maior reflexão sobre a contratualidade na relação jurídica de previdência complementar, pelo que se impõe o estudo mais acurado deste específico negócio jurídico, o que a seguir passamos a fazer.

1.2.2 SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO CONTRATUAL

Brevemente apresentada a doutrina que defende a existência de um *contrato previdenciário* entre participantes e fundos de pensão, sua primeira confrontação foi levada a cabo logo a seguir, em face da natureza e personalidade jurídica das entidades fechadas de previdência complementar, fortemente marcada pela não lucratividade.

Haja vista a constatação de que somente o vínculo institucional e associativo já se opõe à lógica contratual, é preciso ainda confirmar se os atos havidos no curso desta relação jurídica não advêm de uma ordinária negociação entre meros contratantes em posição sinalagmática, mas de negócio jurídico plurilateral diverso, contemplando não apenas o consenso enquanto elemento fundamental de um contrato²⁰⁷.

Não pretendemos questionar a teoria do negócio jurídico, mas aproveitar seus contornos mais amplos como categoria própria, especialmente naquilo que foi consagrado pelo Código Civil de 2002²⁰⁸, para atingir nosso objeto de estudo, uma mais profunda análise dogmática do vínculo previdenciário de natureza complementar fechada.

Até se encontra crítica e proposta de superação do conceito de negócio jurídico, mas acompanhada da ressalva de que segue majoritária a corrente que

²⁰⁶ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 136.

²⁰⁷ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 216. v. I.

acredita na sua utilidade²⁰⁹. Portanto, ainda que haja questionamentos a seu respeito, e mesmo à noção de relação jurídica²¹⁰, entendemos que sua previsão historicamente enraizada em nossos textos legislativos justifica sua utilização para esclarecimento do tema ora em estudo.

É principalmente com o amparo em dispositivos do Código Civil, de forte receptividade jurisprudencial e o devido respaldo doutrinário, que poderemos conferir maior densidade aos apontamentos que venham a ser apresentados em favor da leitura associativa dos fundos de pensão.

Poderia alegar-se que a noção de contrato enquanto sinônimo de negócio jurídico absorve as características de plurilateralidade²¹¹, ou mesmo de gratuidade, abarcando as questões até aqui tratadas. Entretanto, os fundos de pensão devem, minimamente, se constituir com órgãos internos com competência executiva, deliberativa e fiscalizatória²¹², dos quais os próprios participantes devem tomar assento²¹³, impondo-se entender que quem venha a tornar-se participante, aderindo ao plano de benefícios da entidade, estabelece negócio jurídico de adesão²¹⁴ com particulares características.

E em meio à discussão sobre o negócio jurídico e sua conceituação, ainda será fundamental enfrentarmos as disposições constitucionais a respeito da matéria, pelos eventuais desdobramentos daí advindos, especificamente para o questionamento proposto.

²⁰⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro* (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 100 e seguintes.

²⁰⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 374-376.

²¹⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 431-435 e 451-458. Parte geral. Tomo I.

²¹¹ ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 39. v. II.

²¹² Lei Complementar nº 109/01, artigo 35, *caput*: “As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.”

²¹³ Lei Complementar nº 109/01, artigo 35, § 1º: “O estatuto deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas.”

²¹⁴ Nesse sentido, ver SASSERON, José Ricardo. A presença dos participantes nas instâncias estatutárias. REIS, Adacir (coord.) *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 171-178.

Passemos primeiramente à adesão enquanto característica dos negócios jurídicos.

1.2.2.1 Inadstrição da adesão aos contratos

A adesão do participante ao estatuto da entidade costuma ser vista como característica configuradora do *contrato previdenciário*. Entretanto, a adesibilidade é apenas uma das possibilidades pela qual se exerce a autonomia privada, podendo também fazer-se presente em negócios jurídicos plurilaterais que se mostram inconfundíveis com o contrato, especialmente os *atos coletivos*, os *acordos* e as *deliberações*, mais afetos ao nosso tema.

Considerando a distinção feita pela doutrina civilista, que geralmente não trata com total sinonímia negócio jurídico e contrato, se faz a leitura desses institutos em conjugação com a *adesibilidade* que marca a formação do vínculo de previdência complementar.

Uma característica relevante do negócio jurídico já abordado é a adesão dos participantes ao estatuto e regulamento da entidade, inerente à sua formalização, pois é nesses documentos que estão previstos os direitos e deveres das partes. Sobre isso, a doutrina aponta que, quanto à proposta de inscrição, não há discussão clausular com o fundo de pensão²¹⁵, de modo que o contrato seria quase que uma decorrência lógica da adesão do participante ao minucioso regramento do plano de benefícios, contra o qual ele não possui nenhuma possibilidade de barganha ou negociação.

Entretanto, a aderência à forma e ao conteúdo do estatuto e dos regulamentos do fundo de pensão não tem o condão de produzir, de plano, tais efeitos. Conforme se verá a seguir, a adesão não é exclusiva aos contratos, nem impõe, por si só, contratualidade à relação.

O direito previdenciário construiu a noção de *relação jurídica de vinculação*, verificável tanto nos regimes públicos como privados de previdência, “de natureza institucional, de cariz de certo modo associativo”, um ato de “enquadramento” a um determinado regime jurídico que contemplaria, ainda, feixes contributivos, prestacionais e de administração. Consistiria, dessa forma,

no estabelecimento de um elo jurídico próprio e estável entre as pessoas interessadas e o sistema de segurança social, mediante a sua identificação pessoal e, conforme os casos, a sua inscrição, tratando-se de beneficiários, o que configura uma verdadeira ‘afiliação’.²¹⁶

Esse conceito molda-se à realidade dos fundos de pensão, mesmo que havida na esfera privada, em harmonia com as considerações até aqui feitas. A particularidade trazida pela previdência complementar é a da livre declaração de vontade daquele que quer tornar-se participante, em oposição à usual afiliação obrigatória aos regimes previdenciários de gestão pública, mas que não retira lógica ou coerência jurídicas.

A adesão do participante ao estatuto e ao regulamento da entidade é estruturada sobre o binômio da oferta e da aceitação, pela “manifestação receptícia de vontade” que pode perfeitamente dirigir-se “a algum círculo menor de pessoas”²¹⁷, como é a realidade dos fundos de pensão, por oferecerem seus serviços a específicos grupos profissionais ou associativos. Quando “as declarações de vontade são concordantes, mas caminham no mesmo sentido, reflectindo interesses *paralelos*, não há *contrato*, mas *acto coletivo* ou acordo”²¹⁸, visão tida por preferível para a caracterização da associação²¹⁹.

²¹⁵ CASSA, Ivy. *Contrato de previdência privada*. São Paulo: MP, 2009. p. 107-108.

²¹⁶ NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 299-301.

²¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 417 e 424. Tomo II.

²¹⁸ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 217. v. I.

²¹⁹ FERRARA, Francesco. Le persone giuridiche. VASSALI, Filippo. *Trattato di diritto civile italiano*. Turim: UTET, 1956. p. 227. v. II, tomo II.

Portanto, o ato coletivo “compreende os negócios pelos quais diversos titulares de direitos (subjectivos ou potestativos) ou de interesses comuns dispõem deles (no mesmo acto ou em actos separados)”²²⁰.

Pontes de Miranda trata os acordos como “negócios jurídicos bilaterais que não são contratos”, ainda que o jurista enfrente mais proximamente o nosso tema de estudo, distinguindo o que seria, no caso, a transferência da posse do patrimônio ao fundo de pensão, para fins de gestão previdenciária e financeira, das declarações de vontades paralelas fundidas por meio de deliberação associativa²²¹. Também sob este aspecto, aqui se distancia da noção básica de negócio jurídico a que corresponde a noção de contrato.

Exatamente nesta linha, defendendo expressamente não haver elementos que caracterizem a constituição das associações por meio de contratos, o jurista francês Gabriel Roujou de Boubée, afirma que “les individus qui désirent fonder entre eux une association, sont certes obligués de procéder à un accord. Cet accord est sans doute une convention. Mais ce n’est pás um contrat”. O vínculo associativo não traz consigo o intuito de trocas, que justamente marca o contrato, razão pela qual defender-se a tese contratualista seria deixar-se enganar por falsas aparências, optando por uma solução de extrema facilidade²²².

No nosso objeto de estudo, é possível verificar o espírito que envolve todos, a entidade fechada de previdência complementar e seus participantes movidos por um mesmo objetivo. Em detrimento à noção de *contrato previdenciário*, é preciso considerar o universo de coparticipantes da relação, por todas as repercussões atuariais entre eles havidas, mesmo que não figurando como contrapartes nos momentos da proposta e da aceitação do negócio jurídico de adesão.

Portanto, em face do já referido regime de gestão colegiada que é imposto por lei, onde os participantes obrigatoriamente têm assento, revela-se mais uma

²²⁰ ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 40. v. II.

²²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 198-200. Tomo III.

característica destoante da noção clássica de contrato: os atos de tal natureza, havidos no seio da relação de previdência complementar, aproximam-se do que a doutrina denomina *deliberação*, negócio jurídico distinto, uma vez “competindo a uma pluralidade de pessoas decidir por maioria sobre interesses próprios comuns (ou sobre interesses alheios)”²²³.

Como ocorre na rotina administrativa e deliberativa dos fundos de pensão, “as declarações de vontade se fundem, não para formar um acordo sobre interesses contrapostos, mas para apurar, por sufrágio, a vontade de um *órgão colegial*”²²⁴, vinculando mesmo quem foi derrotado na votação ou até que nem participou deste processo decisório.

As deliberações em que se apoia toda a rotina gerencial e normatizadora dos fundos de pensão são, por isso, consideradas modalidade negocial autônoma que também não remete à noção do negócio jurídico bilateral típico que caracteriza o contrato²²⁵. É uma pluralidade de pessoas que decide por maioria sobre interesses próprios comuns, relacionando-se com terceiros por meio de seus respectivos representantes²²⁶.

Ou seja, tais decisões são emanadas pelos órgãos representativos do fundo de pensão, enquanto pessoa jurídica de direito privado organizada sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos. Este tipo de entidade “pretende conseguir certas vantagens patrimoniais para os seus associados”, de modo que, “ao mesmo tempo que interessa de modo egoístico aos associados, interessa também à colectividade”, com preocupação que geralmente se reflete em um regime jurídico próprio, com “uma fiscalização assaz meticulosa e vigilante”²²⁷.

²²² BOUBÉE, Gabriel Roujou de. *Essai sur l'acte juridique collectif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1961. p. 57-58.

²²³ ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 40. v. II.

²²⁴ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 218. v. I.

²²⁵ No mesmo sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 462. Parte geral. Tomo I.

²²⁶ ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 40-41. v. II.

²²⁷ ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 78, v. I., tratando de pessoas jurídicas “de fim econômico não lucrativo”.

Betti²²⁸ já fazia referência ao tema, aduzindo que os *atos colegiais* são realizados por uma pluralidade de pessoas, na condição de componentes do mesmo órgão, tendo caráter de negócio jurídico unilateral, aos quais tão somente os atos de gestão dos fundos de pensão se enquadram.

Já a nota bilateral ou mesmo plurilateral da relação entre participante e fundo de pensão se mostra evidente no que o doutrinador italiano denominou de *acordo*, distinto do contrato em face dos interesses não serem contrapostos, mas paralelos e convergentes a um fim comum.

Por isso, aqui não se pode tomar a expressão *acordo* em um sentido amplo, pois assim se induziria o leitor mais apressado a entender tal referência àquele que é apenas o primeiro dos requisitos de um contrato, na acepção de mera vontade convergente.

Como destaca Pontes de Miranda²²⁹, o negócio jurídico é “o tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas”, ato humano consistente em manifestações de vontade como suporte fático de regras jurídicas que lhe deem eficácia jurídica. Nem sempre é contrato, apenas uma das espécies de negócios jurídicos obrigacionais²³⁰, podendo não se constituir “pela incidência de regra jurídica em declaração de vontade, e sim apenas em exteriorizações de vontade sem ‘declaração’”²³¹, como se mostra no caso em estudo.

É preciso considerar-se tais questões para a apreensão das particularidades deste negócio jurídico plurilateral, em que “os figurantes como que convergem para um ponto, ou acertam em caminhar juntos”, sendo a adesão decorrência de sua acessibilidade ou abertura a terceiros admitidos a participar da relação. Não se

²²⁸ BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Tradução do italiano de A. Martín Pérez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943. p. 223-225.

²²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 08, 10 e 12. Tomo XXXVIII.

²³⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 388.

²³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 90-92. Tomo I.

dissolvendo com a retirada de uma das partes, difere-se do contrato bilateral de adesão, em característica decorrente da plurilateralidade que se reforça quando “as prestações convergem, concentram-se, fundem-se, para que se atinja o fim comum”.

Dito isso, cabe destacar ainda que a noção de negócio jurídico já foi ampliada, contemplando não somente a vontade e a causa como seus elementos constitutivos, mas também as circunstâncias negociais, tidas como “o verdadeiro elemento definidor do negócio”²³². Não há dúvida que tal conceituação melhor abarca a complexidade e diversidade das relações jurídicas, como se dá nas que são ora analisadas, independentemente de sua conceituação como contrato.

É neste contexto que a adesão aos estatutos deve ser reconhecida como manifestação de vontade, em concordância silenciosa com suas disposições, respeitadas as devidas cautelas quando lhe são atribuídos efeitos jurídicos negociais²³³.

Se é possível falar em um conceito de contrato²³⁴, seus elementos qualificantes talvez não apreendam o que de particular aqui se pretende destacar. É certo que a relação de previdência complementar fechada constitui-se como negócio jurídico em que se colam declarações negociais, referindo-se a uma “atividade comunicativa finalisticamente orientada”, “juridicamente vinculante”, com “convergência dos sujeitos quanto a esse propósito”, em um “contexto significativo e dinâmico”. Contudo, verifica-se ausência de uma especial característica dos contratos: a “circulação da riqueza, atual ou potencial, entre patrimônios”, justamente o seu escopo principal, o “traço diferenciador” com relação ao negócio jurídico, que de modo evidente não se verifica com os fundos de pensão.

Portanto, o sentido dado à expressão de contrato é aquele “de um negócio, de uma operação, de uma transação comercial”, do qual, evidentemente, se

²³² AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 01.

²³³ FRADERA, Véra Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 581.

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Contratos. Conceito e evolução*. No prelo.

distancia o negócio jurídico em tela, já que “se as vontades forem paralelas, já não criam um contrato” – “poder-se-á chama-la convenção ou atribuir-lhe outro nome jurídico mais adequado, mas que escapa à espécie, ao contrato”²³⁵.

Veja-se que quando a doutrina considera marca fundamental de todo contrato a circulação atual ou potencial de riqueza, abarcando relação patrimonial, e, ao mesmo tempo, entende por contratual o vínculo institucional associativo²³⁶, estabelece-se contradição, ou ao menos imprecisão, entre os conceitos de contrato e de associação.

Neste aspecto, afasta-se também a relação de previdência complementar fechada do negócio fiduciário, que, mesmo tendo natureza contratual²³⁷, poderia indicar adequação ao tema, pela confiança depositada no fundo de pensão e diante do seu dever de gerir valores de terceiros. Entretanto, tal conceituação cede à exigência legal de infungibilidade do bem transferido²³⁸.

Além disso, a reunião de membros em torno de um estatuto, e não de um contrato, se molda melhor ao caráter impessoal da relação estabelecida entre os associados. Sem conhecerem-se pessoalmente, e não havendo a mútua confiança pela qual se viabiliza a formalização dos contratos, torna-se necessária a presença dos estatutos²³⁹. Esta distinção tem a sua razão de ser, impondo a consideração da lógica institucional em detrimento da concepção contratualista.

Não temos a pretensão de dar cabo ao debate societário entre as teses contratualistas e institucionalistas²⁴⁰, que aqui nos toca apenas especialmente quanto à natureza do vínculo estabelecido entre as pessoas jurídicas e seus

²³⁵ DANTAS, F. San Tiago. Programa de direito civil II. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 149 e 153.

²³⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução do italiano de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 13 e 305, e SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del derecho civil*. Tradução do italiano de A. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964. p. 255 e 257.

²³⁷ FABIAN, Christoph. *Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 41.

²³⁸ Código Civil, artigo 1.361: “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”

²³⁹ LOUGE, Pedro J. S. *Asociaciones civiles: régimen jurídico, contable y fiscal*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959. p. 40.

²⁴⁰ Conforme nota 168, infra.

membros. Entretanto, é inegável que a concepção contratual colide com as determinações da Lei Complementar nº 109, especialmente a que veda o trânsito de recursos entre os participantes “sob qualquer forma” (artigo 15, inciso II), e a que impede a persecução de fins lucrativos pela pessoa jurídica (parágrafo 1º do artigo 31).

Sem haver transferência de propriedade dos valores correspondentes às contribuições vertidas para a entidade, não parece recomendável utilizar a ampla e generalista noção de que o contrato é o negócio jurídico integrado por duas ou mais partes²⁴¹, sob pena de forte incoerência dogmática.

Já analisamos anteriormente as consequências da estruturação dos fundos de pensão enquanto associações ou fundações, especificamente no tocante à necessária finalidade não lucrativa. Repise-se que, aqui no caso, mesmo se impondo o custo administrativo e de gestão ao participante, esta transferência de valores não ocorre com a finalidade de remuneração ou constituição de patrimônio pela entidade, devendo seus custos ser o menos dispendiosos possíveis.

Mesmo que necessária a cobrança de uma taxa de administração, esta “remuneração” serve apenas para cobrir as despesas inerentes à atividade-fim do fundo de pensão, executada de maneira necessariamente graciosa, mas nem por isso desprovida de gastos, seja com pessoal, infraestrutura e contratação de serviços especializados.

Não há, portanto, circulação de bens entre um patrimônio e outro das partes envolvidas na relação. Tanto é assim que as reservas matemáticas acumuladas em face das sucessivas contribuições do participante ficam sempre a ele vinculadas, a ponto de serem objeto de declaração pessoal de patrimônio para fins de imposto de renda, ainda que administradas e aplicadas pelo fundo de pensão, conjuntamente com as dos coparticipantes.

²⁴¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 408.

Por todo o exposto, e pelo a seguir tratado, não parece que a legislação esteja estabelecendo “a tipologia contratual” para as partes²⁴², em face da análise dos elementos constitutivos da relação. A autonomia privada e o caráter negocial se vislumbram pela facultatividade que é prevista constitucionalmente, porém esta é característica inerente e observada em momento anterior à adesão. Mas tais questões ainda precisam ser defrontadas com a referência contratual do benefício, que não podemos deixar de considerar.

1.2.2.2 Consideração do texto constitucional

Já apresentados nossos questionamentos à incondicional utilização da expressão *contrato previdenciário* para as relações estabelecidas entre fundos de pensão e seus participantes, ainda se faz necessário enfrentar a redação do artigo 202 da Constituição Federal, no qual se prevê que o regime de previdência privada, “será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”²⁴³ (grifo nosso).

Pretender um enfrentamento eminentemente constitucional da questão implicaria em fuga do tema defendido e da linha de pesquisa à qual se vincula esta dissertação, impondo plano de estudos e bibliografia radicalmente distintos, que, por isso, não será realizado.

Portanto, apesar de este capítulo, de certa forma, se afastar da doutrina privatista que nos serve de base, ainda assim o entendemos por fundamental, para conferir a necessária amplitude ao questionamento proposto. Trata-se de um pequeno desvio que busca promover maior coerência sistêmica à abordagem escolhida, e não apresentar-se como uma contradição metodológica.

²⁴² BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 70-73.

²⁴³ Constituição Federal, artigo 202: “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.

Segundo Pulino, a “especificação detalhada do regime de previdência complementar em nível constitucional” teria encomendado “o mais rígido instrumento da lei complementar” para seu regramento²⁴⁴. Entretanto, a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que impôs a redação ao referido artigo 202, talvez não tenha atentado com todo o rigor dogmático necessário quando da menção à *contratualidade*.

Ao lado da facultatividade de adesão, a doutrina erige a contratualidade ao patamar de princípio constitucional da previdência complementar. Ambas, juntas, configurariam a liberdade contratual dos participantes, desdobramento da inarredável “autonomia privada reinante no setor”²⁴⁵. A parceria formada entre a contratualidade e a facultatividade comporia “o binômio característico da previdência privada”, tida por originada em comando constitucional e que definiria o negócio previdenciário privado como contrato, a ponto de ser considerada como a fonte de tais obrigações²⁴⁶.

Contudo, a Constituição não faz qualquer diferenciação entre previdência complementar aberta e fechada, apesar de possuírem lógicas financeiras tão distintas, estabelecidas por meio de vínculos jurídicos que não podem ser – e não são – tratados igualmente. Desse modo, a cogência de seus dispositivos necessita ser relativizada para abarcar suas diversificadas estruturas técnicas.

Portanto, merece destaque a rara referência que aponta para a significativa diferença entre as disposições do artigo 202 da Constituição e o artigo 1º da Lei Complementar nº 109²⁴⁷: neste último, não há designação de que o benefício seja contratado entre as partes, “podendo significar a pretensão da regulamentação no

²⁴⁴ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 113-115.

²⁴⁵ PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 282-283.

²⁴⁶ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 81-82.

²⁴⁷ A Lei Complementar nº 109/2001, que dispõe sobre o regime de previdência complementar nas modalidades aberta e fechada, estabelece em seu artigo 1º: “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” (grifo nosso).

sentido de não atribuir natureza jurídica à relação entre o participante e o fundo de pensão”²⁴⁸.

É evidente que o regime fechado de previdência privada é facultativo e baseia-se na constituição de reservas que garantam financeiramente o recebimento do benefício pelo participante. Porém, dirigem-se os esforços almejando esta prestação, nos termos em que estiver estatutária e regulamentarmente estipulada ou, se assim se preferir, prevista. Civil e obrigacionalmente, o benefício é devido, mas, rigorosamente, não se mostra contratado, tal como aqui vem se pretendendo destacar.

É talvez por conta disso que ao longo de toda a Lei Complementar nº 109 não haja menção legislativa expressa a questões contratuais quando se trata do regramento específico das entidades fechadas de previdência complementar. E veja-se que tal diploma utiliza expressamente referências contratuais quando regulamenta aquelas entidades que operam na modalidade aberta, nas quais é autorizado o intuito lucrativo das empresas operadoras.

Contrariando esta leitura, conforme a lição de Carlos Maximiliano²⁴⁹, poder-se-ia defender a aplicação da clássica regra hermenêutica segundo a qual a lei não contém palavras supérfluas, pelo que a referência constitucional à *contratualidade* deveria ser especialmente considerada.

Entretanto, ao mesmo tempo, o jurista também destacava que “a palavra pode ter mais de um sentido”. E o contexto do artigo 202 da Constituição Federal mais parece trazer um significado generalizador da *contratação* do benefício, pressupondo similitude absoluta entre contrato e negócio jurídico, o que, conforme vimos, não se sustenta em uma leitura civilista mais rigorosa. Assim procedendo-se à interpretação e integração da Constituição e da Lei Complementar nº 109, evita-se “o demasiado apego à letra dos dispositivos”, “o maior perigo, fonte perene de erros”.

²⁴⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência complementar*. São Paulo: LTr, 2003. p. 27.

²⁴⁹ Para o desenvolvimento das ideias desses parágrafos, tomamos as lições de MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. p. 130-163.

