

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL I**

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: José Ricardo Caetano Costa. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-735-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL I

Apresentação

No XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido em Porto Alegre nos dias 14, 15 e 16 de Novembro de 2018, o GT de DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, tivemos no GT n. 1, uma vez que foram dois GTs para dar conta das dezenas de trabalhos aprovados, a apresentação dos 16 trabalhos aprovados. Estão contempladas as três áreas da Seguridade Social (Saúde, Previdência e Assistência Social), bem como outros direitos sociais constantes no artigo 6º da Carta Maior de 2018, que completou 30 anos em 05/10/88.

Fizemos, a seguir, uma breve sinopse destes trabalhos, todos de elevada qualidade, contribuindo ao processo de debate e reflexão crítica acerca dos direitos sociais nesta seara.

Vejamos:

No primeiro artigo “TRANSGENERIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL: NOVOS HORIZONTES PARA SEGURADOS(AS) TRANS FRENTE ÀS MUDANÇAS JURÍDICAS NO CONTEXTO NACIONAL”, de Beatriz Lourenço Mendes , José Ricardo Caetano Costa, os autores enfocam os reflexos das mudanças jurídicas civis recentes para as pessoas trans no campo previdenciário, a partir da possibilidade de mudança do prenome e gênero diretamente no cartório civil, independente da realização de cirurgia de transgenitalização e de autorização judicial, diante da ADIN n. 4.275, pelo STF, enfocando os reflexos desta nos direitos previdenciários.

No artigo “A (I)LEGALIDADE DO INDEFERIMENTO PELA AUTARQUIA FEDERAL DO BENEFÍCIO RURAL EM RAZÃO DO LABOR URBANO DO CONJUGE!”, de Nisslane Magalhaes De Siqueira, a autora analisa a situação do trabalhador rural, que desenvolve seu labor em conjunto com o seu núcleo familiar, contudo face a escassez de recursos, um dos cônjuges desloca-se para centros urbanos aventurando melhores condições de vida, sem que isso implique na mudança dos demais membros da família, que continuam laborando no campo.

No artigo “A APOSENTADORIA ESPECIAL DO GUARDA CIVIL MUNICIPAL”, de Luiz Gustavo Boiam Pancotti , Jesus Nagib Beschizza Feres, os autores analisam o direito

dos guardas municipais à aposentadoria especial, diante da omissão legislativa, enfocando o ajuizamento dos inúmeros Mandados de Injunção que foram impetrados visando a aplicação dos requisitos previstos na LC 51/85 que trata da aposentadoria dos policiais.

No artigo “A OPACIDADE DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO”, de Guillermo Rojas De Cerqueira César, o autor pretende compreender a tensão existente na concessão de benefícios através do fenômeno da opacidade do direito previdenciário, concluindo que a opção política é a manutenção da segregação informacional e esvaziamento do sistema previdenciário.

No artigo “A COERÊNCIA DO DIREITO AO ADICIONAL DE 25% EM OUTRAS ESPÉCIES DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS EM ATENDIMENTO À ISONOMIA DE TRATAMENTO AOS SEGURADOS”, de João Carlos Fazano Sciarini, o autor aborda a possibilidade de estender a outros benefícios previdenciários o acréscimo de 25%, já que a lei apenas assegura tal benesse a aposentadoria por invalidez, utilizando para tanto, da doutrina e jurisprudência, observando recente decisão do STJ.

No artigo “AUXÍLIO-RECLUSÃO: ANÁLISE CRÍTICA DOS REQUISITOS DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA”, de Joana Cristina Paulino Bernardes, a autora analisa o benefício do auxílio-reclusão, enquanto benefício previdenciário concedido ao conjunto de dependentes de segurado recolhido à prisão, avaliando as questões controvertidas que devem ser analisadas em relação a este benefício.

No artigo “A EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE E A TERATOLOGIA DA TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS”, de Ana Paula De Jesus Souza , Augusto Cesar Leite de Resende, os autores buscam promover uma análise teórica acerca do direito à saúde na Constituição Federal, explorando os mecanismos de efetivação desse direito, apontando pela necessidade de implementação por meio de políticas públicas para a real concretização destes direitos.

No artigo “AS PRÁTICAS INTEGRATIVAS E COMPLEMENTARES DO SUS COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE À LUZ DA BIOÉTICA”, de Maria Claudia Crespo Brauner , Rodrigo Gomes Flores, os autores objetivam analisar a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC) como alternativa à judicialização do acesso à saúde pública à luz da bioética.

