

# PARECER

## I - INTRODUÇÃO

1. Consulta-nos a **Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil – ANABB** acerca do teor da **Minuta**, divulgada pelo **Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC**, de texto de **Resolução**, a ser editada por esse órgão regulador, dispondo *‘sobre as retiradas de patrocinador e de instituidor no âmbito do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar’*.

1.1. O ato regulatório projetado revogará (art. 26) a **Resolução MPAS/CPC nº 6**, de 07.04.88.

2. A solicitação de opinamento envolve a análise do pronunciamento da **Advocacia-Geral da União – Consultoria Geral da União**, consubstanciado no Parecer nº 139/2012/CONJUR-MPS/CGU/AGU, firmado pela **Coordenadora de Estudos sobre Legislação Previdenciária** e pela **Coordenadora-Geral de Direito Previdenciário**, com aprovação do **Consultor Jurídico** junto ao **Ministério da Previdência Social**.

3. A manifestação foi exarada a pedido da **Secretaria de Políticas de Previdência Complementar – SPPC**, a que foi, a final, encaminhada.

4. O exame da matéria exige a fixação prévia de alguns **conceitos** fundamentais.

## II - 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 (*Tratado 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 [enquanto vigorar a comunhão] não é direito de crédito: não existe só entre ele e os outros comuneiros. É direito sobre o patrimônio comum, com 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**.



### III - 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 eficacialmente 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**.

## IV – O CONTRATO DE BENEFÍCIOS

### A – A Oferta e a Aceitação

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

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

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

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

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

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

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

3.1. A **identificação da natureza contratual**, do **inter-relacionamento** em pauta, é **fiel à natureza da situação jurídica** dos

participantes e assistidos, e, por isso, veio a ser **constitucionalmente consagrado** pela **Emenda nº 20/98**.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

7. Está-se na área dos **contratos de adesão**, que supõem **oferta** a um **conjunto de pessoas**, cada uma delas **aceitando**, em cada caso, o que foi **oferta a todos**, ou, mais exatamente, reste-se a **cada um** (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 sós, **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 (ultimação, aperfeiçoamento)** do **negócio jurídico unilateral, bilateral, ou plurilateral**, dá-se o advento da **vinculação**, traduzida na **irrevogabilidade**, na **intangibilidade**, do que é **direito subjetivo e dever jurídico**.

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

## B – Os Conceitos Básicos

1. O ato jurídico perfeito é aquele cujo suporte fático reúne todos os elementos existenciais e, desse modo, nasceu para o direito, penetrou no mundo jurídico, onde, uma vez eficaz, vai produzir seus efeitos, que são os poderes, direitos, deveres, obrigações, ações e exceções.

1.1. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro define o ato jurídico perfeito como sendo 'o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou': art. 6º, § 1º.

1.2. Conforme se vê, a consumação é do suporte fático, que, sem deficiências, aperfeiçoou-se, encerrando a fase de formação do substrato jurígeno. O adjetivo 'perfeito' está no sentido em que é usado na locução 'pretérito perfeito' (*per + factum*).

1.3. O direito é, portanto, efeito, no mundo do direito, do ato jurídico que se aperfeiçoou.

2. O instituto do direito adquirido compreende várias noções básicas, ligadas à aderência, de situações de direito, ao patrimônio jurídico da pessoa; algumas referentes ao estado pré-aquisitivo do *ius*.

3. O primeiro conceito, que surge, é o de expectativa de direito. Analisemo-lo.

3.1. Os chamados *atos-regra* criam situações jurídicas ditas objetivas, estatutárias, gerais, regulamentares, que formam o Direito em tese, isto é, abstrato. Um conjunto de situações, objeto de um só diploma regulativos, forma um estatuto jurídico; que pode ser normativo, se fonte do Direito Positivo; ou negocial, se parte do ordenamento interno de uma instituição, a abranger estatutos, regulamentos, regimentos.

3.1.1. Essas situações jurídicas têm como conteúdo, poderes e deveres em tese.

3.2. Cada um de nós está investido nas mais variadas dessas situações; uma vez que tenha ocorrido o ato ou o fato-condição de investidura. Os dois estatutos jurídicos, isto é, conjunto de situações da



espécie, **em tese**, mais abrangentes são a **Constituição** e o **Código Civil**, eis que, antes mesmo do nascimento, o nascituro, está inserido em algumas delas.

3.2.1. A investidura na **situação jurídica** faz do **investido** seu **destinatário**. Sem aquela primeira, somos **terceiros** em relação à mesma.

4. Um primeiro **atributo da situação objetiva** é a da **identidade**, eis que é a **mesma** para todos os **destinatários** nela investidos. Não se trata, portanto, de **igualdade**, mas de **mesmeidade**, também referida como **generalidade**.

5. Outra característica é a da **mutabilidade**, eis que o **ato-regra** é, por natureza, **revogável** e **substituível**.

5.1. Daí, existirem as **salvaguardas defensivas** em favor dos **destinatários**, às quais se traduzem nas **garantias constitucionais** do **ato jurídico perfeito**, do **direito adquirido** e da **coisa julgada** (CF, art. 5º XXXVI; e 60, § 4º, IV; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6º e §§).

5.2. O **Direito** não existe para permanecer **in these**, razão pela qual existe o fenômeno de progressiva **individualização das situações jurídicas**.

5.3. Assim, a própria **investidura** é um primeiro passo nessa **personalização**, porquanto a pessoa deixou de ser **terceiro** para ser **destinatária**, investida na situação jurídica, ainda que **objetiva**.

5.3.1. Por isso é que o **investido** tem o sentimento de que já lhe cabe '*algum direito*'. Em verdade, porém, trata-se de um **direito em expectativa**, de **expectativa de direito**, pois que para o nascimento desse, é necessário a ocorrência de **atos sociais hábeis**, dotados de tipicidade; aptos, portanto, a provocar o fenômeno de **incidência da regra jurídica**; pelo qual essa atrai aqueles, os quais, partindo do **mundo dos fatos**, penetram no **mundo do direito**. Em decorrência, tem lugar a **juridicização** desses fatos.

6. Com efeito, à medida que fatos vão ocorrendo, no mundo social, envolvendo esses **destinatários**; na medida em que esses vão exercendo os **poderes** que lhes são conferidos e cumprindo os **deveres** que lhe são atribuídos pela **regra em abstrato**, vão concretizando-se

**situações individualizadas**, que se dizem, por isso, **situações subjetivas**, específicas, particularizadas.

6.1. Essa **subjetivação** decorre da ocorrência de **atos geradores** ou de **atos criadores** de tais **posições jurídicas**. Posições, essas, **relacionais**, porquanto vinculam, entre si, **sujeitos de direitos** e de **obrigações**, e que se tornam **partes** da relação, seja no **polo ativo**, seja no **passivo**. Surgem os **direitos subjetivos** e os chamados **deveres jurídicos**.

7. À **subjetivação** pode não corresponder, desde logo, a **aquisição do direito**. Nessa hipótese, tem-se a figura do **direito futuro**, que, na definição que constava do **art. 74, III, do Código Civil de 1916**, é aquele cuja aquisição não se acabou de operar; aquele que está em **processo de aquisição**.

7.1. Duas são as espécies de **direito futuro**: o **deferido** ou **atribuído**, que é aquele cuja **aquisição** pende somente do **arbítrio do sujeito**; e o **direito não-deferido** ou **eventual**, cuja **aquisição** se subordina a **atos ou condições fáveis** (art. 74 *cit.*, parágrafo único).

8. Na **primeira categoria**, o sujeito do **direito futuro** é titular de um **direito potestativo** – **direito adquirido de constituir outro direito** –, cujo exercício dará lugar à **aquisição** daquele primeiro; o qual deixa de ser **direito futuro**, para ser **direito adquirido**.

8.1. O **direito deferido** ou **atribuído** é o **direito expectativo**, diverso do **direito em expectativa**, da **expectativa de direito**, porquanto a situação de seu titular não é de **expectativa**, mas de **expectância**.

8.2. O que isso significa?

8.2.1. Na **expectativa**, como bem reflete o seu correspondente latino, a **spes iuris**, o surgimento do direito depende da ocorrência do **fato gerador** previsto no **ato-regra**, como hábil à plena **individualização** da situação jurídica até então **em tese**; ou do **exercício de poder** nela conferido ao **destinatário**, igualmente de índole individualizadora. Como o **ato-regra** é modificável ou substituível, mediante **revogação**, se o **fato gerador** não tiver ocorrido, ou se o **poder** não tiver sido exercido antes dessa, não haverá como nascer o direito.

8.2.2. Já na **expectância**, o titular do **direito expectativo** tem **direito adquirido** a, uma vez **ocorrido o fato** ou **implementada a condição**,

**adquirir o direito dito expectado.** É o caso da **condição suspensiva**, em que a eficácia final do ato jurídico, pende entre o ser e o não-ser. Dela depende que se produza o efeito, consistente no **direito expectado**, ainda não existente porque há pendência que sustém a eficácia produtora. Estatui o **art. 125 do CC vigente**: *'subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ela visa'*.

9. O **direito adquirido** é aquele **exercitável** por seu titular ou por outrem, em seu nome, ou aquele sujeito a termo **pré-fixado**: **art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução**. Trata-se do **termo inicial** que, consoante o **art. 131 do CC** *'suspende o exercício, mas não a aquisição do direito'*.

10. Anote-se que a **asseguração do direito expectado** é tão presente no ordenamento jurídico, que, em sede de **Direito Intertemporal**, é ele, cujo nascimento se sujeita a condição pré-estabelecida, inalterável a arbítrio de outrem; já é considerado **direito adquirido**.

10.1. Destarte, a **proteção**, em face da **mutação regulativa**, do **direito adquirido** abrange: o **ainda não exercitável**, sujeito a **termo inicial** ou a **condição suspensiva**; o **direito adquirido consumado**, e, portanto, **exercitável**, seja no caso de **direito absoluto**, mediante **autofruição**, seja no de **direito relativo**, por ser dotado de **exigibilidade** de sua satisfação pelo sujeito passivo, por força da existência da **pretensão**, e por ser **efetivável** por meio da **ação** no caso de descumprimento pelo mesmo.

10.2. O **direito consumado**, que não se confunde com o **direito exaurido**, o já exercido e fruído, é aquele **exercitável**, mas ainda **não exercido**, ou, ainda, **em fruição**, em **desfrute**.

11. Com o **aperfeiçoamento do direito**, sua **aquisição**, a **situação jurídica subjetiva**, fica definitivamente constituída, **consolidada**.

12. Em resumo: é **direito adquirido**.

12.1. O **direito adquirido exercitável** ou **exercitado** é o **direito adquirido em seu grau máximo**: o **direito consumado**.

12.2. Mesmo **ainda não consumado**, o **direito adquirido** é o **direito atual**, aquele **completamente adquirido** (C.C. de 1916, art. 74, III), por oposição ao **direito futuro**, aquele cuja aquisição não se acabou de



operar (*ib.*), eis que a sua evolução para o **direito atual** 'se subordina a fatos ou condições fálveis' (CC de 1916, art. 74, p. único).

**12.3.** O **direito consumado** é aquele que se completou pelo **exercício integral** ou pela **livre exercitabilidade**. É, pois, reitere-se, o patamar máximo do **direito adquirido**.

**12.4.** Enquanto esse, nas suas demais feições, protege o titular do **direito ainda não exercido** ou **exercitável**, o direito, **que já foi exercido**, ou é **exercitável**, está **consumado**.