Nesse sentido, ainda cabe a menção à lição de Hesse de que “as regulações de Constituição não são nem completas nem perfeitas”, sendo até desejável a sua imperfeição e incompletude, por mais que possam daí surgir tensões e contradições capazes de abalar a desejada unidade lógico-axiomática de seu texto. A regulação jurídico-constitucional deixaria tacitamente a cargo da ordem jurídica restante a configuração de suas disposições, sem a pretensão de, em si própria, fornecer unidade sistemática²⁵⁰.

Portanto, além do elemento filológico, deve ser aplicado às disposições constitucionais em comento outro adágio interpretativo, que impõe a prevalência de lei especial sobre lei geral: pelo método sistemático, verifica-se que a Lei Complementar nº 109 tem o devido cuidado quanto à natureza jurídica da relação havida entre participantes e fundos de pensão, sem dar-lhe conotação contratual, revelando maior rigor técnico e doutrinário em seus setenta e nove artigos, que lhe dão enorme força normativa.

Apesar de o presente estudo não ter por escopo temas de ordem constitucional, é imperioso enfrentar a questão, por sua repercussão sobre a abordagem utilizada, imiscuindo-se ao trabalho de qualificação pretendido. Assim sendo, propomos uma leitura contextualizada do artigo 202 da Constituição Federal, haja vista os argumentos até aqui apresentados afastarem a relação jurídica de previdência complementar fechada dos caracteres contratuais típicos.

Esta proposição coaduna-se à noção de infinitude do processo de interpretação constitucional, submetendo-se a mudanças mediante alternativas racionais, uma vez que as possibilidades hermenêuticas podem subjazer ao texto, contendo-se assim a tendência de superestimá-lo²⁵¹.

²⁵⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução do alemão de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 38-40.

²⁵¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução do alemão de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 42-43.

Portanto, considerando que no texto constitucional “os problemas de interpretação surgem com maior frequência do que noutros setores do ordenamento em que as normas são detalhadas”, a contratualidade mencionada no artigo 202 poderia estar apenas “em conformidade com a linguagem ordinária” e não de acordo com a “linguagem especializada”²⁵², haja vista o teor literal de uma prescrição juspositiva ser “apenas ‘a ponta do *iceberg*’”, incapaz de permitir a concretização da norma em sua plenitude²⁵³.

Diante das possibilidades de variação de significado, faz-se necessário “ter em conta os dados trazidos pelo ‘*âmbito normativo*’ em relação ao problema em questão”, em um esforço de “*coordenação objetiva*” sistemática²⁵⁴ tal como buscamos empreender. Neste contexto, mitigar a contratualidade advinda do artigo 202 da Constituição é menos traumático que conceber uma nova modalidade de pessoa jurídica sem fins lucrativos diferente da associação, garantindo-se compatibilidade sistêmica ao ordenamento²⁵⁵.

É nesse aspecto que, na linha das questões civilistas antes mencionadas, deve ser levado em consideração a previsão também constitucional de inserção dos participantes nos colegiados e instâncias decisórias dos fundos de pensão, garantindo seu efetivo envolvimento nas etapas de discussão e de deliberação administrativa, conforme determina o parágrafo 6º do mesmo artigo 202²⁵⁶.

Assim, propicia-se um processo hermenêutico dialético²⁵⁷ e estruturado, no qual “os fatores ordenante e ordenado necessariamente formam uma unidade e se complementam e reforçam reciprocamente de forma incondicional na práxis da

²⁵² HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução do alemão de Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 102 e 106.

²⁵³ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia de direito constitucional*. Tradução do alemão de Peter Naumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54-55.

²⁵⁴ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução do alemão de Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 112.

²⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução do italiano de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 80.

²⁵⁶ Constituição Federal, artigo 202, § 6º: “A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.”

²⁵⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução do alemão de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1989. p. 239-252.

realização do direito”, em resultado de maior abrangência que o obtido através da mera utilização conjunta das regras de interpretação. Tudo regido pela “necessidade da racionalidade mais ampla possível da aplicação do direito”²⁵⁸.

Como os limites da interpretação constitucional “situam-se onde não existe algo estabelecido de forma vinculante”, devendo dar-se “conforme a lei” para conferir unidade ao ordenamento jurídico²⁵⁹, parece adequada uma interpretação mais diretiva e abrangente do artigo 202 da Constituição Federal, pelo que recorreremos ao já constatado conteúdo e eficácia programáticos do dispositivo²⁶⁰, sem dele se exigir a minúcia privatista e regulamentar necessárias, mas que aqui pretendemos destacar.

Enquanto norma estruturante da previdência complementar, é possível alegar que o artigo 202 contém características principiológicas²⁶¹, em face dos mandamentos de otimização nele contidos²⁶². A estipulação de “normas-do-que-deve-ser” com vistas a um estado ideal de coisas a ser alcançado, com elementos finalísticos²⁶³, se revela nas previsões de facultatividade e de constituição de reservas que garantam os respectivos benefícios.

Nesses termos, é natural que o dispositivo traga implícita e pressuposta a conceituação de negócio jurídico apenas de forma mediata, sem a devida segurança, revelando-se aí uma das principais vantagens da abordagem sistemática e dialética²⁶⁴.

²⁵⁸ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia de direito constitucional*. Tradução do alemão de Peter Naumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 57-59, 61 e 66.

²⁵⁹ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução do alemão de Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116 e 122.

²⁶⁰ BARRA, Juliano Sarmiento. *Fundos de pensão instituídos na previdência privada brasileira*. São Paulo: LTr, 2008. p. 117-121.

²⁶¹ Segundo Humberto Ávila, é possível a coexistência de características de regras e de princípios em um mesmo dispositivo legal, uma vez que as espécies normativas não são excludentes, mas simultaneamente inclusivas (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68-71).

²⁶² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Tradução do alemão de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 68.

²⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 71-74. Destacamos ainda a menção à possibilidade de coexistência das espécies normativas em um mesmo dispositivo legal.

²⁶⁴ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução do alemão de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 80-88.

Por intermédio da interpretação proposta, parece-nos que assim melhor se realiza a concretização e a compreensão da norma constitucional, sem as antecipações da pré-compreensão²⁶⁵ e viabilizando que sejam respeitadas a “peculiaridade do âmbito material” da norma e o necessário grau de tratamento científico do tema²⁶⁶.

Por conseguinte, o questionamento do *contrato previdenciário* enquanto qualificação da relação jurídica de previdência complementar não implica qualquer prejuízo à autonomia das partes envolvidas, nem lhes retira a base lógica legal de caráter privatista ou da necessidade de equilíbrio econômico e financeiro. Sendo o domínio próprio da interpretação as “intencionalidades objetivadas”, é nas incongruências que se reafirma a importância do ato hermenêutico²⁶⁷.

E, para melhor limitar e descrever a natureza do vínculo entre participantes e fundos de pensão, é necessário enriquecer a sua análise com as particularidades que são próprias a este negócio jurídico, para bem regradar os direitos e deveres das partes. É o esforço de conceituação que se passa a fazer, sem recorrer-se diretamente ao direito contratual.

1.2.2.3 A força interpretativa e integradora do negócio jurídico

Os questionamentos até aqui formulados serviram principalmente para a desconstrução da noção de contrato previdenciário. Porém, não podemos nos furtar de apresentar uma proposta conceitual a respeito, com amparo, exatamente, nas referências doutrinárias mencionadas. Para tanto, é fundamental o emprego de uma

²⁶⁵ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução do alemão de Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p.108.

²⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia de direito constitucional*. Tradução do alemão de Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 61.

²⁶⁷ REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 242 e 254.

robusta coordenação da lógica atuarial com a *ratio* jurídica, tanto civilista como previdenciária.

Faz-se pertinente, assim, uma análise preliminar dos artigos 112, 113 e 114 do Código Civil²⁶⁸, com a finalidade de integração deste específico negócio jurídico estabelecido entre o fundo de pensão e seus participantes, no que forem omissos ou para melhor interpretar a lei e os estatutos, haja vista o enorme potencial hermenêutico destes dispositivos.

Nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, tal como determina, e não meramente recomenda²⁶⁹, o artigo 112 do Código Civil. Daí decorreria uma tendência de ampliação da cobertura previdenciária, haja vista a própria finalidade do negócio jurídico, como nos casos de dúvida ou discussão quanto às carências estabelecidas. É o que se depreende da finalidade protetiva buscada tanto pelo participante como pelo fundo de pensão, considerado em seu objeto a administração de planos de previdência e a concessão dos benefícios correspondentes.

A ampliação da cobertura previdenciária, não sem o necessário aumento de esforços para o seu custeio, também adviria da aplicação do artigo 113 do Código Civil, inovação trazida em 2002, uma vez que sem dispositivo correspondente no Código Civil de 1916. Por conta de tal dispositivo, se os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, também seria defensável a preponderância da finalidade previdenciária da relação, haja vista a formação de legítimas expectativas nos participantes quando o fundo de pensão se propõe a catalisar os esforços financeiros de seus participantes²⁷⁰.

²⁶⁸ Código Civil, artigo 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” Artigo 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” Artigo 114: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

²⁶⁹ OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil*. Volume II: (arts. 79 a 137). Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 246.

²⁷⁰ Sobre o princípio da boa-fé e as suas repercussões sobre todo o direito das obrigações, ver MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, e MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

Contudo, o artigo 114 do Código Civil remete a uma interpretação em sentido oposto, porquanto os negócios jurídicos benéficos interpretam-se estritamente. Caso se entenda a ausência de fins lucrativos dos fundos de pensão como equiparável à gratuidade, ou mesmo diante do entendimento de que bastaria a grande disparidade entre as prestações²⁷¹, o dispositivo aplicar-se-ia às relações de previdência complementar.

Porém, é possível que até a interpretação estrita não resolva as questões mais intrincadas, pois, mesmo sem ampliações quando da análise de determinadas prestações, ainda assim se confrontam e colidem direitos de parte a parte: ainda que sem se recorrer às noções de hipossuficiência e de interpretação *pro misero*²⁷², os deveres anexos de proteção que recaem sobre os fundos de pensão precisam ser considerados, não raro em confronto aos deveres de prestação interpretados restritivamente.

Por todo o até aqui exposto, no âmbito dos fundos de pensão, entendemos como mais apropriado conceber o que usualmente se denomina *contrato previdenciário* como sendo uma relação proveniente de um negócio jurídico institucional e associativo de previdência complementar.

Seu caráter institucional revela-se não apenas na influência externa do patrocinador ou do instituidor para a sua criação²⁷³. Tomamos a expressão especialmente no sentido de ordenação jurídica objetiva que confere completude e unidade à relação jurídica, a partir da pessoa jurídica do fundo de pensão, conforme as já citadas lições de Santi Romano²⁷⁴.

Já o elemento associativo da relação entre fundos de pensão e seus participantes advém da natureza jurídica do vínculo surgido com o acordo

²⁷¹ OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil*. Volume II: (arts. 79 a 137). Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 256.

²⁷² CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 104.

²⁷³ FERRARA, Francesco. Le persone giuridiche. VASSALI, Filippo. *Trattato di diritto civile italiano*. Turim: UTET, 1956. p. 128-129, v. II, tomo II.

²⁷⁴ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução do italiano de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 89 e 106.

estabelecido entre seus participantes, o ato coletivo que afasta os caracteres contratuais deste *negócio jurídico organizativo*²⁷⁵.

Dessa forma, reconhece-se a sua característica privatista, estabelecida por adesão a estatuto com o qual acorda o associado, ensejando administração deliberativa delegada e sem intuito lucrativo para o fundo de pensão e, ainda assim, onerosa para os participantes.

De tal concepção decorrem logicamente os deveres dos participantes de (a) acatar as disposições estatutárias e regulamentares, (b) obedecer as deliberações dos órgãos diretivos e (c) pagar as contribuições estipuladas. Impõe-se também o reconhecimento dos seus direitos (i) de servirem-se das atividades da entidade, (ii) ao tratamento isonômico com relação aos demais participantes, (iii) de participar da administração, (iv) de participar da fiscalização, (v) de voto, (vi) ao patrimônio por eles acumulado, (vii) de retirar-se e (viii) de recorrer ao Judiciário²⁷⁶.

Neste contexto jurídico, impõe-se a condução gerencial dos fundos de pensão sempre com vistas à promoção da mais ampla proteção previdenciária, antevendo as premissas atuariais de modo que o participante possa ter noção financeira do custeio dos benefícios almejados. Ao mesmo tempo, mantém-se garantida a facultatividade, uma vez que o questionamento da contratualidade, nestes termos, não significa negação da autonomia privada.

Entretanto, atente-se para a necessária distinção entre o momento de adesão e o de criação da entidade, que, obviamente, o antecede. Nosso escopo de estudo é o negócio jurídico que torna o aderente um participante do fundo de pensão, e as relações jurídicas daí decorrentes, mas isso não nos permite confundi-lo com o momento de constituição da entidade fechada de previdência complementar enquanto pessoa jurídica.

²⁷⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. São Paulo: USP, 2006. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 140.

²⁷⁶ LOUGE, Pedro J. S. *Asociaciones civiles: régimen jurídico, contable y fiscal*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959. p. 79-87.

A criação do fundo de pensão tem características totalmente distintas, aqui destacadas apenas de passagem, não sendo este ato o objeto precípua da dissertação. Mais do que o resultado de manifestação de vontades concordantes unidirecionais, a constituição de uma entidade fechada de previdência complementar é um ato complexo, produto não apenas de um estatuto. Exige-se também um convênio de adesão, a partir do qual os empregados do patrocinador ou os membros do instituidor podem passar e ser tornar participantes²⁷⁷, tudo dependendo de prévia e expressa autorização do órgão regulador²⁷⁸.

Portanto, o direito civil permite visualizar não somente estas distinções entre os momentos de criação do fundo de pensão e de adesão dos participantes à entidade. Também melhor se revelam as consequências atuariais dos elementos jurídicos da relação. A relação jurídica entre participante e fundo de pensão constitui um evidente exemplo de exercício de autonomia negocial, tendo por fonte um negócio jurídico extremamente peculiar, advindo de seu longo prazo, de suas interfaces financeiras e da conjugação de todos estes fatores com os deveres de prestação e de proteção que recaem sobre os fundos de pensão.

Se já está disseminada a menção ao *contrato previdenciário*, ainda assim sua utilização não nos parece adequada, ante à forte carga de litigiosidade, maniqueísmo e dicotomia que a concepção contratual naturalmente carrega, ainda que a doutrina recepcione plenamente a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social como seus princípios norteadores²⁷⁹.

A remissão a preceitos contratuais não se justifica incondicionalmente, constituindo-se em uma imprecisão técnica que retira elementos importantes para a

²⁷⁷ A esse respeito, ver a Resolução CGPC nº 08/04, que dispõe sobre normas procedimentais para a formalização de processos de estatutos, regulamentos de plano de benefícios, convênios de adesão e suas alterações.

²⁷⁸ Lei Complementar nº 109, artigo 33: Dependem de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador: I - a constituição e o funcionamento da entidade fechada, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações;

²⁷⁹ É sabido que, sob influência mais recente do movimento legislativo de inclusão constitucional de valores sociais, “passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, a indicar, enfim, que o direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 107).

melhor análise da relação. As consequências no tratamento jurídico do negócio ou como contrato ou como acordo em sentido estrito não são irrelevantes: não se aplicam aos acordos normas que derivem daquele elemento que justamente diferencia o contrato o do acordo – o conflito de interesses. No contrato, ele é o seu substrato, ao passo em que o acordo é preponderantemente marcado pela convergência entre as partes²⁸⁰.

Além da abertura de novas possibilidades integrativas ou interpretativas, o afastamento do elemento contratual de tais relações jurídicas representa significativa força prescritiva aos fundos de pensão. Sob a ótica proposta, os anseios dos participantes devem ser visualizados como potencial incremento da cobertura previdenciária, que será efetivada com o corolário aumento da educação financeira, o devido custeio e o efetivo envolvimento nas instâncias deliberativas.

A abordagem proposta revela, portanto, a natural ampliação do âmbito de atuação dos deveres de proteção do participante, que recaem sobre os fundos de pensão não somente ao longo de todo o período de contribuição, mas também na fase de recebimento dos benefícios, podendo sua inobservância redundar em onerosas consequências para as entidades.

A concepção civilista da relação, portanto, traz um contraponto à lógica atuarial, com sua despersonalizada e difusa plurisubjetividade. Mesmo que observado o fundamental equilíbrio financeiro, o sistema enfrenta forte contradição quando o participante não seja adequadamente protegido, orientado e informado, com objetivos e concretos atos de boa-fé.

É preciso, com coerência, somar as lições do direito civil às particularidades do direito previdenciário, o específico e autônomo ramo jurídico a que se inserem os fundos de pensão. Analisada autonomamente a seguridade social, a doutrina já aponta a presença de “importantes componentes de direito privado”, para bem

²⁸⁰ BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Tradução do italiano de A. Martin Perez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943. p. 227-228.

abarcando a complexidade e diversidade destas relações jurídicas de vinculação, com o enquadramento dos participantes a um determinado regime jurídico²⁸¹.

Portanto, ao questionarmos nessa primeira parte a contratualidade havida na relação jurídica entre participantes e fundos de pensão, destacamos o vínculo associativo e institucional que se estabelece entre as partes. A partir deste enfoque, propomos para a sua parte final uma leitura obrigacional do tema, considerando especialmente a dinamicidade destas relações jurídicas e seus efeitos sobre os elementos que lhes são constitutivos, como se verá logo a seguir.

²⁸¹ NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 94-115 e 299.

2 A DINÂMICA OBRIGACIONAL DA RELAÇÃO JURÍDICA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA

Enfrentada a natureza da relação jurídica de previdência complementar fechada, e afastada a sua concepção contratual, propomo-nos analisar o tema em seu aspecto dinâmico, conforme a noção de obrigação como processo. É a partir das prestações sucessivas que então se permitirá visualizar os elementos constitutivos de sua estrutura obrigacional.

São variadas as possibilidades trazidas pela dogmática privatista que se mostram afetas aos fundos de pensão. Contudo, o caráter previdenciário (com as premissas atuariais que lhe são inerentes), a sua constituição (operando por meio de entidades que catalisam significativo interesse social) e a sua forte regulamentação (toda vinculada às diretrizes emanadas de fontes estatais) se combinam com os amplos efeitos econômicos, de repercussões extremamente significativas, que, talvez por isso, expliquem – mas não justifiquem – a preferência por uma análise mais publicista, haja vista sua natureza genuinamente privada.

Como leciona Menezes Cordeiro, o direito obrigacional “raramente se aplica ‘puro’”, aqui demonstrado pelo enfrentamento realizado na primeira parte deste trabalho sob a perspectiva do direito civil, societário, cooperativo e constitucional. Dotado de “coesão lingüística e científica”, de “estabilidade nuclear e flutuações periféricas” e sendo “sempre capaz de apontar composições equilibradas”, “o Direito das obrigações é suficientemente abstracto para dar, sem esforço, enquadramento às mais variadas escolhas sócio-económicas. Basta estudá-lo”²⁸².

Luís Carlos Cazetta²⁸³ já aborda essas relações jurídicas considerando “a natureza dinâmica da quantificação financeira das obrigações e a possibilidade de extinção, a qualquer tempo”, em caso de retirada de patrocínio, transferência de reservas ou resgate. Conforme destaca o autor,

²⁸² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português – II: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina. 2009, p. 53 e 120-121. Tomo I.

²⁸³ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 97 e seguintes.

os direitos e obrigações estabelecidos entre os sujeitos da relação de previdência complementar somente mantêm, ao longo da execução do contrato, a expressão econômica inicial (ou vigente em dado momento), se conservados estáveis os cenários atuarial e de evolução patrimonial assumidos no respectivo estudo.

Entretanto, adotamos apenas como ponto de partida a noção dinâmica de obrigação, enquanto vínculo de direito e relação interpessoal. Consideradas tais características, serão apresentados os componentes obrigacionais estruturantes da relação jurídica de previdência complementar fechada, quando e porque deixamos de entendê-la em princípio como sendo fruto de um contrato.

Por isso preferimos utilizarmo-nos do direito das obrigações onde ele mostra toda sua riqueza para o tema, ao tratar

da extrema *variedade* dos deveres de prestação, da complexidade dos *deveres secundários* que guarnecem os diversos *deveres de prestar*, e da *multiplicidade* dos fenômenos (modificação, transmissão, garantia, extinção, etc.) que podem inserir-se no processo de formação e desenvolvimento da relação obrigacional²⁸⁴.

Obrigar-se remete a estar ligado (*ob-ligare*, ligar a)²⁸⁵, chave para o “indispensável fenômeno da colaboração econômica”²⁸⁶, que se estabelece fortemente na prevenção de riscos almejada pelo participante.

Além disso, o direito das obrigações de hoje estaria demonstrando certa “tendência intervencionista do Estado, na esfera dos contratos, em especial, e das obrigações em geral”²⁸⁷, o que se verifica com clareza nas relações de previdência complementar, em face da já consolidada atividade regulatória e fiscalizadora.

²⁸⁴ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 29. v. I.

²⁸⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume: obligations, théorie générale. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. p. 06-09.

²⁸⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 116.

²⁸⁷ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 22 e 27, v. I. No mesmo sentido, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina. 2005. p. 118.

Em face desse movimento, se reforça a recorrência ao direito privado. Esperamos que problemas práticos da experiência jurídica possam ser enfrentados mais ricamente a partir da dinamicidade que a concepção de obrigação como processo consegue abarcar.

2.1 APLICAÇÃO DO CONCEITO DE OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO

Neste capítulo, pretendemos apresentar as significativas vantagens na leitura das relações jurídicas de previdência complementar enquanto processo obrigacional, por conta das vicissitudes advindas do seu longo prazo. Com a distinção entre as fases de desenvolvimento e de adimplemento da obrigação, melhor se vislumbram seus contornos menos evidentes.

Larenz já destacava que os deveres que derivam da relação obrigacional não se limitam àqueles de prestação, vinculados estritamente à finalidade última do negócio. Abarcam também os deveres de conduta, pois, mesmo sendo secundários à prestação, indicam e originam a confiança que é depositada na contraparte: “cada una de las partes puede esperar de la otra que tenga en cuenta sus intereses en lo posible y en lo que pueda serle exigido según las circunstancias”²⁸⁸.

O jurista alemão também destacou que a relação obrigacional deve ser vista como um todo e como processo, estando desde o início “encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin”. Desse modo, a obrigação somente se dá por adimplida quando sua finalidade se atingiu totalmente, com a integral satisfação do interesse do credor na prestação²⁸⁹. Daí serem criadas as possibilidades para o devedor de uma determinada prestação vir a satisfazer o

²⁸⁸ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução do alemão de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. p. 20. Tomo I.

²⁸⁹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução do alemão de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. p. 39. Tomo I.

interesse da contraparte, seja por meio de indenização, compensação ou prestação subsidiária por este consentida.

No país, devemos o conceito de *obrigação como processo* por conta da obra de Clóvis do Couto e Silva, ao destacar “os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela”, considerada uma “relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento”²⁹⁰.