No artigo “AS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL”, de Cássia Daiane Maier Gloger , Alan Peixoto de Oliveira, os autores buscam analisar as Políticas Públicas implementadas no Brasil em prol das Pessoas com Deficiência,

tendo como suporte a obra de Erus Roberto Grau, além da legislação constitucional e infraconstitucional que embasam as normas sociais inclusivas no Brasil.

No artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: INCLUSÃO E EXCLUSÃO DOS SUBINTEGRADOS”, de Leonardo Furian, é analisado o direito a um salário mínimo do artigo 203, V, da Constituição brasileira de 1988, aos deficientes ou idosos em situação de miserabilidade, pela perspectiva sistêmica e o meta-código inclusão/exclusão, questionando se essa “garantia” é suficiente para inclusão das pessoas.

No artigo “A VULNERABILIDADE SOCIAL COMO REQUISITO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: O ANTAGONISMO DO CONCEITO ENTRE A LEI E A PRÁTICA”, de Joicemar Paulo Van Der Sand, o autor faz uma reflexão sobre o conceito de vulnerabilidade social, considerado requisito para a concessão do benefício de Prestação Continuada – BPC, pela Previdência Social, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

No artigo “UMA ANÁLISE DO CRITÉRIO ECONÔMICO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À LUZ DO DIREITO AO MÍNIMO PARA EXISTÊNCIA CONDIGNA”, de Camila Arraes de Alencar Pimenta , Kely Cristina Saraiva Teles Magalhães, as autores buscam investigar a aplicação do critério econômico previsto na Lei Orgânica de Assistência Social para a concessão do BPC, bem como os projetos de lei que propõem a sua alteração.

No artigo “DIREITOS SOCIAIS EM GERARDO PISARELLO: DESCONSTRUINDO MITOS E RECONSTRUINDO GARANTIAS”, de André Luís dos Santos Mottin, o autor utiliza a obra “Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”, de Gerardo Pisarello, buscando analisar de forma crítica alguns dos “mitos” difundidos sobre os direitos sociais tendentes a mitigar a força histórica, axiológica, teórica e dogmática desses direitos.

No artigo “O DEBATE BRASILEIRO SOBRE O CUSTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ALGUMAS APROXIMAÇÕES”, de Renan Zucchi , Matheus Felipe De Castro, os autores exploram o debate brasileiro sobre o custo dos direitos fundamentais sociais na Constituição vigente a partir de considerações atuais, para além do argumento econômico, destacando as tendências na relação indissociável entre a efetivação dos direitos fundamentais e os custos.

No artigo “O DIREITO À EDUCAÇÃO, MULTIMÍDIA E EVASÃO ESCOLAR”, de Sonia Maria Cardozo Dos Santos , Gilberto Tomazi, os autores investigam o uso da multimídia na Educação, como estímulo à frequência e diminuição da evasão escolar.

No último artigo apresentado, “O DIREITO ADQUIRIDO NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, de Cauã Baptista Pereira de Resende, o autor apresenta as noções jurídicas doutrinárias basilares acerca do instituto para uma melhor compreensão do tema, examinando os julgados do Superior Tribunal de Justiça envolvendo o direito adquirido na previdência complementar.

Certo que essas pesquisas, que resultaram nos excelentes artigos selecionados e apresentados neste GT 1, de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social, contribuíram ao debate e aprofundamento destes direitos, desejamos a todos e todas uma ótima leitura e aproveitamento dos referidos.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa – FURG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO ADQUIRIDO NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE RIGHT TO PURCHASE IN THE COMPLEMENTARY PENSION: ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Cauã Baptista Pereira de Resende

Resumo

No presente artigo apresentou-se, primeiramente, noções jurídicas doutrinárias basilares acerca do instituto para uma melhor compreensão do tema. Na sequência, verificou-se as principais disposições legais estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro acerca do direito adquirido. Posteriormente, examinou-se julgados do Superior Tribunal de Justiça envolvendo o direito adquirido na previdência complementar. Foi possível perceber que a jurisprudência tem se consolidado no sentido de que o direito adquirido se aperfeiçoa quando do preenchimento concomitante de todos os elementos fático-jurídicos exigidos pelo regulamento para a percepção do benefício previdenciário. Todavia, a questão ainda está indefinida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito adquirido, Previdência complementar, Superior tribunal de justiça

