

# Regime jurídico das alterações em planos fechados de previdência complementar

**Gilson Costa de Santana**

*Advogado da CAIXA no Distrito Federal  
Especialista em Previdência Complementar e Gestão  
de Fundos de Pensão pela Fundação Getúlio Vargas  
Analista de Benefícios e posteriormente Gerente de  
Benefícios Previdenciários da FUNCEF entre os anos  
de 1999 e 2007*

## RESUMO

Com o advento da Lei Complementar nº 109/2001, o sistema brasileiro de previdência complementar inaugurou novo regime jurídico para as alterações processadas nos regulamentos dos planos de benefícios, instituindo-se a figura do “Direito Acumulado”. Neste trabalho realiza-se um estudo sobre esse instituto, confrontando-o com o “Ato Jurídico Perfeito” e avaliando a possibilidade de retroação dos efeitos de uma alteração de planos de previdência frente àqueles participantes que já se encontravam inscritos. Precede o núcleo do estudo uma abordagem geral do ordenamento legal da previdência complementar no Brasil e dos contratos de adesão havido entre participante e fundo de pensão.

Palavras-chave: Ato jurídico perfeito. Previdência complementar. Direito acumulado. Fundo de pensão.

## RIASSUNTO

L'avvento della Legge Complementare nº 109/2001 ha inaugurato un nuovo regime giuridico nel sistema pensionistico complementare brasiliano, per le alterazioni processate nei regolamenti dei piani di benefici pensionistici, istituendosi la figura del “Diritto Acumulato”. Questo lavoro è un studio su l'istituto suddetto, confrontandolo con “l'Atto giuridico perfetto” e valutandosi la possibilità di retroagere gli effetti di una alterazione nei piani di previdenza di coloro che sono già sottoscritti nel fondo pensione. Precede il nucleo di questo studio un approccio generale dell'ordinamento legale della Previdenza Complementare in Brasile e dei contratti di adesione firmato tra il Fondo Pensione e il lavoratore.

Parole chiave: l'Atto giuridico perfetto; pensionistico complementare brasiliano; Diritto Acumulato; Fondo Pensione.

## Introdução

A Lei Complementar nº 109/2001 dispõe em seu art. 17 que “as alterações processadas no regulamento dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante”, dispositivo este que, aparentemente, vai de encontro ao que dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, XXXVI, na medida em que nela está consignado que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O parágrafo único desse art. 17 resguarda o direito adquirido, mas é silente quanto ao ato jurídico perfeito. Dessa forma, a figura legal do direito acumulado, prevista no mesmo diploma legal, é quem recebe a incumbência de solucionar eventuais conflitos (reais ou aparentes) com o ato jurídico perfeito. Para tanto, é necessário verificar se a definição legal do direito acumulado alcança, sem infringir disposição constitucional, todas as situações práticas vivenciadas em uma Entidade Fechada de Previdência Complementar – EFPC.

Não é demasiado iniciar essa análise com um levantamento histórico sobre nosso sistema de previdência complementar, na medida em que conhecendo nossa história talvez seja melhor compreendido o estágio atual do sistema previdenciário complementar fechado no Brasil.

### 1 Breve histórico da previdência complementar no Brasil

No Brasil, a previdência complementar teve grande impulso a partir do ano de 1978. Todavia, antes mesmo do surgimento de um sistema previdenciário estatal, já se conheciam algumas entidades previdenciárias, tais como as associações de mútuo socorro e os montepios. Dessa forma, quando do surgimento das primeiras entidades previdenciárias de caráter privado, não se mostrava presente o cunho complementar e acessório hoje existente, razão pela qual se julga impertinente nomeá-las de entidades de Previdência Complementar, sendo apenas o embrião para o sistema que hoje se conhece.

As primeiras noções previdencialistas no Brasil remontam à época do Império<sup>1</sup>, isso face às contingências sociais que se apre-

<sup>1</sup> O Prof. Wladimir Novaes Martinez leciona que “abstraindo a Assistência Social, pública ou religiosa, e o mutualismo ou seguro privado (achegando-se à idéia da previdência básica) – a pré-história da complementar inicia-se com o Alvará português, datado de 22.11.1684” (MARTINEZ, 1996, p. 22).

sentaram com relação aos servidores civis e militares. Há quem fixe, como Martinez (1996), em 10 de janeiro de 1835 o nascimento da previdência complementar no Brasil, com a criação do Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado.

O primeiro diploma legal a versar sobre a previdência privada com vigência em terras pátrias, segundo Rubem Rosa, seria atinente à criação do Montepio dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha, assinado pelo príncipe D. João em 2 de setembro de 1795, ainda em Lisboa (MARTINEZ, 1996, p. 25).

No final do século XIX e início do século que passou, começou a corporificar-se a previdência privada brasileira em decorrência do surgimento de sociedades de mútuo socorro e também de companhias seguradoras, a exemplo da Caixa de Socorros para ferroviários estatais (Lei nº 3.397, de 24/01/1888), o montepio obrigatório para os empregados dos correios (Decreto nº 9.212-A, de 26/03/1889), o Montepio Obrigatório dos Empregados do Ministério da Fazenda (Decreto nº 942-A, de 31/10/1890) e a Companhia de Seguros Boa-Fé (MARTINEZ, 1996, p. 27).

É válido registrar que até esse momento histórico as entidades que mantinham planos de seguro previdencial eram regidas pelo Código Comercial (1850) e pela legislação civil.