O jurista aponta a cooperação como o elemento chave de tal noção²⁹¹, que, se já deve nortear as relações obrigacionais onerosas, é ainda mais visível naquelas sem fins lucrativos, por conta de sua essência colaborativa, como é o caso das entidades fechadas de previdência complementar. Pelo que a figura da obrigação como processo adere-se com precisão ao nosso tema, facilmente identificáveis os seus princípios fundamentais da autonomia da vontade, da boa-fé e da separação de planos da obrigação, destacando as diferenças entre as fases de desenvolvimento da de seu adimplemento²⁹².

Se para a doutrina civilista a concepção de obrigação como processo é pacífica, nas relações de previdência complementar fechada afloram questões práticas que desafiam a sua adequada aplicação, uma vez havendo empecilhos ao adimplemento. Vista em sua totalidade²⁹³, deve receber fundamentação obrigacional e atuarial, ao mesmo tempo para o participante enquanto contraparte do fundo de pensão, e também de modo a propiciar equilíbrio financeiro para a massa dos demais participantes, estando consolidada a noção de *asset liability modelling* – ALM como instrumento de controle de riscos na gestão previdenciária de fundos de pensão²⁹⁴.

²⁹⁰ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 05.

²⁹¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 08.

²⁹² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 15 e ss.

²⁹³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 05.

²⁹⁴ Segundo Everaldo Guedes de Avezedo França, o ALM seria uma ferramenta destinada a “maximizar a probabilidade de que os objetivos de rentabilidade e solvência da administração previdenciária sejam atingidos, minimizando, assim, o risco da entidade”, adaptando-se a “política de investimentos da entidade às regras dos planos de benefícios” e evitando que “políticas de curto prazo comprometam metas de longo prazo”. Por meio de “alocações de diferentes classes de ativos

Aqui se revela com clareza a necessidade de credor e devedor não serem visualizados em posições antagônicas ou dialéticas²⁹⁵, como a usual abordagem contratual induz. Na relação de previdência complementar fechada, os deveres secundários revestem as partes envolvidas com especial força vinculativa, concretizando-se nas mais variadas formas até o adimplemento final, objetivo a ser alcançado.

Possuindo o vínculo obrigacional diferentes graus de intensidade²⁹⁶, nas relações de previdência complementar fechada ele se mostra altíssimo, haja vista a confiança depositada pelo participante no fundo de pensão para que, décadas depois, seus aportes custeiem por muitos anos o seu sustento no período de inatividade, ou que garanta a manutenção de renda familiar abruptamente interrompida pela sua morte. E o credor ser desapontado ou surpreendido pode ser circunstância de consequências catastróficas.

Nessas condições, há de se destacar a finalidade que norteia e conduz fundos de pensão e participantes: a concessão de benefícios. Como “obrigar-se é submeter-se a um vínculo, ligar-se, pelo procedimento, a alguém e em seu favor”²⁹⁷, é em direção ao benefício que todos os esforços devem convergir, desde que com respeito aos preceitos atuariais necessários para a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do fundo de pensão.

Entretanto, atente-se para a particularidade de que o raciocínio inverso, onde a análise dos preceitos atuariais de um determinado plano de benefícios demonstrariam quais são os direitos dos participantes, não leva, necessariamente,

em função das obrigações atuariais [permite-se] mensurar possíveis descasamentos entre investimentos e obrigações, tanto em termos de cobertura como de liquidez”. FRANÇA, Everaldo Guedes de Azevedo. ALM – Asset Liability Modelling. GOÉS, Wagner de (coord.) *Avaliação de Riscos – Manual de Boas Práticas*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2008. p. 137. A esse respeito, ver também BLOME, Sandra (*et al.*) Pension fund regulation and risk management: results from an ALM optimisation exercise. *OECD Working Papers on Insurance and Private Pensions*. n. 8. Washington: OECD, 2007.

²⁹⁵ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 08.

²⁹⁶ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 97.

²⁹⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 44.

às mesmas conclusões – uma premissa atuarial nem sempre é garantia de cobertura previdenciária ou mesmo de licitude de seu dispositivo estatutário ou regulamentar.

Sendo, portanto, relação obrigacional de grande complexidade, uma vez permeada por diversos elementos metajurídicos, ainda é acrescida pela longa duração que lhe é característica, que se passa a analisar juridicamente no próximo capítulo.

2.1.1 A complexa e duradoura relação previdenciária

Em face do início das relações jurídicas de previdência complementar fechada se dar durante a fase laborativa do participante, e a natural perpetuação do vínculo por décadas, até o falecimento dos beneficiários, passamos a destacar, sob o aspecto jusprivatista, como as partes se defrontam com as alterações demográficas e econômicas que ocorrem no seu curso e com os ajustes financeiros que daí se fazem necessários.

Verifica-se com facilidade que, de um mesmo fato jurídico, nasce entre as partes um conjunto de direitos e de deveres²⁹⁸ que marcam a relação complexa. Entretanto, ainda podemos vislumbrar duas distintas mas interpenetradas dimensões da complexidade que envolve o tema: a primeira delas se constitui na relação subjetiva do participante com o fundo de pensão, foco principal de nosso estudo. A segunda é a questão atuarial, a massa conjunta de participantes e beneficiários, interagindo também dinamicamente e duradouramente, entre si e perante a entidade de previdência complementar.

Portanto, concomitantemente, é fundamental conformarem-se relações jurídicas subjetivas com uma plurisubjetividade: o participante considerado no caso

²⁹⁸ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 64. v I.

concreto, o fundo de pensão e, ainda, a massa de participantes e assistidos. Nesse contexto, os direitos subjetivos do participante gravitam em condições próprias, mas também precisam orbitar equilibradamente em meio a uma lógica maior, considerando os compromissos existentes com os outros associados²⁹⁹.

Nos planos de contribuição definida, os períodos de contribuição e de benefício não necessariamente determinam a divisibilidade da prestação: apesar de não ser este o espírito e a razão do esforço previdenciário, admite-se uma única contribuição que custeie todo o período de gozo do benefício. Na prática, tal característica confere ao participante a liberdade de definir o valor do aporte, harmonizando-o com o período de custeio possível ou necessário para se atingir o benefício almejado.

Situação análoga ocorre no que diz respeito com o período de recebimento do benefício, pois o participante pode, em tese, escolher o seu recebimento em parcela única, ao invés de fracioná-lo durante alguns anos depois de encerrado o custeio.

Portanto, é da natureza do negócio que ambas as fases de acumulação e de retirada se perpetuem ao longo do tempo, não raro por mais de vinte anos cada uma delas. Via de regra, é somente dessa maneira que se permite financeiramente a acumulação de recursos suficientes para custear os benefícios almejados, pois se o participante é capaz de fazê-lo em apenas alguns aportes, desvirtua-se o próprio sentido previdenciário de viabilização da proteção futura, haja vista já se fazerem presentes as condições financeiras de custeá-la. E da mesma forma não é usual o saque da reserva matemática em parcela única, dificultando o planejamento financeiro pessoal de quem quer manter-se inativo pelos últimos anos de vida, mas com despesas ordinárias de vencimento mensal e sucessivo.

²⁹⁹ Repisamos que nosso objeto de estudo se presta mais a analisar apenas o primeiro destes polos, o participante em sua relação com o fundo de pensão, sem afrontar o que lhe complementa jurídica ou atuarialmente, da mesma forma que a questão do patrocínio escapa à nossa análise, inobstante sua importância para viabilizar ou estimular a constituição de planos fechados de previdência complementar.

Nessas condições, a partir de um único negócio jurídico, as partes vinculam-se com alto grau de subjetividade e forte amparo da confiança, desenvolvendo-se processo obrigacional complexo e duradouro, nitidamente bipartido, cada qual de difícil execução, mas denunciável a qualquer tempo pelo participante, por deter direito formativo extintivo³⁰⁰, ainda que seu exercício desvirtue a natureza do negócio³⁰¹.

Concebida a obrigação como processo, apreende-se a sua dinamicidade, onde as diversas fases “entre si se ligam com interdependência”, necessárias para satisfazer o interesse do credor³⁰². Nesses termos, o custeio, a gestão dos investimentos, as metas atuariais e as carências estipuladas devem ser vistas como variáveis que se dirigem, todas elas, ao benefício.

Ainda que se entenda que o Código Civil trata o direito das obrigações pela preponderante perspectiva das relações simples³⁰³, é notória a natural formação “para além da relação acordada”³⁰⁴, não somente de deveres assessoriais vinculados diretamente à prestação, mas também de deveres anexos de cuidado, informação, assistência e lealdade, que indistintamente integram uma relação jurídica complexa³⁰⁵.

Já quando analisados os aspectos obrigacionais duradouros da relação jurídica de previdência complementar, verifica-se, primeiramente, a “continuamente prolongada”³⁰⁶ prestação de administrar as contribuições vertidas pelos participantes, *obrigação de fazer* específica, que se realiza por décadas. Após,

³⁰⁰ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 214.

³⁰¹ Entendemos que seja mais por motivos previdenciários que os planos de custeio dos fundos de pensão estipulem não raro prazos de 24 meses para o levantamento da reserva de poupança do participante recém aderente que desiste de manter-se vinculado à entidade, evitando a livre disposição do montante acumulado em curto prazo. Assim, mas não somente por isso, a decisão de investimento previdenciário passa a diferir-se de uma mera aplicação financeira, já que o mercado bancário também oferece alternativas de aplicação em produtos de longo prazo.

³⁰² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 10.

³⁰³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95.

³⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Direito das obrigações. Coimbra: Almedina. 2009. p. 532. Tomo I.

³⁰⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98-107.

³⁰⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Direito das obrigações. Coimbra: Almedina. 2009. p. 524. Tomo I.

quando implementado o direito à percepção do benefício, o dever de gestão passa a ser acompanhado de uma segunda prestação também duradoura, a de pagamento, mas com características bastante distintas: recai sobre o fundo de pensão uma *obrigação de dar*, colocando à disposição do participante o benefício, mesmo que não tenha havido transferência de propriedade³⁰⁷ ao fundo de pensão. Segundo Pontes de Miranda, mais correto seria falar-se em *restituir*, pois “quem restitui dá, porém dá o que não é seu, nem de terceiro, e sim do próprio credor”³⁰⁸, característica que reforçaria a mitigação do caráter contratual da relação jurídica, conforme já enfrentado.

Ou seja, mesmo sendo ambas duradouras, as prestações que recaem sobre o fundo de pensão ao longo da relação obrigacional diferem-se acentuadamente. Administrar as contribuições acumuladas constitui-se em prestação de execução *continuada*, enquanto a prestação de pagamento do benefício é mais marcadamente *periódica*, renovando-se em pagamentos singulares e sucessivos, com o efeito liberatório a cada adimplemento. A distinção acentua as características de cada elemento do processo obrigacional que imprimem, juntas, o caráter global da relação³⁰⁹.

Pontes de Miranda, ao analisar os elementos das obrigações marcadas por prestações duradouras, menciona que o adimplemento ocorre a todo momento, mas a sua extinção somente ocorre com o seu termo³¹⁰. Dessa forma, não seria a obrigação divisível, mas apenas o seu objeto – a reiterada prestação³¹¹ – tanto para o participante, na sua fase contributiva, quanto para o fundo, em relação aos benefícios devidos.

Nos planos de contribuição definida, a complementação de aposentadoria é recebida pelo participante por longos anos, mas, atente-se, a prestação atinente a

³⁰⁷ NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 82-83.

³⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Tomo XXII. p. 91.

³⁰⁹ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 92-94. v. I.

³¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 63. Tomo XXII.

³¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 151. Tomo XXII.

esta fase obrigacional não corresponde ao mero fracionamento da poupança acumulada. Essa decisão reveste-se também de grande complexidade, pois sua durabilidade não resulta da simples divisão do montante acumulado por um número determinado de meses.

A gestão do patrimônio pelo fundo de pensão perdura na fase de gozo dos benefícios, incorporando as perdas ou os ganhos havidos no período, recaindo ainda sobre o participante a decisão de *estimar sua expectativa de vida*, para apontar em quantas prestações receberá seus proventos. Desse modo, ou sua subsistência estará comprometida se os “cálculos” previram uma menor longevidade, como ele também poderá deixar para seus beneficiários o saldo, caso tenha sido mais zeloso em suas estimativas.

Contudo, o não pagamento de um dos benefícios mensalmente devidos não implica vencimento das parcelas vincendas, somente auferíveis com o resultado da rentabilidade futura que não se pode presentificar³¹².

A complexidade da obrigação duradoura também intensifica os deveres de informação e de lealdade por conta dos altos níveis de confiança depositados na contraparte com o passar do tempo, e no maior esforço pessoal para se adimpli-la. Como é típico das relações complexas, a formação destas legítimas expectativas conforma as alterações supervenientes de circunstâncias, estabelecendo uma estreita *associação* entre as partes³¹³, menção esta que remete à natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar, tratada no segundo capítulo, ainda que agora a expressão seja utilizada com significado distinto.

Por conseguinte, a relação pode operacionalizar-se com grande dificuldade, dando azo a discussões que envolvem diretamente a complexidade ou durabilidade da obrigação. Também podem tornar-se nebulosos o objeto a que efetivamente

³¹² Nesse aspecto, apenas menciona-se que nos planos de benefício definido o pagamento da complementação de aposentadoria programada é vitalícia, o que confere caráter tanto *continuado* quanto *periódico* ao benefício, haja vista a inclusão de mais algumas variáveis para o seu cálculo, como, por exemplo, o número de participantes contribuintes, o número de beneficiários e o salário da ativa. De complexidade financeira muito maior, implica também maior repartição de riscos entre os participantes, denotando maior caráter previdenciário.

corresponde a prestação, o grau de vinculabilidade que é exigível de parte a parte e também qual seria o adimplemento que satisfaz a obrigação assumida.

É da literatura civilista que nos chegam as melhores lições acerca do constante dever de cooperação entre as partes, cabendo a exigência de esforço razoável de todos os seus sujeitos para que a obrigação se extinga devidamente adimplida. Muito do trazido pelos direitos sociais já foi assimilado pelo Código Civil, permeando todo o direito obrigacional, não sendo necessário recorrer-se à teoria contratual para apreender tal complexidade.

Tampouco se mostra imperiosa remissão à doutrina relacional, apesar desta dominar por excelência justamente as relações jurídicas complexas³¹⁴. Entretanto, ao destacar os problemas e riscos de atrito entre as partes, que com o tempo tendem a se agravar, cabe ao menos serem mencionadas suas principais conclusões a respeito.

Considerando a relevante repercussão financeira a longo prazo de pequenas falhas administrativas, deve-se ter atenção a todos seus detalhes, por conta dos efeitos multiplicadores que o decurso do tempo traz. E a teoria relacional, justamente, tem por pressuposto as naturais dificuldades cognitivas para prever-se o *clausulamento absoluto*, com consciência de que todas as possibilidades de interferência no objeto da relação dificilmente serão devidamente previstas³¹⁵, ainda que o seu estudo também possa realizar-se por meio do direito civil.

Se, para os fundos de pensão, a virtude da teoria relacional revela-se na necessidade de serem facilitadas as “revisões periódicas do inicialmente estipulado”, a “integração de lacunas” e ainda a explicitação de regras de conduta³¹⁶, cabe construirmos, com base no direito das obrigações, a presentificação do futuro,

³¹³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Direito das obrigações. Coimbra: Almedina. 2009. p. 531-533. Tomo I.

³¹⁴ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 395.

³¹⁵ AZEVEDO, Paulo Furquim de.; SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Economia dos contratos. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 128.

³¹⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 401.

compatibilizando os interesses entre os participantes de maior ou menor capacidade contributiva.

Dada a importância econômica para os participantes do seu adimplemento satisfatório, o dever do fundo de pensão constrói-se paulatinamente, na medida em que, mantida a confiança, os aportes vão realizando-se. Entretanto, não se pode negar que eventualmente haja conflito de interesse entre o fundo de pensão e os participantes. Mesmo a legislação impondo que estas entidades organizem-se sob a forma de instituições sem fins lucrativos, a finalidade assistencial e previdenciária de proteção do associado pode ser abalada quando a negativa de concessão do benefício passa a ser interpretada pelo gestor como redução de despesas e operação superavitária para a massa.

Ronaldo Porto Macedo Jr.³¹⁷ também destaca a necessidade de afastar-se qualquer interferência de critérios políticos na administração dos fundos de pensão, podendo vir a comprometer sua eficiência e rentabilidade. Além disso, são mencionados os eventuais interesses conflitantes entre administradores e participantes; as alegadas deficiências do mercado como mecanismo de controle e monitoramento dos fundos; a responsabilidade social em confronto às metas de rentabilidade de um fundo de investimentos; os sistemas de participação; as dificuldades de administração; e a suposta inexistência de legislação fiscalizadora e repressora³¹⁸.

³¹⁷ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 241 e seguintes.

³¹⁸ Contra a crítica formulada à estrutura fiscalizatória (p. 251) cabe destacar que no âmbito dos fundos de pensão é crescente a estruturação normativa e institucional dos órgãos de fiscalização. Veja-se, por exemplo, a Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, que cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira, com patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social, em substituição à Secretaria de Previdência Complementar, com substanciais acréscimos. Também apenas a título de ilustração, mencionam-se as Resoluções CGPC nº 28/2009 e 29/2009, que, respectivamente, dispõem sobre procedimentos contábeis e critérios e limites para custeio das despesas administrativas, específicos aos fundos de pensão. Da mesma forma, parece não haver a devida fundamentação à crítica quanto à falta de mecanismos eficazes de controle sobre a gestão dos recursos (p. 252), em face das regulamentações da Comissão de Valores Mobiliários e do Conselho Monetário Nacional, especificamente dirigidas aos fundos de pensão, como, por exemplo, a também recente Resolução CMN nº 3.792, que estabelece novas regras para a política de investimentos dos fundos de pensão, adequada ao presente cenário de taxa de juros reduzidas e abertura do mercado de renda variável, sem prejuízo à transparência, ao controle e à supervisão das aplicações realizadas. Por fim, ainda nos parece descabida a menção da possibilidade de o administrador poder desviar recursos do fundo em benefício próprio (p. 253), que, pela atual sistemática fiscalizatória, é de difícil ocorrência.

Por isso, ao destacar-se a necessidade de proteção da visão e expectativa dos participantes, a teoria relacional presta valioso auxílio à promoção da importante finalidade previdenciária dos fundos de pensão, haja vista que a segurança financeira almejada para a fase de inatividade laboral está, muitas vezes, longe demais para ser visualizada com clareza. Em outros casos, está tão próxima, mas formalmente sem as carências preenchidas, de modo que se exige esforço de compatibilização jurídica e atuarial, para viabilizar o pleno adimplemento da obrigação.

Sendo a questão do custeio muito cara ao estudo da previdência complementar, cabe analisá-la enquanto carência a ser atingida para a obtenção do benefício almejado. Considerando a longa duração da relação e a complexidade que a envolve, passa-se a discorrer quanto a este aspecto em específico no capítulo a seguir, como um dos possíveis temas que recebem um significativo acréscimo se vistos sob o enfoque obrigacional.

2.1.2 Custeio enquanto condição para a concessão do benefício

Analisando-se a obrigação como processo e considerando o gradual avanço das partes no cumprimento de suas prestações, nem sempre será recomendável visualizar o atingimento da carência para a concessão do benefício por tempo de contribuição como um *divisor de águas*, uma vigiada fronteira que separa as fases do desenvolvimento e do adimplemento da obrigação³¹⁹.

É praxe que os sistemas previdenciários apresentem carências muito exigentes e pouco flexíveis, construídas para a defesa e viabilização dos desafios financeiros impostos pelas circunstâncias demográficas e atuariais. Mas com a

³¹⁹ Deliberadamente, deixamos de tratar dos benefícios de risco que cobrem os eventos invalidez e morte, tendo em vista não incluírem na mesma medida os essenciais elementos da condição, que sejam concomitantemente futuros e incertos.

devida análise obrigacional, esta questão ganha contornos que usualmente não são enfrentados, como vamos agora analisar.

Conforme já mencionado, na complexa relação previdenciária complementar estabelecida entre o participante e a entidade responsável pela administração do respectivo plano, verifica-se a existência de dois momentos completamente distintos, onde os direitos e deveres das partes se alteram drasticamente, em face do período de custeio e da fase de gozo do benefício que se lhe almeja suceder.

Quando da fase de custeio, recai sobre o participante a prestação de aportar suas contribuições, com vistas a adimplir as carências exigidas, para que ele então possa tornar-se credor dos benefícios almejados. Somente a partir daí é iniciada a fase de adimplemento, invertendo-se o fluxo financeiro estabelecido na fase anterior, dando encaminhamento à extinção da obrigação.

Portanto, na primeira etapa, as prerrogativas da entidade administradora do fundo de pensão a colocam na condição de credora das contribuições previstas no regulamento que rege a relação estabelecida entre as partes. Ao mesmo tempo, já é devedora da prestação de gerir a reserva matemática que vai sucessivamente se acumulando.

Quando preenchida a carência, dá-se início ao adimplemento, tendente a perdurar ainda por vários anos, sem que esta nova fase signifique o fim da obrigação de fazer imputada ao fundo de pensão, que segue administrando o patrimônio acumulado pelo participante. De qualquer forma, é com o advento da fase de pagamento do benefício que se processa a execução de atos diretamente vinculados à principal prestação almejada pelas partes.

Assim sendo, o fato juridicamente relevante para separar estes dois momentos tão distintos é o atingimento da carência prevista no regulamento. A partir daí, há uma radical inversão de papéis. O dever torna-se direito e o crédito transmuta-se em débito, pois o participante que cumpre as exigências estatutárias e regulamentares pode pleitear o pagamento dos benefícios previstos. Depois de anos de esforço pecuniário para a obtenção da almejada aposentadoria, encerra-se a fase

contributiva, adquirindo-se o direito ao benefício³²⁰. O fundo de pensão, por sua vez, passa a dever o pagamento do benefício, prestação pecuniária continuada que decorre do planejamento financeiro e atuarial havido, iniciando-se finalmente a visualizar concretamente o objeto da obrigação estabelecida inicialmente.

Mas é de questionar-se a adequação de sempre ser utilizada uma concepção estanque de carência, por vezes extremamente maniqueísta. Podemos defrontar-nos com circunstâncias que exigem não apenas uma dicotômica resposta, e as expressões até aqui utilizadas refletem conceitos técnicos previdenciários que não contribuem para a garantia dos deveres de prestação e de proteção surgidos a partir do negócio jurídico em questão.

Tratando o tema por meio dos institutos genuinamente privatistas, verifica-se possível analisar civilisticamente como condição a carência prevista nos estatutos e regulamentos das entidades fechadas de previdência complementar, consideradas as exigências de equilíbrio econômico e atuarial.

A abordagem ora proposta leva em consideração que, para os fundos de pensão, não é somente por decorrência da vontade das partes em assim se vincularem que se estabelece a carência, uma vez que o citado artigo 68 da Lei Complementar nº 109 também condiciona a concessão do benefício, vinculando-o ao devido custeio. Porém, mesmo integrando as *condiciones juris*³²¹, entende-se a pertinência de seu estudo, até mesmo porque já admitida a eventual origem legal da condição³²².

Nesses termos, a condição, enquanto elemento dos negócios jurídicos, não deve sempre ser vista como de caráter accidental³²³, pois “a partir do momento em

³²⁰ Lei Complementar nº 109, artigo 68, parágrafo 1º: “Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.”