Abstract/Resumen/Résumé

In this article, we first presented basic doctrinal legal notions about the institute for a better understanding of the subject. Subsequently, the main legal provisions of the Brazilian legal system regarding acquired right were demonstrated. Subsequently, judgments of the Superior Court of Justice were examined involving the acquired right in the supplementary pension plan. It was possible to perceive that the jurisprudence has been consolidated in the sense that the acquired right occurs when all the requirements for perception of the benefit are reached. However, the question is still undefined in the scope of the Superior Court of Justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Vested right, Additional purpose, Superior court of justice

I. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, as sociedades capitalistas ocidentais têm vivenciado um processo de mutação acelerada, decorrente, dentre outros fatores, do aumento exponencial da população, da concentração dos indivíduos nos centros urbanos e, principalmente, da heterogeneidade, diversidade e pluralidade das sociedades modernas.

A complexidade cada vez mais intensa da civilização capitalista pós-industrial tem ocasionado problemas graves, os quais repercutiram nas esferas social, econômica e também jurídica.

Na esfera jurídica, pode-se afirmar que um dos principais problemas refere-se à notável judicialização da vida em quase todas as sociedades capitalistas ocidentais. O fenômeno da judicialização significa que nas civilizações modernas vastos setores da vida social estão sendo decididos, em caráter final, pelo Poder Judiciário, em detrimento das demais instituições tradicionais.

Como enfatizou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso em palestra proferida no dia 17/08/2015, no Instituto Fernando Henrique Cardoso, em São Paulo, há uma certa exacerbação desse fenômeno no Brasil. A vida brasileira se judicializou de forma ampla e generalizada: “da reforma previdenciária à importação de pneus usados, passando por abandono afetivo, uso de drogas e até colarinho de chopp (o STJ entendeu que o colarinho integra a bebida para fins de medição da quantidade servida!).” (BARROSO, 2015).

Para se ter uma ideia da extensão da judicialização da vida brasileira, de acordo com o Relatório “Justiça em Números 2014”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, mais de 28 milhões novas ações judiciais desaguaram no Poder Judiciário apenas no ano de 2013 e, atualmente, o saldo estimado de processos em tramitação supera a marca de 67 milhões.

O sistema fechado de previdência complementar, como se sabe, experimentou intensamente os efeitos desse fenômeno. Certamente um aspecto em especial contribuiu decisivamente para a ocorrência da judicialização neste segmento: as entidades fechadas de previdência complementar são, por natureza, seres coletivos, e suas ações podem interessar, e efetivamente interessam, a uma pluralidade de sujeitos. Significa dizer que há uma tendência, no âmbito do sistema fechado de previdência complementar, no sentido de que um conflito jurídico pontual se torne, progressivamente, um conflito em massa.

Diversos temas atinentes à previdência complementar fechada foram discutidos no âmbito do Poder Judiciário nos últimos anos: integração de verbas trabalhistas na base de

cálculo da complementação de aposentadoria, migração de planos de benefícios, extensão do denominado auxílio-cesta alimentação aos assistidos, aplicação do Código de Defesa do Consumidor, incidência dos expurgos inflacionários sobre o resgate, apenas para citar alguns exemplos mais emblemáticos.

No presente artigo, far-se-á uma incursão em uma das questões jurídicas mais discutidas na seara da previdência complementar privada e comum a quase todos os fundos de pensão do país: o direito adquirido.

Para as entidades fechadas de previdência complementar o direito adquirido se dá, em relação o participante do Plano de Benefícios, a partir do momento em que o mesmo implementa todas as condições previstas no regulamento para fazer jus a determinado benefício de complementação de aposentadoria.

Contudo, nos últimos anos milhares de ações foram ajuizadas por participantes de entidades fechadas de previdência complementar, tanto na Justiça do Trabalho como na Justiça Comum, pleiteando a aplicação do regulamento vigente à época da adesão dos mesmos ao Plano de Benefícios. E o principal fundamento utilizado por esses participantes é o de que eles teriam direito adquirido à aplicação do regime previdenciário originário.

Diante desse cenário, surge o objeto deste artigo, que examinará o direito adquirido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o escopo de compreender e delimitar o alcance do referido instituto nas relações jurídicas firmadas entre participantes e entidades fechadas de previdência complementar.

O presente trabalho é dividido em mais três capítulos, assim constituídos: “Noção de Direito Adquirido e de Expectativa de Direito”, no qual se procura apresentar as noções básicas do instituto para uma melhor compreensão do tema; “Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Acerca do Tema”, com o desenvolvimento dos temas centrais do presente estudo.

II. NOÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO E DE EXPECTATIVA DE DIREITO.

O instituto do direito adquirido está intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica, ao qual o constituinte originário atribuiu tamanha importância que o consagrou na Constituição da República de 1988 com o *status* de garantia individual fundamental (art. 5º, inc. XXXVI), sendo considerado, inclusive, cláusula pétrea da nossa Constituição, por força do art. 60, §4º, inc. IV.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular ou por outrem possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado ou condição preestabelecida inalterável, consoante define o art. 6º, §2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

A literatura jurídico-científica (SAMPAIO, 2005, p. 84) conceitua direito adquirido como sendo o direito subjetivo definitivamente incorporado ao ativo (direito adquirido de valor econômico) ou à esfera jurídica (direito adquirido sem valor econômico) do indivíduo, decorrente de uma situação ou complexo fático-jurídico consolidados pelo esgotamento das hipóteses legais de aquisição.

Em interessante passagem, Clóvis Beviláqua aponta os requisitos necessários para a configuração do direito adquirido:

“Para que o direito possa ser exercido pelo titular ou por seu representante, é necessário: a) que se tenha originado de facto jurídico, de acordo com a lei do tempo, em que se formou ou produziu; b) que tenha entrado para o patrimônio do indivíduo. Assim a definição da lei, referida em primeiro lugar, e que é fundamental, pode ser convertida nesta outra: direito adquirido é um bem jurídico, criado por um facto capaz de produzi-lo, segundo as prescrições da lei vigente, e que, de acordo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimônio do titular”. (BEVILÁQUA, 1931).

Por outro lado, como intuitivo, expectativa de direito consiste em um direito que ainda está em formação e, portanto, não é exercitável por seu titular ou por outrem em seu nome, por não terem sido cumpridos todas os requisitos legais ou contratuais exigidos para a sua aquisição.

Nesse sentido, vale transcrever interessante lição da jurista Geni Koskur:

“Se existiram fatos adequados para a sua aquisição, que, contudo, ainda depende de outros que não ocorreram, caracteriza-se uma situação jurídica preliminar. Portanto, o interessado tem expectativa em alcançar o direito em formação, que poderá ser furtada ou não. Por exemplo, no caso do direito ao benefício de aposentadoria, somente quem possuir simultaneamente todos os requisitos necessários, terá direito a aposentar-se. Faltando um destes

requisitos, o titular gozará apenas de mera expectativa de direito.” (KOSKUR, 2006, p. 210).

Outro doutrinador, Paulo de Lacerda, traça os contornos da expectativa de direito:

“Para que um direito possa ser adquirido, é condição necessária que ele seja concreto: não há como se compreender a aquisição de um direito, ou de uma coisa qualquer, cuja existência não é senão potencial, possível e abstrata. E o direito se torna concreto quando deixa de ser meramente uma norma de ação, para se apresentar como faculdade de agir, e, pois, quando o objetivo, que era, se converte em subjetivo, pela conjugação dos elementos que caracterizam esta última modalidade.” (LACERDA, 1918).

Seguindo essa linha de raciocínio, no âmbito do contrato previdenciário complementar, por evidente, seria necessária a conjunção interdependente de todos os elementos fáticos-jurídicos (contribuição, tempo, idade, rescisão contratual etc.) exigidos pelo Regulamento do Plano de Benefícios para a configuração do direito adquirido.

Portanto, os participantes que ainda não são elegíveis a qualquer benefício oferecido pelo Plano não detêm qualquer espécie de direito adquirido, mas tão somente expectativa de direito, visto que a concessão do benefício complementar ainda não é concreta e objetiva, mas sim subjetiva, visto que depende do preenchimento de requisitos previstos no regulamento do plano de benefícios para que se implemente.

III. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO TEMA

Durantes décadas, houve uma intensa controvérsia na jurisprudência a respeito da competência jurisdicional para processar e julgar as ações judiciais propostas pelos participantes contra as entidades fechadas de previdência complementar.

Desde o julgamento dos Recursos Extraordinários 586453 e 583050, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 20 de fevereiro de 2013, essa polêmica foi superada. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em grau de repercussão geral, a Justiça Comum Estadual como o órgão do Poder Judiciário detentor da competência material para apreciar e

julgar demandas envolvendo previdência complementar. Confira-se, nesse sentido, a ementa do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

“Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda - Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13).

1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta.

2. Quando, como ocorre no presente caso, o intérprete está diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível, deve ele optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e racionalidade ao sistema.