**12.5.** O **direito consumado** é cognato, pois, com o **ato jurídico perfeito**: é o **direito perfeito**, qualificativo que traduz, repita-se sua realização em toda a plenitude.

**13.** Grife-se que, quando o **direito ainda não nasceu**, é que se fala em '**expectativa de direito**', pois que 'se espera o direito, sem intercalação de qualquer outro direito'.

**13.1.** Esse '**outro direito**' pode ser o '**direito formativo gerador**', que é o **direito a constituir direitos**.

**13.2.** Esse **direito intercalar** também pode ser o '**direito expectativo**'; direito adquirido que assegura, uma vez implementada a condição, a  **aquisição do direito expectado**.

**14.** Ensina PLÁCIDO E SILVA, que **direito consumado é mais do que direito adquirido**, pois que o primeiro é o '**concluído, admitido ao uso e gozo de uma pessoa em toda a sua plenitude**' ('Vocabulário Jurídico', Rio, Forense, 1963, II: 533).

**14.1.** Com absoluta precisão, julgou o Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª REGIÃO, em acórdão de sua 1ª Turma, mantido por decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento a Agravo de Instrumento contra a inadmissão de Recurso Especial (AG 601.695-SP, Relator – Ministro HAMILTON CARVALHIDO; DJ de 17.01.04):

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. REVISÃO. DIREITO ADQUIRIDO. CÁLCULO DA RMI.  
'In casu', não há de falar-se em **direito adquirido**, mas em **direito consumado**, posto que o **autor, titular do direito subjetivo, exercitou-o** no momento em que entendeu favorável."



15. Outro aspecto básico é que os **negócios jurídicos** e os **atos jurídicos em sentido estrito**, enfim os **atos jurídicos lato sensu**, possuem, como elemento **existencial**, como componente **essencial**, seu **conteúdo** (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, III: 319 e s).

15.1. O **conteúdo** é “o que enche” o **ato jurídico**, “dando-lhe significado de manifestação de querer, de representação, ou de sentimento, **mais** o que a lei lhe exige como conteúdo necessário”.

15.2. Destarte, o **conteúdo** do **ato** não é, tão-somente, o **querido**, mediata ou imediatamente, pelas **partes**, mas, igualmente, o que é **posto** pelas **normas interpretativas**, pelas **dispositivas** – que incidem, quando se poderia ter querido diferente do que está na regra de direito, mas não se manifestou ou declarou em sentido diverso da mesma –; e o que é **imposto** pelas **normas cogentes, imperativas**.

15.3. Destarte, o **conteúdo** da **manifestação** ou **declaração de vontade** não é todo o **conteúdo** do **ato jurídico**.

15.4. É preciso, pois, sublinhar a distinção entre o **conteúdo ex voluntate** e o **conteúdo automático** dos **atos** e **negócios jurídicos**.

16. O **conteúdo** das várias espécies de **negócios jurídicos previdenciários** compreende, assim, o **conteúdo querido mais o que se contém** na **lei**, no **estatuto**, nos **regulamentos** e nas outras fontes apontadas.

16.1. O que se encontra nas **normas jurídicas** e nas **disposições estatutárias e regulamentares**, e nas demais **fontes**, passa a “encher”, a integrar o **conteúdo** de cada **negócio jurídico** celebrado, criando-se as respectivas **situações jurídicas individualizadas, subjetivas, particularizadas, personalizadas**.

16.2. O que era **conteúdo** de **disposição articulada**, em **diplomas regulativos – leis, estatutos e regulamentos** –, e em outras espécies de **atos-regra**, passa a sê-lo de **cláusulas contratuais**.

16.3. Conclui-se, portanto, que nenhuma **alteração legal, estatutária** ou de **regulamento**, ou das demais **fontes**, pode afrontar, lesivamente, a **situação jurídica constituída**.

17. É certo que, na **expectância**, embora diversa da **simples expectativa**, conforme já acentuado, somente com o **implemento da condição** é que se **adquire o direito**, o **efeito jurídico**, portanto, **pendente de condição**. Mas as **partes** já estão **vinculadas**, e aquela, a quem o **efeito** aproveita, já tem um **direito fundamental**: o **direito expectativo**, isto é, tem o **direito** a esperar, **sem perturbações** ou **modificações**, o **implemento da condição**, que, uma vez **verificado**, produzirá o **direito expectado**, que é o **direito final**, o **direito definitivo**.

17.1. O **direito expectativo**, já **adquirido**, já **atual**, assegura a **aquisição**, no plano do **Direito Material** e no do **Direito Intertemporal**, do que, **pendente a condição**, é o chamado **direito eventual**, já **tutelado** pelo art. 130 do **Código Civil**, cabendo, por isso, **ação declaratória** e de **prestação futura**, se o devedor estiver, indevidamente, pré-excluindo a prestação que, implindo-se a condição, será devida.

17.2. Em conseqüência, o **devedor condicional (eventual)**, que só se tornará **devedor efetivo** com a **realização da condição**, mercê da qual nasce o **crédito** e, correlativamente, o **débito**, há de proceder, de tal maneira, que **não dificulte**, **nem impossibilite**; **não embarace**, **nem frustre** o **surgimento do crédito**.

17.3. O **direito expectativo** é **direito** como qualquer outro: é **direito adquirido a adquirir**, *ipso iure, ope legis*, em termos de **direito substantivo**, outro direito, ao se cumprir a **condição**.

17.4. O **direito expectativo** não é simples **efeito preliminar**, pré-efeito, efeito prodrômico, mas **direito já existente**, **direito adquirido a adquirir o direito condicionado**.

18. Aspecto relevante é o salientado por LEOPOLDO BRAGA (*As Garantias do Ato Jurídico Perfeito e do Direito Adquirido na Aposentadoria Funcional*) que, invocando o estudo de PAULO LACERDA (*Manual do Código Civil Brasileiro*, Rio, 1918, I; 104), reproduz a lição de GABBA (*Teoria della Retroattività della Leggi*, Turim, 3ª ed., 1891 - 1898), de que a **conexão** entre **efeitos jurídicos**, **coexistentes** ou **sucessivos**, faz com que a caracterização da **aquisição do direito**, do **direito adquirido**, abranja todo o conjunto.

18.1. Quanto à **conexão com sucessividade**, afirma GABBA: '*As conseqüências de um direito adquirido devem ser tidas, elas, também, como direitos adquiridos juntamente com aquele, sempre que se possam*

considerar como desenvolvimento do mesmo direito ou como transformação dele.’

18.2. Prevalece, ademais, o princípio **‘benigna amplianda’**.

19. As partes, no **contrato previdencial privado** se vinculam **bilateralmente**, pelo que nascem, para o **participante**, a par de suas **obrigações**, os **direitos adquiridos** correspondentes às **obrigações da entidade, via Plano**; sendo, a primeira destas, de **segurar**, pela assunção do **risco**, mercê da **neutralização** dos efeitos do **sinistro**; ou, nos **benefícios programados**, pela **prestação** respectiva, quando da ocorrência do **evento**.

19.1. Com referência ao **benefício**, pode haver **período de carência**, a que corresponde um **termo** de caráter **suspensivo**, eis que de seu **advento** pende o próprio **nascimento do direito à segurança**; e não, apenas, seu **exercício**, dado que a **eficácia do ato jurídico** criador da situação jurídica fica **sustida, represada**.

19.2. Se não houver **carência**, a **obrigação de segurar**, a correlato **direito a estar seguro**, surge, **de imediato**.

### C – A Interpretação das Regras Legais

1. Dispõem o **art. 17, e seu parágrafo único**; e o **art. 68, § 1º**, da **LC 109/01**:

*“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.”*

1.1. Analisemos, à luz desses conceitos, os dispositivos em comento.

2. Começemos pela exegese do primeiro preceito citado; o do **art. 68, § 1º**.

3. O termo '**elegibilidade**' tem tido seu emprego criticado no setor previdenciário privado, porque não traduziria, adequadamente, seu objeto, ou seja, a situação de partícipe do plano, que, como a própria **LC 109/01** enuncia, no citado **parágrafo único de seu art. 17**, '**tenha preenchido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano**'; cláusula a que corresponde, no mesmo contexto, a locução '*data em que se tomou **elegível** a um benefício de aposentadoria*'.

3.1. O uso, contudo, na hipótese, dos vocábulos '**elegibilidade**' e '**elegível**' tem sua razão de ser.

3.2. Embora, certamente, produtos da tradução do inglês '**eligibility**', também em português admite-se a utilização que lhe foi dada por nossa legislação.

3.2.1. Como qualidade de ser '**eligible**', o termo '**eligibility**' tem o sentido de **qualificação legal**, para uma **eleição**, uma **nomeação**, uma **escolha**; provindo de '**elect**', **escolher** dentre mais de um.

3.2.2. Igualmente em nosso idioma nacional, '**eleger**' é '*preferir entre dois ou mais, escolher*'; '*dar preferência*'; '*mudar, transferir-se de estado*' (AULETE, HOUAISS). '**Eleger**' deriva do latim '**eligere**', *escolher*, tendo por radical **leg (lig)**; exatamente com o sentido de **escolher**. Os '**eleitos**', a '**elite**' são os '**escolhidos**'.

4. Esse conjunto etimológico e semântico tem pertinência com a situação de quem, sendo **participante ativo** ou **beneficiário inscrito** ou com outro título de **legitimidade**, passa a ter condições, pelo preenchimento dos pressupostos necessários, de '**escolher**', de '**optar**' por passar ao estado de **assistido**; ser '**elegível a um benefício**' significa poder fazer a '**opção**', **requerendo** aquele.



5. A noção lingüística embutida nos vocábulos, e traduzida na situação factual antes tracejada, é caracterizada, **juridicamente**, pela identificação de um **direito potestativo de opção**, de que é titular o **participante** ou o **beneficiário**.

5.1. Esse **direito formativo** é, como **direito de opção**, um **direito potestativo gerador** (PONTES, *op. cit.*, V: 313), **direito-poder formador** da **situação jurídica de assistido**.

5.2. Nessa contextura, aquilo, que era **direito futuro**, passa, pela **expressão de vontade** do **titular do direito subjetivo de opção**, cujo **exercício** é condicionado ao preenchimento de determinados **pressupostos**, a **direito atual, completamente adquirido**, em função do **exercício do direito potestativo; direito**, esse, só **exercitável**, mercê de preenchimento dos referidos **pressupostos**.

6. Destarte, o que faz o **§ 1º do art. 68 da LC 109/01** é, simplesmente, reconhecer **consumado** – não confundir com **exaurido** –, segundo a classificação apresentada anteriormente, o **direito potestativo do participante ou beneficiário**, que passa, então, a **poder ser exercido**.

6.1. Com efeito, a formalização do **requerimento**, dito de **'concessão do benefício'** desse não é **pressuposto de elegibilidade**, ou seja, de **exercício do direito de opção**, mas o próprio **exercício** desse, e, portanto, **consubstanciador da opção**.

6.2. Desse modo, a denominação, **'data de início do benefício'**, que é aquela a partir da qual aquele, que fez a **opção** por ser **assistido**, faz jus a **começar a fruir o benefício**, difere da **data de aquisição/consumação do direito** já agora **exercitado**.

6.3. O **direito de opção existe** e já está **adquirido**, sendo a **elegibilidade** sua **consumação**, pela **habilitação** a seu **exercício**, que, ocorrendo, o faz **exercitado**.