³²¹ OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil, Volume II: (arts. 79 a 137)*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 305.

³²² LATINA, Mathias. *Essai sur la condition de droit des contrats*. Paris: L.G.D.J., 2009. p. 89.

³²³ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46.

que ela é convencionaada, perde seu aspecto originário de acidentalidade”, para agir como uma de suas peças substanciais³²⁴.

Conforme artigo 121 do Código Civil, “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. Assim, o preenchimento da carência é fato superveniente de ocorrência não garantida.

Se as carências exigidas para a concessão do benefício podem variar significativamente entre os planos de benefícios, o seu conteúdo material decorre tão somente da vontade das partes, tendo-se como plenamente regular o consentimento e adesão mesmo quanto a cláusulas condicionais, desde que delas se tenha o devido conhecimento³²⁵. Por isso, enquanto condição, a carência subordina a eficácia do negócio jurídico, pois de sua “ocorrência depende o nascimento ou a extinção de um direito”³²⁶.

Todavia, impõe-se considerar com força a distinção entre direito adquirido e direito acumulado³²⁷, especialmente na iminência do preenchimento da carência. Especificamente para os benefícios decorrentes do esforço de formação de reserva matemática garantidora do benefício, eles praticamente se equivalem, em face dos aportes sucessivamente vertidos ao longo de todo o período de contribuição.

Nos regimes contributivos de capitalização, especificamente para a modalidade de contribuição definida, mais de trinta anos de aportes, mesmo sem ser atingida a idade ou o tempo de contribuição previstos nos estatutos e regulamentos, não podem ser tratados de modo estanque, enquanto condição civilista, sob pena de ser desvirtuado o esforço financeiro de caráter previdenciário.

³²⁴ OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil, Volume II: (arts. 79 a 137)*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 299.

³²⁵ LIMBACH, Francis. *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales: de l'utilité du concept de déclaration de volonté*. Paris: L.G.D.J., 2004. p. 2.

³²⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 463.

³²⁷ SIMÕES, Fernando Nunes; MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *O direito acumulado dos participantes dos fundos de pensão*. Goiânia: Scala, 2006.

Pode haver correspondência financeira entre o direito acumulado pelo participante e o devido custeio do benefício. Assim, nestes estritos limites, subordina-se condicionalmente a sua concessão às contribuições, diretamente proporcionais ao esforço empregado.

Cogentemente, a Lei Complementar nº 109 estipula que o plano de custeio estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios³²⁸. Ao mesmo tempo, é determinado que, antes de adquirido o direito ao benefício, “o direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável”, conforme artigo 15, parágrafo único.

A particular circunstância de equivalência entre o direito acumulado e o benefício decorre de sua aquisição sucessiva, na proximidade e iminência de a expectativa ser transformada em direito. Revela-se, assim, incorporado o direito ao patrimônio do participante, “de forma concreta e real, facilitando a aplicação da lei no tempo, resultado da influência marcante do direito social sobre as relações jurídicas, consolidando o princípio da razoabilidade”³²⁹.

Daí a ressalva de que, como elemento acessório à obrigação principal – o pagamento do benefício – , não cabe falar-se em condição (carência) quando se tratar de “consequência que deriva necessariamente do ato”³³⁰: das contribuições aportadas ao fundo de pensão deriva a obrigação do fundo de pensão de lhe retornar o direito acumulado pelo participante, capitalizado.

Por isso, a carência exigida dos participantes de fundos de pensão, mesmo sendo tida por condição, pode ser relativizada, especialmente nos planos de contribuição definida, particularmente para os benefícios de aposentadoria

³²⁸ Lei Complementar nº 109, artigo 18: “O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.”

³²⁹ SIMÕES, Fernando Nunes; MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *O direito acumulado dos participantes dos fundos de pensão*. Goiânia: Scala, 2006. p. 65 e 74-75.

³³⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 241. v. I

programada por tempo de contribuição, uma vez mantida a equivalência entre custeio e benefício.

Ao se entender que “o conteúdo da relação previdenciária corresponde às contribuições”, a atividade previdenciária passa a representar, “em essência, um custo”, alicerçada em três variáveis fundamentais: a *base normativa*, a *base cadastral* e a *base atuarial*. Se a base cadastral é aquela apoiada em dados como o número de dependentes, estado civil, idade e sexo, e a base atuarial trata de questões como a expectativa de vida, previsão de taxas de juros e de inflação, tábuas de mortalidade e outros fatores demográficos,

a base normativa dos benefícios corresponde aos benefícios adotados pelo plano, forma de cálculo, critérios de elegibilidade, regras de indexação, ou seja, toda a legislação que estabelece normas para o funcionamento do plano³³¹.

A exigência legal de equilíbrio financeiro é utilizada comumente para justificar leituras restritivas das carências impostas aos participantes. Contudo, o benefício que é custeado pelas contribuições acumuladas não implica repercussões financeiras diretas aos demais participantes. Por isso, o regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas, conforme artigo 18, parágrafo 1º, da Lei Complementar nº 109.

O artigo 122 do Código Civil destaca que “entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico”³³². Com esta imperiosa indicação axiológica – a busca dos efeitos almejados do negócio jurídico, o esforço comum pelo benefício previdenciário – vislumbramos duas consequências, por conta de uma leitura sequencial do próprio Código Civil: (i) o afastamento do caráter suspensivo que subordina a eficácia do negócio jurídico à carência, prevista no

³³¹ FERRARO, Suzani Andrade. *O equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 133 e 178-180.

³³² Código Civil, artigo 122: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

artigo 125³³³, e (ii) a relativização dos efeitos resolutivos do inadimplemento do participante.

Nessas específicas circunstâncias, quanto ao primeiro aspecto envolvendo a carência, é possível a aquisição do direito ao benefício, fruto da acumulação financeira até então havida, no caso de adimplemento substancial de parte do participante. Com a aplicação concreta e ativa do princípio da boa-fé, criam-se deveres tais que levam a outra solução para além do restrito “princípio de o cumprimento ser completo ou integral”. Trata-se de “um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução”, pois “não só se torna impossível o exercício do direito de resolução, como também se nega a faculdade de o beneficiário recusar-se a aceitar a prestação não-integral”³³⁴. Evitam-se, assim, “as injustiças que um formalismo estrito ou um apego exagerado ao dogma da absolutização dos direitos poderiam provocar”³³⁵.

Admite-se, em tais situações, a compensação de créditos, readequando-se o valor do benefício, ou ainda a necessidade de superveniente adimplemento das contribuições pelo participante, enquanto repercussões atuariais e financeiras a serem contabilizadas, pelo que se observa com mais riqueza o conteúdo obrigacional da relação e a própria finalidade para a qual foi concebido o fundo de pensão. De um modo geral, “a propensão à mortalidade cresce com a idade do indivíduo”³³⁶, implicando reconhecer-se, com o decorrer da relação jurídica previdenciária, a cada vez maior importância de sua manutenção para a efetiva proteção do participante³³⁷.

³³³ Código Civil, artigo 125: “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.”

³³⁴ SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clovis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 55-56.

³³⁵ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 60.

³³⁶ QUELHAS, Ana Paula. *Seguros de vida e fundos de pensões: uma perspectiva financeira e actuarial*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 16.

³³⁷ É importante distinguir os efeitos da mortalidade e da expectativa de vida com o decorrer do tempo: quanto maior a idade, maior é a propensão de mortalidade, mas, ao mesmo tempo, maior é a expectativa de vida, que deve ser calculada a partir de um grupo de pessoas daquela idade, e não a partir das médias havidas quando de seu nascimento ou de outras faixas etárias. Visualiza-se a

E uma segunda questão também aflora da leitura da carência enquanto condição. Em seus efeitos resolutivos³³⁸, o inadimplemento do participante, com relação às contribuições devidas ao fundo de pensão, não o afasta, necessariamente, do direito ao recebimento do benefício, valendo a mesma diretriz de que não seja privado de todo efeito o negócio jurídico, ainda que não implementada a condição. Se é verdade que o não pagamento das contribuições inviabiliza a cobertura previdenciária, também deve lhe ser garantido o equivalente ao que já tenha acumulado antes da mora, pois a resolução de um negócio de execução continuada ou periódica não tem eficácia quanto aos atos já praticados³³⁹. Assim, aqui também se verifica que a iminência do preenchimento da carência aproxima objetivamente fases da relação obrigacional tidas por totalmente distintas.

Diante da necessária proteção dos efeitos almejados pelas partes para o negócio jurídico, que condiciona direitos e obrigações no específico contexto de uma relação jurídica complexa, geradora de grandes expectativas, confirmadas e adimplidas somente a longo prazo, os benefícios de aposentadoria programada, estruturados sobre planos de contribuição definida, onde o custeio está diretamente vinculado à poupança já acumulada, não podem ser negados aos participantes em face de questões suspensivas ou resolutivas, nos termos acima expostos³⁴⁰.

Destaque-se que, conforme dispõe o artigo 130 do Código Civil, “ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”. Vislumbra-se, assim, a possibilidade de discussão dos efeitos da mora do participante e a eventual possibilidade de purga,

questão com mais clareza quando, por exemplo, tomamos o caso do indivíduo que atinge a idade média de vida de uma determinada população – provavelmente, este ancião não está no seu último ano de vida, tendo a probabilidade de viver o número de anos que a média do grupo de pessoas que chega a esta idade costuma sobreviver.

³³⁸ Código Civil, artigo 127: “Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.”

³³⁹ Código Civil, artigo 128: “Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.”

³⁴⁰ Neste tema, se revela mais evidentemente a complexidade atuarial dos regimes financeiros de benefício definido. Justamente por isso, deixamos de enfrentar a análise do cabimento da aplicação do raciocínio ao caso, sem que isso deva ser lido como posicionamento favorável ou contrário – apenas nos foge do escopo proposto, por mais interessante e pertinente que seja.

uma vez que possuem poucas consequências atuariais nos planos de contribuição definida com relação ao benefício de complementação de aposentadoria baseado na capitalização de contribuições.

Como se verá a seguir, a satisfação dos interesses do credor “é o genérico *telos* obrigacional, a partir do qual toda a análise finalística da obrigação é realizada”, sendo a partir deste critério que se considera como temporária ou definitiva a impossibilidade da prestação, permitindo analisar se a mora pode ainda ser purgada³⁴¹.

O inadimplemento do participante com relação à contribuição mensal que assumiu aportar é perfeitamente contornável nos benefícios de acumulação de capital dos planos de contribuição definida, porquanto somente com o recebimento pelo fundo surge o dever de gerir o patrimônio da contraparte, em típico caso de mora com possibilidade de cumprimento ainda satisfativo do interesse do credor, conforme leitura do parágrafo único do artigo 395 do Código Civil³⁴².

A mora nesta prestação em específico não traz prejuízo ao credor, mas ao próprio devedor, que, não aportando, distancia-se da futura segurança financeira almejada e também dos acessórios ligados à prestação, no caso, os dividendos que as escolhas financeiras do fundo se somaram ao patrimônio acumulado. Tendo em vista tais circunstâncias, é de se questionar, inclusive, o cabimento de cobrança, pelo fundo de pensão, de juros moratórios e até mesmo correção monetária sobre tais valores.

Reitere-se, essas observações são feitas especialmente quanto à aplicação da lógica obrigacional da condição à carência nos benefícios de aposentadoria programada por tempo de contribuição, nos planos de contribuição definida. Evidentemente, o raciocínio não se aplica da mesma forma aos benefícios de risco

³⁴¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46. Para a análise dos critérios para a avaliação do incumprimento definitivo por perda de interesse do credor, ver AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 130-136 e ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 117-125.

usualmente oferecidos aos participantes, sendo distinto o contexto atuarial que envolve a carência para os valores devidos a título de aposentadoria por invalidez e a pensão por morte. Mas isso também não significa que esteja totalmente descartada a possibilidade de verificação de adimplemento substancial nessas outras circunstâncias.

A legislação autoriza a transferência dos recursos garantidores dos benefícios para entidade de previdência complementar ou companhia seguradora com o objetivo específico de contratar plano de renda vitalícia, conforme prevê o artigo 33, parágrafo 2º, da Lei Complementar nº 109. Nessa linha, a Resolução CGPC nº 10, de 30 de março de 2004, autoriza a contratação de seguro quanto aos riscos atuariais decorrentes da concessão de benefícios devidos em razão de invalidez e morte de participantes ou assistidos dos planos de benefícios operados pelos fundos de pensão.

Na prática, não raro os fundos pensão terceirizam a atividade previdenciária de maior risco, situação em que o pagamento do benefício não é coberto pelas contribuições realizadas até o evento, e sim por meio de contratação de cobertura de seguro coletivo. Tal escolha influencia significativamente o passivo atuarial a ser internamente administrado pela entidade, com reflexos para o nível de solidariedade entre os participantes³⁴³.

Em tais casos, a carência revela-se inegavelmente mais rígida, dada sua natureza distinta, em face da necessidade de maior repartição de riscos, posto que o custeio financeiro do benefício não pode ser antevisto com precisão na bilateral relação havida entre um participante e o fundo de pensão, para os benefícios de acumulação: lá, a carência é a idade, calculando-se os anos faltantes, enquanto aqui a carência é atingida com o infortúnio, o imponderável, o imprevisível.

³⁴² Código Civil, artigo 395, parágrafo único: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

³⁴³ Sobre os parâmetros técnico-atuariais para a estruturação de plano de benefícios de entidades fechadas de previdência complementar, ver as disposições da Resolução CGPC nº 11, de 21 de agosto de 2002.

Portanto, a questão envolvendo as condições para a obtenção dos benefícios na esfera da previdência complementar fechada se revela como demonstração concreta da complexidade desta particular relação jurídica, não havendo alternativa para sua adequada análise senão a também complexa construção dogmática, evitando-se reducionismos que não explorem a riqueza de seus inerentes detalhes.

Por isso, com a concepção de longo prazo introjetada, entende-se fundamental a análise da estrutura obrigacional da relação de previdência complementar fechada e de seus elementos constitutivos, como se passa a tratar na próxima parte desse estudo.

2.2 ESTRUTURA OBRIGACIONAL DA RELAÇÃO

Uma vez adotada a opção metodológica a partir de um enfoque privatista para o tema, e centrando-se o estudo nas entidades fechadas de previdência complementar enquanto administradoras de planos de benefícios na modalidade de contribuição definida, participante e fundos de pensão aqui têm seus recíprocos direitos e deveres analisados enquanto vínculos obrigacionais de crédito e de débito.

Tomada esta relação jurídica em seu sentido estrito³⁴⁴, enquanto passível de atribuição de direitos subjetivos, deveres jurídicos, interesses e prestações contrapostos, propõe-se o enfrentamento dos elementos básicos de sua estrutura interna, de caráter constitutivo: os sujeitos integrantes da relação; o objeto consubstanciado nas prestações devidas; e o vínculo causal que liga os sujeitos e justifica a formação da relação³⁴⁵.

³⁴⁴ Adotamos a concepção de relação jurídica como “a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição” (ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 02. v. I.).

³⁴⁵ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 73. v. I.

Dada a natureza jurídica do vínculo estabelecido entre o fundo de pensão e o participante, exposta na primeira parte deste trabalho, o seu estudo pelo direito das obrigações impõe atenção a estas questões, para aclarar o seu cerne e melhor entender os efeitos que dele se promanam.

A importância de se classificar as obrigações não é fruto de dogmatismo vazio. Conforme Mazeaud e Chabas, a diferença acerca de suas regras de criação, de suas fontes e de seus objetos, geram, conseqüentemente, diferentes efeitos³⁴⁶. É quanto a estes efeitos, especialmente no tocante aos direitos e deveres de participantes e de fundos de pensão, que é proposto o fracionamento da obrigação de previdência privada fechada, de modo que seu estudo lhe confira maior previsibilidade, promovendo uma relação equilibrada entre as partes.

No já mencionado trabalho de Luís Carlos Cazetta, que traz análise acerca da relação jurídica de previdência privada, temos valiosa contribuição para a abordagem aqui proposta. Tratando dos “elementos de formação e desenvolvimento da relação jurídica previdenciária de natureza privada”, enumera o que entende por seus sujeitos, o patrocinador, a entidade de previdência e o participante, sem tratar a fundo, porém, da figura do instituidor³⁴⁷.

Segundo o autor, “essa relação (e o regime de sua execução) resulta da ocorrência sucessiva de eventos que, embora conexos, expressam manifestações autônomas de vontade”: (i) o primeiro é a *instituição da entidade*³⁴⁸, altamente regulamentada e anterior à constituição da relação jurídica de previdência complementar, tratada dentro do escopo dado à primeira parte do trabalho; (ii) o segundo é representado pela *adesão de pessoa física interessada a se tornar participante de plano de benefícios*, que enfrentamos na parte inicial de nosso estudo; (iii) depois, inicia-se o *regime de cumprimento pelas partes de suas*

³⁴⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume: obligations, théorie générale. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. p. 11.

³⁴⁷ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 43-44.

³⁴⁸ Lei Complementar nº 109/01, artigo 13: “A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.”

respectivas obrigações, sucedido (iv) pela fase de *execução dos planos perante aqueles que já adquiriram direito ao gozo de benefícios*, fase avançada de adimplemento.

Dessas fases, a primeira e a segunda foram tratadas no capítulo anterior, nos tocando agora desenvolver obrigacionalmente a terceira e a quarta, desenvolvendo-se de modo a garantir “a correspondência entre os benefícios contratados e os recursos arrecadados e por arrecadar para o pagamento destes mesmos benefícios”³⁴⁹.

Considerados os deveres principais de prestação devidos pelo fundo de pensão, enquanto objeto fundamental do direito das obrigações³⁵⁰, não se pode olvidar também dos deveres anexos de proteção, fundamentais para a completa observância dos interesses do participante credor. Porém, eles não se confundem entre si, ainda que a prestação principal de natureza previdenciária tenha função de *proteção social e econômica*, de modo que, obrigacionalmente, não tenha caráter anexo ou acessório.

Daí a pertinência de se atentar para as particularidades impostas pelos sujeitos que integram esta relação, pelo objeto almejado (ou, como entendemos haver no caso, as duas principais prestações que compõem o negócio) e pelo vínculo estabelecido entre as partes, como passamos a tratar.

2.2.1 Participantes e fundos de pensão enquanto sujeitos

Ao estudar o papel dos participantes e dos fundos de pensão, segundo perspectiva subjetiva, não podemos ficar restritos à mera descrição das partes. Juridicamente, concentrando direitos e deveres, o sujeito deve ser considerado

³⁴⁹ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 44.

³⁵⁰ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 16. v. I.

como figura soberana em sua individualidade e, ao mesmo tempo, subordinada aos deveres que sobre si recaem³⁵¹.

O fundo de pensão, enquanto sujeito que compõe a relação jurídica de previdência complementar fechada, reflete a tendência social de aglutinação e formação de coletividades, a já referida união de esforços em associação, precípua, mas não exclusivamente de caráter jurídico ou econômico, conforme abordagens sociológicas mais amplas³⁵².

Por sua vez, para analisar o participante enquanto sujeito, é preciso levar em consideração o estatuto jurídico da personalidade e suas bases histórico-dogmáticas³⁵³. Deste modo, enquanto imputável sujeito de direito, ele tem sua liberdade de agir decorrente da faculdade de ser responsável pelos seus atos³⁵⁴.

Por isso, o Código Civil é visto como um sistema geral de tutela à pessoa humana³⁵⁵, contexto que, se considerado, incrementa ainda mais a proteção do participante na relação, já não fosse proeminente a sua situação decorrente da proteção previdenciária que marca o seu objeto.

Dessa forma, entende-se que o direito civil aqui também possibilita a melhor descrição das referências juridicamente relevantes que cercam as partes envolvidas, considerando-se as particularidades das prestações devidas, de modo a apreender com detalhamento o liame que as une.

³⁵¹ Conforme se verá adiante, nos interessa a acepção jurídica mais ampla de sujeito, tanto nos seus aspectos ativos e passivos, conforme leitura etimológica, que remete àquele que está submetido, de *sub-jectum*, quem é lançado sob algo. SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 2005. p. 45.

³⁵² MAFFESOLI, Michel. *No fundo das aparências*. Tradução do francês de Bertha Halpen Gurovitz. Petrópolis: Vozes, 1996 e BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução do inglês de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 41.

³⁵³ CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

³⁵⁴ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*: introducción histórico-dogmática. Tradução do alemão de Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987. p. 18.

³⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação)*. São Paulo: USP, 2003. Tese de Livre-docência em direito civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 6.

As partes que compõem os polos dessa relação são, portanto, o participante e o fundo de pensão. A partir delas se formam os vínculos obrigacionais que as acompanharão – ou aos seus sucessores, os beneficiários indicados pelo participante – pelos longos períodos de desenvolvimento e de adimplemento da relação. Por isso que, conforme informado na introdução, é deixado de ser estudado o vínculo jurídico que ambos estabelecem com o patrocinador ou instituidor do fundo de pensão.

Há quem defenda a tese de que o Estado também seria sujeito integrante desta relação³⁵⁶ por suas funções fiscalizatórias, o que é bastante questionável por não ser possível confundir-se o âmbito intervencionista decorrente deste poder de fiscalização, plenamente justificável, com o efetivo estabelecimento de interesse contraposto às partes. Dessa forma, “se o Estado for parte na relação, figurará como particular”³⁵⁷, na condição de patrocinador, tema específico que não toca o escopo aqui proposto.

O participante configura-se como credor, a ele se proporcionando a vantagem que corresponde à prestação. Ele é o titular do interesse que o principal dever de prestar da contraparte visa satisfazer. Por sua vez, a entidade fechada de previdência complementar figura como a devedora da obrigação, “a pessoa sobre a qual recai o dever (específico) de efectuar a prestação”³⁵⁸.

Tal condição não significa que apenas o fundo de pensão tenha obrigações no curso desta relação, até o seu efetivo adimplemento, mas é evidente que, se o credor não cumpre especialmente com o dever de aportar sua contribuição, a sanção é limitada à perda do direito à prestação, sem maiores consequências para o fundo de pensão. Para o devedor, ao contrário, a lei indica a necessária observância dos direitos do credor, a ponto de ser objetivo do Estado proteger os interesses dos

³⁵⁶ Por exemplo, MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes. A previdência complementar e os direitos sociais. *Revista de Previdência Social*. São Paulo, n. 236, a. XXIV, p. 665, jul. 2000 e ROMITA, Arion Sayão. Estrutura da relação de previdência privada (entidades fechadas). *Revista de Previdência Social*. São Paulo, n. 252, a. XXV, p. 779, nov. 2001.

³⁵⁷ WEINTRAUB, Arthur Brabança de Vasconcellos. *Previdência privada – doutrina e jurisprudência da*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 168.

³⁵⁸ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 74. v. I.

participantes e assistidos dos planos de benefícios, nos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 109³⁵⁹.

Destaque-se que não necessariamente é determinada a pessoa do credor, podendo ser apenas determinável, pela possibilidade de a prestação vir a ser devida aos beneficiários indicados pelo participante, em caso de seu falecimento. É, em concreto, o caso de “persistência da obrigação, não obstante a alteração de seus sujeitos”³⁶⁰, com o necessário cálculo de seu custeio. A questão é particularmente importante quando, no planejamento financeiro e atuarial de um plano de custeio, os beneficiários têm direito ao saldo acumulado do participante (quando este já entrou em benefício), ou a uma pensão, de gestão não raro terceirizada para companhia de seguros³⁶¹, com efeitos igualmente sentidos no tocante ao seu custeio.