Até meados dos anos 60 do século passado, após a introdução de um regime público de previdência, a previdência social brasileira estava organizada basicamente na forma de institutos de aposentadorias e pensões por categoria profissional, a exemplo do Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários – IAPB –, do Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários – IAPI –, do Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiários – SASSE –, de sorte que, na maioria dos casos, esses institutos tinham como regra pagar como valor de benefício a última remuneração do empregado ou uma média das remunerações percebidas em um determinado período (RUSSOMANO, 1983, p. 37).

A partir de 1966, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS –, o Brasil passou por uma reestruturação na organização do sistema previdenciário, pondo fim aos institutos de previdência corporativos e estabelecendo a unificação e sucessão legal de todos eles pelo INPS, de forma que toda a população passasse a ter cobertura previdenciária estatal.

Da mesma forma que ocorre atualmente no Regime Geral de Previdência Social – RGPS<sup>2</sup> –, administrado pelo Instituto Na-

<sup>2</sup> Diz-se Regime Geral de Previdência Social – RGPS – o sistema previdenciário administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, sucessor do extinto Instituto Nacional de Previdência Social – INPS.

cional do Seguro Social – INSS –, a legislação em que estava sustentado o extinto INPS (sucedido pelo INSS) estipulava um valor teto para pagamento dos benefícios previdenciários<sup>3</sup>, momento em que as entidades de previdência passam a assumir relevante papel para a manutenção do padrão de vida dos empregados ou, na sua falta, dos seus dependentes econômicos, donde se conclui que “a instituição da Previdência Privada no Brasil reside, portanto, na conscientização da necessidade de complementar renda suficiente para, ao menos, manter o padrão de vida que o trabalhador fez por merecer” (SILVEIRA, 1981, p. 11).

Fruto de grande trabalho desenvolvido pelo legislador pátrio, a previdência complementar tem seus normativos próprios, ao contrário do que ocorria na época dos já estudados montepios (SILVEIRA, 1981, p. 12). Os maiores e mais antigos fundos de pensão brasileiros foram criados quando ainda o ordenamento jurídico não dispunha a respeito do tema.

Considerando a previdência complementar como uma espécie de seguro, tentou-se regular a matéria com o Decreto-Lei nº 77, de 21 de novembro de 1966. Tal ato normativo reduziu expressivamente o tema e demonstrou-se insuficiente para regular as entidades e as relações com elas mantidas, frustrando, portanto, a primeira iniciativa governamental de regular a matéria (SILVEIRA, 1981, p. 12).

Passada essa frustração legislativa, o governo e as entidades já em funcionamento passaram a buscar uma legislação específica que pudesse atender os anseios de administradores e participantes, bem como acompanhar o nível de desenvolvimento atingido pelas operações da espécie. Dessa forma, constituiu-se um corpo técnico representado por membros do governo e das entidades para acompanhar e contribuir com o processo legislativo, após o que, submetido ao Congresso Nacional respectivo projeto, foi promulgada a Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, institucionalizando definitivamente a Previdência Complementar no Brasil. Enfim, “Estava assim institucionalizada a Previdência Privada no Brasil como Sistema, com seu diploma legal básico, afirmando os princípios doutrinários, definindo de forma abrangente suas peculiaridades e constituindo seus organismos ordenadores” (SILVEIRA, 1981, p. 12).

Até 2001 foi a Lei nº 6.435/77 que regulamentou a atuação das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, tendo sido alterada pela Lei nº 6.462/77 e regulamentada pelo Decreto nº 81.240/78.

<sup>3</sup> Vide Lei nº 8.212/91 e Decreto nº 3.048/99, reguladores do RGPS.

Ainda em 1998, a legislação aplicável aos fundos de pensão estava toda fundada na Lei nº 6.435/77, suas alterações e regulamentações, normas que já vinham se mostrando insuficientes para a adequada regulação das entidades de previdência em atuação no país. Envidando dar maior relevância ao tema, o Governo Federal optou por inserir na proposta de emenda constitucional, por intermédio da qual se efetivaria a Reforma Administrativa e Previdenciária, tratamento especial para a previdência complementar, modificando a redação do art. 202 da Carta Política de 1988, já que a Lei Maior praticamente não dispunha sobre previdência complementar.

Após pouco mais de duas décadas, a legislação reguladora vigente mostrou-se omissa quanto a relevantes temas da matéria, não tendo acompanhado o crescimento que tiveram os fundos e todo o regime de previdência complementar. Tais omissões causavam transtornos diversos ao órgão regulador e aos administradores das entidades, impossibilitando, ainda, aos participantes o exercício de direitos não claramente postos nas regulamentações baixadas pela Secretaria de Previdência Complementar – SPC, hoje sucedida pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC.

Publicada em 16 de dezembro de 1998, a Emenda Constitucional nº 20, especificamente quanto à previdência complementar, serviu para introduzir na Lei Máxima as bases sobre as quais deveria ser constituída a previdência complementar no Brasil. Como assevera Reis (2002, p. 18), “A Emenda Constitucional n.º 20/98, ao redefinir a estrutura previdenciária brasileira, constitucionalizou, em relação ao regime de previdência privada, os princípios da ‘adesão facultativa’, ‘benefício contratado’, ‘constituição de reservas’ e ‘organização autônoma’”. Ainda,

Em relação à Previdência Complementar, a referida emenda tratou de organizar e moralizar as relações entre entidades fechadas patrocinadas pela Administração Pública, contribuindo dessa forma para a transparência da gestão desses fundos de pensão, assim como para a redução do déficit público decorrente do custeio assimétrico das entidades e de eventuais desequilíbrios atuariais (CECHIN, 2002, p. 6).

