

INSTITUTOS BÁSICOS DO DIREITO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

O PLANO DE BENEFÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. O PATRIMÔNIO A ELE VINCULADO

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

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

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

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

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

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

5. Congrega, ele, **pessoas**, que são seus **membros**, seus **partícipes**; os **patrocinadores**, os **participantes** e os **assistidos**; cada categoria com seus

direitos, seus interesses juridicamente tutelados; seus deveres, obrigações, pretensões e ações.

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

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

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

7.2. O **patrimônio, juridicamente, é o ativo, que, se há passivo** (pode não haver), é **atingível** por esse: não é o que resta do **ativo**, deduzido o **passivo** (PONTES, *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 3ª ed., 1970, V: 372). Este apenas *'ameaça diminuir'* o **patrimônio**; e só o diminui, quando há a **prestação** devida, por seu titular, ou a **execução forçada, pelo credor.**

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

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

8.1. Quando se trata de **patrimônio geral**, entra nele tudo que passa a ter, por titular, o daquele. No tocante ao **patrimônio especial**, a entrada de um bem depende de que haja, no suporte fático, o elemento que, consoante a regra jurídica pertinente, produz a incidência dessa e causa aquele ingresso.

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

8.3. Ponto fundamental é o realçado por FRANCESCO FERRARA, (*Trattato di Diritto Civile Italiano*, Atheneum, Roma, 1921, vol. I, parte I, p. 87), ao assinalar que, para a identificação do **patrimônio separado**, além da **destinação especial, voluntária ou legal, é inafastável a especificidade na responsabilidade pelos débitos: o patrimônio separado está exposto a um passivo próprio.**

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

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

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

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

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

9.3. Diz FRANCESCO FERRARA (*op. e vol. cit.*) que "*il patrimonio separato è un patrimonio allo scopo*".

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

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

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

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

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

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

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

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

12.1. Sobre **patrimônio comum** disserta PONTES DE MIRANDA (*Tra-
tado de Direito Privado*. Rio, Borsoi, V: 383 e s.):

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

.....\.....
*O direito do cotitular do **patrimônio comum** [quanto vigorar a **comunhão**] não é direito de crédito: não existe só entre ele e os outros **comunheiros**. É direito sobre o **patrimônio comum**, com pretensões, ações e exceções contra os outros cotitulares (e. g. para a administração, para a liquidação e partilha). Não é direito real, posto que direitos reais possam ser elementos do **patrimônio comum**. O direito de titular do **patrimônio individual especial** não é de crédito contra si mesmo, nem direito real: é **direito sobre o patrimônio especial**, ainda que algum ou alguns dos seus elementos sejam direitos reais.”*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16. Na modelagem de **contribuição definida**, é mantida a **comunhão**, mas sob a forma de **comunhão por quotas**, pois que a **partilha** corresponde à discriminação de **quinhões**. **Juridicamente**, embora **partilhada em quotas**, é **comunhão pro indiviso**, eis que não ocorre a **divisão material, concreta; partilha-se**, mas não **se partem** os bens objeto dos direitos que compõem o **patrimônio**.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

18.4.1. Esse ponto é fundamental: '**restituição**' não significa, necessariamente, o **retorno** do que foi prestado; mas pode ter o sentido de '**restabelecimento do estado ao tempo da prática do ato jurídico**' (PONTES, *Tratado, cit.*, IV: 321/322); é a '**reposição no estado anterior**', a sua '**restauração**' (HOUAISS).

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

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

18.4.4. Com efeito, o que se **resgata** é o **contrato previdencial privado**, como forma de **denúncia**, mediante o exercício de **direito potestativo, extintivo** daquele e de suas situações jurídicas. Desse exercício, em seu **viés constitutivo**, nasce o **direito econômico** ao **valor** correspondente às **contribuições**.

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

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

20. Como explicita PONTES (*Tratado cit.*, III: 146 e s.), '**sempre que a transmissão [de direitos sobre bens] tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação**

àquele a quem se transmite, diz-se que há **fidúcia** ou **negócio jurídico fiduciário**'.

20.1. Exemplifica:

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

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

21.1. PONTES DE MIRANDA (*Tratado cit.*, III: 149) adita que o fenômeno é o da '*atribuição patrimonial a que se une a fidúcia*'.