Certamente, a obrigação não é plural, em que pese a massa de participantes e mesmo a necessidade de equilíbrio atuarial. Esta distinção técnica precisa ser apreendida, como adiante será tratado por ocasião da análise da solidariedade quanto a estas obrigações previdenciárias de caráter privado.

Outros desdobramentos decorrentes dos sujeitos também podem ser desenvolvidos, como se dá no tocante à possibilidade de terceirização de atividades atinentes à atividade previdenciária. Entretanto, por envolverem também elementos atinentes ao objeto da relação jurídica, serão tratados logo no próximo capítulo.

³⁵⁹ Lei Complementar nº 109, artigo 3º: “A ação do Estado será exercida com o objetivo de: I – formular a política de previdência complementar; II – disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro; III – determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades; IV – assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios; V – fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e VI – proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

³⁶⁰ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 76. v. I.

³⁶¹ Lei Complementar nº 109, artigo 33, parágrafo 2º: “Para os assistidos de planos de benefícios na modalidade contribuição definida que mantiveram esta característica durante a fase de percepção de renda programada, o órgão regulador e fiscalizador poderá, em caráter excepcional, autorizar a transferência dos recursos garantidores dos benefícios para entidade de previdência complementar ou companhia seguradora autorizada a operar planos de previdência complementar, com o objetivo específico de contratar plano de renda vitalícia, observadas as normas aplicáveis.”

Portanto, atentando-se para as questões subjetivas da relação, o contexto negocial em que estão inseridas as partes e a fundamental importância que tem o adimplemento para os participantes, a delimitação com clareza de qual o objeto da obrigação é a próxima análise que se impõe.

2.2.2 O duplo objeto almejado pelo participante

Compreender o objeto da relação obrigacional de previdência complementar fechada é garantir-lhe perenidade, tendo em vista que este exercício determina qual é exatamente a prestação devida ao credor, tutelando-se em seu favor nem mais nem menos do que lhe é de direito.

A prestação constitui-se em uma atividade do devedor, o fulcro e alvo prático da obrigação³⁶². Para o caso em tela, a relação jurídica de previdência complementar fechada tem em seu âmago, de um modo imediato, a gestão financeira do patrimônio acumulado, sendo mediadamente devido o benefício, uma vez havendo o correspondente custeio. Daí a significância de ver-se o objeto almejado pelo participante-credor como produto de uma obrigação complexa, dividida ao longo do desenvolvimento do processo obrigacional, estendendo-se mesmo quando iniciado o seu adimplemento, e fracionável em duas distintas prestações.

Primeiramente, vislumbra-se uma *prestação de fato jurídico*, de natureza *positiva*, um *fazer* representado pelos poderes de gestão financeira que são outorgados ao fundo de pensão, evidentemente de *meio*³⁶³, tida por primordial para a “*viabilização da concessão de benefícios*”³⁶⁴, mas sem constituir-se em garantia de seu efetivo pagamento. Assim, é descartada a estrita noção de que se trataria de

³⁶² VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 78-79. v. I.

³⁶³ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 88.

³⁶⁴ CASSA, Ivy. *Contrato de previdência privada*. São Paulo: MP, 2009. p. 148.

uma obrigação de fim, a de pagar o benefício, sendo seu recebimento pelo participante apenas decorrência do maior ou menor sucesso nas aplicações financeiras realizadas pelo fundo de pensão³⁶⁵.

O que se exige do fundo de pensão nesta fase da relação jurídica é uma gestão técnica com três atributos específicos: solvência, liquidez e equilíbrio econômico, financeiro e atuarial³⁶⁶, executada com forte regulamentação e rígida fiscalização³⁶⁷. Daí a imprescindibilidade da periódica revisão dos resultados auferidos, constituindo-se as suas conclusões como parâmetros objetivos aptos a pautar a gestão da entidade³⁶⁸.

As constantes revisões atuariais não necessariamente implicam quebra da base do negócio jurídico, tendo em vista a finalidade real buscada pelas partes³⁶⁹. Em oposto à reação usualmente contrária às reformas previdenciárias, temos que correções financeiras são fundamentais diante de alterações de premissas demográficas e financeiras, naturais de ocorrerem diante do longo prazo da relação jurídica, conforme concepção já devidamente apreendida pelo direito civil³⁷⁰.

³⁶⁵ No mesmo sentido, CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 88, nota 77.

³⁶⁶ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 63.

³⁶⁷ As atividades de administração financeira dos fundos de pensão são altamente regulamentadas, tendo como fundamento legal precípua o artigo 9º da Lei Complementar nº 109: “As entidades de previdência complementar constituirão reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador. Parágrafo 1º: A aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o *caput* será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.” Estas diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar estão presentemente estabelecidas pela Resolução CMN nº 3792/2009.

³⁶⁸ Registre-se que a administração do patrimônio é questão de complexidade e especificidade tal que transcende nosso objeto de estudo. Muito resumidamente, apenas destacamos dois principais elementos distintos e complementares que lhe são atinentes: o ativo e o passivo da entidade. Na análise de ativos, verifica-se a adequação de seus resultados aos benefícios previstos, que, por sua vez, correspondem ao passivo do fundo de pensão, de estimativa altamente intrínca, por meio de cálculos atuariais (que fornecem parâmetros para mensuração de custos previdenciais, em face de tábuas de mortalidade e expectativas de vida) e de análises de risco (que buscam calcular individual ou coletivamente o montante provável das indenizações a serem pagas em caso de sinistro), conforme RODRIGUES, José Angelo. *Gestão de risco atuarial*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 04 e 09.

³⁶⁹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-96.

³⁷⁰ Código Civil, artigo 317: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

Assim, é preciso considerar que, para chegar-se ao momento de recebimento de benefícios, a administração das contribuições constitui-se no “período em que se espera que a expectativa se transforme em direito”³⁷¹.

Sob a perspectiva do participante, a fase contributiva é sucedida por um segundo momento, este sim de efeito liberatório e fundamental para a extinção da obrigação, por meio de seu efetivo e completo adimplemento. Esta prestação que se segue é de dar ou restituir coisa incerta que se consubstancia no pagamento dos benefícios ao credor. No caso da renda acumulada, é a soma das contribuições vertidas para o participante, acrescida da rentabilidade auferida no período, descontadas as despesas administrativas. Por sua natureza, submete-se ao regramento das obrigações de dar, prevista nos artigos 233 a 242 do Código Civil, no que lhes for cabível.

Poder-se-ia imaginar que, em quaisquer dos casos, as prestações devidas ao credor seriam *duradouras*, o que não se sustenta depois de análise mais detida. A primeira obrigação, a prestação de um fazer, que corresponde à gestão financeira e atuarial das contribuições, esta sim é uma obrigação duradoura, *de execução continuada*, em face da complexa atividade de otimização financeira para garantir o maior montante capitalizado possível no futuro.

Entretanto, o pagamento dos benefícios, a segunda prestação devida pelo fundo de pensão, não se constitui como uma obrigação duradoura *de trato sucessivo*, como se fosse renovada a cada uma de suas parcelas consecutivas. Nos planos capitalizados de contribuição definida, a forma de pagamento dos benefícios geralmente é estabelecida pelo credor, que livremente escolhe o número de parcelas em que será resgatado o montante total acumulado. Desse modo, a segunda prestação adquire características de típica *obrigação fracionada ou repartida*, ao invés da citada modalidade de trato sucessivo.

³⁷¹ SIMÕES, Fernando Nunes; MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *O direito acumulado dos participantes dos fundos de pensão*. Goiânia: Scala, 2006. p. 74. Na obra, defende-se que “o direito acumulado dos participantes deve ser entendido como o direito que foi incorporado ao patrimônio dos participantes por ter cumprido certos requisitos regulamentares, ainda que de forma parcial” (p. 87).

Se é indiscutível a licitude e a possibilidade da prestação, sua determinabilidade implica admitir que as eventuais perdas financeiras serão suportadas pelos próprios participantes, quando sofridas, caso as aplicações respeitaram a política de investimentos estabelecida pela entidade³⁷². Todas as limitações impostas à liberdade de administração de valores buscam minimizar os riscos a que está exposto o fundo de pensão enquanto investidor, apesar de esta atividade pressupor a assunção de risco, onde o sucesso está vinculado à sorte do investimento³⁷³.

Ainda que revestida de alta técnica, a atividade financeira de administração de valores mostra-se de resultados financeiros evidentemente aleatórios. São variáveis de política econômica, de gestão administrativa, de contextos mercadológicos, de cenários sociopolíticos ou ainda de outros fatores que possam ter reflexos na economia de mercado. Apesar disso, não é fácil a verificação de sua aleatoriedade, considerando-se o risco como elemento intrínseco à atividade, pois os valores mobiliários eventualmente adquiridos, por exemplo, teriam preços de compra, qualidade e quantidade determinados, mas sendo indeterminado o seu valor de revenda³⁷⁴.

Pontes de Miranda, porém, destaca a tênue, mas fundamental, diferença entre aleatoriedade *econômica* e *jurídica*, marcando a atividade. Sendo certo o que se compra e o que se vende, o mau negócio “não resulta da estrutura negocial, mas sim de fatos econômicos” que não integram o objeto da obrigação, enquanto elemento caracterizador³⁷⁵.

Assim sendo, não seria mais mera expectativa de direito, mas também ainda não se trataria de direito adquirido.

³⁷² A Resolução CMN nº 3.792/2009 dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar, fixando limites dentro dos quais o Conselho Deliberativo poderá estabelecer a Política de Investimentos da entidade (como determina o artigo 3º da Resolução CGPC nº 07/2003), a serem divulgados aos participantes, conforme artigo 3º, II da Resolução CGPC nº 23/2006.

³⁷³ MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. O conceito de valor mobiliário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 59, a. 24, jul./set. 1985. p. 45.

³⁷⁴ ADIERS, Leandro Bittencourt. Valores mobiliários, especulação e consequências jurídicas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 121, a. 40, jan./mar. 2001.

³⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 223. Tomo LII.

Nesse aspecto, a questão do objeto liga-se, ainda que indiretamente, com a fungibilidade da prestação, realizando-se “por pessoa diferente do devedor, sem prejuízo do interesse do credor”³⁷⁶. Conforme previsão legal, e de acordo com o que a prática demonstra, existe até hipótese de terceirização obrigatória da gestão financeira das reservas acumuladas pelo fundo de pensão em favor de seus participantes³⁷⁷.

Daí decorre, inclusive, a estipulação de deveres que são impostos a estas instituições financeiras, mesmo sendo terceiros estranhos à relação obrigacional estabelecida entre participante e fundo de pensão³⁷⁸, configurando situação exemplar da ingerência estatal regulamentar sobre tais negócios jurídicos privados, com a finalidade fiscalizatória e de garantia dos interesses sociais difusamente envolvidos³⁷⁹.

A distinção obrigacional a respeito da fungibilidade das obrigações do fundo de pensão permite um melhor tratamento, por exemplo, de específicas questões acerca da responsabilidade quanto aos resultados financeiros das aplicações, de grande pertinência no contexto das últimas crises enfrentadas pelo mercado financeiro mundial. Porém, sua complexidade e a necessária profundidade de enfrentamento afastam a questão do espectro deste estudo.

Reitera-se ainda que também é usual a terceirização da administração de parte do passivo atuarial, aquela atinente aos chamados benefícios de risco, no

³⁷⁶ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 97-100. v. I.

³⁷⁷ Lei Complementar nº 109, artigo 31, parágrafo 2º: “As entidades fechadas constituídas por instituidores referidos no inciso II do *caput* deste artigo deverão, cumulativamente: I – *terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente* (grifo nosso); II – ofertar exclusivamente planos de benefícios na modalidade contribuição definida, na forma do parágrafo único do art. 7º desta Lei Complementar.”

³⁷⁸ Lei Complementar nº 109, artigo 31, § 3º: “Os responsáveis pela gestão dos recursos de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada.”

³⁷⁹ Dentre outros, REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da regulação da previdência privada no Brasil*. São Paulo: USP, 2004. 398 p. Tese (Doutorado), Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004; LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. *Regulação e Previdência Complementar Fechada*. São Paulo: LTr, 2004; e CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, parte II, cap. IV.

sentido oposto ao benefício de aposentadoria programada, resultado da acumulação de capital para o seu devido custeio.

Nos fundos de pensão capitalizados, os benefícios de risco constituem-se, geralmente, na pensão por invalidez (devida ao participante, em caso de sua incapacitação superveniente) ou na pensão por morte (a ser paga em favor dos beneficiários do participante), e sua terceirização é realizada para companhias de seguro, atuantes no *ramo vida*, de modo a facilitar a cobertura de tais sinistros, não facilmente abarcáveis por meio do sistema financeiro de capitalização. Por conseguinte, enquanto prestações fungíveis, também se submetem aos efeitos jurídicos daí decorrentes.

O mesmo não ocorre quanto aos serviços especializados de assessoria contábil, jurídica, financeira e atuarial, que se constituem em mero auxílio e colaboração à devedora da obrigação, e não de sua substituição³⁸⁰. Contudo, a fungibilidade de algumas das obrigações das entidades fechadas de previdência complementar, com relação aos seus participantes, não desnatura a forte vinculação que se estabelece entre os sujeitos integrantes da relação.

Concluindo a questão, trazemos a distinção estabelecida por Menezes Cordeiro entre conteúdo e objeto do negócio jurídico, sendo este a coisa ou o direito transmitidos por meio do adimplemento do negócio, enquanto aquele seria composto por elementos normativos (as regras aplicáveis *ex lege*) e voluntários (o regramento estabelecido pelas partes, seja ele necessário ou eventual). Dessa forma, destacam-se as sutilezas do objeto, considerando-se que o seu conteúdo “corresponde à regulação por ele desencadeada: ao conjunto das regras que, por ele ter sido celebrado, tenham aplicação ao espaço que as partes tenham entendido reger”³⁸¹: Dessa forma, a ampla acepção de conteúdo abarca a riqueza normativa, toda direcionada à proteção previdenciária que as partes objetivam.

³⁸⁰ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 99. v. I.

³⁸¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 673-675. Parte geral. Tomo I.

Assim, temos por assentadas as bases para o nosso enfrentamento final, a conotação privatista da solidariedade, questão típica dos regimes previdenciários, que deve ser devidamente sopesada diante das particularidades do regime financeiro de capitalização.

2.2.3 O solidário vínculo previdenciário e suas distintas acepções

O vínculo jurídico é tido como núcleo central da relação jurídica, o seu “elemento verdadeiramente *irredutível*”, enlaçando os “poderes conferidos ao credor com os correlativos deveres impostos ao titular passivo da relação”, mesmo considerando-se as possíveis mudanças de sujeitos e os ajustes a que estão expostas as prestações devidas³⁸².

Nosso objetivo é elucidá-lo no específico contexto previdenciário privado fechado, onde a solidariedade pode ser vista como um gradiente da maior ou menor vinculação entre as partes, ideia a ser desenvolvida ao longo deste capítulo final.

E para que o vínculo havido em uma relação jurídica seja apreendido nestes termos, entendemos por fundamental partir da distinção dos significados mais usuais de solidariedade, especialmente no que forem afetos ao nosso tema.

Nas relações jurídicas em comento, a defesa do contrato previdenciário costuma ser arguida em conjunto com a tese de inexistência de solidariedade entre os participantes, com o nobre fito de evitar prejuízos à coletividade, fomentando o equilíbrio financeiro e atuarial do plano.

Entretanto, a noção civilista de vínculo remete tanto ao “*poder* que tem o credor de exigir a prestação” quanto ao relevante “*dever* que recai sobre o obrigado

³⁸² VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 109. v. I.

de efectuá-la³⁸³. Nesses termos, o participante enquanto credor “não é apenas o portador subjectivo do *interesse tutelado*; é o titular da tutela do interesse; é o sujeito das providências em que a protecção legal se exprime”³⁸⁴, em face do que sobre o devedor recai o “dever específico de conceder uma vantagem”³⁸⁵. Daí a concepção obrigacional de interesse protegido implicar (a) “ser o credor o portador de uma situação de carência ou de uma necessidade”, (b) estar em jogo conteúdo patrimonial capaz de preencher tal necessidade, e (c) “haver uma apetência ou desejo de obter estes bens para suprimento da necessidade ou satisfação da carência”³⁸⁶.

O maior ou menor grau de solidariedade altera o custeio exigido para a protecção do interesse do participante, mas não necessariamente o equilíbrio financeiro e atuarial, uma vez havendo o seu devido provisionamento. O controle da equivalência entre a necessidade do credor e a prestação que se lhe exige não se opõe, em regra, à solidariedade.

Se interesse “é uma relação posta entre o sujeito credor e a prestação prometida, servindo esta a suprir necessidade ou carência”³⁸⁷, ganha destaque a protecção de tão vital necessidade que é a prestação de carácter previdenciário. Aqui se vislumbra como a concepção obrigacional se molda às necessidades dogmáticas exigidas pela figura do participante, no específico contexto da protecção financeira almejada.

Portanto, o interesse objetivo do credor³⁸⁸ que se mostre juridicamente relevante constitui-se na finalidade da obrigação, com a consequente subalternidade da protecção do interesse do devedor³⁸⁹. Como destaca Larenz, credor é aquele que

³⁸³ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 110. v. I.

³⁸⁴ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 116. v. I.

³⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Direito das obrigações. Coimbra: Almedina. 2009. p. 305 e seguintes. Tomo I.

³⁸⁶ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 73. v. I.

³⁸⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 132.

³⁸⁸ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 10.

³⁸⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 91-95.

crê na pessoa do obrigado, na sua vontade e capacidade de cumprir a prestação³⁹⁰, voto de confiança marcante na relação previdenciária de natureza privada, tendo em vista a significância do esforço financeiro realizado.

Sendo inseparável “no plano psicológico” a vontade de criar obrigações da de adimplir³⁹¹, “entre o bem ou o fato e a necessidade encontra-se o *interesse*, palavra que, como demonstra sua origem latina (*inter + est*), porta em si o significado de estar entre algo, no meio”, persistindo enquanto não realizada e satisfeita a prestação devida³⁹², mantendo o devedor adstrito e vinculado.

A prestação justifica a obrigação e estabelece a ligação entre as partes, de modo que a defesa dos interesses do devedor somente se admite para não prejudicar o escopo da obrigação e para não agravar injustamente a sua situação. A obrigação assumida constitui-se em um dever, e não um mero ônus, uma vez que

a prestação não é o meio de obter uma *vantagem*, cuja realização se deixe ao puro alvedrio do devedor; é o instrumento de satisfação de um interesse *alheio*, a que o devedor fica *adstrito* por força da lei³⁹³.

Consequentemente, os interesses dos participantes devem ser juridicamente tutelados – ao longo de toda a relação obrigacional, e não somente por meio da concessão do benefício.

Porém, a intrincada variável atuarial pode distanciar participantes e fundos de pensão, com repercussões jurídicas privatistas ainda não consolidadas. Por exemplo, a concepção de que “a ciência jurídica não comporta o raciocínio matemático”³⁹⁴ se defronta com a primordial concepção financeira de equilíbrio atuarial da previdência complementar. Ao mesmo tempo, é apenas parcial a visão

³⁹⁰ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução do alemão de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. p. 18. Tomo I.

³⁹¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 57.

³⁹² SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 43.

³⁹³ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 119. v. I.

³⁹⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 79.

de que “uma tomada de decisão do magistrado que prejudique o equilíbrio do plano de previdência volta para afetar o próprio indivíduo que ganhou a ação”³⁹⁵.

Por conseguinte, somente o juízo jurídico indicará o necessário custeio, a partir da equivalência entre as prestações e o interesse tutelado. A alegada quebra de contrato e o temor de desequilíbrio atuarial do plano decorrem muito da sobreposição da lógica atuarial à jurídica, quando seria adequado conciliá-las, pois “a capacidade de cálculo é manifestamente um atributo essencial da razão, mas não o todo da razão”³⁹⁶.

Sequer ousamos questionar a importância da manutenção de equilíbrio entre receitas e despesas, evidentemente imprescindível para a perenidade da relação. Nossa ressalva é no sentido de que seja destacada a necessidade de cômputo nas premissas financeiras da mais exata cobertura previdenciária, dos riscos a que está exposta de um modo geral a gestão do fundo de pensão, e ainda dos entendimentos jurisprudenciais³⁹⁷.

A inerte exposição dos planos de contribuição definida à contingência de questionamentos com repercussões financeiras é triplamente equivocada, pois os participantes se vêem compelidos a buscar judicialmente seus direitos, seus custos

³⁹⁵ ABRAPP. A quebra do contrato e a ameaça ao equilíbrio atuarial. *Revista Fundos de Pensão*. São Paulo. Abrapp/ICSS/Sindapp, a. XXIX, n. 364, p. 45-48, maio 2010,

³⁹⁶ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 2005. p. 11. Não que o direito seja mais ou menos influente que a atuária, mas, como o autor aduz, “o trabalho do pensamento consiste em conferir ao cálculo um significado, relacionando sempre as quantidades medidas com um sentido da medida. E a definição deste sentido tem, inevitavelmente, uma dimensão dogmática, uma vez que as nossas categorias de pensamento não nos são dadas pela natureza; elas são um meio que imaginamos para a compreender”.

³⁹⁷ Por exemplo, a Súmula nº 289, do Superior Tribunal de Justiça, desde 2004 consolida o entendimento de que “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”. Esta discussão é comum nos casos em que o participante rompe seu vínculo associativo com o fundo pensão antes de fazer jus ao benefício, resgatando as contribuições que aportou, corrigidas conforme previsto no regulamento da entidade. E como estes valores são acumulados durante longos períodos, as diferenças de atualização monetária podem se mostrar significativas, considerando as diferentes variações entre os índices disponíveis. Daí a real possibilidade de desequilíbrio financeiro advindo de atualizações por índices de correção monetária não previstos nos estatutos. Porém, “os índices contratados nos regulamentos podem ser substituídos por índices mais favoráveis aos participantes, que reflitam melhor a correção da moeda” (WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada – doutrina e jurisprudência* da. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 138), saudável medida a ser adotada, principalmente quando a questão já se mostra sumulada. Os fundos de pensão devem se manter atuarialmente atentos ao direcionamento jurisprudencial, buscando a

são distribuídos de modo não equitativo, e os participantes que não buscam a via judicial são expostos ao duplo prejuízo das duas circunstâncias anteriores.

Se o Poder Judiciário reconhece direitos não previstos atuarialmente e impõe encargos extraordinários ao fundo de pensão, é preciso questionar se não é a entidade que está utilizando premissas equivocadas, prejudiciais aos legítimos interesses dos participantes, em face da vinculativa proteção previdenciária. Em tais casos, é premente a devida adequação do plano de custeio, de modo que qualquer aumento das despesas seja atuarial e preventivamente suportado pelas contribuições, considerando o conteúdo mínimo da relação, ainda que judicialmente imposto.

Portanto, o questionamento de decisões judiciais com argumentos atuariais pode ser descabido, se não forem sopesadas questões hermenêuticas e axiológicas do arcabouço jurídico aplicáveis ao tema, desconsiderando a força que o vínculo obrigacional entre as partes representa.