Esse tratamento independente que a Constituição vem dar à Previdência Complementar corrobora o entendimento de que se trata de matéria de Direito Privado, seja quando envolver o vínculo entre a entidade e sua patrocinadora, seja quando envolver a entidade e o participante, uma vez que consagra o princípio da faculdade de adesão regulamento do pla-

no e expressamente o desvincula de qualquer relação com o contrato individual de trabalho.

As leis complementares a que se refere a emenda são a Lei Complementar nº 108, que rege a relação entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC<sup>4</sup> – e os entes públicos, e a nº 109, que traz regência mais ampla e também deve ser aplicada às EFPC alvo da Lei Complementar nº 108/2001.

A Lei Complementar nº 109/2001 nasceu para dar às EFPC e aos planos de benefícios por elas administrados maior regulação. Reis (2002, p. 18) registra que “A Lei Complementar n.º 109/01 deu ênfase especial aos ‘planos’ de previdência, conferindo às ‘entidades’ o status de ‘administradoras’, ‘executoras’ ou ‘gestoras’ de planos de benefícios”. Assim também se manifestou o então Ministro da Previdência e Assistência Social, José Cechin.<sup>5</sup>

## 2 Características das Entidades Fechadas de Previdência Complementar

De um modo geral, as EFPC se constituíram sob a forma de sociedade civil ou fundação sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, destinando-se à concessão de benefícios complementares ou suplementares aos concedidos pelo órgão oficial de previdência, podendo ainda organizar planos de assistência à saúde<sup>6</sup>. Para seu funcionamento, essas entidades necessitam de aprovação por parte da Secretaria de Previdência Complementar – SPC – do Ministério da Previdência Social – MPS.

Em geral, essas entidades são criadas por grandes empresas como modelo da gestão de pessoas<sup>7</sup>, na medida em que o empregador, assumindo o papel de patrocinador, deposita recur-

<sup>4</sup> Doravante, utilizar-se-á essa sigla para falar das Entidades Fechadas de Previdência Complementar.

<sup>5</sup> “Na Lei Complementar 109/01, que estabeleceu as regras gerais para o regime de Previdência Complementar, a organização do Sistema foi focada no plano de benefícios, ao contrário da legislação anterior – Lei n.º 6.435/77 – cujo centro era a entidade” (CECHIN, 2002 p. 7).

<sup>6</sup> Com a promulgação da Lei Complementar nº 109/2001, somente as entidades que já operavam planos de saúde ficaram autorizadas a continuar sua administração, não mais sendo possível às demais entidades dali em diante, conforme restou consignado no seu art. 76.

<sup>7</sup> “Move-se a instituidora, ao se tornar provedora (custeio total) ou mantenedora (divisão dos encargos), por razões econômicas, laborais e sociais. Não forçada legalmente, decide patrocinar por livre e espontânea vontade jurídica (mas, certamente, coagida pela competitividade dos concor-

destinados à formação de reserva financeira para a concessão de benefícios previdenciais programáveis e de risco. Não há nenhum tipo de obrigação legal para que as empresas constituam uma EFPC; no entanto, há benefícios fiscais, como a dedução das contribuições da base de cálculo do Imposto sobre Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ.

Uma vez criada a EFPC, fica o patrocinador (empregador) obrigado a propiciar acesso<sup>8</sup> a todos os seus empregados, oferecendo a oportunidade de filiar-se facultativamente ao plano de benefícios que a entidade administra. Não é demais destacar a facultatividade de adesão como uma das mais relevantes características atinentes às EFPC e aos seus planos. Comentando sobre esse ponto, o Professor Wladimir Novaes Martinez leciona:

Dado ínsito, também diz respeito à modalidade de admissão do segurado no sistema de proteção. Este é senhor da decisão de participar ou não, embora a lei pudesse impor a filiação como expressão de solidariedade e condição para a efetiva cobertura, pelo menos para certos patamares (como sucede no Uruguai) (MARTINEZ, 1996, p. 35).

A faculdade de ingresso é a primeira demonstração de liberdade pelo participante, sendo seguida pela faculdade que tem esse mesmo participante de continuar filiado, vez que pode retirar-se a qualquer tempo antes de iniciado o gozo de benefício previdencial vitalício.

Outro ponto importante relacionado às EFPC está no modo como se opera a filiação do empregado (participante) ao plano de benefícios. A adesão do empregado interessado no plano de previdência ofertado pelo empregador e administrado pela EFPC se dará com a assinatura do contrato de adesão ao regulamento do plano de benefícios, fazendo nascer uma relação jurídica de ordem civil entre o agora participante e a entidade, submetida às normas de Direito Privado (MARTINEZ, 1996, p. 39).

Os fundos de pensão estão sujeitos à fiscalização e autorização do Governo Federal desde seu nascedouro até sua extinção,

---

rentes e pela disposição de congregar os melhores empregados). Daí, pode arrepende-se, afastar-se ou diminuir a parceria, sujeitando-se, conforme cada caso, ao convencionado e, moralmente, submetida às sanções inerentes, pela quebra de expectativa psicológica” (MARTINEZ, 1996, p. 35).

<sup>8</sup> Não há aqui obrigatoriedade na vinculação à entidade, apenas uma obrigação legal para o empregador, que deverá ofertar o plano de previdência a todos os seus empregados, na forma do art. 16, *caput*, da Lei Complementar nº 109/2001.

podendo sofrer intervenções, passar por auditorias e ser controlados pelo Ministério da Previdência Social.<sup>9</sup>

Do exposto, é possível depreender que o empregador e a entidade de previdência não se confundem juridicamente, sendo um, juntamente com o participante, o provedor, mantenedor ou patrocinador e a outra a gestora dos recursos, recursos estes que não lhe pertencem, ou seja, não pertencem ao Fundo de Pensão. Nesse sentido, Martinez (1996, p. 41) ensina:

As pessoas jurídicas envolvidas na relação são distintas, não se confundindo a provedora, patrocinadora ou mantenedora com o órgão gestor dos recursos alocados. A entidade criada não faz parte do grupo econômico, não é holding nem franchising, pouca identidade tem com a instituidora, embora esta última, de alguma forma, participe de sua administração. Não vige solidariedade de qualquer espécie, civil ou fiscal, entre a mantenedora e a mantida.