21.2. Outrossim, explana PONTES (*op. cit.*, I: 520 e s.) que, na formação de **patrimônio especial** constituído por **contribuições**, coletadas, pode a **propriedade** – em sentido lato – passar para o **fiduciário**, caracterizando-se o **patrimônio especial fiduciário**.

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

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

21.4.1. No **Direito Comparado**, como analisa MELHIM NAMEM CHALUB (*'Trust'*, Rio, Renovar, 2001), temos o **contrato de fidúcia francês**; os **fundos de investimento italianos**; o **fideicomisso da América Espanhola** (México, Argentina, Chile, Colômbia, Porto Rico, Panamá).

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

O CONVÊNIO DE ADESÃO: SUA NATUREZA JURÍDICA

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

primeira disposição citada) e de seu **plano de benefícios** (dicção do segundo dispositivo indicado).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9.1. Define PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 3ª ed., 1984, XLIX: 28):

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

9.1.1. Complementa:

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

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

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

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

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

10.1.1. Etimológica e semanticamente, **colaborar** tem o sentido de **trabalhar para outrem, ajudar, auxiliar**. **Juridicamente**, a noção é a de **atuar** em favor de interesse alheio. Daí, o conceito de **descentralização por colaboração**, em que se inscrevem os **colaboradores da Administração Pública**,

dentre os quais, os **contratados**, nos referidos **contratos de fornecimento, obras, serviços, concessões e permissões**.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O CONTRATO DE BENEFÍCIOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Está-se na área dos **contratos de adesão**, que supõem **oferta** a um **conjunto de pessoas**, cada uma delas **aceitando**, em cada caso, o que foi **oferta a todos**, ou, mais exatamente, **reste-se a cada um** (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 3ª ed., XXXVIII:34).

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

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

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

7.4. Os **ofertantes vinculam-se por sua oferta e à sua oferta**. Com a **aceitação**, têm lugar duas **declarações de vontade**, que produzem, por si só, **atos jurídicos interintegrativos** (PONTES, *op. cit.*, III: 26/27).

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

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

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

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

8.2. Apesar de tratar-se de **contrato de adesão** – de **tipo ou padrão** –, ainda assim se trata de **contrato**, o que extrema, radicalmente, a situação em tela da de índole **objetiva**, dita, também, **estatutária**: no **contrato de adesão**, a **situação jurídica dos contratantes** é **subjetiva**, criada por **negócio jurídico**

bilateral (mesmo resultante de duas expressões volitivas sucessivas), sejam as **cláusulas** respectivas estabelecidas por **normas jurídicas**, que, ocorrido o **fato gerador**, se torna **subjativador**, **conteúdo do ato jurídico subjetivo**; sejam aquelas estipuladas livremente pelo **ofertante**, com a **adesão do cocontratante**.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12.1. No inter-relacionamento **participante-EFPC, via Plano**, o primeiro é **destinatário da gestão do patrimônio fiduciariamente entregue à administração** da entidade; encontrando-nos, no âmbito do **contrato de previdência privada**, em sede do **Direito das Obrigações**, das **relações jurídicas**

fechadas de crédito e de débito. Obrigação em sentido estrito, ou seja, a relação jurídica de que decorre para uma pessoa, o *'debitor'*, poderem vir a ser exigidas pela outra, o *'creditor'*, as **prestações** devidas.

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

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

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

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

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

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

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

A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS PARTICIPANTES

1. Com a **celebração do contrato previdencial privado**, nasce um conjunto de **direitos potestativos constitutivos**; alguns já **consumados, exercitáveis**; como o de formalização de certas **opções imediatas**, quando da

própria **inscrição** como **participante**; outros também **atuais**, mas ainda **não consumados, não exercitáveis**, sujeitos a **termos iniciais** e a **pressupostos de exercício**.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“*os benefícios serão considerados direito adquirido do participante*”

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

7.5. O **contrato de previdência complementar fechada** é de **duração permanente** e de **execução imediata** quanto à **suportação do risco**; e de **trato sucessivo**, com início de **execução diferida**, quanto ao **adimplemento das prestações**. Cada **prestação periódica**, singular, não é objeto de uma **obriga-**

ção distinta: "a obrigação é única; fracionam-se as prestações" (ORLANDO GOMES, *Contratos*, Rio, Forense, 1959, p.94).

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

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

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

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

NOTA

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