7. Por seu turno, o **parágrafo único do art. 17** também é **favorável** aos **partícipes do plano**, eis que lhes assegura a **ultra-atividade** da **parte** efetivamente **regulamentar** (alude, o texto da regra, a **'disposições regulamentares'**), desde a **elegibilidade** a benefício ligado a **aposentadoria**.

7.1. Aliás, a interpretação do termo '*aposentadoria*' há de ser no sentido de **benefício programado** e de **invalidez**, porquanto, como estatui o **art. 68, § 2º**, '*a concessão de benefício pela previdência complementar não depende de benefício pelo regime geral de previdência social*'; e, no caso de plano ligado a **instituidor**, por exemplo, nada têm a ver, em geral, os benefícios, com aposentação, tratando-se de **rendas mensais programadas** ou de **risco**.

7.2. Verifica-se, em suma, que a disposição do **parágrafo único do art. 17** complementa a do **§ 1º do art. 68**, pois que, se a **primeira** regra abrangesse a **parte contratual do regulamento do plano**, quanto a essa ela seria **inútil**, diante da **segunda**.

7.2.1. A **ultratividade** não se confunde com o **direito adquirido**, porquanto esse diz respeito a **direitos subjetivos**, a situações concretizadas ao **Direito Intertemporal**; enquanto a primeira tem relação com as **disposições jurídicas (estatal ou negocial, como a de estatuto, de regimento, de regulamento)**, cuja **eficácia** sobreviverá ao **término** da respectiva **vigência**, caracterizando a **ultraeficácia**, se essa prevista estiver.

7.2.2. É o oposto, pois, da **retroatividade** ou **retroeficácia**, que se identifica com a **eficácia** irradiada para antes do início da **vigência**.

8. Trata-se, destarte, a regra do **parágrafo único do art. 17**, de matéria de **Direito Transitório**, cujos preceitos, como sua designação indica, dispõem sobre **situações de transição** entre **dois regimes jurídicos** – o primeiro, **revogado** e **substituído** por um novo –, e que não estariam protegidas pelos **princípios e regras de Direito Intertemporal**, que tem, como **institutos básicos**, o **ato jurídico perfeito**, o **direito adquirido** e a **coisa julgada**. Situações que merecem, porém, **resguardo**, por envolverem **interesses legítimos**, que devem ser preservados pelo **Direito**.

8.1. Ao preceituar, o **parágrafo único do art. 17 da LC 109/01**, a asseguaração, ao **partícipe elegível**, a aplicação das **disposições regulamentares** vigentes na data em que a **elegibilidade**, a um benefício de aposentação, se consumou, só está estabelecendo a **ultraeficácia** do que, no **regulamento do plano**, tem **natureza estatutária, objetiva**, e, por isso, não se descolou daquele, e não se tornou **cláusula contratual individualizada**.

8.1.1. Quanto à dessa espécie, funciona a garantia da **Intangibilidade** das **situações subjetivas contratuais**, por **ato unilateral** de uma das partes.

8.1.2. Em verdade, o que se fez **contratual**, deixou, para aquele partícipe, de ser **regulamentar**; e, portanto, à situação dele são alheias as **alterações das disposições** que são **objeto de proposta da contrato**.

8.2. Por outro lado, além desse significado **garantidor**, a **regra legal** em comento tem um significado **limitativo**.

8.2.1. Com efeito, a norma consagra a **inexistência de direito a parcelas de benefício**; assegurado, tão somente, esse, em sua **integralidade**, quando do **atingimento**, para o partícipe, da condição de elegível.

8.2.2. Sinaliza, portanto, que não existe **direito a parcelas proporcionais de benefício**, pois que, do contrário, se poderia cogitar, de um **direito de opção, precoce**, antes da **elegibilidade ordinária**.

8.2.3. Diferentes de '**parcelas de benefícios**', são, certamente, os **benefícios proporcionais**, inclusive os **saldados e antecipados**; que, de configuração negocial expressa, tem referencial **específico** de elegibilidade.

8.2.4. Ressalvem-se, também, o **instituto do benefício proporcional diferido**, do **resgate** e da **portabilidade**, que têm **normatividade específica**.

9. Do **Direito Intertemporal**, reitere-se, cuida o **§ 1º do art. 68**.

9.1. Esse, no entanto, só tem por objeto o **direito adquirido, futuro deferido, consumado**, o **direito adquirido exercitável**, definindo o **fato gerador** de sua configuração, que é a **elegibilidade**, pelo preenchimento dos **pressupostos de exercício de direito já adquirido**.

10. **Exceções** aos limites de **eficácia *ratione personae***, estabelecidas pelas disposições comentadas, fica por conta, renove-se, do princípio '**benigna amplianda**'; eis que as **garantias jus-intertemporalis** são, exatamente, **garantias**, e não **aprisionamentos**.



11. O *caput* do art. 17, refere-se às **'alterações processadas nos regulamentos dos planos'**, cláusula que se repete, com ligeira, mas relevante, **nuance de dicção**, no respectivo **parágrafo único**, que alude às **'disposições regulamentares'**.

12. O conjunto das duas disposições contrapõe, em verdade, a diferença entre as **situações**, de um lado, dos **participantes ainda não elegíveis**; e, de outro, dos **que atingiram a elegibilidade**: os primeiros são alcançados pelas modificações, das **cláusulas de natureza regulamentar**; a cada um dos segundos **'é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria'**.

13. Temos que esses preceitos dizem respeito às **disposições efetivamente de índole regulamentar, estatutária, objetiva**, e, assim, **mutáveis** por natureza; e, por isso, em princípio, se aplicariam aos **já participantes**; mas que, apesar desse seu caráter, **se cristalizam**, por força da última disposição citada, em relação a determinado **participante**, quando ele se faz **elegível**.

14. Não estão em jogo, portanto, já agora, **direitos adquiridos**, eis que **não se trata de situações subjetivas**; mas, em relação aos **já elegíveis**, do fenômeno da **ultra-atividade**, da **ultra-eficácia**, que mantém eficazes, para eles, **regras objetivas** que foram revogadas ou alteradas. É dispositivo, destarte, de **transição** entre um regime e outro.

15. O **princípio** que tem norteado o **Direito Previdenciário Privado Nacional** é o da **adaptação da regulamentação interna das entidades**, como **pressuposto eficaz** de nova legislação e **regulação administrativa**, quanto ao universo de cada uma delas.

16. O **regulamento do plano de benefícios**, assim como o **estatuto de uma EFPC**, não fazem parte do **ordenamento jurídico**, do **Direito Positivo**: são, diversamente, **negócios jurídicos unilaterais**, ainda que **atos jurídicos colegiados** (produto de deliberação de órgãos coletivos) e **complexos** (a aprovação pela **PREVIC** é **ato integrativo** do **substrato jurígeno** do referido **negócio**).



17. É certo que, em todo **ato jurídico**, inclusive o **negocial**, há um misto de **disposições subjetivas e objetivas**, essas últimas **mutáveis** com a legislação, atingíveis pelas alterações das normas (que têm, também, caráter **objetivo**) do **Direito Positivo**, sejam as de ordem constitucional ou legal, sejam de origem administrativa, regulatória.

17.1. Essas **disposições objetivas**, atingíveis pela **lei nova**, como as **estruturantes** da **EFPC**, não dizem respeito a **direitos dos participantes e beneficiários**, e não se aplicam a esses, porque sua situação jurídica é **subjetivada**.

17.2. A **cláusula regulamentar, objetiva**, pode ser, apenas, inclusive, a **repetição** do que se encontra na **legislação 'lato sensu'**. Nesta caso, é óbvio, a **incidência é imediata e atinge todo o universo de participantes e dependentes**.

17.3. Aduzamos que, neste quadro, somente com a **publicação** do **ato aprobatório** da **PREVIC**, em relação aos respectivos textos alterados, podem passar a ter **eficácia**, em cada **EFPC**, as novas regras do ordenamento jurídico: **e sempre, é claro, com absoluto respeito ao ato jurídico-contratual consumado e aos direitos adquiridos dos já participantes e beneficiários**.

17.4. Na **parte ontologicamente regulamentar** e enquanto **conjunto de disposições contidas na proposta contratual** são alcançadas pelas **mudanças legislativas** e têm de adaptar-se às mesmas; o que incorre com os **contratos já celebrados**, dadas as **garantias do ato jurídico perfeito** e do **direito adquirido**.

#### D – 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 consoma 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**, podem ser tidas como **não prescritíveis**, e já aquelas para haver as **prestações periódicas**, sim, eis que as **exigibilidades** correspondentes, que é aquilo que a **prescrição** encobre (não há **caducidade do direito**), têm os **diei iniciais**, para seu exercício, em momentos diversos.


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

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

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

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

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





"os benefícios serão considerados **direito adquirido** do participante"

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

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



8. Invocando o estudo de PAULO LACERDA (*Manual do Código Civil Brasileiro*, Rio, 1918, vol. I - Introdução e Parte Primeira -, p. 104), LEOPOLDO BRAGA (*As Garantias do Ato Jurídico Perfeito a do Direito Adquirido na Aposentadoria Funcional*) reproduz a lição de GABBA (*Teoria della Retroattività della Leggi*, Turim, 3ª ed., 1891 - 1898), de que a **conexão** entre **efeitos jurídicos, coexistentes** ou **sucessivos**, faz com que a caracterização da **aquisição do direito, do direito adquirido**, abranja todo o conjunto.

8.1. Quanto à **conexão com sucessividade**, afirma GABBA:

*"As conseqüências de um direito adquirido devem ser tidas, elas, também, como direitos adquiridos juntamente com aquele, sempre que se possam considerar como desenvolvimento do mesmo direito ou como transformação dele."*

8.2. Na mesma linha cita FRANCESCO FERRARA (*Trattato di Diritto Civile Italiano*, p. 257 e 267):

*" ... ogni rapporto è conformato secondo la legge del tempo della sua nascita. I rapporti della vita in fatti diventato rapporti giuridici, in quanto l'ordine giuridico attribuisce ad essi effetti. Ora, il fatto giuridico riceve la sua impronta dalla legge del tempo, in cui esso nacque. Perciò se una legge nuova è data, questa non può influire su di esso, il quale porta già con sè fin dall'origine il suo regolamento. I fatti **CON TUTTE LE LORO CONSEGUENZE, SIA SVOLTE O DA SVOLGERSI**, restano sotto l'impero della legge loro nascita".*

*"Ma il principio dell'irretroattività importa non solo che restano intatti gli effetti già svolti o che si stano svolgendo al momento dell'entrata in vigore della nuova legge, **MA ANCHE QUELLI CHE SI SVOLGERANO DOPO**.*

*Possamo distinguersi tre ordine di effetti esauriti, pendenti, futuri. Gli effetti esauriti sono quelli già realizzati totalmente e finiti sotto l'impero della legge precedente (così obbligazioni già pagate, prescrizione compiuta, lite decisa consentenza irrevocabile); effetti pendenti sono quelle in corso, che si stano svolgendo e continuano da um rapporto ancora vivente (così un contratto concluso che non ha ricevuto la sua piena esecuzione; effetti futuri sono quelli non ancora sono nati da un*

rapporto o fatto compiuto sotto la legge anteriore, ma che possono nascere, effetti potenziali e attuali che aspettano una circostanza o occasione o la volontà delle parti per determinarsi.