Ratificando essa posição, a própria Constituição Federal, com a redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 20/98 ao seu art. 202, passou a dispor acerca da autonomia do contrato de adesão a plano de benefícios em relação ao contrato de trabalho.

### **3 O contrato de adesão a Plano de Benefícios administrado por Entidade Fechada de Previdência Complementar: definição, características e interpretação**

As relações entre uma EFPC e seus participantes serão regidas por um contrato, cuja forma é necessariamente escrita, consubstanciada em um termo de adesão do participante ao Regulamento do Plano de Benefícios, bem como pelo próprio Regulamento do Plano de Benefícios.

Dessa maneira, pode-se dizer que a adesão a plano de benefícios administrado por EFPC é o negócio jurídico por intermédio do qual a relação associativo-previdenciária é estabelecida, operando-se por meio de instrumento contratual específico voltado a estipular os direitos e deveres de participante e administrador (fundo de pensão) e ainda do patrocinador, empregador

<sup>9</sup> O art. 5º da Lei Complementar nº 109/2001 dispõe que “A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei, observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal”.



daquele que adere ao Regulamento do Plano de Benefícios. Daí se afirmar que a relação aqui estudada é tríplice: patrocinador (instituidor), participante e entidade.

Semelhantemente ao que acontece com os contratos de seguro, para a adesão a um plano de benefícios administrado por EFPC necessário se faz apresentar proposta de adesão, que será avaliada de acordo com regras específicas consignadas nos regulamentos dos planos de benefícios. Também da mesma forma que ocorre em seguradoras, as regras dos regulamentos não são passíveis de negociação, isto é, são definidas pela EFPC e postas à disposição dos interessados.<sup>10</sup>

Uma relevante característica do contrato do participante com um fundo de pensão é a possibilidade de sua continuidade mesmo com o rompimento do vínculo empregatício com o patrocinador, passando o participante à condição de autopatrocinado<sup>11</sup> e mantendo seus direitos e deveres para com o plano de benefícios. Noutra ponta, é fato que o contrato com o fundo de pensão pode ser rescindido mesmo que ainda em plena vigência o contrato de trabalho, bastando que o participante assim o queira. Eis mais um caráter de autonomia do contrato de adesão a plano de benefícios com relação ao contrato de trabalho, vez que a rescisão de um não resultará em automática ou direta rescisão do outro.

Alguns requisitos legais devem ser observados quando da elaboração de um plano de benefícios, consoante estipulado no Capítulo II da Lei Complementar nº 109/2001 (arts. 6º a 30), bem como deverão ser observadas as normas regulamentares publicadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC e pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, sob pena de não serem aprovadas quando submetidas à análise da PREVIC, o que significa dizer que não existem legalmente enquanto Plano de Benefícios.

Em adendo, Sússekind e Maranhão (1988, p. 246-247) lecionam:

A inscrição como participante da entidade fechada de previdência privada, decorrente de ato volitivo de empregado da empresa, configura uma relação jurídica contratual, sujeita ao direito privado, e não uma relação jurídica determinada por lei, subordinada ao direito

<sup>10</sup> Aqui fica explícita a presença do caráter definidor da condição de contrato de adesão dada a esse instrumento.

<sup>11</sup> O ex-empregador deixa de verter contribuições em favor daquele participante e apenas este faz a provisão dos recursos financeiros.

público. Trata-se de típico contrato de adesão, em que uma das partes manifesta sua vontade de aderir às condições uniformes preestabelecidas pela outra parte, tornando a relação bilateral.

Relata Avena (2001, p. 71), a respeito das regras de interpretação dos regulamentos de plano de benefícios, que

Faz-se, pois, cada vez mais importante, no campo da Previdência Complementar Fechada, a adoção de procedimentos de direito preventivo e de clareza e precisão na redação das cláusulas dos regulamentos dos planos de benefícios, buscando prevenir dúvidas, contradições, ambigüidades e mesmo passivos judiciais.

#### **4 Das alterações nos Regulamentos de Planos de Benefícios**

A previdência complementar é regida primordialmente por normas contratuais, conforme estabelece o art. 202 da Constituição Federal e o art. 68 da Lei Complementar nº 109/2001, bem como consoante já previa a Lei nº 6.435/1977, o que significa dizer que os direitos e obrigações na relação entre entidade e participante nascem do exercício da vontade, da adesão ao plano de benefícios, não propriamente da lei.

O sistema de previdência complementar nacional está alicerçado em um conjunto de normas de fiscalização, que passa pela autorização prévia de entidades, de planos de benefícios e estatutos, sendo este um dos principais momentos em que a intervenção estatal na previdência complementar se materializa com maior clareza. O papel do Estado na fiscalização e regulação do sistema passa pela defesa dos direitos dos participantes, na forma do art. 3º, VI, da Lei Complementar nº 109/2001. Assim, resta claro que a validade de normas contratuais, tais como estatutos e regulamentos, depende da anuência do Poder Público, atualmente por meio da Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social – SPC/MPS.