3. Recurso extraordinário de que se conhece e ao qual se dá provimento para firmar a competência da Justiça comum para o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência buscando-se o complemento de aposentadoria.

4. Modulação dos efeitos da decisão para reconhecer a competência da Justiça Federal do Trabalho para processar e julgar, até o trânsito em julgado e a correspondente execução, todas as causas da espécie em que houver sido proferida sentença de mérito até a data da conclusão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do julgamento do presente recurso (20/2/2013).”

(RE 586453, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013 EMENT VOL-02693-01 PP-00001)

Na Justiça Comum Estadual tem prevalecido o entendimento de que a relação jurídica estabelecida entre o participante e a entidade fechada de previdência complementar é de índole civil-previdenciária, não se confundindo, pois, com a relação empregatícia existente entre o empregador (patrocinador) e o empregado (participante).

A propósito, cumpre destacar que o caráter civil-previdenciário da relação jurídica estabelecida entre participante e entidade fechada de previdência complementar está previsto expressamente tanto no art. 202, §2º, da Constituição da República de 1988 (com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº. 20/1998)¹, como também no art. 68 da Lei Complementar 109/2001².

Com efeito, ao prescrever que o contrato previdenciário é autônomo em relação ao regime geral de previdência social e não integra o contrato de trabalho, o legislador pretendeu enfatizar que a previdência complementar privada não se rege nem pelo regime administrativo observado pela Previdência Social (Lei nº. 8.213/1991), nem pelo direito do trabalho, nem por nenhum outro ramo do direito que não o da sua disciplina infraconstitucional própria.

Sobre o tema, vale transcrever a elucidativa lição do jurista Flávio Zambitte Ibrahim:

“A característica do funcionamento autônomo da previdência complementar é prevista no art. 202 da Constituição, o qual, expressamente, desvincula a relação previdenciária do vínculo laboral. Por isso, nos parece totalmente anacrônica a Súmula nº 288 do TST, ao prever que a complementação dos proventos da 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. Ora, se o subsistema da previdência

¹ Art. 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.

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. (BRASIL, 1998).

² Art. 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. (BRASIL, 2001).

complementar é autônomo, submetido a regramento legal próprio e a princípios diversos, especialmente do equilíbrio financeiro e atuarial, não faz o menor sentido aplicar, ao interessado, regras mais benéficas, como se estivéssemos tratando de uma verba tipicamente trabalhista.

Ao contrário do Regime Geral, a previdência complementar se submete ao regime privado do direito, uma vez que o ingresso não é compulsório, daí resultando sua natureza contratual, ao contrário da natureza institucional da previdência básica, dotada de filiação obrigatória. Não obstante a existência de um contrato, regido pelo Direito Civil, a igualdade entre os contraentes não é plena, aliás, está longe disso. A vontade do assistido se restringe à opção pelo ingresso no sistema, não podendo discutir qualquer regra do pacto, verdadeiro contrato de adesão.

Em virtude dessa desigualdade, aliada à extrema relevância do segmento privado da previdência, a ingerência estatal é grande, não apenas na normatização, como também no controle e na fiscalização das entidades envolvidas, de modo a assegurar os direitos dos participantes, evitando-se fraudes e corrigindo a tempo falhas de gestão.” (IBRAHIM, 2009, pp. 255-256).

Nessa esteira, para a solução das controvérsias relativas à previdência complementar fechadas, os magistrados da Justiça Comum têm considerado – corretamente, diga-se de passagem – que devem incidir os princípios e normas específicas que disciplinam esse segmento, e não, evidentemente, regras jurídicas absolutamente alheias às suas peculiaridades.

A Lei Complementar nº. 109/2001, que regulamenta o Regime de Previdência Complementar no Brasil, corrobora com o conceito doutrinário de direito adquirido mencionado anteriormente, ao estabelecer que só há direito adquirido, no âmbito do contrato previdenciário, no exato momento em que o benefício previdenciário complementar é concedido ou quando o participante implementa todas as condições exigidas pelo plano para a obtenção do benefício, ou seja, quando o participante se torna elegível ao benefício. Este é o entendimento que se extrai do disposto nos arts. 17 e 68 da Lei Complementar nº 109/2001:

“Art. 17. As alterações processadas nos regulamentos 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.

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.”

“Art. 68.

[...]

§ 1º Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.”