Ora, il principio della irretroattività non solo lascia incolumi gli effetti esauriti e conserva quelli in corso, **MA MANTIENE ANCHE LA POTENZIALITÀ DEL FATTO GIURIDICO DI PRODURRE ULTERIORI EFFETTI ANCHE SOTTO IL DOMINIO DELLA LEGGE SUCCESSIVA.** Perché questi effetti non scoppiano come **UN FATTO NUOVO, MA SONO GIÀ CONTENUTI IN GERME NEL GREMBO DEL FATTO GIURIDICO, E NON FANNO CHE SVILUPParsi O MATURARSI POSTERIORMENTE".**  
(FRANCESCO FERRARA, Trattato di Diritto Civile Italiano, págs. 257 e 267).

8.3. CUNHA GONÇALVES (*Tratado de Direito Civil*, Coimbra, 1929/222, I: 345 e s.) também é peremptório a respeito:

*"Nascida uma situação jurídica concreta, pode subsistir no futuro, e todavia fica sujeita à lei do passado: pois **TODAS AS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DESSA SITUAÇÃO PODEM SER CONSIDERADAS COMO ANTECIPADAMENTE PRODUZIDAS E FAZEM CORPO COM ELA. ESTAS CONSEQÜÊNCIAS, POR ISSO, QUER EFETIVADAS, QUER POR EFETIVAR, FICAM SOB O IMPÉRIO DA LEI QUE VIGORAVA AO TEMPO DOS FATOS ORIGINÁRIOS, DESDE O NASCIMENTO DESTES".***

E, ainda, adverte que

*"a questão da retroatividade da lei nova não diz respeito somente aos direitos nascidos e que produziram todos os seus efeitos na vigência da lei antiga, ou seja aos direitos chamados instantâneos ou efêmeros, **MAS PRINCIPALMENTE AOS DIREITOS DE EXERCÍCIO CONTÍNUO, OU AOS DIREITOS QUE, NASCIDOS NO DOMÍNIO DUMA LEI ANTERIOR, CONTINUAM A PRODUIR CONSEQÜÊNCIAS OU EFEITOS NA VIGÊNCIA DA NOVA LEI".***

8.4. Comentando esse aspecto, expõe LEOPOLDO BRAGA (*op. cit.*, p. 132):

*"Esse entendimento, que corresponde à doutrina hoje universalmente consagrada e dominante, ajusta-se, aliás, perfeitamente, a famosa conceituação de GABBA, dos **direitos adquiridos**, segundo o qual são eles "todos aqueles direitos que advêm como conseqüência de um fato apto a produzi-los em virtude da lei vigente ao tempo em que o fato se realizou e que entram imediatamente a fazer parte do patrimônio da pessoa, embora a ocasião de fazê-los valer se tenha apresentado sob o império da nova lei". Os efeitos inerentes (ou imanes) constituem um prolongamento, uma continuidade do "direito principal", ou são um processo, um meio necessário à sua execução, à sua efetiva realização material, ao seu próprio "exercício contínuo", exercício esse, cujo prolongamento, como adiante veremos, poderá, pela própria natureza do direito, configurar uma daquelas "situações legais permanentes", a que aludira DUGUIT".*

9. O **direito unitário** não é passível de **decadência**, nem, as respectivas **pretensão (exigibilidade)** e **ação (efetividade)**, que são de **direito material**; nem, tampouco, a **ação de direito processual**, que instrumentaliza aquela.

9.1. **Prescrevem**, no entanto, individualizadamente, a **pretensão** e a **ação de direito material**, mês a mês com referência às **prestações periódicas**; e, de uma só vez, no caso de **prestação única**.

9.1.1. Daí, preceituar o **art. 75** da **LC 109/01** que **'sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil'**; e, isso, exatamente, pela diferença de **momentos iniciais de exercício das pretensões e ações** respectivas.

9.2. Reitere-se que o **direito ao benefício** é da espécie de **direito unitário**, a abranger o **benefício** em si mesmo, cujo conteúdo são as **prestações periódicas**, ou **única**. É direito *'que se irradia de uma vez e permanentemente'*.

9.3. As **pretensões e ações** é que ficam com seu **exercício sustido, represado**, e que se liberam, à medida **que se vão vencendo as prestações**.

9.4. Daí, a **pretensão** e a **ação, referentes ao benefício**, poderem ser tidas como **não prescritíveis**; e já aquelas para haver as **prestações**, 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**.

9.5. 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**.

9.6. O que **prescreve**, renove-se, não é o **direito unitário**, mas a **pretensão (exigibilidade)** e a **ação (poder de efetivação)** referentes a cada uma das **prestações**.

9.7. 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*'.

10. Em suma, o **contrato de previdência complementar fechada** é de **duração permanente** e de **execução imediata**, quanto à **suportação do risco**; e, se de **trato sucessivo**, de **execução diferida**, quanto ao **adimplemento das prestações**. Cada **prestação periódica, singular, não é objeto de uma obrigação distinta**: '*a obrigação é única; fracionam-se as prestações*' (ORLANDO GOMES, *Contratos*, Rio, Forense, 1959, p.94).

11. Básico é ver-se, nos chamados **requisitos** ou '**condições**' para que o **benefício 'seja devido'** pela **EFPC, via Plano**, (*idade mínima, tempo de contribuição*), **pressupostos de exercício do direito adquirido de opção**, e não **facti** ou **iuris**, **condições de aquisição do direito**.

11.1. Os **elementos-pressupostos** não dizem respeito ao **aperfeiçoamento**, à **ultimação da gestação** para o **nascimento do direito** – e do correspondente **dever** -, porquanto nasce, ele, do **exercício do direito de opção**.

11.2. Tais **pressupostos** não são **condições**, no sentido de **modalidade dos atos jurídicos**, de **condições-cláusulas**, que são **accidentalia negotii**, elementos não-necessários do suporte fático, nele postos voluntariamente pelos figurantes no *negotium*, já que o ato poderia ser sem qualquer condição.

11.3. O **contrato de previdência complementar fechada** não é, em princípio, portanto, **ato jurídico sob condição suspensiva**.

## V – A EXTINÇÃO DO CONVÊNIO DE ADESÃO: A RETIRADA DE PATROCÍNIO

### A) O Sentido Protetivo do Direito Social e do Direito Privado Social

1. A natureza jurídica do **patrocínio** imbrica-se com a questão em epígrafe.

2. Seguindo um viés privatista, sem atentar na natureza jus-social do **Direito Previdenciário Privado**, há quem sustente a **irrestrita extinção do convênio de adesão**, o que permitiria o rompimento do **vínculo da patrocinadora com o plano e a entidade** que criou, ou a que **aderiu**, “*por mera comunicação de uma parte à outra*”, o que configuraria o “*exercício do direito de não continuar a contratação*”.

2.1. Ora, os **compromissos** assumidos pela **patrocinadora** para com a **entidade** e o **plano**, por serem de **natureza previdenciária**, são celebrados para **perdurar**, em **relação jurídica duradoura, perene**.

2.2. As próprias qualificações, “**a prazo indeterminado**” ou “**por tempo indeterminado**”, atribuídas ao **convênio de adesão**, evidenciam que, em verdade, **não há prazo**: caracterizam **situações jurídicas permanentes**, cuja **extinção** exige, por isso mesmo, a **asseguração de direitos**, na espécie, de **participantes e assistidos**.

2.3. É impensável que um **sistema de previdência**, que tem por fim assegurar, **diferidamente**, e **por longo trato de tempo**, **benefícios sociais**, possa ficar à mercê de **interesses empresariais**, necessariamente ligados aos **propósitos lucrativos**. Na verdade, estar-se-á consagrando a prevalência desses propósitos, à sombra de uma distorcida visão da ‘*livre iniciativa*’ e da ‘*autonomia da vontade*’; o que é incompatível em ambiência, que, por sua natureza, e pela dicção legal expressa, não pode ter objetivo de ordem lucrativa.

2.4. O que se impõe é a **blindagem** da **Entidade** e de seus **Planos**, sob pena de, ostensivamente, caracterizar-se a **negação** da **principiologia**, da **teleologia** e da própria **legislação de regência**, em sede de previdência fechada.

2.5. Assinale-se, ainda, estar-se no âmbito da **ordem social**, a qual, consoante a explicitude do **art. 193 da CF**, '*tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e a justiça sociais*'.

2.6. No **Direito Social**, engrossa-se, em seu grau máximo, a **garantia** suprema da **estabilidade** das **situações jurídicas**; da **confiabilidade do cidadão** em sede de **situações de direito**: a **garantia da segurança jurídica**.

2.7. '**Valor supremo da sociedade brasileira**, nos termos expressos do **preâmbulo** da **Carta Magna Nacional**; **garantia fundamental** da **cidadania**, no âmbito dos **direitos individuais e coletivos**, consoante a dicção do **art. 5º**; e **direito social**, também **fundamental**, no elenco figurante do **art. 6º**; a **segurança**, na sua **feição de segurança jurídica**, é apanágio do **Estado Democrático e Social de Direito**, como o é, em definição e deve ser, **concretamente**.

3. Se há **situação jurídica duradoura, permanente, perene**, é a **de benefício**, em sede de **Direito Previdenciário Complementar**; que, em sua forma mais fiel a seus fins, pode ser **vitalícia**.

3.1. Não nos choquemos com o atributo da **vitaliciedade**, no âmbito do Direito. A **situação jurídico-funcional** de magistrados, Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas, membros do Ministério Público, o é; a **enfiteuse** era **vitalícia**; a **propriedade**, essa é mais do que **vitalícia**, transmitindo-se **mortis causa** a herdeiros.

3.2. Existente, para atender à proteção dos atingidos por eventos e situações que, certas como a morte; de ocorrência diferida em futuro distante, como a cessação da vida laborativa; e eventuais, mas de repercussões lesivas, como a doença e a invalidez; e até as felizes, não obstante onerosas, como o nascimento de um filho; a **Previdência Privada** há de, juridicamente, revestir, com o atributo da **permanência**, da **perenidade**, a situação jurídica de seus **destinatários**.

4. O **Direito Social** é a mais nova das ramificações jurídicas básicas, posicionando-se ao lado do **Direito Privado**, o mais antigo, e do **Direito Público**, esse com nascimento cognato com o do **Estado de Direito**.

4.1. O **Direito Social** toma o indivíduo como partícipe da **sociedade**, nos diferentes **espaços sociais**; como membro de cada um dos **segmentos** da mesma; abrangendo os diversos liames que se



estabelecem entre aqueles que têm **interesses comuns, complementares** ou até **opostos**.

4.2. O **Direito Social** processa, como é próprio do Direito, a **harmonização desses interesses**, mas sempre partindo da premissa de que, dentre seus titulares, há **os mais fracos**, os que estão **em posição de fragilidade**, e que necessitam, destarte, de **instrumentos jurídicos de proteção e de compensação**, para que se logre, se não a **igualação real**, pelo menos a **minimização das desigualdades**, que existem, em razão da própria natureza, da fortuna, das diferenças de posses.

4.3. É, o ***ius sociale***, o ramo mais recente, pois que só pôde brotar da aglutinação, dos **direitos sociais**, aos **direitos fundamentais**, constitucionalmente assegurados, e, no mesmo nível dos **direitos individuais, coletivos e políticos**.