Somente a compatibilização e o enfrentamento multidisciplinar das distintas lógicas jurídica e atuarial pode internalizar integralmente o custeio da relação previdenciária privada fechada, especialmente no tocante à sua litigiosidade. Sem força ou conteúdo jurisdicional, os preceitos trazidos pela ciência atuarial não têm o condão de apontar quais são os direitos dos participantes, mas apenas de indicar o seu custo financeiro. Veja-se que, obrigacionalmente, mesmo o imprevisível deve ser considerado para fins de fixação da prestação devida³⁹⁸, ainda que supervenientemente, sempre com vistas ao adimplemento.

Dessa forma, em tal contexto, vislumbra-se que os embates judiciais havidos entre participantes e fundos de pensão geralmente advêm de divergências quanto à noção de solidariedade havida entre aqueles, com reflexos sobre as prestações devidas por estes. Assim sendo, faz-se necessário ao menos anunciar alguns dos

uniformização jurisprudencial quanto a um índice de correção monetária, em trabalho concomitante de provisionamento e convencimento.

³⁹⁸ Código Civil, artigo 317: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

mais usuais e relevantes sentidos da expressão, sendo aqui escolhidos pela relevância que trazem para o tema três significados distintos: a solidariedade de amplas características sociais, a de conotação estritamente obrigacional e outra com conteúdo especificamente previdenciário.

Esta opção metodológica busca noticiar como são tratadas na doutrina tais acepções, de modo que naturalmente se possibilite diferenciá-las quando da sua aplicação prática na análise de temas afetos aos fundos de pensão. Ou seja, ao menos a princípio, qualquer dos seus sentidos pode mostrar-se adequado à realidade dos fundos de pensão, por conta da multidisciplinaridade que permeia o assunto. Mas a sua confusão não é somente contraproducente, podendo também gerar forte incoerência lógica e técnica na especificidade de uma determinada questão.

Assim, passamos a narrar sucintamente os sentidos enunciados para esta palavra que abre todo um universo normativo, marcado pela tensão entre as diversas visões possíveis a seu respeito³⁹⁹. Sem a preocupação de dar-lhe contornos formais de cláusula geral ou de conceito jurídico indeterminado, a pretensão é enfrentar a questão tomando-se o direito também como um discurso performativo⁴⁰⁰.

2.2.3.1 A sociológica solidariedade social

Não se pretendendo apresentar uma abordagem histórica do tema, a solidariedade tão somente é aqui contextualizada enquanto cerne da noção de direito social, emergente no final do século XIX, posicionando-se independentemente tanto das fontes clássicas do pensamento grego e do direito

³⁹⁹ COVER, Robert M. Nomos et narration. MICHAUT, Françoise (org.). *Le droit dans tous ses états à travers l'oeuvre de Robert M. Cover*. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 69-149.

⁴⁰⁰ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução do francês de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 13.

romano como dos preceitos jurídicos dos séculos XVII e XVIII, de forte conotação individualista⁴⁰¹.

“Genealogicamente”, a solidariedade social guarda enorme dívida ao pioneirismo alemão de Bismark na implementação de um sistema de seguridade social, à pragmática política social inglesa que culminou com os Relatórios Beveridge, e à construção doutrinária sociológica e jurídica francesa, especialmente com Bourgeois, Durkheim, Duguit, Hauriou e Gurvitch⁴⁰², em face do que a previdência complementar pode ser estudada como um de seus produtos mais instigantes.

Quando Durkheim analisa os grupos profissionais que hoje fomentam os fundos de pensão, afirma formar-se ali um “poder moral capaz de conter egoísmos individuais, de manter no coração dos trabalhadores um sentimento mais vivo de sua solidariedade comum, de impedir que a lei do mais forte se aplique de maneira tão brutal”⁴⁰³.

De tal construção, não muito mais que centenária, chega-nos uma específica acepção do termo solidariedade que não se confunde com caridade ou filantropia⁴⁰⁴, conotando interdependência social em que residiria o verdadeiro fundamento do direito⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 08-14.

⁴⁰² CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 105-314. Esta obra apresenta panorama histórico notável acerca do tema, ainda que não seja seu objetivo “estabelecer o sentido essencial do valor da solidariedade, mas, sim, identificar o uso que a essa e a outras noções a ela referidas, seja por aproximação, seja por afastamento, tais como caridade, benevolência, fraternidade, socialidade, proteção, respeito” (p. 112).

⁴⁰³ DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução do francês de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. XVI.

⁴⁰⁴ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 190. Ainda segundo o autor, “a solidariedade representa a constatação de que, ao lado das formas tradicionais de solidariedade, a sociedade caminha para uma complexidade crescente com novas práticas sociais, políticas, jurídicas, econômicas, culturais, industriais e tecnológicas que subvertem os dados da vida social. (...) O discurso solidarista tenta forjar uma unidade levando em conta essa pluralidade da vida social” (p. 195).

⁴⁰⁵ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução do francês de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 19-26.

A dificuldade mostra-se em aplicar à experiência jurídica, com coerência e lógica sistemática, a conciliação do coletivo e do individual, a formação de consensos, com o regramento de conflitos e o estabelecimento de compromissos que sintetizariam o direito de solidariedade⁴⁰⁶.

Apesar de historicamente recente, a moderna noção jurídica de solidariedade social parece ser atualmente estudada como sendo um instituto muito mais antigo do que realmente é, conforme as citadas abordagens de caráter “genealógico”⁴⁰⁷ ou “antropológico”⁴⁰⁸. Talvez o confronto político com as ideias liberais desgaste a sua pacífica apropriação pelo direito, ainda que seja preferível entender estudos com tal conotação como sendo a representação de um esforço de superação desta suposta dicotomia, tendo em vista o entendimento de que o tema suscita um debate ainda não concluído⁴⁰⁹.

De qualquer modo, é visível a apreensão desses valores pelo direito privado. Segundo Miguel Reale, enquanto Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil de 2002, a socialidade é erigida a um dos seus três princípios fundamentais, “no sentido de superar o manifesto caráter individualista” do que lhe antecedeu, impondo-se o predomínio do social sobre o individual, com a devida e necessária concreção⁴¹⁰.

Conforme defende Franz Wieaker, ao analisar historicamente o direito privado, vê-se, contemporaneamente, a moderna erupção do direito social em seu

⁴⁰⁶ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 283-284.

⁴⁰⁷ CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁰⁸ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁴⁰⁹ DUVIGNAUD, Jean. *La solidarité: liens de sang et liens de raison*. Paris: Fayard, 1986. p. 103.

⁴¹⁰ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38 e 80-81. Segundo o jurista, “o grande risco da tão reclamada *socialização do Direito* consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da *concretude jurídica* reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o *individual ou o concreto* se balance e se dinamize com o *serial ou o coletivo*, numa unidade superior de sentido ético. [Por isso é que] a ‘exigência de concreção’ surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais *in fieri*”.

seio, marcando não apenas as políticas públicas, mas também as relações entre particulares⁴¹¹.

Portanto, independentemente da usual preocupação atuarial, “quando se fala de direito, o comportamento humano é sempre um comportamento social, ou seja, referido ao outro e à comunidade dos outros”⁴¹², mesmo em seus ramos genuinamente privados.

A solidariedade como elemento intrínseco às relações jurídicas privadas também é defendida com ênfase na já citada teoria relacional. A pertinência do assunto para os fundos de pensão já foi destacada por Ronaldo Porto Macedo Jr.⁴¹³, ao defender, inclusive, que os fundos de pensão seriam melhor compreendidos e regulados sob esta ótica.

O estudo da questão nos impõe mais do que uma simples menção. Em face da alta complexidade das relações econômicas do final do século XX, da aproximação dos conceitos jurídicos de acordo e de contrato, e dado o caráter cada vez mais normativo das avenças, que visam regular a projeção de trocas no futuro de longo prazo, o paradigma do direito privado teria passado a ser a solidariedade⁴¹⁴, a maneira com a qual se atam as trocas⁴¹⁵.

⁴¹¹ WIEAKER, Franz. *História do direito privado*. Tradução do alemão de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 632-633, 718-720. Segundo o autor, “o *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito (...), é o da *solidariedade*: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um de seus membros individuais, pela existência social (e cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos membros da sociedade. (...) Tornou-se significativo da evolução do direito privado o facto de a solidariedade social não se ter circunscrito à limitação dos direitos privados pelo direito público, mas ter também começado a insinuar-se, através da jurisprudência, na concepção de relações contratuais intersubjectivas, dos direitos patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade nas suas relações com os outros particulares. (...) A relação obrigacional tornou-se sensível aos pontos de vista sociais, admitiu elementos relativos à segurança social e impõe-se aos terceiros que são tocados pela execução do contrato”.

⁴¹² WIEAKER, Franz. *História do direito privado*. Tradução do alemão de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 710.

⁴¹³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 239 e seguintes.

⁴¹⁴ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 68-69.

⁴¹⁵ MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Tradução do inglês de Alvarar Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 87.

Ian Macneil reporta-se aos conceitos sociológicos de solidariedade mecânica e orgânica de Émile Durkheim, que se moldam com precisão à realidade dos fundos de pensão. Segundo o sociólogo francês, por ser um fenômeno totalmente moral, a solidariedade social não se presta à observação exata ou pode ser medida, sendo “visível” através do direito, que é capaz de refletir todas as suas variedades essenciais⁴¹⁶.

Dessa forma, em oposição aos vínculos de solidariedade social mecânica, cuja ruptura atinge a toda a ordem jurídica⁴¹⁷, a solidariedade social orgânica se manifesta nas relações jurídicas mais complexas, preponderando quanto mais desenvolvidas forem as sociedades. Tal como ocorre nos fundos de pensão, vínculos orgânicos de solidariedade se agrupam “segundo a natureza particular da atividade social a que se consagram”, brotando naturalmente do meio profissional. Não são justapostos linearmente, “mas coordenados e subordinados uns aos outros em torno de um mesmo órgão central, que exerce sobre o resto do organismo uma ação moderadora”⁴¹⁸.

Durkheim demonstra que grupos profissionais e corporativos concentram poder moral capaz de conter os egoísmos individuais, criando entre seus componentes “um sentimento mais vivo de solidariedade comum, de impedir que a lei do mais forte se aplique de maneira tão brutal”, e não de apenas busca por privilégios e monopólios⁴¹⁹. Assim, o que hoje se vislumbra como realidade das entidades fechadas de previdência complementar, o eminente sociólogo já antevia há mais de cem anos⁴²⁰.

⁴¹⁶ DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução do francês de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 31-32.

⁴¹⁷ O exemplo dado por Durkheim é a conduta criminosa (p. 39 e seguintes), tida por “mecânica” em face da desnecessidade de comprometimento subjetivo dos beneficiados.

⁴¹⁸ DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução do francês de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 165.

⁴¹⁹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução do francês de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. XVI.

⁴²⁰ “As corporações do futuro terão uma complexidade de atribuições ainda maior, devido à sua maior amplitude. Em torno de suas funções propriamente profissionais virão agrupar-se outras, que cabem atualmente aos municípios ou a sociedades privadas. São elas as funções assistenciais que, para serem bem desempenhadas, supõem entre assistentes e assistidos sentimentos de solidariedade, uma certa homogeneidade intelectual e moral, como a prática de uma mesma profissão produz com facilidade. (...) Deve-se até supor que a corporação a se tornar a base, ou uma das bases essenciais de nossa organização política” DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução do francês de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. XXXV.

Portanto, mais recentemente estudado com profundidade pela teoria relacional, o pensamento de Durkheim acerca da solidariedade remete a uma conceituação mais ampla que a mera cooperação interpartes. Desse modo, “a ideia de solidariedade implica uma referência a uma comunidade externa à relação”, podendo, por isso, transcender a noção de comunidade e de confiança.

Tal concepção foi devidamente apropriada pelo direito civil, a ponto de concretizar-se em um verdadeiro dever no âmago de qualquer relação jurídica⁴²¹. Assim, posiciona-se o solidarismo no cerne do pensamento jusprivatista moderno, pois “onde reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social”⁴²², funcionalizando institutos jurídicos⁴²³, uma vez que

se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar –, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos “objetivos fundamentais da República”⁴²⁴.

Essa acepção de solidariedade é inerente aos fundos de pensão, mas nem por isso deixa de confrontar-se com outro relevante significado usualmente atribuído à expressão, mais diretamente vinculado à concorrência de esforços entre credores e devedores de uma obrigação civil, que se passa a tratar.

⁴²¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 139-153.

⁴²² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

⁴²³ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no Novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 134.

⁴²⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144. Cabe aqui a referência ao entendimento de que “a diretriz da socialidade e o princípio constitucional da solidariedade não se podem sobrepor, distintos que são suas naturezas; mas referem-se, ambos, ao mesmo fenômeno” (LEAL, Bruno Hermes. O Código Civil refletido no espelho machadiano: Fundamentos filosóficos da solidariedade e sua recepção no Código Civil Brasileiro de 2002. *Res Severa Verum Gaudium – Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Centro Acadêmico André Rocha, v. 1, n. 2, nov. 2009. p. 147).

2.2.3.2 Solidariedade como concorrência para o adimplemento da obrigação

Conforme o direito civil já consolidou, a solidariedade de origem romanística, em seu sentido obrigacional estrito, não tem de modo tão evidente a conotação de altruísmo que marca a utilização da expressão conforme o contexto anteriormente apresentado, ou mesmo na doutrina jurídica previdenciária. Por isso a necessidade de conceituação clara de direitos e deveres dos participantes e dos fundos de pensão, mas sem se remeter à diferença entre os efeitos distributivos de regimes de repartição e de capitalização.

A questão já foi tratada pela doutrina⁴²⁵, inclusive com referência aos ensinamentos privatistas de Pontes de Miranda⁴²⁶, mas com abordagem específica que analisa o liame de solidariedade em fundos de pensão multipatrocinados, na linha do parágrafo 1º do artigo 13 da Lei Complementar nº 109⁴²⁷, verificável apenas no caso de haver pluralidade de patrocinadores ou instituidores, e não entre participantes.

A solidariedade é muito mais antiga no direito privado que nas noções de caráter social ou previdenciária. O Código Civil dispõe que há solidariedade quando, na mesma relação jurídica, são compartilhados pelos credores os mesmos direitos, ou, pelos devedores, os mesmos deveres, conforme leitura do seu artigo 264⁴²⁸. Nos fundos de pensão, resultaria apenas da vontade estatutariamente expressa de seus

⁴²⁵ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 55 e seguintes. Em abordagem semelhante, ver análise acerca da paridade contributiva de “patrocinadores públicos” em planos solidários de RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão: temas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 173-218.

⁴²⁶ AGUIRRE, Rogério. A solidariedade nos fundos múltiplos. REIS, Adacir (coord.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 79-90.

⁴²⁷ Lei Complementar nº 109/01, artigo 13, § 1º: “Admitir-se-á solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos, desde que expressamente prevista no convênio de adesão.”

⁴²⁸ Código Civil, artigo 264: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.”

participantes⁴²⁹, o que se afasta pela determinação de que não há, entre os associados, obrigações recíprocas⁴³⁰.

Portanto, são duas as características típicas da solidariedade passiva: “o *dever de prestação integral*, que recai sobre qualquer dos devedores”, e “o *efeito extintivo recíproco* da satisfação dada por qualquer deles ao direito do credor”. Ou seja, entre os devedores, “cada um dos obrigados deve apenas uma *quota* ou *parte* da prestação”, mas “este é, porém, já um traço *secundário*, não *essencial*, da solidariedade”⁴³¹.

Contudo, impõe-se destacar a vedação de transferência entre participantes de valores que sejam aportados ao fundo de pensão a título de custeio de seus respectivos benefícios, conforme determina o artigo 15, inciso II, da Lei Complementar nº 109/2001⁴³². A rigidez da norma se justifica, pois autorizar operações desta natureza deturparia a lógica dos planos de contribuição definida, que, por opção deliberada, não se molda a uma concepção civilista mais ampla de solidariedade. Por isso, é menor o grau de solidarismo, se comparado a outros regimes financeiros previdenciários.

A maior dificuldade do tema não está na irmanação dos participantes quanto aos resultados no desempenho da gestão do patrimônio acumulado, suportando juntos tanto os *superávits* como os *déficits*: aqui não se trata de solidariedade na acepção obrigacional por não haver a polarização de uma relação subjetiva, mas de atividade consorciada buscando aumentar os dividendos almejados.

Quanto a tal questão, a noção obrigacional de solidariedade se defronta apenas indiretamente com os débitos contraídos pelo fundo de pensão, atingindo por via reflexa os participantes. Nestas despesas se incluem as pendências trabalhistas, fiscais e administrativas da entidade, além das eventuais condenações

⁴²⁹ Código Civil, artigo 265: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.”

⁴³⁰ Código Civil, artigo 53, parágrafo único: “Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.”

⁴³¹ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 751-753. v. I.

⁴³² Lei Complementar nº 109/01, artigo 15, II: “é vedado que os recursos financeiros correspondentes transitem pelos participantes dos planos de benefícios, sob qualquer forma.”

judiciais sofridas em face de revisões ou concessões de benefícios. Se contabilmente estes débitos são de caráter previdencial, eles não induzem à solidariedade passiva entre os associados, segundo a lógica jurídica e financeira dos planos de contribuição definida: a responsabilidade pelo seu pagamento é do fundo de pensão, pois os participantes não podem figurar como devedores da obrigação, sendo descabido que sejam individualmente demandados a contribuírem para o pagamento do valor devido a esse título.

Uma vez que é divisível a obrigação de custear as despesas do fundo de pensão, os participantes devedores devem ser “tratados como independentes entre si”⁴³³. Aqui a divisibilidade da obrigação afasta a solidariedade entre os devedores, a cada um cabendo o seu quinhão, sem lhes recair o dever de purgar a eventual mora dos demais, e tampouco surgindo o conseqüente direito de regresso.

Nesses termos, a ausência de solidariedade obrigacional entre os participantes não os exime de contribuir para a constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas com a gestão da entidade, mesmo que se operando no regime capitalizado de contribuição definida⁴³⁴, ainda que para isso seja necessário se recorrer a contribuições extraordinárias⁴³⁵, até que seja atingido o efetivo equacionamento dos *déficits* enfrentados⁴³⁶.

⁴³³ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 813. v. I.

⁴³⁴ Lei Complementar nº 109/01, artigo 18: “O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador. § 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas. § 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor. § 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.”

⁴³⁵ Lei Complementar nº 109/01, artigo 19: “As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar. Parágrafo único. As contribuições referidas no *caput* classificam-se em: I – normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e II – extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de *déficits*, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.”

⁴³⁶ Lei Complementar nº 109/01, artigo 21: “O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente

Portanto, a questão remete menos à defesa do *contrato previdenciário*, sendo mais importante a rigorosa interpretação dos estatutos e regulamentos da entidade para se definir a extensão dos direitos previstos aos participantes e a repercussão financeira de custeio daí decorrente.

Para evitar despesas extraordinárias com essa origem, é preciso que os planos de custeio e de benefícios antevejam com a maior precaução possível o custo administrativo total da entidade, inclusive no tocante às eventuais condenações judiciais, com a fixação do conteúdo mínimo de direitos dos participantes. Se realmente as sentenças são sempre justas⁴³⁷, apenas com o constante monitoramento do entendimento jurisprudencial pela entidade, nas questões que lhe forem pertinentes, não se onera excessiva e desigualmente os participantes, adequando-se os benefícios litigiosamente concedidos ao seu correspondente custeio.

A robusta estrutura regulatória existente sobre os fundos de pensão pode proporcionar uma alternativa concreta no desenvolvimento de soluções para o problema: a delimitação de conteúdos mínimos na relação entre entidade e participante, mesmo que tornando os custos maiores, mas certamente promovendo-se justiça no caso concreto e efetiva cobertura previdenciária, com equilíbrio econômico e atuarial.

Não há cogência jurídica na regra atuarial, sendo o direito que deve, inarredavelmente, ser acompanhado do devido provisionamento financeiro, pois tanto a determinação legal como o pronunciamento jurisdicional deverão se fazer

entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar. § 1º O equacionamento referido no *caput* poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador. § 2º A redução dos valores dos benefícios não se aplica aos assistidos, sendo cabível, nesse caso, a instituição de contribuição adicional para cobertura do acréscimo ocorrido em razão da revisão do plano. § 3º Na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit previsto no *caput* deste artigo, em consequência de apuração de responsabilidade mediante ação judicial ou administrativa, os respectivos valores deverão ser aplicados necessariamente na redução proporcional das contribuições devidas ao plano ou em melhoria dos benefícios.”

⁴³⁷ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Tradução do italiano de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 13.

cumprir. Por isso, a regulamentação da questão sequer é necessária quando as entidades zelam espontaneamente por este conjunto básico de direitos dos participantes, promovendo a proteção mínima de caráter previdenciário que a relação impõe.

Dessa forma, o que se exige para a promoção de justiça e equilíbrio econômico-financeiro é a máxima sensibilidade das premissas atuariais à jurisprudência e, de um modo geral, todas as variáveis que atingem o custeio administrativo, por atingirem indiretamente os direitos do participante nesta específica relação jurídica. Ater-se a interpretações restritivas das previsões normativas e regulamentares pode gerar passivos financeiros e causar injustiças entre os beneficiários.

Por isso questiona-se a leitura e a defesa do *contrato previdenciário* que implique em submissão do direito à atuária como estratégia de promoção do equilíbrio econômico dessas relações. Este raciocínio se mostra logicamente invertido, sendo primordial a convicção sobre quais são os direitos e deveres em questão, para somente então visualizar-se os custos envolvidos e serem calculadas as bases para o equilíbrio econômico almejado, sem prejuízo à determinação de que recursos financeiros não transitem entre participantes.

Não se trata de negar importância à sustentabilidade financeira das entidades, mas sim de internalizar nos estatutos e regulamentos os custos decorrentes do que a ciência jurídica define como direitos mínimos de todo e qualquer participante, impondo-se uma noção mais ampla de solvência que contemple os usuais embates judiciais.

Por conseguinte, é tema afeto ao desenvolvido neste capítulo a diferenciação da expressão *solidariedade* enquanto instituto do direito das obrigações de mais um sentido: além da solidariedade social que norteia as relações civis, o termo ainda pode ser interpretado como princípio previdenciário, acepção a seguir enfrentada, com características e repercussões distintas.

2.2.3.3 Desdobramentos previdenciários da solidariedade

Para os fundos de pensão, a análise do vínculo obrigacionalmente estabelecido com os participantes é dificultada pelo sentido que o direito previdenciário dá ao termo *solidariedade*, sendo primordial o seu devido esclarecimento.

“Revisitado” enquanto princípio, a acepção previdenciária de solidariedade designa “a instituição de uma caixa comum, na qual cada um deve depositar de acordo com as suas capacidades e da qual pode retirar de acordo com as suas necessidades”. Assim sendo, ao contrário da acepção civilista, a solidariedade dita previdenciária é anônima e não individualizável, apoiada na mutualização dos riscos. Sem qualquer vínculo pessoal ou subjetivo que remeta à noção de crédito, é idealizada não de modo a servir apenas para “proteger os homens contra os riscos da existência, mas também de lhes dar os meios concretos para exercer certas liberdades”⁴³⁸.