É importante destacar que mesmo anteriormente à edição da Lei Complementar nº. 109/2001, quando a matéria ainda era regida pela Lei nº 6.435/1977, o reconhecimento dos direitos adquiridos já era limitado àqueles participantes que tivessem implementado as condições necessárias à elegibilidade para os benefícios, consoante se depreende do art. 42, § 10 e § 11, do referido instrumento legal:

“Art. 42. Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados dos participantes das entidades fechadas, dispositivos que indiquem:

[...]

§ 10 Se os planos de benefícios das entidades de previdência privada, vigentes à data da entrada em vigor desta Lei, previrem a concessão de complemento à aposentadoria da previdência social excedente do limite previsto nos §§ 5º e 6º, fica assegurada essa complementação aos participantes daqueles planos, nas condições vigentes, desde que tenham preenchido os requisitos necessários ao gozo do benefício, cujo direito poderá ser exercido a qualquer tempo.

§ 11 Os participantes que ainda não tenham implementado as condições a que se refere o parágrafo anterior farão jus, quando se aposentarem, àquela complementação, de acordo com as normas do plano a que estejam vinculados, mas proporcionalmente aos anos completos computados pela entidade de previdência privada até o início da vigência desta Lei.”

Diante desse quadro normativo, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado a sua jurisprudência no sentido de que o direito adquirido dos participantes de plano fechado de previdência complementar somente se aperfeiçoa quando são preenchidos os requisitos para a percepção do benefício previdenciário. Confirma-se acórdãos proferidos pelas Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

“Seja sob a égide da Lei nº 6.435/77 ou das Leis Complementares nºs 108/2001 e 109/2001, sempre foi permitida à entidade fechada de previdência privada alterar os regulamentos dos planos de custeio e de benefícios como forma de manter o equilíbrio atuarial das reservas e cumprir os compromissos assumidos diante das novas realidades econômicas e de mercado que vão surgindo ao longo do tempo.

Por isso é que periodicamente há adaptações e revisões dos planos de benefícios a conceder, incidindo as modificações a todos os participantes do fundo de pensão após a devida aprovação pelos órgãos competentes (regulador e fiscalizador), observado, em qualquer caso, o direito acumulado de cada aderente. (...)

Não há falar em direito adquirido, mas em mera expectativa de direito do participante, à aplicação das regras de concessão da aposentadoria suplementar quando de sua admissão ao plano, sendo apenas assegurada a incidência das disposições regulamentares vigentes na data em que cumprir todos os requisitos exigidos para obtenção do benefício, tornando-o elegível”. (REsp 1421951/SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 3ª Turma, j.25/11/2014, DJe19/12/2014)

"PREVIDENCIÁRIO. DIREITO ADQUIRIDO AO RECEBIMENTO DE COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO DE ACORDO COM AS REGRAS VIGENTES NO PERÍODO DE ADESÃO AO PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. AUSÊNCIA DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. (...)

5. "No tocante ao regime de previdência privada complementar, é pacífica a orientação desta Corte de que o direito adquirido somente se aperfeiçoa no momento em que o participante preencher os requisitos para a percepção do

benefício previdenciário". (AgRg no REsp 989.392/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS

BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 14/04/2014)

6. Os arts. 17, parágrafo único e 68, § 1º, da Lei Complementar 109/2001 dispõem que as alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão público fiscalizador, só sendo considerados direito adquirido do participante os benefícios a partir da implementação de todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento vigente do respectivo plano de previdência privada complementar. Precedentes. (...)”.

(AgRg no REsp 1452280/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, j. em 23/09/2014)

Por outro lado, cabe mencionar que o Superior Tribunal de Justiça já proferiu acórdãos no sentido de que as contribuições para o regime de previdência complementar podem ser alteradas (majoradas ou reduzidas) a qualquer momento para manter o equilíbrio econômico-financeiro do plano, uma vez que não há direito adquirido ao regime inicial de custeio. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REGIME DE CUSTEIO. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. CARÁTER ESTATUTÁRIO DO PLANO. REAVALIAÇÃO ATUARIAL PERIÓDICA. LÓGICA DO SISTEMA DE CAPITALIZAÇÃO. MAJORAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES. POSSIBILIDADE.

BUSCA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO FUNDO PREVIDENCIÁRIO.

RESULTADO DEFICITÁRIO. ÔNUS DE PATROCINADORES, PARTICIPANTES E ASSISTIDOS. MUTUALIDADE.