4.4. Os **direitos sociais** têm a **função** de **proteção**, de **compensação**, de **igualação**, dos **mais fracos**, dos **mais frágeis**, dos **hipossuficientes**, dos **necessitados**, dos **desamparados**; dos **trabalhadores em geral**, dos **consumidores**, **favelados**; **minorias**, **crianças**, **adolescentes**, **idosos**. Ademais, protegem-se os **bens comuns**, como o meio ambiente, a cidade; os valores culturais; a saúde; o **mercado interno**, patrimônio nacional, e, nesse, os seus atores.

4.5. O **Direito Social** é aquele que, mais diretamente, e de modo **comissivo**, objetiva concretizar o atendimento à **dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1º, III), por meio de uma **sociedade justa, fraterna e solidária** (preâmbulo e art. 3º, I), na **superação da pobreza**, da **marginalização**, das **desigualdades** (art. 3º, III).

5. Por sua natureza, o **Direito Social** é **protetivo**, **compensatório**, **igualador** e, portanto, **benéfico**, o que é traduzido, no **Texto Normativo Magno Nacional**, pelo **dever**, do **Estado** e da **Nação**, de **asseguração do bem-estar** (preâmbulo); que constitui, ao lado da **justiça social**, o **objetivo da Ordem Social** (art. 193).

6. Integrantes do **Direito Social**, e que abriga a matéria ora em estudo, é o **Direito da Seguridade Social**, dentre cujos nichos se insere o **Direito Previdenciário, Público e Privado** (CF, art. 194).

7. Grife-se que o **sentido social do Direito** informa, na contemporaneidade, todo o universo jurídico, inclusive os campos do **Direito Privado**.

7.1. Nessa linha, o novo Código Civil Brasileiro está acorde com o que, já no início do século passado, ALFREDO VALADÃO identificava como '**Direito Civil Social**' e, hoje, se chama de '**socialidade**' do *ius civile*.

7.2. Nessa linha protetiva, colocam-se a interpretação, a vivência, o cumprimento, a execução e a aplicação das normas, dos contratos e dos atos jurídicos em geral.

7.3. Em tal moldura, dispõe o art. 421 do Código Civil de 2002, que '*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*' E mais: estatui o art. 422 do Código que '*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*'

7.4. Gize-se que o Código de Defesa do Consumidor já consagrara o princípio da *bona fide*, em seus arts. 4º, III, e 51, IV, como o vetusto Código Comercial já o fizera, no século XIX, como diretriz de interpretação.

7.4.1. A Justiça teve como aplicável, o CDC, ao Direito Previdenciário Privado. Enuncia a Súmula STJ nº 321:

*"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes".*

8. A segurança jurídica é expressão conspícua dos valores consagrados pela CF; ultrapassando, protetivamente, a própria garantia constitucional do direito adquirido.

9. A garantia da segurança jurídica, enumerada, como princípio a ser obedecido, pela Administração Pública, no art. 2º da Lei 9.784/98, sobre processo administrativo federal, adensa-se, caso se esteja no campo da Seguridade Social.

10. A Seguridade Social, gênero de que é espécie a Previdência Social, e, nessa, a Previdência Complementar, constitui um nicho específico do Direito Social, e do Direito Privado Social, tendo caráter institucional, como segmento, que é, da Ordem Social.

10.1. É **instituição** com **matriz constitucional**; estando ligada ao **bem jurídico da segurança**, cuja **proteção** e **efetivação** são asseguradas, reitere-se, pela **Carta Magna Nacional**, como **direito individual** e **coletivo**, e como **direito social**, sempre com o atributo da **fundamentalidade**.

10.2. Os **direitos** e **obrigações** que se inscrevem no **Capítulo da Seguridade**, e nela da **Previdência**, são **obrigações prestacionais** inarredáveis do **Estado Democrático Social de Direito Brasileiro**; na moldura de seus fundamentos e objetivos de **sociedade fraterna e solidária**, e de uma **Nação** promotora do **bem-estar** e da **justiça social**; tudo, objetivando a **dignificação do ser humano**.

11. É nessa moldura **principiológica** e **normativa** que há de **interpretar-se**, **vivenciar-se**, **executar-se** e **aplicar-se** o **Direito Previdenciário Privado**; sob a inspiração do caráter tutelar de suas **normas**.

12. É igualmente, portanto, nesse ambiente **jus-social**, que, normativamente, em tese, ou concretamente, na sua interpretação, vivência, execução e aplicação, se há de tratar a **retirada de patrocínio**, como fenômeno jurídico.

13. Era eminentemente protetiva a concepção original da **Previdência Privada**, inclusive em sua fase moderna, a partir do **final dos anos 60**, com seus **planos de benefício definido**, que têm de cumprir com sua obrigação de prestá-los ao **destinatário**, segundo o valor resultante dos respectivos cálculos estabelecidos no **Regulamento**.

13.1. As **entidades** eram realmente **fechadas**, pois que agregavam os empregados de uma empresa ou grupo de empresas interligadas.

13.2. Essas eram as **mantenedoras**, e arcavam com eventuais déficits, e os **destinatários** eram também **mantenedores**, mas **mantenedores-beneficiários**.

13.3. A **finalidade** era, inclusive, pelo mecanismo da **suplementação**, e não da mera **complementação**, manter o padrão de vida, quando do afastamento, do participante, da vida laborativa.



**14.** O **impacto neoliberal**, sob o qual foi editada a legislação complementar vigente; a difusão dos **planos de contribuição definida**, com sua **configuração financeira**, a atribuir ao próprio participante os **riscos** quanto aos valores dos benefícios a serem percebidos, alteraram, radicalmente, este quadro.

**14.1.** Cumpre grifar a diferença entre, de um lado, a ambiência do setor previdenciário complementar fechado, no regime da **Lei 6.435/77**, em que foi editada a **Resolução 06/88**, que é anterior ao advento da **CF de 88** e da **EC 20/98**; e, de outro, o contexto existente sob a **LC 109/01**.

**14.1.1.** Na primeira, predominava o que hoje se denomina de **EFPC's ortodoxas, ou tradicionais**, de feição clássica.

**14.1.2.** Nessa configuração, o **Plano de Benefícios** é o instrumento pelo qual a **Entidade** cumpre a função para a qual foi criada, e para a qual criou aquele: a de assegurar **benefícios previdenciários a conjunto fechado** de pessoas ligadas por uma **relação jurídica base**, decorrente do **vínculo laboral** que mantêm.

**14.1.3.** **Participantes e Beneficiários** da chamada '**EFPC tradicional**' não são, apenas – o que, aliás, já é muito –, **contratantes dos benefícios**, com a **EFPC**; mas, antes, reitere-se, **membros da Entidade**.

**14.1.4.** E isso, lembre-se, como '**destinatários**', categoria que constitui o conjunto das pessoas mais importantes de uma **instituição de direito social**, porquanto os criadores da mesma gravaram a atuação da instituição com o **comprometimento finalístico** de satisfação de necessidades, previamente estabelecidas, desses **destinatários**; comprometimento finalístico, esse, para cuja consecução os administradores do **patrimônio institucional** desenvolvem sua atividade. **Uma Entidade da espécie existe para os seus destinatários.**

**14.1.5.** Assim sendo, nessa espécie de **EFPC**, **Patrocinadores, Participantes, Beneficiários, Entidade e Plano** estão **umbilicalmente imbricados entre si**, formando uma **unidade estável**, ainda que **compósita**.

**14.2.** Inteiramente diversas são as **situações jurídicas** pertinentes aos **Fundos Multipatrocinados**, que têm, por objeto, **gerenciar planos previdenciários instituídos por patrocinador ou instituidor**.

**14.2.1.** Os **Fundos Multipatrocinados** são **abertos ao mercado, oferecem seus serviços**, captam e canalizam recursos para serem geridos por instituições financeiras do mesmo complexo empresarial: só não são

**entidades abertas de previdência complementar**, porque não diretamente acessíveis a pessoas físicas, só tendo planos empresariais coletivos.

**14.2.2.** Completamente diversa, pois, dessa configuração é a das **EFPC's, de cunho e finalidade estritamente sociais**, sem qualquer vislumbre **econômico-empresarial**.

**14.2.3.** No vigente regime, reforçou-se a figura do **Plano**, em confronto com a da **entidade**, além de muitos outros aspectos que o diferenciam do anterior.

**14.2.4.** Dentre as novidades, citem-se a criação da figura do **instituidor** e dos **planos e entidades** por ele criados; o desenvolvimento – aliás, à margem da previsão legal – da denominada '**transferência de gerenciamento**'.

**15.** Mas o regime constitucional vigente, com o advento da **EC 20/98**, que, se preocupando, especialmente, com o controle de gastos das patrocinadoras governamentais, o que deu lugar à **LC 108/01**, veio, no entanto, a adensar a **situação jurídica dos participantes ativos e dos assistidos**.

**15.1.** Efetivamente, ao alterar a redação do **art. 202, e seus §§, da CF**, reconheceu, e proclamou, a **perenidade da situação jurídica** dos mesmos, ao impor a **garantia do benefício contratado**, o que terá por base a constituição das **reservas** pertinentes (**art. 202, caput**); ao identificar (**§ 2º**) os '**benefícios e condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios**'; e ao estabelecer que os **benefícios concedidos integram a remuneração dos participantes**'.

**15.2.** Destarte, sejam **EFPC's tradicionais**, sejam **fundos multipatrocinado**, sob o ângulo do direito aos benefícios, e a outros inerentes à situação jurídica de participantes, o sentido social e a proteção de seus interesses há de ser a mesma.

**16.** Analisemos, pois, à luz dessa **principiologia e normatividade**, os **institutos e fenômenos** jurídicos envolvidos com a chamada **retirada de patrocínio**.

## **B) A Inconstitucionalidade da Regulação Administrativa da Retirada de Patrocínio**

1. Preliminar fundamental a ser enfrentada diz respeito à pertinência, ou não, da disciplina da matéria, por meio de **regulação administrativa**.

2. A **competência da União – sempre taxativa** – abrange, em sede de **Previdência Privada**, a atribuição de “*fiscalizar as operações*” respectivas: **art. 21, VIII da Constituição Federal**.

3. É certo que as **EFPC's**, na condição de **agentes** de um **regime previdenciário privado, autônomo, mas complementar ao regime previdenciário público**, são, juridicamente, a partir do advento da **Lei 6.435/77, colaboradoras institucionais do Poder Público**, no segmento comum da **previdência social**, parte da **seguridade social**, o que as coloca, renove-se, na esfera da **Ordem social**.

3.1. Cabe, por isso, desde logo, assinalar que, se a nova situação jurídica das **entidades de previdência privada** enseja uma **regulação** mais compreensiva e profunda do que anteriormente, nem por isso é de se esquecer que são elas **sujeitos do Direito Privado**, ainda que em seu viés **Social**. Tenhamos presente, os **limites** inerentes ao **poder regulatório** (devendo ser lembrados os **princípios da hierarquia das fontes normativas** e da **reserva legal**); o qual não pode, com relação a **entidades particulares**, ainda que de **colaboração**, ter a mesma abrangência e profundidade daquele que disciplina as pessoas integrantes da Administração Pública.

3.2. Por outro lado, é de serem recordados, neste passo, os direitos e garantias constitucionais (**art. 5º da CF**), como os da **isonomia (caput)**, da **reserva legal (II)**, da **irretroatividade normativa (XXXVI)**, e do **direito de propriedade (garantia anticonfiscatória, XXII)**.

4. O **ato normativo regulatório** não pode, nessa moldura, criar **institutos jurídicos**; novas **situações jurídicas objetivas**; **direitos e obrigações normativos**, mas, apenas, disciplinar **exercício de poderes e direitos**, assim como a forma de cumprimento de **deveres e obrigações legais**.