Viu-se até aqui que pelas características jurídicas da previdência complementar, mais especificamente dos instrumentos que formalizam o vínculo entre o plano e o participante, é dado às partes promover ajustes nas regras dos planos de benefícios e estatutos, observadas as formalidades da lei e sujeitando-os à análise e aprovação da SPC/MPS para que tenham vigência, validade. A esse respeito, a Lei Complementar nº 109/2001 inovou com o disposto no art. 17:

Art. 17. As alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das enti-

dades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado<sup>12</sup> de cada participante.

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

Acerca do disposto nesse artigo da Lei Complementar, o ex-secretário de Previdência Complementar escreveu:

Embora o art. 17 da Lei Complementar n.º 109 possa suscitar dúvidas quanto à possibilidade de alteração unilateral das cláusulas fixadas no regulamento do plano, não se deve esquecer da natureza contratual que caracteriza as relações situadas no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar e, por consequência, da garantia constitucional oferecida ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI) (REIS, 2002, p. 27).

Importante lembrar que uma das conclusões emergentes de qualquer estudo acerca do ato jurídico perfeito é no sentido de que os atos jurídicos já consolidados devem ser preservados mesmo diante de novas normas emanadas do Poder Público. Portanto, como regra, as leis novas só valem da sua edição para frente, não alcançando fatos passados. Entretanto, não significa que as normas não possam retroagir, conforme leciona Silva (2002, p. 433):

a Constituição não veda a retroatividade da lei, a não ser da lei penal que não beneficie o réu. Afora isto, o princípio da irretroatividade da lei não é de Direito Constitucional, mas princípio geral de Direito. Decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos quando elas próprias o estabeleçam (vedado em matéria penal, salvo a retroatividade benéfica ao réu), resguardados os direitos adquiridos e as situações consumadas, evidentemente.

No mesmo sentido é o ensinamento de Diniz (2004, p. 203), ao lecionar que "A irretroatividade é a regra, no silêncio da lei,

<sup>12</sup> A própria Lei Complementar n.º 109/2001 tratou de definir essa novel figura do direito acumulado em seu art. 15, parágrafo único, asseverando que o direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável.

mas poderá haver retroatividade, se expressa, e não ofender direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada". Na forma da lei civil, as partes são livres para contratar e rever as cláusulas contratadas anteriormente, ainda que já se tenha produzido resultado, desde que se obedeça ao exposto no art. 104 do Código Civil.

A retroação das novas disposições contratuais em previdência complementar é que será abordada no tópico a seguir, no escopo de se aprofundar a discussão acerca do absolutismo atinente ao princípio da não retroação de normas legais.

#### 4.1 Da vigência das alterações regulamentares

Alterar regras de plano de benefícios, observadas as formalidades legais e demais regras infralegais baixadas pelo órgão competente, é lícito e inerente à natureza da relação entre fundo de pensão, participantes e patrocinadores, dada a gama de variáveis exógenas envolvidas nessa relação. Não se pode olvidar, contudo, de que a retroação de efeitos de uma alteração pode significar a ofensa às regras pactuadas e, via de consequência, ao ato jurídico perfeito, o que afronta o art. 5º, XXXVI, da CF/88.

Foi visto que, havendo consenso entre as partes e aprovação do órgão estatal responsável competente, é possível e legítima a promoção de alterações em estatutos e regulamentos de planos de benefícios, restando saber se essas novas disposições se aplicam, indistintamente, aos participantes e assistidos já vinculados ao plano quando da sua aprovação.

No Direito Trabalhista, Justiça até pouco tempo tida como competente para julgamento de feitos em matéria de previdência complementar, a partir da interpretação do art. 468 da CLT e da Súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho – TST –, admite-se a retroação de norma contratual ou legal que afete as relações de trabalho desde que para beneficiar o trabalhador. Nesse sentido, revela-se importante transcrever o conteúdo dos enunciados 51 e 288 do TST, *in verbis*:

Súmula TST Nº 51. As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

Súmula TST Nº 288. A complementação dos proventos de aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.

Reforçando esse entendimento, há orientação jurisprudencial no TST acerca da cláusula *rebus sic stantibus*, consoante abaixo demonstrado:

Orientação Jurisprudencial SBDI-1 N° 224: COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REAJUSTE. LEI N° 9.069, DE 29.06.1995 (alterado) – DEJT divulgado em 16, 17 e 20.09.2010.

I - A partir da vigência da Medida Provisória n° 542, de 30.06.1994, convalidada pela Lei n° 9.069, de 29.06.1995, o critério de reajuste da complementação de aposentadoria passou a ser anual e não semestral, aplicando-se o princípio “*rebus sic stantibus*” diante da nova ordem econômica.

II - A alteração da periodicidade do reajuste da complementação de aposentadoria – de semestral para anual – não afeta o direito ao resíduo inflacionário apurado nos meses de abril, maio e junho de 1994, que deverá incidir sobre a correção realizada no mês de julho de 1995.

O que se viu até aqui é que o entendimento jurisprudencial, fundado em julgados do TST, estipula que quando é para beneficiar seu destinatário a alteração regulamentar pode retroagir. Nesse cenário, razoável se mostra que haja ressalvas na aplicação do mesmo entendimento às alterações processadas nos regulamentos dos planos de benefícios, pois o princípio a ser aplicado – de não retroação – é um princípio de proteção a direitos individuais a ser invocado tanto em relação a um contrato de adesão como em relação à lei.