Considerada a seguridade social um ramo autônomo do direito, esta noção de solidariedade remete à concepção assistencialista e solidarista do sistema⁴³⁹. Dessa forma, revela-se como princípio fundamental, diretriz superior que “não é uma instituição originária da Previdência Social, a despeito de aí ter encontrado *habitat* natural para seu desenvolvimento e atuação”. Em tal contexto, a solidariedade social consubstancia-se na contribuição da maioria em benefício da minoria, acepção de caráter assistencial e mutualista, segundo a lógica de nosso sistema de seguridade⁴⁴⁰.

Na condição de princípio jurídico previdenciário essencial para a formulação de políticas de proteção social, a solidariedade pressupõe o esforço geral em

⁴³⁸ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução do francês de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 2005. p. 234-239.

⁴³⁹ NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social*: princípios fundamentais numa análise prospectiva. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 94-115 e 244-251.

benefício dos mais necessitados, acepção que se coaduna muito mais com a “solidariedade intergeracional” dos regimes de repartição. Por isso mesmo, é tida por “diluída” nos regimes de capitalização típicos da previdência complementar⁴⁴¹.

Mas veja-se que o vínculo previdenciário, nesse específico sentido de financiamento, não é necessariamente resultado de um nobre espírito moral de justiça, sendo mais resultado da apreensão pelo direito social da tecnologia dos seguros: “O seguro atualiza um modelo de solidariedade, mesmo se os acionistas não estão conscientes disso. Um trabalhador não compra um seguro para ser solidário com os outros cotistas, mas o é”⁴⁴².

Portanto, parece-nos que o termo solidariedade tem, mais genericamente, a preponderante conotação de interdependência social, conforme a já realizada citação de Duguit, ao passo que para o direito previdenciário esta interdependência se concretiza pelo caráter econômico, enquanto alternativas de regimes financeiros de custeio.

Aqui se vislumbra a distinção histórica entre duas técnicas básicas de proteção contra os riscos sociais: a individual e a coletiva, revelando menores ou maiores níveis de solidariedade. A primeira “significa a formação de uma poupança por aquele indivíduo que deseja proteger-se, mediante certa renúncia ao consumo atual com vistas a uma necessidade futura”. A segunda seria concretizada por meio da mutualidade e do seguro⁴⁴³.

Sob o aspecto previdenciário, o mutualismo é considerado “fenômeno técnico-jurídico que estende a responsabilidade pela cobertura dos eventuais *déficits* a todo conjunto dos participantes dos planos estruturados com compartilhamento de risco”. Nesta acepção, os participantes têm o dever de cobrir eventual prejuízo do plano, além da obrigação de verter a sua contribuição individual. No entanto, em o fazendo,

⁴⁴⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 74-75.

⁴⁴¹ WEINTRAUB, Arthur Brabança de Vasconcellos. *Previdência privada – doutrina e jurisprudência da*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 48-56.

⁴⁴² CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Tradução do francês de Iraci D. Poleti. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 382.

não têm direito de regresso contra os inadimplentes que não contribuíram para a diminuição do *déficit*⁴⁴⁴.

A doutrina aponta que o sistema de capitalização tem também as suas vantagens previdenciárias, como a disponibilidade dos valores para o titular da forma que melhor lhe convenha, além do seu valor moral por conta do estímulo ao esforço individual⁴⁴⁵. Entretanto, em face de tais características, seria “um pouco ‘impermeável’ à ideia de solidariedade”⁴⁴⁶.

Se é da lógica do regime geral de previdência social a sistemática de repartição, com custeio financeiro de reflexos intergeracionais, tal circunstância reflete, sem dúvida, um maior nível de solidariedade. Contudo, há também solidariedade nos sistemas previdenciários com regime financeiro de capitalização, ainda que em níveis menores.

No âmbito da seguridade social, distinguindo-se com clareza as atividades previdenciárias e assistenciais, a acepção de solidariedade aqui tratada impede uma compreensão estanque de seu conteúdo. Por exemplo, na assistência social, o recebimento do benefício independe de qualquer contribuição⁴⁴⁷, de modo que recai sobre outrem o ônus de seu custeio – ápice de uma estrutura solidarista de proteção social. No vértice oposto estão os planos de previdência complementar

⁴⁴³ MOREAU, Pierre. *O financiamento as seguridade social na União Europeia e no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 33.

⁴⁴⁴ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 90-91.

⁴⁴⁵ Adam Smith já asseverava que “o homem que vive de acordo com sua renda está naturalmente contente com sua situação, a qual, por acúmulos contínuos, embora pequenos, melhora a cada dia. Consegue gradualmente relaxar tanto no rigor de sua parcimônia, quanto na severidade de sua dedicação; e percebe com satisfação dobrada este gradual aumento de conforto e deleite por ter experimentado antes as durezas que acompanham a falta deles” (SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 268-269).

⁴⁴⁶ MOREAU, Pierre. *O financiamento as seguridade social na União Europeia e no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 72-73.

⁴⁴⁷ Constituição Federal, artigo 203: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

com regime de capitalização, de contribuição definida, nos quais nem por isso deixa de haver esforço conjunto de seus participantes.

Desse modo, não se pode dizer como sendo da lógica de todo sistema de seguridade social vigente a solidariedade entre gerações⁴⁴⁸, havendo variações significativas de acordo com o regime financeiro de custeio adotado.

Conforme destaca Silvio Renato Rangel Silveira, as atividades de assistência social teriam identificação “com o conceito mais amplo da Solidariedade Social”, de função distributiva. Por isso, no âmbito genuinamente previdenciário, a solidariedade teria “um caráter diferenciado, menos amplo do que aquela presente na Assistência Social, porque limitada pelos comandos constitucionais de *contribuição* e de *equilíbrio financeiro e atuarial*”. E daí o fundamento para se falar em um conceito próprio de solidariedade previdenciária “produto da Solidariedade Social (que a fundamenta), da Contribuição (que a caracteriza) e do Equilíbrio Financeiro e Atuarial (que a limita)”. Sem tais elementos, a atividade previdenciária se transformaria em assistencialismo, pelo que a solidariedade e sustentabilidade constituem-se nas “duas faces da previdência”⁴⁴⁹.

Pelo que, do necessário custeio para a garantia de cobertura contra infortúnios, aponta-se a imprevisibilidade como elemento caracterizador de solidariedade, no sentido de que “um único sistema previdenciário demanda diferentes níveis de solidariedade: maior no caso de eventos imprevisíveis [invalidez e morte] e menor no caso de eventos previsíveis [tempo de contribuição]”⁴⁵⁰.

Se há uma verificável graduação entre os riscos mais previsíveis que são cobertos usualmente pelos fundos de pensão, aos quais se arroga menor solidariedade em seu custeio, é também possível discutir a abrangência dos benefícios financeiramente mais solidários, de modo a propiciar maior proteção social às situações mais dramáticas.

⁴⁴⁸ MOREAU, Pierre. *O financiamento as seguridade social na União Europeia e no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 192.

⁴⁴⁹ SILVEIRA, Silvio Renato Rangel. *Previdência social na sociedade de risco: o desafio da solidariedade com sustentabilidade*. São Paulo: Abrapp, 2010. p. 48-50.

Observada a contributividade em que se apoia o sistema, devem ser garantidas coberturas mínimas a ponto de ser honrada a finalidade previdenciária dos fundos de pensão. Uma excessiva simplificação financeira ou mesmo a restrição dos benefícios desnaturaria a finalidade jurídica, econômica e social das entidades fechadas de previdência complementar, aproximando-as em demasia de simples aplicações bancárias de longo prazo, ou de mera contratação de seguro.

Portanto, para o devido entendimento da visão previdenciária e atuarial de solidariedade, especialmente para as entidades fechadas de previdência complementar que adotam o regime de capitalização, é preciso ter-se claramente diferenciados os planos de benefício definido e de contribuição definida, conforme as seguintes lições:

Dentro do princípio da solidariedade, o recebimento da renda é certo para quem sobrevive. Contudo, a sobrevivência é um fato aleatório. É incerteza. A incerteza faz com que o valor necessário seja reduzido, uma vez que o risco está distribuído no grupo. [...] Essa solidariedade, quando aplicada a um determinado montante financeiro pretendido, com um fim de prover uma renda de aposentadoria no futuro, tendo em vista o evento aleatório, é caracterizado como um fator de desconto no cálculo, além do desconto financeiro já considerado como taxa de juros.

Um plano CD acaba com o evento aleatório. O pagamento é certo, sobreviva o participante ou não.

Então, para se manter o mesmo nível de renda que se pretendia no plano BD, em que existia solidariedade, agora extinta, um participante terá de contribuir com mais para atingir o mesmo benefício no plano CD. [...]

O princípio da solidariedade faz com que o custo de um valor financeiro, quando se trata do valor atual, se torne menor, portanto mais acessível a cada pessoa que se reúne a um grupo de pessoas com a mesmo objetivo final.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ SILVEIRA, Silvio Renato Rangel. *Previdência social na sociedade de risco: o desafio da solidariedade com sustentabilidade*. São Paulo: Abrapp, 2010. p. 60-62.

⁴⁵¹ ANZOLIN, Rita Pasqual. A individualização das reservas matemáticas no processo de migração de “BD” para “CD”. REIS, Adacir (coord.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 152-153. Ainda segundo a autora, “se as pessoas pudessem saber quando irão falecer, o evento se tornaria certo e a solidariedade em nada ajudaria no custo, pois não modificaria o período de recebimento ou pagamento da renda. Se fosse possível saber quanto tempo a pessoa sobreviverá certo seria que, para apurar o valor atual do montante necessário para prover a renda do sustento desta pessoa, seria efetuado um cálculo puramente financeiro, baseado no capital pretendido e em

Ou seja, para uma mesma renda almejada no futuro, o custo dos planos de contribuição definida tende a ser mais alto que o dos planos de benefício definido, em face “da não consideração do mutualismo ou solidariedade que se destina a diluir o risco biométrico entre todos os participantes do fundo”, pois “os planos CD são constituídos de quotas individuais, enquanto os planos BD são calculados no risco coletivo”⁴⁵².

Assim, nos fundos de pensão que operam segundo a sistemática de contribuição definida, o pagamento do benefício é resultado da acumulação individual de capital, de modo que regimes previdenciários dessa natureza seriam até de pouco interesse desde o ponto de vista atuarial⁴⁵³, em comparação com a complexidade de um regime previdenciário de repartição, de custeio intergeracional, ou mesmo com os planos de benefício definido.

Nestes termos, a solidariedade serve como instrumento auxiliar de realização do interesse jurídico do participante, sendo auferível em diferentes graus de intensidade, conforme o regime financeiro adotado. Levando em consideração o custeio correspondente, deve ser sempre estimulada e promovida, ajudando a viabilizar sustentavelmente a concessão de benefícios – o objeto da relação.

Assim sendo, se temos a solidariedade “como fundamento fático e social para a eficácia obrigatória do acordo de vontades”⁴⁵⁴, ela pode, inclusive, ser considerada um gradiente do vínculo obrigacional, conforme o regime financeiro adotado. A variabilidade da tutela jurídica do interesse do credor tem por correspondência direta

uma taxa de juros ou rentabilidade suposta para o período. [...] A matemática atuarial, quando leva em conta uma tábua de mortalidade, está levando em conta um grupo de pessoas expostas a um risco de morte ou sobrevivência e, desta forma, nada mais está fazendo que considerando a solidariedade de um grupo em relação a um objetivo financeiro comum, decorrente da morte ou da sobrevivência. [...] um plano na modalidade CD custa mais que um plano BD, devido a esta característica puramente financeira. Não há solidariedade. Portanto, não se agrega fator de desconto atuarial, ou o denominado fator da probabilidade da sobrevivência, quando se calcula o valor do encargo necessário para pagar a renda no futuro”.

⁴⁵² CHAN, Betty Lilian; SILVA, Fabiana Lopes da, MARTINS; Gilberto de Andrade. *Fundamentos da previdência complementar: da atuária à contabilidade*. São Paulo: Atlas: Fipecafi/USP, 2010. p. 27.

⁴⁵³ THULLEN, Peter. *Técnicas actuariales de la seguridad social: regímenes de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes*. Madrid: OIT – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995. p. 44.

a possibilidade de também haver diferentes graus de adstrição do devedor, mais ou menos comprometido com o efetivo adimplemento da prestação.

Nessa medida, onde é maior o vínculo, mais o credor pode contar com o devedor, podendo deste se exigir juridicamente mais esforços para a satisfação do interesse daquele. Assim, outorga-se ao direito privado responsabilidades previdenciárias de proteção social nos limites de suas possibilidades técnicas, sempre sem prejuízo da lógica atuarial.

É com tal visão que Santoro Passarelli vê os deveres de lealdade, de boa fé e o respeito à confiança como expressões da solidariedade entre os sujeitos da relação, enquanto delimitação do interesse concreto do titular, capaz de expor os limites internos do conteúdo do direito subjetivo⁴⁵⁵. Ou seja, temos aqui mais uma aproximação frutífera dos fundos de pensão a lições do direito civil.

Portanto, a devida compreensão do conteúdo previdenciário da solidariedade traz acréscimos significativos, especialmente quando se contempla o objeto e o vínculo da relação jurídica estabelecida entre os fundos de pensão e seus participantes, garantindo-se sua aplicação e estabelecendo-se seus limites, com maior previsibilidade financeira, ao longo de todo o processo obrigacional.

⁴⁵⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos*: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47 e ss.

⁴⁵⁵ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del derecho civil*. Tradução do italiano de A. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964. p. 75-76.

CONCLUSÃO

A partir do esforço de qualificação civilista e obrigacional da relação jurídica de previdência complementar fechada, entendemos ser possível extrair do texto dois tipos de conclusões: as primeiras constituem-se naquelas diretamente expostas ao longo do estudo, estritamente anunciadas nos capítulos que o compõem, vinculadas aos tópicos enfrentados. Outras, de caráter apenas mediato, correspondem àquelas inferências tratadas de maneira subjacente, buscando antever ao menos algumas das consequências advindas da utilização das conclusões imediatamente deduzidas. Começemos pelas primeiras.

O presente trabalho buscou apresentar a relação jurídica estabelecida entre participantes e fundos de pensão no seu atual contexto jurídico e social, envolvida pelo sistema de seguridade social vigente, que une saúde, assistência social e previdência como o tripé de proteção social básica, a Ordem Social estabelecida constitucionalmente.

Nesse cenário, se temos por base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, conforme o artigo 193 da Constituição, é reservado fundamental espaço à previdência complementar, limitado verticalmente o âmbito de atuação do regime geral de previdência social.

Base de nossas principais conclusões, entendemos como as duas principais características da relação estabelecida com seus participantes o associativismo e a não lucratividade.

Tendo em vista a personalidade jurídica das entidades fechadas de previdência complementar estar determinada pelo artigo 31 da Lei Complementar nº 109, devem os fundos de pensão constituir-se sob a forma de fundação ou sociedade civil, tidas estas últimas em nosso ordenamento como *associações*, desde o Código Civil de 2002.

Regradas por estatutos, técnica jurídica tida por oposta à do clausulamento contratual, e contando com envolvimento efetivo, não raro exclusivo, dos participantes nos órgão de gestão, conforme artigo 35, parágrafo primeiro, da Lei Complementar nº 109, revela-se o caráter colegiado e associativo da sua administração.

Já as vedações também da Lei Complementar nº 109, de trânsito de recursos entre os participantes (artigo 15, inciso II), e de persecução de fins lucrativos pelo fundo de pensão (artigo 31, parágrafo 1º), são clara imposição financeira a ser observada no curso da relação e para fins de constituição jurídica da personalidade destas entidades.

Em razão disso, não nos parece adequado o enquadramento da relação entre participantes e fundos de pensão como contrato gratuito, contrato de seguro complementar, contrato previdenciário ou mesmo contrato relacional, por mais que a doutrina nesse sentido explicita profundamente a sua operacionalização.

Desse modo, nem mesmo o texto do artigo 202 da Constituição, ao tratar da matéria, indica alto grau de contratualidade na relação de previdência complementar fechada, uma vez realizada sua leitura dialeticamente, em processo hermenêutico sistemático. Tampouco o fato de haver adesão às disposições estatutárias e regulamentares teria o condão de contratualizá-la, admitida a sua presença em outras modalidades de negócio jurídico.

Por isso, propomos que o usualmente chamado *contrato previdenciário* seja considerado, antes disso, proveniente de um negócio jurídico institucional e associativo de previdência complementar. Institucional enquanto uma esfera estatutária de ordenamento jurídico objetivo, e associativo pela natureza jurídica do vínculo estabelecido entre seus participantes.

Enquanto negócio jurídico, sua interpretação deve coadunar a intenção das partes, a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, além de ser, ao mesmo tempo, estrita às disposições estatutárias e regulamentares, conforme disposições dos artigos 112, 113 e 114 do Código Civil.

Tal concepção harmoniza e integra as características privatistas da relação, iniciada com a decisão do participante de aderir ao estatuto e ao regulamento. A partir de então, dá-se seu envolvimento, direta ou indiretamente, na deliberativa e colegiada administração da entidade, sem finalidade lucrativa para o fundo de pensão, mas, ainda assim, onerosa para os participantes.

Nesse contexto, temos que o abandono da noção de contrato explicita os deveres de prestação e, ao mesmo tempo, possibilita maior atenção aos deveres de proteção que vinculam as partes, com equilibrados contornos para a satisfação dos interesses juridicamente protegidos dos participantes – a função precípua da obrigação⁴⁵⁶.

Por isso, a carência exigida dos participantes de fundos de pensão, mesmo sendo tida por condição, pode ser relativizada, especialmente nos planos de contribuição definida, particularmente para os benefícios de aposentadoria programada por tempo de contribuição, uma vez mantida a equivalência entre custeio e benefício. Tal conclusão decorre das estipulações previstas nos artigos 122 e 128 do Código Civil, considerando-se defesa a condição que privar de todo efeito o negócio jurídico e reforçando-se a eficácia jurídica decorrente das contribuições vertidas enquanto atos já praticados, abrindo espaço para a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Deixar a noção de contrato também nos impôs enfrentar os elementos básicos de sua estrutura interna, de caráter constitutivo: os sujeitos integrantes da relação; o objeto consubstanciado nas prestações devidas; e o vínculo causal que liga os sujeitos e justifica a formação da relação.

Considerado civilmente o objeto da relação, vimos que nele concentram-se os deveres de prestação, contemplando todo o duradouro e complexo processo obrigacional. Até a concessão do benefício, a principal prestação do fundo de pensão consiste na gestão financeira do patrimônio acumulado, fungível obrigação

⁴⁵⁶ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 157-158. v. I.

de fazer e de meio. E a fase arrecadatória é sucedida pela de pagamento de benefícios, obrigação de dar coisa incerta que leva ao adimplemento, restituindo rentabilizadamente os aportes, quando ainda persiste o dever de gestão do patrimônio.

Constatamos ainda que a análise obrigacional do vínculo jurídico demonstra a importância dos deveres de prestação e de proteção em favor do credor, fundindo-se com o próprio objeto previdenciário da relação. Dessa forma, a solidariedade serve como instrumento auxiliar de realização do interesse do participante, sendo auferível em diferentes graus de intensidade, conforme o regime financeiro adotado. Com o devido custeio, deve ser estimulada e promovida, ajudando a viabilizar sustentavelmente a concessão de benefícios – o objeto da relação.

Nesses termos, a solidariedade constitui-se como gradiente da maior ou menor vinculação entre as partes, enquanto tutela dos interesses e necessidades juridicamente reconhecidas em favor do credor, em face da confiança depositada no devedor. Esta variabilidade da proteção jurídica do interesse do credor tem correspondência direta com o grau de adstrição do devedor, mais ou menos comprometido com o efetivo adimplemento da prestação: onde é maior o vínculo, mais o credor pode contar com o devedor, podendo deste se exigir juridicamente mais esforços para a satisfação do interesse daquele.

Assim entendendo-se, viabiliza-se convivência mais harmoniosa e construtiva com a noção de solidariedade, diminuindo-lhe a sua vagueza polissêmica. A ciência atuarial não tem força jurisdicional, cabendo ao direito apontar o conteúdo da relação jurídica, e indicar, somente então, o custeio financeiro correspondente.

Essas são as conclusões que tiramos diretamente do plano de estudos. Entretanto, diante da tentativa de enfrentamento multidisciplinar do tema, o texto foi todo permeado por deduções quanto a algumas das consequências advindas da concepção jurídica adotada, que agora se passa a reunir, também a título de conclusão.

Temos que a consideração atuarial dos entendimentos judiciais envolvendo o tema impõe a devida internalização das suas repercussões financeiras. A defesa dos direitos dos participantes, a aplicação fundamentada dos estatutos, a adequação das tábuas de mortalidade e a prudência nas estimativas financeiras não podem ser lidas como encarecimento do custeio de benefícios, mas atividade previdenciária responsável.

Segundo a concepção econômica utilitarista tradicional, a cooperação é vista como defeito. Contudo, a interdependência de objetivos entre os participantes impõe uma nova ética financeira, incorporando os desdobramentos atuariais e solidários do que é aqui proposto, pois “não fazer caso das consequências é deixar uma história ética pela metade”⁴⁵⁷.

E sendo institucional e associativa a vinculação dos participantes aos fundos pensão, revela-se mais nitidamente a importância da educação previdenciária – constatação mediata de nossas reflexões, porém, talvez, das mais relevantes. O amadurecimento e a solidez do sistema previdenciário complementar fechado dependem da consciência e da atenção dos participantes para com os destinos gerenciais das entidades a que se encontram vinculados, principalmente diante da experiência de desinteresse dos associados para com os montepios, a ponto de ter se perdido de fato o vínculo associativo⁴⁵⁸.

A conceituação jurídica proposta explicita os riscos da visão associativa que se pretende ver aplicada aos fundos de pensão, especialmente em caso de ausência de acompanhamento efetivo da administração pelos participantes e pela estrutura fiscalizatória. Vislumbra-se como altamente complexa a solução de conflitos e de disputas internas à relação, agravada por conta da potencial politização ou partidarização da sua gestão financeira, para além dos específicos interesses previdenciários.

⁴⁵⁷ SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Tradução do inglês de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 91-100.

⁴⁵⁸ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O seguro no Brasil e a situação das seguradoras. FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 114.

O modelo associativo revela uma prática jurídica organizativa, não necessariamente positiva ou benéfica para o incremento e estabilidade da atividade previdenciária privada, porém capaz de melhor expor as vicissitudes do regime colegiado de gestão.

Portanto, não é preciosismo a distinção entre a natureza contratual e negocial para a relação em comento, porque, mesmo sendo próximas, não se equivalem com exatidão. A recorrência ao direito das obrigações propicia maior precisão dos conceitos⁴⁵⁹, aplicando-o aos fundos de pensão como reforço à segurança jurídica, tão cara à necessária previsibilidade atuarial, com o incremento de novos elementos a esta matéria já altamente especializada⁴⁶⁰.

Deixar a concepção de contrato até reforça a necessidade de constante acompanhamento da solvência e liquidez dos planos, por uma questão de justiça associativa entre os integrantes desta específica relação jurídica, que é assim plenamente abarcada para além de concepções bilaterais.