5. Esse cenário evidencia que a simples menção, na lei, à figura da **'retirada de patrocínio'**, é insuficiente, para que seu **conteúdo** e respectivos **limites** sejam deixados à **regulação**.

6. Há de entender-se que se está no campo do **Direito Previdenciário Privado**, já agora no âmbito dos **negócios jurídicos** entre **sujeitos de direito privado**, e, portanto, nesse nicho, não cabe a **regulação**, mas, tão somente, a **legislação**.

6.1. Nesse campo, o **Direito Previdenciário Privado** está na mesma posição do **Direito Civil**, cujos **institutos** são todos legais; ressalvada a regulação pelo **poder de polícia**, no campo, por exemplo, do **uso da propriedade**.

7. Os **direitos subjetivos**, como, por exemplo, os direitos patrimoniais, encerram **poderes**, como o de alienar, no caso do domínio, o de ceder, no caso do direito obrigacional; e **faculdades**, que traduzem, faticamente (fato e faculdade são cognatos, derivando ambos do mesmo étimo *fac*), a satisfação do interesse, a que, juridicamente, atende o direito subjetivo. Referindo-se ao domínio, o **art. 485 do CC/16** aludia a *'poderes inerentes'* à propriedade; e a vigente Codificação Civil, em seu **art. 1.228**, emprega o termo *'faculdade'*, para o *'usar, gozar, e dispor da coisa'*, pelo *dominus*.

7.1. O **conteúdo** do **direito** marca a sua **extensão**, define seu **objeto** e compõe-se desses **poderes** e **faculdades**. Os atos e fatos praticados pelo seu titular, de acordo com tal conteúdo, dentro dessa extensão, são o **exercício do direito**. O **exercício** dá-se, portanto, através de **fatos**, quando se trata de **faculdades** como no caso de construção de um edifício, pelo proprietário, no imóvel de sua propriedade; ou por **atos jurídicos**, quando se trata de **poderes**, como o de **dispor**, contido no domínio.

8. Cumpre distinguir entre, de um lado, os **direitos institucionalizáveis**, que constituem **institutos jurídicos**, como é a propriedade; e, de outro, os **não-institucionalizáveis**, ditos **direitos fundamentais**, como a liberdade.

8.1. Os **primeiros**, instituições jurídicas, têm o seu **conteúdo** e a regulação de seu **exercício** como objeto de **atribuição privativa do legislador**, que estabelecem os **limites conteduísticos** e as **limitações de exercício**.

**8.2.** Os **direitos institucionalizados** têm, portanto, **limites**, que circunscrevem seu **conteúdo**, seu **complexo de poderes e faculdades**, **limitações** a seu **exercício**; sendo por outro lado, balizados os tangencionamentos, as **incursões**, **intromissões** e **ingerências**, por parte de terceiros.

**8.2.1.** Há, com efeito, um **conteúdo positivo**, circunscrito pelos chamados **limites positivos**, que fixam o elenco de **poderes e faculdades** do titular do direito, e o alcance do respectivo **exercício**, até onde aquele pode ir na **concretização** de tais poderes e faculdades.

**8.2.2.** Mas há um **conteúdo** e um **alcance ditos negativos**, circunscritos pelos **limites e limitações negativos**, que estabelecem até onde podem ocorrer **ingerências e tangencionamentos de terceiros** em relação ao **direito alheio**; quais os poderes e faculdades de que não dispõe seu titular, e aonde não pode ir esse, no exercício do direito (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, Rio, 1957, t. XIV, PP. 1-12; Clóvis Beviláqua, *Código Civil*, Francisco Alves, Rio, 10ª Ed., 1955, vol. III, p. 45).

**8.3.** Os **limites**, positivos e negativos, do conteúdo do direito, e as **limitações** ao seu **exercício**, estabelecidos pelas regras jurídicas, editadas pelo legislador competente, formam o **estatuto do direito**, e atendem ao princípio de sua **relatividade**; eis que seu **conteúdo** e seu **exercício** têm de possibilitar sua **coexistência** com outros direitos, e o **coexercício**, desses, por seus titulares.

**9.** Cumpre salientar que, a par das **limitações especiais** do exercício de cada direito, há as **limitações comuns** ao **exercício** de todos os direitos, cujo respeito caracteriza a **regularidade** no seu exercício, sendo, sua face patológica o **abuso do direito**: art. 160, I, do CC/16; e art. 187 e 188, I, do CC/02.

**9.1.** A **regularidade** traduz a **licitude**, isto é, a **legalidade** e a **moralidade do exercício do direito**. Os aforismos *nemo iniuria facit qui iure suo utitur e qui iure suo utitur neminem laedit* foram superados pelo princípio do *summum ius, summa iniuria*.

**10.** **Limites de conteúdo e limitações de exercício de direitos patrimoniais** são, primeiramente, muitas vezes, estabelecidos pela própria **Constituição Federal**.

**11.** O sistema constitucional estabelece a **discriminação de competência das ordens federativas** para legislar sobre os vários direitos, isto é, para estabelecer o conteúdo, regular o exercício, fixando os lindes respectivos.

**11.1.** O Poder competente para legislar sobre o direito estabelece os limites, as limitações pertinentes, tendo em vista a necessidade de possibilitar, renove-se, a **coexistência** e o **coexercício** dos vários direitos iguais ou conexos de mesma natureza (os direitos dos proprietários dos vários prédios vizinhos; os do locador e os do locatário), eis que sobre esses e aqueles é dito Poder competente para editar regras jurídicas.

**11.2.** Mas as **limitações do exercício** de um direito, podem igualmente, decorrer da necessidade de salvaguardar **interesses públicos** e **sociais**, cuja tutela está a cargo, não necessariamente, da ordem federativa competente para estabelecer o estatuto básico do direito em questão.

**11.2.1.** Na medida em que o exercício dos direitos interfere com tais interesses, a pessoa política competente, através do poder regulatório, disciplina a proteção daqueles interesses, e, em consequência, o exercício dos direitos.

**11.2.2.** Essa disciplina traduz-se em limitações de direito público, limitações administrativas, de Direito Administrativo, de interesse social, já que as normas respectivas são de Direito Administrativo.

**12.** Um **ato normativo** que dispõe sobre o que há de mais grave, na espécie, sem uma perfeita aderência à **teleologia previdenciária**; com a **extinção de contratos de benefícios**; qualificando esse fenômeno jurídico, fixando as suas consequências e repercussões, inclusive com o atingimento de **direitos adquiridos, pessoais e patrimoniais**, não é foro em que a **regulação** possa atuar.

**12.1.** Lembremos que a **CF** não se limita a exigir, a **lei** como veículo normativo de disciplina do **regime de previdência privada**; mas impõe, no **caput de seu art. 202, lei complementar**; exatamente, objetivando conferir maior **estabilidade** aos institutos dele integrante; a mais completa **segurança jurídica** a seus atores.

**12.2.** Destarte, é inevitável a conclusão de que peca por **inconstitucionalidade** a disciplina, por **ato normativo regulatório**, da denominada **retirada de patrocínio**.



## C – A Verdadeira Natureza Jurídica da Retirada de Patrocínio

1. A **Minuta** em apreciação conceitua '**retirada de patrocinador ou de instituidor**', em seu **art. 3º**:

*“Considera-se **retirada de patrocinador ou de instituidor** o encerramento da relação contratual existente entre o **patrocinador ou o instituidor que se retira e a respectiva entidade fechada**, mediante **resilição do convênio de adesão**, relativamente a **determinado plano de benefícios** de natureza previdenciária e aos respectivos **participantes e assistidos**, seja o plano estabelecido nas modalidades de benefício definido, contribuição definida, contribuição variável ou outras modalidades que venham a ser regulamentadas.”*

1.1. O **art. 4º** complementa a noção adotada, ao preceituar que

*“a **retirada de patrocinador ou de instituidor** gera a **cessação de toda e qualquer responsabilidade destes com a entidade, os participantes e assistidos abrangidos no processo.**”*

2. Sublinhe-se que conceituação principia por caracterizar a **relação jurídica EFPC-patrocinador, ou EFPC-instituidor, como 'contratual'**.

3. Procedamos a algumas **distinções**, relevantes para o caso, pois que é comum confundirem-se os institutos da **resilição**, da **denúncia** e da **rescisão**; assim como do **distrato** e da **revogação**.

3.1. A **resolução** é a **extinção do negocio jurídico** com efeito **ex tunc**.

3.2. A **resilição** tem eficácia **ex nunc** e significa o **rompimento do negócio jurídico a prazo determinado**. Desfaz, ela, a eficácia do negócio desconstituído.

3.3. Já a **denúncia** é a **cessação de um negócio jurídico com prazo indeterminado**; tendo, igualmente, efeitos **ex nunc**.

3.3.1. Põe, ela, um **ponto final à relação jurídica**, não desconstituindo o que estava **formado** e havia de continuar.

3.3.2. É **direito formativo extintivo**, atribuído a um dos **figurantes**, ou a **todos**, nas **relações jurídicas duradouras**.

3.3.3. É consagrada a distinção entre **denúncia vazia** e **denúncia cheia**.

3.3.4. A **primeira, potestativa**, dependendo somente **da vontade do denunciante**. A **segunda é direito potestativo extintivo**, que só nasce '*ao se compor certo suporte fático, em que há o 'plus' de alguma circunstância nova, ou mudança de circunstância, objetiva ou subjetivamente*', como preleciona PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, RT, 3ª ed.. 1984, tomo XXV, pg. 295), que aduz: '*na técnica legislativa, sói-se **limitar** o direito de denúncia, exigindo-se o enchimento do suporte fático. **Com isso, pensa-se proteger o figurante mais fraco***'.

3.3.5. Há, portanto, na **denúncia dependente**, necessidade de **comprovação** da composição desse substrato jurígeno, operando, a denúncia, **efeitos ex nunc**.

3.3.6. Daí, tratar, PONTES DE MIRANDA, da **subsistência de direitos e obrigações**, negando ser errôneo dizer-se que a **denúncia importa adimplemento**: enquanto não se dá o **cumprimento total dos deveres subsistentes**, há '*efeitos irradiados*' e, ainda, até mesmo, '*irradiação de efeitos*' novos, de modo que **só quando se extinguem todas as relações jurídicas é que desaparece o negócio jurídico denunciado**.

3.4. O **distrato é o contrarius consensus**; é o **consenso (ato bilateral) contrário à eficácia do contrato** ou de outro **negócio jurídico**.

3.4.1. **Distratar é desconstituir a eficácia do trato**.

3.4.2. Quem **distrata não descontrata**, mas apenas faz cessar os efeitos do negócio jurídico. O **distrato estereliza os efeitos**, não desconstitui o negócio jurídico.

3.4.3. O **distrato do negócio jurídico de prestação continuada**, cuja execução já se iniciou, não sendo as prestações feitas passíveis de **restituição**, tem eficácia **ex nunc**.

**3.5.** A **revogação, ato unilateral**, faz implodir o suporte fático, retirando-lhe a **vox**, o **elemento volitivo**.

**3.5.1.** Ela se opera por meio de **ato do mundo fático**, e, dentro do **tempo presente**, se houve **prestação duradoura** ou **continuada, já feita**; não indo ao passado.

**3.5.2.** Só é possível a **revogação**, de negócio jurídico, que, ao entrar no mundo do direito, ficou uma **abertura para a volta ao mundo fático**.