Não é demais, então, afirmar que as alterações nos contratos da previdência complementar somente ganham vigência, ou seja, somente vinculam as partes, gerando direitos e obrigações, após aprovação pela PREVIC/MPS, podendo haver retroação, respeitados os direitos fundamentais relativos ao direito adquirido, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos, caso mais benéfica a novel disposição regulamentar, sendo dispensada qualquer formalidade por parte do associado do plano de benefícios, ou seja, sem que seja necessário firmar aditivo contratual. Todavia, grande dificuldade nasce no momento de definição do caráter benéfico de certa alteração contratual, devendo a questão ser abordada observando-se a modalidade de plano de benefícios a que está vinculado o interessado, o que se pretende avaliar nos tópicos seguintes.

## 4.2 Das alterações em planos de Contribuição Definida

Cumpra inicialmente definir o que vem a ser um plano de Contribuição Definida – CD. Servindo-se da Resolução CGPC n° 16/2005,

um plano CD será aquele em que “os benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor, inclusive na fase de percepção do benefício do participante”. Posto isso, resta evidente que um plano de benefícios constituído na modalidade Contribuição Definida traz em seu bojo um elevado nível de individualismo e demonstra com maior facilidade se determinada alteração regulamentar é ou não benéfica ao participante ou assistido, uma vez que há menos pontos de mutualismo entre eles, em que pese algumas questões serem comuns a todos os participantes, como a carência para gozo de benefício e as regras de elegibilidade.

Nesse tipo de plano serão escassas as oportunidades em que haverá conflito acerca do caráter benéfico de dita alteração contratual, ou seja, se uma determinada alteração será favorável para o assistido ou participante individualmente beneficiado ou se para o conjunto de participantes ou assistidos.

### **4.3 Das alterações em planos mutualistas**

Ainda nos servindo da definição fixada na Resolução CGPC nº 16/2005, planos mutualistas são aqueles constituídos nas modalidades Benefício Definido – BD – e Contribuição Variável – CV. Nesses casos, as ocorrências de situações em que haverá conflito de interesses e dificuldades de apuração de quem será favorecido ou prejudicado face a alterações regulamentares serão muitas, a exemplo da seguinte situação hipotética: determinada alteração em plano de benefício BD eleva a idade mínima para aposentadoria, aumentando também o valor do benefício a ser recebido. Para quem será benéfica essa mudança? Para o participante que está próximo de se aposentar ou para o que acabou de entrar no plano? Por exemplo, alterar um regulamento para aumentar a idade mínima para aposentadoria: isso é uma alteração mais benéfica, por causa do maior valor do benefício, ou é prejudicial, porque demora mais para o participante se aposentar?

Nesse tipo de plano, nem sempre será possível determinar se uma alteração de regulamento é ou não mais benéfica. Outra dúvida que será constante diz respeito ao conflito entre a situação particular e o mutualismo. Conciliar os interesses particulares e os da coletividade abrangida pelo plano deve ser objeto de perseguição, sendo que o interesse individual não poderá prevalecer sobre o coletivo, quando o exercício desse suposto direito individual à regra mais benéfica não trouxer danos ao mutualismo do plano.

#### **4.4 Das alterações em planos não contributivos**

Esclarecendo, de início, que um plano não contributivo é aquele em que participantes e assistidos não vertem contribuição para o seu custeio, apenas o patrocinador o faz. Podendo a modelagem do plano ser CD, BD ou CV, as considerações anteriores prevalecem, devendo, todavia, ser dado grande valor à vontade do patrocinador. Isso implica dizer que não se deve enxergar a questão sob a óptica de hipossuficiência dos participantes e assistidos, privilegiando-os, mas deve-se privilegiar os impactos dessas alterações para o patrocinador do plano, por ser ele o exclusivo provedor de recursos.

Essa prevalência do interesse do patrocinador não deve ocorrer em planos contributivos, cabendo nesses casos avaliar sob outra óptica as questões relativas a modificação de regras.

#### **4.5 Planos mutualistas: efeitos das alterações sobre os assistidos, os ativos e os novos aderentes**

Para os novos aderentes ao plano de benefícios, ou seja, participantes que optaram pela adesão após a aprovação das novas regras, estas terão vigência plena, podendo inclusive essas pessoas terem que pagar por eventual déficit, já que a modalidade do plano traz em seu bojo esse tipo de risco, cabendo ao patrocinador e à EFPC apresentar, na oferta do plano, esses e outros esclarecimentos.

Quanto aos assistidos, um dos pontos mais relevantes será a observância ao direito adquirido, não só ao ato jurídico perfeito, pois a vigência de alterações regulamentares estará condicionada à observância desses preceitos maiores, e, sendo assim, as novas regras terão aplicação imediata. Já quanto aos participantes ainda em atividade, a interpretação aplicável é a de que o disposto no art. 17 da Lei Complementar n.º 109/2001 deve ser aplicado sem afronta ao texto constitucional, e, apenas assim, aqui também as novas regras terão aplicação imediata.

Retornando agora à análise quanto à forma de contratação de plano de benefícios perante EFPC, em que pese o avanço trazido pelas já faladas leis complementares quanto à composição dos órgãos internos de gestão e fiscalização das EFPC e seus planos, incluindo a obrigatoriedade de eleição direta de assistidos e participantes, ainda não se pode pressupor que a relação entre entidade e participante ou assistido é uma relação de equilíbrio, em que as partes se colocam em igualdade de condições, como é de se pressupor, como visto, nas relações contratuais ro-

tineiras. O voto de minerva e a supremacia do poder econômico do patrocinador são complementares entre si e demonstram a existência de um elo mais frágil nessa relação. Não seria demais imaginar um ambiente em que, enquanto o participante e assistido, contratantes mais fracos, obrigam-se ao contrato por não poder se esquivar, o patrocinador, mais forte na relação, estaria ditando ajustes, formalmente consensuais ou legais, e na prática unilaterais, mediante a utilização de recursos que a própria lei, sem fazer aqui nenhuma análise sobre sua constitucionalidade, lhe assegura, a exemplo do art. 17 da Lei Complementar nº 109/2001.