Por isso, entendemos que a estipulação de direitos mínimos pelo órgão fiscalizador é capaz de conferir maior clareza e precisão ao custeio real de cada plano, sem tratamento desigual injustificado ou imprevisto. Mesmo que atentos à defesa do equilíbrio atuarial, os fundos de pensão devem promover os interesses dos participantes, para atingirem seus objetivos previdenciários, merecendo atenção todo o *superávit* que decorra de negativa de concessão de benefícios.

Contribuindo para a pacificação das questões comuns à rotina judicial dos fundos de pensão, o escalonamento de direitos pode colocar a relação efetivamente

⁴⁵⁹ “A falta de precisão de conceitos e de enunciados é o maior mal na justiça, que é obrigada a aplicar o direito, e dos escritores de direito, que não são obrigados a aplicá-lo, pois deliberam eles mesmos escrever. O direito que está à base da civilização ocidental só se revestirá de seu prestígio se lhe restituirmos a antiga pujança, acrescida do que a investigação científica haja revelado. Não pode ser justo, aplicando o direito, quem não no sabe. A ciência há de preceder ao fazer-se justiça e ao falar-se sobre direitos, pretensões, ações e exceções” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. XXIV. Tomo I.).

⁴⁶⁰ “O direito apresenta tendência de especialização, por meio da combinação de ‘institutos jurídicos elementares de modo sempre mais complexo e virtuosístico’, por assimilação (‘tratamento idêntico de casos dotados de um elemento de analogia’) e dissimilação (‘tratamento diferenciado de casos dotados de um elemento distintivo’).” SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 183.

a serviço do participante, com a observância das devidas fontes de custeio e a plena garantia do equilíbrio atuarial, seja na análise das carências, seja nos casos de extinção do vínculo.

Esta medida se justifica especialmente para os benefícios capitalizados de contribuição definida, garantindo o caráter previdencial também quando não atingida a concessão do benefício, em face das circunstâncias supervenientes que afastam o participante dos objetivos inicialmente almejados.

Nesse contexto, temos que a interpretação restritiva de carências e de direitos dos participantes, quando os afasta do gozo do benefício, contraria o próprio objetivo previdenciário da relação. Esse dilema jurídico impõe a adoção de previsões financeiras e atuariais dos planos de benefícios, justamente considerando os casos extremos em que a falta de cobertura tem efeitos econômicos mais devastadores.

Portanto, o direito das obrigações se coaduna com a necessária noção de flexibilidade e dinamicidade que a atividade previdenciária exige, para se adaptar às mudanças de contingências ao longo de suas relações, tendo em vista ser menos sensível “à *influência dos factores políticos, morais e religiosos que caracterizam, em determinadas épocas, as instituições de cada comunidade*”⁴⁶¹.

Assim, entende-se demonstrada a pertinência e adequação da leitura da relação jurídica de previdência complementar fechada segundo o direito civil, por trazer consigo coerência e método científico tal que seja possibilitada a melhor apreensão das suas particularidades jurídicas, financeiras e atuariais.

⁴⁶¹ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 28. vol. I.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - ABRAPP. Os fundos de pensão, os investimentos produtivos e a eficiência de mercado. *Revista Fundos de Pensão*. São Paulo. Abrapp/ICSS/Sindapp, Ano XXIX, nº 364, maio 2010. p. 39-42.

_____. A natureza jurídica das EFPC e o seu vínculo com os participantes: Iniciativas que o sistema de previdência complementar precisa tomar em defesa do contrato previdenciário. *Revista Fundos de Pensão*. São Paulo. Abrapp/ICSS/Sindapp, Ano XXIX, nº 364, maio 2010. p. 49-52.

_____. O Judiciário e a complexidade do novo direito previdenciário. *Revista Fundos de Pensão*. São Paulo. Abrapp/ICSS/Sindapp, Ano XXIII, nº 351, abril 2009. p. 09-13.

_____. Diário dos Fundos de Pensão. *De volta aos planos BD*. São Paulo: 19 nov. 2010. Disponível em <<http://www.abrapp.org.br/diario/DescricaoNoticia.aspx?id=19672>>. Acesso em 19: nov. 2010.

ADIERS, Leandro Bittencourt. Valores mobiliários, especulação e consequências jurídicas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: n. 121, ano 40, jan./mar. 2001.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

AGUIRRE, Rogério. A solidariedade nos fundos múltiplos. REIS, Adacir (coord.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 79-90.

ALENCAR, Marcele Caroline Maciel de. Defesa do contrato previdenciário. Aspectos relevantes e proposições. SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (PREVIC). *2º Prêmio PREVIC de Monografias: previdência complementar fechada*. Brasília: MPS, Previc, 2010. p. 06-60.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Tradução do alemão de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Hudson Fernandes; VILACA, Caroline Sales Issa; BARBOSA, Camila Figueirêdo Marques e BRESSAN, Valéria Gama Fully. Fundos de Pensão como Formadores de Poupança Interna: uma Alternativa para o Financiamento da Atividade Econômica. *Revista de Administração Contemporânea* [on line], v. 8, n. 2, Abr./Jun. 2004. Disponível em <<http://www.nepec-ufg.net/dnilson/fundosdepensaocomoformadoresdepoupancainterna.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. I. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Teoria geral da relação jurídica*. v II. Coimbra: Almedina, 2003.

ANTOLIN, Pablo. Longevity Risk and Private Pensions. *OECD Working Papers on Insurance and Private Pensions*, n. 3, Paris: OECD, 2007.

ANZOLIN, Rita Pasqual. A individualização das reservas matemáticas no processo de migração de “BD” para “CD”. REIS, Adacir (coord.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 151-159.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Tradução do alemão de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A previdência privada aberta como relação de consumo*. São Paulo: LTr, 2004.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil - Teoria geral - Volume I*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

AVENA, Lygia Maria. Da inaplicabilidade do código de defesa do consumidor no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar. REIS, Adacir (coord.) *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 47-71.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Decio. Economia dos contratos. ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (org.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 102-136.

BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BANCO MUNDIAL. *Envelhecendo em um Brasil mais velho: implicações do envelhecimento populacional sobre crescimento econômico, redução da pobreza, finanças públicas, prestação de serviços*. Washington: Banco Mundial, 2011.

BARRA, Juliano Sarmiento. *Fundos de pensão instituídos na previdência privada brasileira*. São Paulo: LTr, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução do inglês de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução do alemão de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, n. 1, nov. 1993. p. 60-77.

BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução do inglês de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio jurídico*. Tradução do italiano de A. Martin Perez. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1943.

BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 1999.

BLECHER, Flavia V. *Gestão de ativos de fundos de pensão: práticas de governança, estrutura de controle e remuneração*. Rio de Janeiro: FGV, 2004. Dissertação (Mestrado em Finanças e Economia Empresarial). Escola de Pós-Graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas, 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/338/2138.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 set. 2011.

BLOME, Sandra (*et al.*) Pension Fund Regulation and Risk Management: Results from an ALM Optimisation Exercise. *OECD Working Papers on Insurance and Private Pensions*. n. 8. Washington: OECD, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução do italiano de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BORBA, José Eduardo Tavares. *Direito societário*. 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOUBÉE, Gabriel Roujou de. *Essai sur l'acte juridique collectif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1961.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2009.

BRASIL. *Lei Complementar nº 109/2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp109.htm>. Acesso em: 01 ago. 2009.

BULGARELLI, Waldírio. *Regime jurídico das sociedades cooperativas*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1965.

_____. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CAETANO, Marcelo Abi-Ramia; MIRANDA, Rogerio Boueri. *Comparativo Internacional para a Previdência Social*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea, 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1302.pdf>. Acesso: em 29 jul. 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução do italiano de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMPOS, André e POCHMANN, Marcio. Mercado de trabalho e previdência social no Brasil. *Cesit - Carta Social e do Trabalho*, n. 7 – set./dez. 2007. p. 65-80. Disponível em <http://www.cesit.org/arquivos/Versao_Integral7_2.pdf>, acesso em: 25 jan. 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução do alemão de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução do alemão de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASSA, Ivy. *Contrato de previdência privada*. São Paulo: MP Ed., 2009.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Tradução do francês de Iraci D. Poleti. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

CASTRO, Marília Vieira Machado da Cunha. Alguns conceitos atuariais. REIS, Adacir (coord.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 143-150.

CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CHAN, Betty Lilian, SILVA, Fabiana Lopes da, MARTINS, Gilberto de Andrade. *Fundamentos da previdência complementar: da atuária à contabilidade*. São Paulo: Atlas: Fipecafi/USP, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

COLÉGIO PERMANENTE DE PRESIDENTES DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL. *A previdência Complementar Fechada no Brasil, 2010*, Foz do Iguaçu. *Anais do Seminário*. Rio de Janeiro: Memory – Centro de Memória Jurídica, 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução do francês de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. Tomo I.

_____. *Tratado de direito civil português*. Direito das obrigações. Coimbra: Almedina. 2009. Tomo I.

_____. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Eliane Romeiro. *Previdência complementar na seguridade social: o risco velhice e a idade para a aposentadoria*. São Paulo: LTr, 2003.

COSTA, Maria Isabel Pereira da (org.). *Previdência ou imprevidência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

COVER, Robert M. Nomos et narration. MICHAUT, Françoise (org.). *Le droit dans tous ses états à travers l'oeuvre de Robert M. Cover*. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 69-149.

CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DANTAS, F. San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DANTAS, F. San Tiago. *Programa de direito civil II*. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução do francês de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DE GOÉS, Wagner (coord.). *Gestão de fundos de pensão – noções de atuária, investimento, contabilidade e auditoria independente para conselheiros fiscais*. São Paulo: Sindapp/Abrapp/ICSS, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, Volume I, teoria geral do direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOMINGUES, Justino Duque. Natureza jurídica e função dos planos de previdência. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DO SEGURO. *II Fórum de direito do seguro*. São Paulo: IBDS, 2002. p. 103-140.

DRUCKER, Peter. *A revolução invisível: como o socialismo fundo-de-pensão invadiu os Estados Unidos*. Tradução do inglês de Carlos A. Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1977.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução do francês de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução do francês de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução do italiano de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FABIAN, Christoph. *Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRARA, Francesco. Le persone giuridiche. VASSALLI, Filippo. *Trattato di diritto civile italiano*. Turim: UTET, 1956. v. II, tomo II.

FERRARO, Suzani Andrade. *O equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Sergio de Andrea. *Previdência Complementar: os limites de fiscalização e de regulação*. REIS, Adacir (org.). *Fundos de Pensão em Debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

FOLHA DE SÃO PAULO. 07/09/2010. *Poupança do Brasil é a menor entre os emergentes*. São Paulo, 07 set. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/795035-poupanca-do-brasil-e-a-menor-entre-os-emergentes.shtml>>. Acesso em: 29 jan. 2010.

FONTENELE, Tarcísio Luiz Silva. A natureza jurídica do vínculo nos planos de benefícios. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - ABRAPP. *Revista Fundos de Pensão*. São Paulo. Abrapp/ICSS/Sindapp, a. XXII, n. 287, set. 2003. p. 69-72.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de. ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 569-582.

_____. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. *Responsabilidade e socialização do risco*. Tradução do francês de Michels Abes. Brasília: UniCEUB, 2006.

FRANÇA, Everaldo Guedes de Azevedo. ALM- Asset Liability Modelling. GOÉS, Wagner de (coord.) *Avaliação de Riscos – Manual de Boas Práticas*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2008. p. 137-156.

FRANKE, Walmor. *Direito das sociedades cooperativas: direito cooperativo*. São Paulo: Saraiva, 1973.

FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Tradução do alemão de Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade afluenta*. Tradução do inglês de Jaime Monteiro. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1972.

GIAMBIAGI, Fabio. *Reforma da Previdência: o encontro marcado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

GIAMBIAGI, Fabio et al. *Impacto de Reformas Paramétricas na Previdência Social Brasileira: Simulações Alternativas*. Rio de Janeiro: Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1289.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2009.

GOÉS, Wagner de (coord.) *Papel dos fundos de pensão na formação da economia brasileira: capitalismo social*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, Volume I: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUIMARÃES, Magda Cristina Monteiro. Estudo do programa da educação financeira e previdência nas entidades fechadas de previdência complementar. SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (PREVIC). *2º Prêmio PREVIC de Monografias: previdência complementar fechada*. Brasília: MPS, Previc, 2010. p. 61-121.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução do alemão de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social*. Tradução do francês de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: Introducción histórico-dogmática*. Tradução do alemão de Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução do alemão de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução do alemão de Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBSBAWN, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução do inglês de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Comunicado do IPEA nº 64: PNAD 2009 - Primeiras análises: tendências demográficas*. Brasília: 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/101013_comunicadoipea64.pdf>. Acesso em: 14 out. 2010.

JARDIM, Maria Aparecida Chaves. *Entre a solidariedade e o risco: sindicatos e fundos de pensão em tempos de governo Lula*. 2007. 421 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Tradução do francês de Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia., 1950. v. I. Tomo I.

KRUEGER, Guilherme (coord.). *Cooperativas na ordem econômica constitucional: teoria e direito*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução do alemão de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. Tomo I.

_____. *Derecho Civil: Parte General*. Tradução do alemão de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Jaén: Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução do alemão de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1989.

LATINA, Mathias. *Essai sur la condition de droit des contrats*. Paris: L.G.D.J., 2009.

LEAL, Bruno Hermes. O CÓDIGO CIVIL REFLETIDO NO ESPELHO MACHADIANO: Fundamentos filosóficos da solidariedade e sua recepção no Código Civil Brasileiro de 2002. *Res Severa Verum Gaudium – Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Centro Acadêmico André Rocha, v. 1, n. 2 – nov. 2009. p. 125-154.

LEITE, Celso Barroso. *A crise da previdência social*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. São Paulo: USP, 2006. Tese (Doutorado), Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. *Regulação e Previdência Complementar Fechada*. São Paulo: Editora LTr, 2004.

LIMBACH, Francis. *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales: de l'utilité Du concept de déclaration de volonté*. Paris: L.G.D.J., 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e a “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173-193.

LOPES, Licínio. *As instituições particulares de solidariedade social*. Coimbra: Almedina, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução do espanhol de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUGE, Pedro J. S. *Asociaciones civiles: Régimen jurídico, contable y fiscal*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 87-117.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Qualificação jurídica dos fundos de previdência. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DO SEGURO. *II Fórum de direito do seguro*. São Paulo: IBDS, 2002. p. 89-101.

MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2008.

MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Tradução do inglês de Alvamar Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MAFFESOLI, Michel. *No fundo das aparências*. Tradução do francês de Bertha Halpen Gurovitz. Petrópolis: Vozes, 1996.

MAGANO, Octavio Bueno. Cooperativas. WALD, Arnaldo (org.). *Direito empresarial: direito societário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 799-804.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das Oscip. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). *Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas*. Curitiba: OAB/PR, 2006. p. 17-42.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Pareceres selecionados de previdência complementar*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Editora LTr, 2001.

_____. *Comentários à lei básica da previdência complementar*. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ e BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

_____. *Pessoa, personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação)*. São Paulo: Tese de Livre-Docência em direito civil apresentada à congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

_____. *Comentários ao novo Código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. V. Tomo I.

_____. *Contratos. Conceito e evolução*. No prelo.

MASSA, Sergio; PASTOR, Miguel A. Fernandez. *De la exclusión a la inclusión social: reformas de la seguridad social en la Republica Argentina*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.

MATIJASCIC, Milko. *Reformas de pensiones socialmente inclusivas y financieramente sustentables: La re-reforma de los sistemas de pensiones em las Américas: una visión comparativa preliminar*. Genebra: AISS, 2010. Disponível em: <<http://www.issa.int/esl/Recursos/Informes-de-conferencias/Reformas-de-Pensiones-Socialmente-Inclusivas-y-Financieramente-Sustentables>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. O conceito de valor mobiliário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: n. 59, a. 24, jul./set. 1985.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Jean e CHABAS, François. *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume: obligations, théorie générale. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998.

MESA-LAGO, Carmelo. *Modelos de seguridad social en América Latina*. Estudio comparativo. Tradução do inglês de Mario R. dos Santos. Buenos Aires: Siap-Planteos, 1977.

_____. *Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social*. Santiago de Chile: Naciones Unidas – CEPAL, 2004.

MODIGLIANI, Franco. Life-cycle, individual thrift, and the wealth of nations. *American Economic Review*, n. 76, 03 jun. 1986, p. 297-313, 1986. Disponível em:

<http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1985/modigliani-lecture.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2011.

MONTAGNE, Sabine. *Le fons de pension: entre protection sociale et spéculation financière*. Paris: Odile Jacob, 2006.

MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes. A previdência complementar e os direitos sociais. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: n. 236, a. XXIV, jul. 2000. p. 660-666.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros... [et al.]. *Comentários ao novo código civil: das pessoas (arts. 1º a 78)*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOREAU, Pierre. *O financiamento as seguridade social na União Europeia e no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia de direito constitucional*. Tradução do alemão de Peter Naumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NACIONES UNIDAS, CEPAL. *La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad*. Montevideo: CEPAL, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERI, Marcelo Côrtes (Coord.). *A nova classe média*. Rio de Janeiro: FGV/Ibre, CPS, 2008. Disponível em: <http://www.fgv.br/cps/classe_media/>. Acesso em: 29 jul. 2009.

NEVES, António Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Seguridad social: un nuevo consenso*. Ginebra: OIT, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Brasil: Uma estratégia inovadora alavancada pela renda*. Ginebra: OIT, 2011.

OLIVEIRA, Arnaldo Filipe da Costa. *Fundos de pensões: estudo jurídico*. Coimbra: Almedina, 2003.

OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil, Volume II: (arts. 79 a 137)*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução do francês de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PACCA, Renato Marchena do Prado. A defesa da natureza civil do contrato previdenciário perante o STF por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (PREVIC). *2º Prêmio PREVIC de Monografias: previdência complementar fechada*. Brasília: MPS, Previc, 2010. p. 120-142.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010.

PAIXÃO, Leonardo e PENA, Ricardo. Fundos de pensão e infra-estrutura. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 14 set. 2007. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_081024-103125-662.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2010.

PINHEIRO, Ricardo Pena. Educação financeira e previdenciária, a nova fronteira dos fundos de pensão. REIS, Adacir (org.). *Fundos de pensão e mercado de capitais*. São Paulo: Peixoto Neto, 2008. p. 221-239.

_____. *A demografia dos fundos de pensão*. Brasília: Ministério da Previdência Social. Secretaria de Políticas de Previdência Social, 2007.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Tradução do inglês de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Tomos I, II, III, XXII, XXXVIII, XLVI e LII.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada*. Filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145-173.

PULINO, Daniel. A atuação estatal na regulação e fiscalização das entidades fechadas de previdência complementar. REIS, Adacir (org.). *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2009. p. 24-49.

_____. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011.

QUELHAS, Ana Paula. *Seguros de vida e fundos de pensões: uma perspectiva financeira e actuarial*. Coimbra: Almedina, 2010.

REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. Autonomia das fundações de direito privado. *Questões de direito privado*. São Paulo, Saraiva, 1997. p. 71-84.

_____. Direitos do sócio que se desliga de uma cooperativa. *Questões de direito privado*. São Paulo, Saraiva, 1997. p. 113-125.

_____. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da regulação da previdência privada no Brasil*. São Paulo: USP, 2004. Tese (Doutorado), Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006.

REIS, Adacir. Temas centrais da nova legislação. REIS, Adacir (org.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 15-36.

_____. (org.). *Fundos de pensão e mercado de capitais*. São Paulo: Peixoto Neto, 2008.

_____. A natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar. REIS, Adacir (org.). *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2009. p. 50-66.

_____. Atacar o Contrato Previdenciário é um tiro no pé. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - ABRAPP. *Revista Fundos de Pensão*. São Paulo. Abrapp/ICSS/Sindapp, a. XXIII, n. 351, abr. 2009. p. 05-08.

RIBEIRO, Darcy. *Teoria do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Relatório anual 2010*. Relatórios Estatísticos. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas, 2011, p. 13. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual>. Acesso em: 04 jun. 2011.

RODRIGUES, José Angelo. *Gestão de risco atuarial*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Flavio Martins. *Fundos de pensão: temas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução do italiano de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boixteux, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. Estrutura da relação de previdência privada (entidades fechadas). *Revista de Previdência Social*. São Paulo: n. 252, a. XXV, nov. 2001. p. 773-783.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução do italiano de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução do francês de Joel Pimentel de Ulhoa. Brasília: Editora da UnB, 1997.

RUSSEL, Bertrand. *A autoridade e o indivíduo*. Tradução do inglês de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução do italiano de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del derecho civil*. Tradução do italiano de A. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.

SANTOS, Celi Pereira dos. *Providência fechada privada: temas controvertidos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SASSERON, José Ricardo. A presença dos participantes nas instâncias estatutárias. REIS, Adacir (coord.) *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 171-178.

SAVATIER, René. *Les metamorphoses économiques e sociales du droit civil d'aujourd'hui*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1952.

SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Tradução do inglês de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clovis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58.

_____. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-96.

_____. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clovis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-31.

_____. O seguro no Brasil e a situação das seguradoras. FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clovis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 97-113.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no Novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 127-150.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Natureza jurídica do “Monte de Previdência”. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DO SEGURO. *II Fórum de direito do seguro*. São Paulo: IBDS, 2002. p. 75-88.

SILVEIRA, Silvio Renato Rangel. *Previdência social na sociedade de risco: o desafio da solidariedade com sustentabilidade*. São Paulo: Abrapp, 2010.

SIMÕES, Fernando Nunes; MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *O direito acumulado dos participantes dos fundos de pensão*. Goiânia: Scala, 2006.

SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução do inglês de Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SPERCEL, Thiago. Teoria dos jogos aplicada à responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: n. 135, a. 43, jul./set. 2004.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução do francês de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 2005.

SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades: à luz da noção de contrato plurilateral. *Revista de Direito Privado - RDPriv* 21/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 2005. p. 223-234.

TAUNAY, Visconde de. *Oencilhamento*: cenas contemporâneas da bolsa do Rio de Janeiro em 1890, 1891 e 1892. Belo Horizonte: Itatiaia, 1971.

THULLEN, Peter. *Técnicas actuariales de la seguridad social*: regímenes de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes. Madrid: OIT-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

THUROW, Lester. *O futuro do capitalismo*: como as forças econômicas de hoje moldam o mundo de amanhã. 2. ed. Tradução do inglês de Nivaldo Moningelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

TÔRRES, Maurício Corrêa Sette; FLORÊNCIO, Helder Rosa. Saldamento de planos de benefícios. REIS, Adacir (org.). *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. São Paulo: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2009. p. 186-205.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.

VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. I.

VIEIRA, Helga Klug Doin. *O regime jurídico da previdência privada no sistema brasileiro de seguridade social*. São Paulo: PUC/SP, 2003. 372 p. Tese (doutorado

em Direito das Relações Sociais). Faculdade de Direito da PUC/SP, São Paulo, 2003.

VIEIRA, Helga Klug Doin. Custeio da previdência social. Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, *Caderno de Direito Previdenciário*, n. 3, 2005, v. I. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/modulo3_caderno3_vo11.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2009.

WALD, Arnoldo. Limites normativos do poder executivo em relação à previdência privada. *Revista Forense*, v. 343 (jul./ago./set.). Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 13-18.

WIEAKER, Franz. *História do direito privado*. Tradução do alemão de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002.

_____. *Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin. 2005.