**3.5.3.** Existe a **revogação livre** (no **mandato**) e a **revogação dependente** (na **doação**, que só pode ser revogada se tiver ocorrido alguns dos fatos legalmente previstos).

**3.5.4.** A lei, pode estabelecer que o revogador **indenize**.

**3.5.5.** A **revogabilidade** é estabelecida pela lei, e tem **caráter excepcional**.

**3.5.6.** O **convênio de adesão** não é, pois, **revogável**.

**3.6.** A **rescisão**, em sentido próprio, **desconstitui o negócio jurídico**, como no caso dos **vícios redibitórios**, pois que a denominada **redibição é revogação**.

**3.6.1.** Tem eficácia **ex tunc**. **Cinde**, **corta** o suporte fático.

**3.7.** Em suma: na **resolução (negocial ou legal)**, com eficácia **ex tunc**, *desde sempre*, é **como se** o negócio jurídico nunca tivesse existido; na **resilição (negocial ou legal)**, de efeitos **ex nunc**, que é a única possível, se for inviável desconstituírem-se os efeitos produzidos, ocorre que **desde certo momento**, é como se **o negócio jurídico nunca tivesse existido**; na **denúncia**, de índole negocial, **fecha-se o negócio jurídico**, esse não prossegue; a **anulação** destrói o negócio jurídico e elimina-lhe os efeitos; a **decretação de nulidade** destrói o negócio jurídico, que nunca produziu efeitos.

**4.** Citemos, a propósito, elucidativos trechos de PONTES DE MIRANDA

**4.1.** PONTES (*Tratado*, XXV: 294) preleciona:

*“Nas **relações jurídicas duradouras**, é preciso que possa ter ponto final o que se concebeu em reticência.*



Porque relação jurídica duradoura a que não se pudesse pôr termo seria contrária às necessidades da livre atividade dos homens. Não bastaria subordiná-la a eventual **resolução por inadimplemento** ou ao **distrato**. Daí a figura da **denúncia**, com que se **des-nuncia**, pois resulta de se haver atribuído a algum dos figurantes o **direito formativo extintivo**, que é o de **denunciar**. De ordinário, os figurantes previam e preveem esse direito formativo extintivo, por parte de um deles, de algum, ou de todos, igual ou diferentemente. Todavia, a lei atendeu a que há muitas espécies em que se impunha a regra jurídica – cogente, dispositiva ou interpretativa – sobre o direito formativo extintivo e estatuiu sobre os pressupostos desse direito.

.....  
 Quem **denuncia põe ponto final à relação jurídica. Não desconstitui o que constituído estava e havia de continuar. A denúncia pré-exclui a continuação, porque essa não estava preestabelecida.**

.....  
 As **denúncias** ou são **vazias** (= não precisam ser fundamentadas), ou são **cheias** (= só se pode denunciar se adveio razão, segundo a lei ou o negócio jurídico, para de denunciar).

.....  
 Na locação, há a **denúncia vazia**, isto é, denúncia que somente depende da vontade do denunciante (Código Civil, [de 1916] art. 1.209 e 1.197, parágrafo único), e as denúncias cheias, que são aquelas que consistem em **direito formativo extintivo que nasce ao se compor certo suporte fático**, em que há o plus de alguma circunstância nova, ou mudança de circunstância, objetiva ou subjetivamente. As leis emergenciais têm algumas espécies.

Dá-se o mesmo nos contratos de locação de serviços e de trabalho.

Na técnica legislativa, **sói-se limitar o direito de denúncia, exigindo-se o “enchimento” do suporte tático. Com isso, pensa-se proteger o figurante mais fraco.**

.....  
 A **denúncia extingue a relação jurídica duradoura. Daí poderem subsistir deveres e obrigações, que a denúncia não atingiu**, tais como dívida de alugueres atrasados ou pendentes, inclusive correspondentes aos

prazos de que cogitam os arts. 1.209, 1.197, parágrafo único, e 1.218 do Código Civil, e **dívida de indenização por violação do contrato**. **Dai ser errôneo dizer-se que a eficácia da denúncia é igual à do adimplemento** (com razão contra OTTO VON GIERKE e GSCHNITZER – BEITZKE, *Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen*, 19). **Com o adimplemento total do que restava de deveres, extinguem-se todas as relações jurídicas e, no tempo, desaparece o negócio jurídico. Enquanto isso não se dá, há efeitos irradiados e, por vezes, irradiação de efeitos, de modo que ainda não se pode ter por extinto, no tempo, o negócio jurídico.**

.....  
**A denúncia obtém resultados desconstitutivos semelhantes aos da rescisão, que são o de extinção 'ex nunc'; mas a denúncia põe termo à relação jurídica, não a desfaz, nem é como se desfizesse o negócio jurídico . A denúncia diz: "aqui acaba a relação jurídica"; a resolução enuncia, implicitamente: o que ia continuar, ou o que era, é como se não pudesse ser (rescisão), ou como se não tivesse sido (resolução). Quem rescinde faz cessar; quem resolve, faz o que era, no mundo jurídico, deixar de ter sido. Quem denuncia apenas faz não continuar. Resolução apaga presente e passado; portanto, não há futuro; denúncia põe ponto final, no que é no presente; rescisão raspa a reticência, que seria o futuro.**

O que iria continuar, e deixa de continuar, porque houve a rescisão, foi atingido pelo corte que se fez .

.....  
**Daí, a importância que tem, na teoria e na prática, a distinção entre denúncia e rescisão. Quem rescinde não só denuncia; a denúncia não tem a profundidade que tem a rescisão. Porque, se denunciar é impedir que continue, rescindir é desconstituir.**

**A rescisão supõe que o contrato tenha prazo determinado, para que algo se possa desconstituir, ou que, não o tendo, o direito especial – como as leis emergenciais sobre locação – tenha tirado ao figurante a denúncia vazia.**

.....  
**Em sistemas jurídicos que se definem a **resolução** como **extintiva ex tunc**, há propensão para se não distinguir**

da **denúncia** a **resilição**, por serem ambas '**ex nunc**'. **Mas resilir não é denunciar**. Quando o locador de serviços por tempo Indeterminado se afasta do contrato não é por ato de resilição, mas sim por ato de denúncia: não havia vínculo para o futuro. Dá-se o mesmo se o locador de prédio, por tempo indeterminado, não subordinado a leis emergenciais, não quer mais alugar (Código Civil, art. 1.209): denuncia, não resile. A notificação dos arts. 1.196 e 1.209 (art. 1.197, parágrafo único) é ato de denúncia. Não se confunde com a provocação pelo que pode denunciar o contrato (Tomo II, § 235). Se a locação é por prazo determinado e foi inserta cláusula de resilição (resolução '**ex nunc**') se algo acontece, ou se algo acontece até x meses da assinatura do contrato e entrega das chaves, ou passados x anos, não há denúncia, há resilição. Se a locação é por prazo determinado, sem pacto comissório, e o locatário deixa de pagar aluguer, há resilição, e não denúncia. Na ação de despejo, há cumulação de ações, há a ação executiva e a de resilição legal do contrato, por inadimplemento.

**A denúncia cheia supõe que não haja prazo determinado, ou que a lei tenha abstraído disse prazo para tratar a relação jurídica como se fora por tempo indeterminado.**

2. **RELAÇÃO JURÍDICA E DENÚNCIA.** Enquanto a **revogação** vai ao suporte fático do negócio jurídico e subtrai a '**vox**', a **resolução** é como se desfizesse o negócio jurídico, e a rescisão o cinde e o desfaz, – a **denúncia** impede que o momento '**b**' e os que se lhe seguirem tenham a eficácia que, sem a denúncia, teriam. **Quem denuncia não desfaz; evita que se faça o que se poderia fazer. A resilição desfaz eficácia.**

.....  
**Resilição é apenas espécie de resolução, a resolução '**ex nunc**'. Resolver é solver, como dissolver; resilir é sair. Solve-se, resolve-se, sim, na resilição, mas saindo-se, saltando-se: o que restaria para a eficácia do contrato deixa de irradiar-se, porque o figurante saltou fora, e resolveu-se, ex nunc, o contrato (= **desconstituiu-se o seu futuro eficaz**).**

.....  
 Cumpre, ainda, notar-se que, no sistema jurídico brasileiro, a **resilição por inadimplemento não é apenas apagadora de eficácia**. O art. 1.092, parágrafo



único, do Código Civil, pôs claro que o **figurante lesado pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato “com perdas e danos.**

.....  
 O direito de resolução ou de rescisão fundado no artigo 1.092, parágrafo único, do Código Civil, é legal, e não negocial. Não se pactuou, não se inseriu cláusula; a lei dá ao figurante contra quem ocorreu o inadimplemento o direito à resolução, ou à rescisão.

.....  
**A resolução é um como se. Tem-se o negócio jurídico concluído como se concluído não tivesse sido.** O mundo jurídico não admitiu que se desfizesse o negócio jurídico, por subtração de elemento do suporte fático (portanto: por baixo, de fora de mundo jurídico, embora com conseqüências nesse); nem que se cortasse o negócio jurídico, cindindo-se; nem se tem, aí, qualquer ‘contrarius consensus’.

**A rescisão também é um como se. Tem-se o negócio jurídico como concluído mas extinto no momento em que se rescide. Não se confunde com a denúncia, porque essa não desconstitui: determina, apenas, que não continue.**

.....  
**A resolução ou a rescisão por inadimplemento só se refere aos contratos bilaterais.**

.....  
 Na **rescisão**, o que a determina, isto é, o que faz a **resolução** ser só ‘ex nunc’, é ser impossível desconstituir-se o efeito já realizado. O locatário, que deixa de pagar o aluguer e usou o bem até fosse momento e o vai usar até que se decreta a rescisão, não pode deixar de ter usado.

.....  
**A rescisão** atinge todo o futuro, isto é, as prestações sucessivas. Quem exerce direito de rescisão não tem interesse em que continue a eficácia do contrato bilateral.

.....  
 Como a **resolução**, a rescisão pode originar-se de lei ou de negócio jurídico.

.....  
**A rescisão** corta efeito, e desde certo momento o negócio jurídico é como se não houvesse existido.

A denúncia fecha o negócio jurídico. Esse não prossegue, no tempo, porque ele mesmo, com a

denúncia, não continua.

.....  
 Se, no contrato, ou pacto posterior, os contraentes se reservaram, ou reservaram a algum, ou a alguns deles, **direito de resolução ou de resilição**, nascem para eles, se sobrevém a **resolução**, ou a **resilição**, **o dever e a obrigação de restituírem as prestações que cada um fez**. Essa regra jurídica faz parte de todos os sistemas jurídicos, sem ser preceito que neles apareça escrita. Entra a 1ª parte da regra jurídica no campo deixado à autonomia da vontade; e a referência à restituição (2ª parte) resulta de principio geral de direito: **uma vez que se resolveu, ou se resiliu o contrato, não mais há razão para que as prestações fiquem aos que as receberam. A regra jurídica sobre restituição é, por isso mesmo, dispositiva (ius dispositivum): os contraentes podem prever outro dever e obrigação de indenização que essa 'obligatio ad restituendum in integrum'**.