1. Pelo regime de capitalização, o benefício de previdência complementar será decorrente do montante de contribuições efetuadas e do resultado de investimentos, podendo haver, no caso de desequilíbrio financeiro e atuarial do fundo, superávit ou déficit, a influenciar os participantes do plano como um

todo, já que pelo mutualismo serão beneficiados ou prejudicados, de modo que, nessa última hipótese, terão que arcar com os ônus daí advindos.

2. É assegurada ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria. Todavia, disso não decorre nenhum direito adquirido a regime de custeio, o qual poderá ser alterado a qualquer momento para manter o equilíbrio atuarial do plano, sempre que ocorrerem situações que o recomendem ou exijam, obedecidos os requisitos legais.

3. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será suportado por patrocinadores, participantes e assistidos, devendo o equacionamento 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 (art. 21, § 1º, da Lei Complementar nº 109/2001).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 541.301/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 30/09/2015)

PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. RECURSO ESPECIAL. MIGRAÇÃO DE PLANO DE BENEFÍCIOS PARA OUTRO ADMINISTRADO PELA MESMA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO DAS ALÍQUOTAS DE CONTRIBUIÇÃO PAGAS AOS DIFERENTES PLANOS DE BENEFÍCIOS, AO ARGUMENTO DE NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE ISONOMIA. DESCABIMENTO.

PLANOS DE BENEFÍCIOS QUE, AINDA QUE ADMINISTRADOS PELA MESMA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, TÊM INDEPENDÊNCIA PATRIMONIAL. REAJUSTE DE CONTRIBUIÇÃO DOS PARTICIPANTES E ASSISTIDOS PARA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO PLANO DE BENEFÍCIOS. POSSIBILIDADE. TESE DE HAVER DIREITO ADQUIRIDO A DETERMINADO REGIME DE CONTRIBUIÇÕES. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. PLEITO QUE NÃO TEM NENHUM SUPEDÂNEO NA

AB-ROGADA LEI N. 6.435/1977 NEM NAS VIGENTES LEIS COMPLEMENTARES N. 108 E 109, AMBAS DE 2001.

1. Há independência patrimonial entre os diversos planos de benefícios - ainda que vinculados à mesma entidade de previdência privada -; "mesmo nos planos de Benefício Definido, em que existe uma conta coletiva, não ocorre 'distribuição de renda', mas mutualismo, ou seja, todos os participantes encontram-se nas mesmas condições, repartindo os riscos envolvidos na operação" (CASSA, Ivy.

Contrato de previdência privada. São Paulo: MP, 2009, p. 62- 83).

2. Na vigência da Lei n. 6.435/1977 (no mesmo sentido, dispõe o art. 23, parágrafo único, da Lei Complementar n. 109/2001), os planos de benefícios de previdência privada já eram elaborados com base em cálculos atuariais - prevendo benefícios e formação de correspondente fonte de custeio -; que, conforme o artigo 43 da ab-rogada Lei n. 6.435/1977, deveriam ao final de cada exercício ser reavaliados, com vistas à manutenção do equilíbrio do sistema.

Como a entidade de previdência fechada é apenas administradora do fundo formado pelas contribuições da patrocinadora e dos participantes e assistidos - que participam da gestão do plano -, os desequilíbrios atuariais verificados no transcurso da relação contratual, isto é, a não confirmação da premissa atuarial decorrente de fatores diversos - até mesmo exógenos, como a variação da taxa de juros que remunera seus investimentos -, os superavit e deficit verificados, repercutem para o conjunto de participantes e beneficiários.

3. Todavia, coerentemente, no tocante ao deficit, o art. 21 da Lei Complementar n. 109/2001 também prevê que resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, podendo 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 infralegais estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

4. Com efeito, muito embora a norma de regência ao caso (art.

21, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001) vede a redução dos benefícios concedidos, isto, em consonância com os arts. 17, parágrafo único e 68, § 1º,

do mesmo Diploma, e reconheça direito adquirido ao benefício, no momento em que o participante se torna elegível, não estabelece direito adquirido ao regime de contribuições, que poderão ser reajustadas para equacionamento de resultado deficitário.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1384432/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 26/03/2015)

Nessa perspectiva, pode-se concluir que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se consolidado no sentido de que o direito adquirido dos participantes e assistidos se aperfeiçoa quando do preenchimento concomitante de todos os elementos fático-jurídicos exigidos pelo regulamento para a percepção do benefício previdenciário. Todavia, de acordo com as decisões proferidas pelo próprio Superior Tribunal de Justiça vislumbra-se que o direito adquirido dos assistidos não impede que, em situações excepcionais e mediante a aprovação do órgão público fiscalizador, o fundo de pensão proceda alterações no plano de benefícios a fim de manter o equilíbrio atuarial das reservas e cumprir os compromissos assumidos.