#### **4.6 Sobre o direito acumulado**

A redação do art. 17 da Lei Complementar nº 109/2001 estipula que nas alterações de planos de benefícios deverá ser observado o direito acumulado até aquela data, sendo que a definição do mesmo normativo para direito acumulado guarda mais relação com a apuração pecuniária das reservas acumuladas do que com a observância à aplicação de regras lícitamente fixadas e não abaladas por qualquer ocorrência que justifique a invocação do *rebus sic stantibus*. Imagine-se, para melhor compreensão, uma situação vivenciada por muitos participantes de fundo de pensão em decorrência da publicação do Decreto nº 81.240/78, segundo o qual ficava estipulado que todos os participantes deveriam ter 55 anos de idade para fazer jus a benefício de complementação ou suplementação de aposentadoria por tempo de contribuição, que determinado plano que não contemplava esse limite etário sofreu alteração e passou a exigir-lo dos seus participantes como condição para gozo de benefício. Como apurar o direito acumulado nesses casos? À luz da própria definição legal, parece-me que não há como aplicar esse novo instituto jurídico.

No citado exemplo, a inaplicabilidade do direito acumulado à questão, em detrimento ao ato jurídico perfeito, ainda que este não esteja resguardado diretamente pela lei complementar, como seria o ideal, não pode servir de fundamento para que, a partir de determinada alteração do plano de benefícios, a regra aplicável seja aquela decorrente da alteração processada. Ao contrário, essa nova regra alcançará apenas os novos participantes, em respeito ao art. 5º, XXXVI, da CF/88, somente alcançando os participantes já inscritos se mais benéfica.

É que um dos requisitos que a Constituição Brasileira estipula como condição de validade das leis é a obediência ao di-



reito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, na forma do art. 5º, XXXVI, donde se depreende facilmente que os atos normativos que não obedecem a essa regra deverão ser tidos como inconstitucionais, ou seja, nulos de pleno direito frente à Constituição Federal e cuja obediência não pode ser exigida em nenhum dos cantos do país. A lei que não preservar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, por exemplo, não tem observância obrigatória, ainda que apenas na parte que afronta esse ou outro preceito constitucional maior.

Uma vez mais, parece de grande valia o ensinamento de Bastos (1989, p. 185), quando apresenta aos seus leitores o seguinte exemplo:

O ato jurídico perfeito é imunizado contra as exigências que a lei nova possa fazer quanto à forma. Assim, se alguém praticou um ato de doação, respeitando as previsões legais vigentes à época, este ato ganha condições de perdurabilidade no tempo, ainda que as condições para a sua prática já sejam outras à época em que ele for feito valer. Portanto é algo que diz muito mais respeito à forma do que à substância ou conteúdo. O direito adquirido, pelo contrário, implica fazer valer um direito, cujo conteúdo já se encontra revogado pela lei nova.

Não é de se estranhar, todavia, que ocorram algumas controvérsias acerca da interpretação e aplicação de algumas cláusulas contratuais, inclusive de regulamento de planos de benefícios. Para solucionar essas controvérsias, não hesitar em aplicar dois institutos jurídicos consignados nos brocados latinos *pacta sunt servanda* e *rebus sic standibus*.

Relembremo-nos que, segundo o princípio do *pacta sunt servanda*, tendo as partes livre e legalmente celebrado acordo, nada mais justo e certo que adimpli-lo integralmente, exceto se por algum fato superveniente o contratado se torne excessivamente oneroso para qualquer das partes, momento em que poderá ser renegociado o contrato e refeito ou desfeito o pacto.

Esse mesmo entendimento pode ser transposto para a relação contratual havida entre participante ou assistido e entidade administradora (EFPC) de plano de benefícios, na medida em que, como visto, o regulamento do plano é o contrato ao qual aderiu o participante e, nada havendo de extraordinário em sua execução ou não ficando excessivamente oneroso para qualquer das partes (patrocinador, participante e EFPC), não se justifica a alteração unilateral de cláusulas, mormente quando essa alteração vem, mediata ou imediatamente, prejudicar a parte mais frágil da relação, que é o participante do plano de benefícios.

Trazendo a questão para a seara da Previdência Complementar, Martinez entende, à luz do disposto no art. 17 da Lei Complementar nº 109/2001, ser aplicável, em qualquer circunstância e não somente nos casos de desequilíbrio contratual, a cláusula *rebus sic stantibus*, consoante abaixo transcrito:

Destarte, prevalece a veneranda cláusula *rebus sic stantibus*, de Neratius, em detrimento da igualmente provectora *pacta sunt servanda*. Na previdência complementar, em que as adaptações às premissas dinâmicas do plano (por exemplo, presença do déficit ou do superávit) impõem o princípio constitucional do equilíbrio atuarial e financeiro – essa mutabilidade é ainda mais verdadeira (MARTINEZ, 2005).

Esse ensinamento parece contradizer os preceitos teóricos acerca da aplicação do princípio do *rebus sic stantibus*, já que não condiciona à materialização de fato imprevisto, não guarda relação com a imprevisão.

## Conclusão

O regime de previdência complementar brasileiro modernizou-se muito, especialmente desde 1998, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 20, não sendo exagerado afirmar que a produção normativa que sucedeu referida emenda é imensamente superior aos 20 anos anteriores. O sistema alcançou um momento de regulação de tal forma interessante que se tem pregado uma maior fiscalização em contrapartida a uma menor regulação. Relativamente ao ordenamento legal atinente à previdência complementar e ao desenvolvimento do modelo brasileiro, a meu ver, esse sistema, por assim dizer, tende a seguir um outro rumo doravante, que passa pela criação e fortalecimento de vultosos planos de benefícios para as diversas esferas do Poder Público, a exemplo do FUNPRESP.

Acredito que, em decorrência de a previdência complementar se servir de contratos que vão produzindo seus efeitos por anos a fio, vez ou outra a realização de algumas alterações contratuais se faz necessária e fundamental à sobrevivência da entidade e do plano de benefícios, sejam essas medidas reparadoras decorrentes da conjuntura econômica do país ao longo dos anos, de fatores e variáveis atuariais não previstos ou da situação econômico-financeira do patrocinador ou até de atos do Poder Público. A questão a ser discutida e compreendida não guarda relação com a possibilidade de alteração ou não do regulamento de determinado plano de benefícios, mas com a ade-

quação dessas mudanças às situações já consolidadas, ou seja, a retroação dos efeitos de novel disposição regulamentar para alcançar participantes e assistidos já inscritos.

A celebração de contrato entre participante e EFPC firma um ato jurídico perfeito, não podendo o contrato ser alterado sem consenso entre as partes, menos ainda se for retroagindo e atingindo uma situação jurídica constituída, sob pena de violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Entendo que nos contratos de adesão a plano de benefícios há de prevalecer, como regra geral, a obediência ao *pacta sunt servanda*, não se admitindo que toda e qualquer alteração em plano de benefícios seja de imediato extensiva a todos os participantes do plano de benefícios, como leva a crer a redação do art. 17 da Lei Complementar nº 109/2001, sendo aceitável, todavia, dada a longevidade inerente a relação sob comento, que se afaste a invocação do ato jurídico perfeito quando necessário algum reequilíbrio contratual. É que essa postergação no tempo da relação contratual sujeita a execução do contrato a uma série de consequências decorrentes de fatores externos e não controláveis ou previsíveis por ambas as partes, justificando-se a invocação do *rebus sic stantibus*. Fora isso, as regras aplicáveis são aquelas vigentes na data da adesão do participante ao plano de benefícios, salvo convenção entre as partes, como uma novação ou transação de direitos, uma vez que disponíveis<sup>13</sup>, ou se as novas regras aprovadas forem mais benéficas que aquelas vigentes quando da adesão, em que pese todas as dificuldades em se definir quando uma regra será mais benéfica que outra, bem como ser também delicada a questão relacionada ao conflito entre o individual e o mútuo.

Reputo que não se pode depreender que o direito acumulado e o ato jurídico perfeito são incompatíveis, posto que tratam de matérias distintas. A meu ver, os dois pilares jurídicos, este último mais tradicional, buscam a proteção das relações jurídicas. Enquanto o instituto introduzido pela lei complementar busca definir quais os valores, ou direitos, que determinado participante poderá portar para outra entidade ou resgatar em caso de desligamento do plano de benefícios, o ato jurídico perfeito

<sup>13</sup> O direito é indisponível quando "a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmutando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública sobrejacente, ou no dizer de Ruggiero 'pela utilidade universal da comunidade'" (STF, RE 248.869-SP, Relator Ministro Maurício Correia, DJ 12.03.2004).

busca assegurar a eficácia das regras preteritamente firmadas e o direito acumulado visa demonstrar o patrimônio pecuniário poupado até determinada data pelo participante.

Para mitigar riscos jurídicos ou legais, acredito que as EFPC devam promover amplo processo de discussão sobre eventuais modificações nas regras estampadas nos planos de benefício, envolvendo participantes e assistidos mesmo na redação de novas regras, assim como na elaboração de novos planos. O envolvimento de representantes do corpo social de determinado plano de benefício dá maior legitimidade às novéis regras.

Assim, um contrato de adesão a plano de benefícios administrado por EFPC é um ato jurídico perfeito. É possível, entretanto, afirmar que todas as alterações processadas em Regulamento de Plano de Benefícios têm anuência dos participantes e assistidos, ao menos nas entidades regidas pela Lei Complementar nº 108/2001, vez que é obrigatória a eleição de representantes dessas pessoas para seus órgãos de administração (Conselho Deliberativo e Conselho Fiscal); no entanto, ainda assim, é de bom alvitre que se observem as condições inerentes à aplicação da *rebus sic standibus*, a exemplo de necessidade de mudanças de premissas atuariais.

## Referências

AVENA, Lygia. Reflexos do Novo Código Civil nas Entidades de Previdência Complementar. In: CONGRESSO BRASILEIRO DOS FUNDOS DE PENSÃO, 24º, 2001, São Paulo. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2001, p. 70-77.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 185.

CECHIN, José. Introdução. In: **A Nova Legislação da Previdência Complementar**. Brasília: MPAS/GM/SPC, 2002, p. 3-9.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Intro-**

**dução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 10. ed., adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. O Direito Adquirido na Previdência Privada. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 716, 21 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6901>>. Acesso em: 16 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996.

REIS, Adacir (coord.). **Fundos de Pensão em Debate**: Temas Centrais da Nova Legislação. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA, José Affonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2002.

SILVEIRA, Amaury Soares. Prefácio. In: MARENSE, Voltaire Giavanini. **Previdência Privada: legislação e normas**. 2. ed. São Paulo: Síntese, 1981, p. 9-12.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. Previdência Privada Complementar. In: \_\_\_\_\_. **Pareceres sobre Direito do Trabalho e Previdência Social**. Previdência Privada Complementar. São Paulo: LTr, 1988, p. 246-247.