Nada obstante, é importante destacar que esta questão ainda está indefinida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Considerando a multiplicidade de Recursos Especiais discutindo este mesmo tema, o Superior Tribunal de Justiça definiu que o Tema Repetitivo nº. 907 do Tribunal analisará precisamente a questão do direito adquirido no âmbito da previdência complementar. O REsp nº. 1435837/RS, Relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, foi escolhido como o recurso representativo da controvérsia.

Em 31/8/2015 foi realizada audiência pública, oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça ouviu pessoas e representantes de entidades com experiência e conhecimento na matéria debatida no presente Tema Repetitivo para subsidiar a fixação de sua tese.

O Recurso Especial em questão será julgado oportunamente pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito de recursos repetitivos, quando enfim será pacificada a jurisprudência da Justiça Comum acerca do regulamento aplicável ao participante de plano de previdência privada.

IV. CONCLUSÕES

Existe hodiernamente nos países ocidentais de modo geral uma cultura da judicialização da vida. Especificamente no Brasil, há uma certa exacerbação desse fenômeno, visto que vastos setores da vida social estão sendo decididos, em caráter final, pelo Poder Judiciário, em detrimento das demais instituições tradicionais.

O sistema fechado de previdência complementar, como se sabe, experimentou intensamente os efeitos do fenômeno da judicialização da vida, sobretudo porque as entidades fechadas de previdência complementar são, por natureza, seres coletivos, e suas ações podem interessar, e efetivamente interessam, a uma pluralidade de sujeitos. Por esse motivo, nota-se que há uma tendência, no âmbito do sistema fechado de previdência complementar, no sentido de que um conflito jurídico pontual se torne, progressivamente, um conflito em massa.

Nos últimos anos, um dos temas mais debatidos no Poder Judiciário envolvendo as entidades fechadas de previdência complementar refere-se ao direito adquirido: enquanto os fundos de pensão defendem que o direito adquirido somente se aperfeiçoa no momento da concessão do benefício previdenciário, participantes ajuizaram milhares de ações judiciais pleiteando a aplicação do regulamento vigente à época da adesão ao plano de benefícios.

A diretriz normativa e doutrinária acerca do tema é clara no sentido de que, no âmbito do contrato previdenciário complementar, seria necessária a conjunção interdependente de todos os elementos fáticos-jurídicos (contribuição, tempo, idade, rescisão contratual etc.) exigidos pelo Regulamento do Plano de Benefícios para a configuração do direito adquirido. Nesse sentido, os participantes que ainda não são elegíveis a qualquer benefício oferecido pelo Plano detêm tão somente expectativa de direito, visto que a concessão do benefício complementar ainda não é concreta e objetiva.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça Comum, órgão jurisdicional responsável pela uniformização da interpretação do direito federal, constatou-se que tem prevalecido o entendimento no sentido de que, seja sob a égide da Lei nº. 6.435/1977 ou da Lei Complementar nº. 109/2001, inexistente direito adquirido do participante à aplicação das regras regulamentares vigentes quando de sua inscrição no plano de benefício, sendo apenas assegurada a incidência das disposições vigentes na data em que cumprir todos os requisitos exigidos para obtenção do benefício previdenciário.

Verificou-se no presente artigo, outrossim, que a questão ainda não está inteiramente definida. O Superior Tribunal de Justiça julgará oportunamente o Recurso Especial nº. 1435837/RS (Tema Repetitivo nº. 907), sob o regime de recursos repetitivos, visando

pacificar a jurisprudência da Justiça Comum acerca do regulamento aplicável ao participante de plano de previdência privada.

Diante desse cenário, é recomendável que as entidades de previdência complementar, por meio de seus advogados, apresentem requerimentos de suspensão dos processos em tramitação na Justiça Comum sempre que houver discussão a respeito da incidência do instituto do direito adquirido no caso concreto.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Direito e Política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da república*. Palestra proferida no Instituto Fernando Henrique Cardoso, em São Paulo, no dia 17 ago. 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 4.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1931.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2014*. Disponível em < ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf > Acesso em 21 ago. 2015.

IBRAHIM, Flávio Zambitte. *Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

KOSKUR, Geni. *Direito Previdenciário – Temas Atuais*. Coordenação: Cleci Maria Dartora e Melissa Folmann. Ed. Decálogo, 2006.

LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1918, v. 1.

PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.