.....  
 A **resolução** é como se extinguísse o contrato, e não só os seus efeitos: o contrato fica como se não houvesse sido concluído. **Devolvem-se as prestações já recebidas. Nas obrigações duradouras, apanha o tempo que resta; e distingue-se da denúncia, em sentido estrito, porque pode apanhar as prestações já vencidas e ainda não entregues. A denúncia cheia, isto é, a que tem enchimento de ato ilícito relativo, ou absoluto, ou simples fato-pressuposto, é causadora de extinção, à semelhança da resilição; portanto, é simplesmente extintiva por terminação de tempo.**

.....  
 A **rescisão** desconstitui o negócio jurídico e, pois, a eficácia dele. Vai-se ao suporte fático sem ser pela retirada da voz, como a **revogação**. A **revogação** retira algo ao suporte fático, a voz ('vox'); a **rescisão** corta, cinde, o negócio jurídico, – o consensus mesmo desaparece. Na **revogação**, há ato unilateral; na rescisão, atendimento do Estado, pelo juiz, à pretensão rescisória: quem cinde, quem corta, é o Estado. Daí a parecença entre a rescisão por vício redibitório e a resolução por inadimplemento, conforme a concebeu o art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil.”

5. Considerando que o **convênio de adesão** tem vigência por **prazo indeterminado**, a figura jurídica de seu **encerramento**, por **iniciativa da patrocinadora**, caracteriza-se como **denúncia**, no enquadramento dos institutos jurídicos antes analisados.

5.1. E, dentre as duas modalidades de **denúncia**, a **vazia** e a **cheia**, a que se adequa à **Previdência Privada** é a última.

5.2. Efetivamente, não há lugar, no **Direito Previdenciário Privado**, para a **denúncia vazia**; pela qual teria o **patrocinador**, o **mantenedor**, o **direito potestativo de extinguir, unilateralmente, ad libitum**, seu vínculo com o **plano**.

5.3. Neste ponto básico, peca, portanto, mortalmente, o regime regulatório proposto, ao consagrar, exatamente, o inverso; ou seja, o que chama de **'resilição' unilateral, imotivada**.

6. No regime atual, a **retirada de patrocínio** é, efetivamente, **forma de denúncia cheia**; tanto que o **item 2, b**, do **Anexo à Resolução 06/88** exige, no elenco de documentos que a **EFPC** tem de apresentar – e ela quem tem **legitimidade** para deflagrar o **procedimento administrativo de retirada de patrocínio** – a **solicitação formal de autorização para exclusão de patrocinadora, 'devidamente justificada.'**

6.1. Ademais, como é próprio da **denúncia**, mantém-se uma série de obrigações da **patrocinadora**, definidas no referido ato regulatório.

7. Reiteremos que a **resilição**, ainda que **ex nunc**, desfaz o **negócio jurídico** praticado; enquanto a **denúncia** apenas opera a cessação; um não continuar da relação jurídica.

7.1. Lembremos a lição de PONTES DE MIRANDA, segunda a qual, com a **denúncia**, subsistem **direitos e obrigações**; de modo que ela não envolve **adimplemento**, o qual só se verifica, com o cumprimento de todas as obrigações, quando, então sim, se extingue a relação jurídica.

7.2. Enquanto não tem lugar esse cumprimento, permanecem os **efeitos irradiados**, podendo haver, inclusive, a **irradiação de novos efeitos**, pelo que, com a simples **denúncia**, não se pode ter por extinto, no tempo, o **negócio jurídico**.



8. O que é **denunciável (denúncia cheia)** é a **adesão ao plano**, que deixa de operar como **proposta de novos contratos de benefícios**, para empregados da patrocinadora-denunciante; mas não o são os **contratos da espécie**, já celebrados e em vigor.

8.1. Com a extinção da condição de **patrocinador**, seus **empregados** não mais poderão aderir.

9. A **retirada é do patrocínio**, e não, do **patrocinador**; pois que a primeira expressão é que se refere ao **negócio jurídico denunciativo** e ao **ato de retratação da oferta de contrato**, consubstanciada no **regulamento**. A **retratação (retração, atração para trás)** é retirar o que se disse (**retrahere**).

9.1. Observe-se que o **patrocinador** é, juntamente com a **EFPC**, **coofertante** dos contratos a seus **empregados**.

9.2. Os **planos CD**, embora, em muitos pontos, diversos daqueles de **benefício definido**, vieram, quanto a certos tópicos, pôr a nu aspectos, até então, cobertos por '**opacidade**'.

9.2.1. Naquilo que nos interessa para o presente estudo, deitou luz à abrangência do instituto jurídico do **patrocínio**.

9.2.2. Naqueles primeiros planos citados, as **contribuições do patrocinador** são registradas em conta individualizada de cada **participante**; o que evidencia que o **patrocínio do plano** é, também, o **patrocínio da situação jurídica** de cada um daqueles.

9.2.3. Essa noção fica clara, com o instituto do **autopatrocínio**; e, daí, falar-se em **participante autopatrocinado**, ou seja, **patrocínio** no tocante à sua situação contratual. Não se torna ele, porém, **patrocinador do plano**; senão, passaria a ter os direitos e poderes inerentes a essa condição.

10. Há de atentar-se no complexo de **relações jurídicas** envolvidas no **plano de benefícios**.

10.1. Recordemos. Temos (a) o **Plano**, como **ente jurídico**, com **patrimônio** a ele **afetado**, e **fiduciariamente** transferido à **EFPC** para fins de administração; (b) o **Regulamento**, que contém a **proposta do negócio jurídico de patrocínio**; a qual, uma vez aceita, pela empresa, dá lugar ao negócio que é formalizado por meio do **convênio de adesão**, a englobar,

como **negócio misto**, um **contrato parciário**; (c) os **participantes** que são **contratantes** do **contrato de benefícios** e **destinatários** do **Plano**; contribuindo para a formação do respectivo patrimônio, do qual são **comunheiros**, e **fiduciantes**, na medida em que a **EFPC** é a **fiduciária-administradora**; (d) o **patrocinador**, que contribui para a formação do **patrimônio** do Plano, sendo seu **comantenedor**, mas não **comunheiro** daquele.

11. Destarte, tem o **patrocinador**, ligação, em **termos** de **patrocínio**, também com os **contratos de benefícios** já formalizados.

11.1. Mas o **contrato de benefícios** não é **denunciável**; e, portanto, com relação a cada um deles, o **patrocínio** se mantém; não afetando, pois, esses **atos jurídicos perfeitos**, criadores de **situações jurídicas subjetivas**, com seu conteúdo de **direitos adquiridos**.

12. Nesse emolduramento, tudo deverá ser feito, para que o **plano**, ainda que **fechado**, se mantenha; mesmo sob a forma de **autopatrocinio**.

12.1. Caso não seja possível a manutenção do Plano, como ente jurídico, haverão de ser respeitados os direitos decorrentes dos contratos de benefícios já celebrados.

13. É sustentável que, não sendo possível a manutenção do **plano**, e à semelhança do que vigora para sua **liquidação**, a **retirada** determinaria o **vencimento antecipado** das obrigações do **retirante**, correspondentes aos **encargos** com referência a cada partícipe.

13.1. O **vencimento antecipado** das **obrigações**, na data de **retirada** (data do cálculo: art. 2º, IV, da **Minuta**), cristalizadora das **situações jurídicas** dos envolvidos, se verifica em relação ao **direito unitário** de cada partícipe, e que tem, por objeto, o **benefício previdenciário**, com as respectivas **pretensões** e **ações**, como **um todo**, ou seja, em relação à **exigibilidade** da **execução contratual**, traduzida no **pagamento global** das **prestações** que, ordinariamente, se iriam vencendo periodicamente.

13.2. Daí, ficariam todos os **participantes** e **assistidos**, na data referida, em situação de **igualdade** em relação aos **encargos** correspondentes (**obrigações futuras**, que se venceriam conjuntamente), considerado, para os então **não-elegíveis**, em nome mesmo do **princípio**

isonômico, o **diferimento**, isto é, a não-abrangência do período entre a data da **retirada** e aquela em que alcançariam a **elegibilidade**.

**13.3.** O **conteúdo do direito unitário do participante e do assistido**, em sua situação contratual, equivale aos **encargos** - o **conjunto das prestações previdenciárias futuras**, dentro dos limites atuariais, decorrentes dos dados fornecidos pela tábua de mortalidade adotada -, na sua **integralidade**; e para cujo **cálculo** é considerado o **valor presente** (referenciado à data pertinente).

**13.4.** O **conteúdo dos créditos dos participantes e dos assistidos** é o **valor dos encargos**, porque esses correspondem às **prestações dos benefícios**, que **antecipadamente se venceram**. Representam as **cotas** que cada interessado passa ter no patrimônio do **plano**.

**13.5.** Se até o momento imediatamente anterior, as cotas estariam representadas pelas **reservas matemáticas**; já no instante da **retirada**, com o vencimento antecipado das obrigações, as **cotas** passam a ser traduzidas pelos encargos.

**13.6.** Destarte, tomando como referencial aquele momento, temos para o **cálculo dos encargos**:

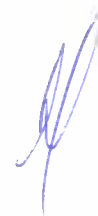
(a) os **assistidos** (abrangidos os **pensionistas**) têm sua situação definida, em relação ao valor da **prestação do benefício**;

(b) no tocante aos **ativos**, com **riscos expirados**, é como se esses passassem a **assistidos**, e há de calcular-se tal valor, como se eles estivessem entrando no **gozo do benefício** naquele momento, segundo as regras do **plano de benefícios**.

(c) quanto aos **ativos não-elegíveis**, o mesmo ocorre, com a diferença de que se levará em conta o prazo de **diferimento**, ou seja, na fixação dos **encargos**, haverá de se desconsiderar, para efeito de cômputo das **prestações**, o **período** até o momento em que haveria a **elegibilidade**, nos termos regulamentares.

**13.7.** Também se incluem neste **crédito** os valores das **prestações vencidas e não pagas**.

**13.8.** Finalmente, pagos todos os **créditos, internos e externos, integralmente**, a partilha do **ativo residual** deverá ser feita, ente participantes e assistidos.





14. Ao falarmos em **cotas**, acentuemos o que se segue.

14.1. Desenvolve PONTES (*op. cit.*, V: 387 e s.):

*"O patrimônio comum ou comunhão de patrimônio deixa de existir se a relação jurídica, de que se originou, cessa. A comunhão hereditária termina com o trânsito em julgado da sentença de partilha; se outra comunhão continua àquela, não é mais de direito da sucessões e pode ser comunhão de patrimônio (os dois herdeiros são marido e mulher casados sob o regime da comunhão, ou os co-herdeiros se casaram, sob o regime da comunhão de bens, antes daquele trânsito em julgado). Outras comunhões de patrimônio têm maior duração."*

14.2. A **cessação da relação jurídica-base da comunhão**, e, em consequência, dessa, faz, na linguagem de PONTES DE MIRANDA (*op. cit.*, V: 370), cessar a '**opacidade**' da **cota**, do **quinhão**, da **parte** de cada **comunheiro**.

14.3. E o **direito à cota**, já cessada a **relação jurídica-base**, é **direito de crédito**.

14.4. Preleciona, a propósito, PONTES:

*"Cessada a mancomunhão, que foi como regime opaco por sobre os direitos dos mancomunheiros, a personalidade desses ressurge e as quotas passam a ser vistas."*

15. O eminente Atuário, Professor RIO NOGUEIRA, costumava proteger os planos que estruturava, em face da **retirada de patrocínio**, mercê da seguinte medida defensiva:

*"Dar-se-á o cancelamento da inscrição do Patrocinador:*

*I - que o requerer;*

*II - que se extinguir, inclusive através de fusão ou incorporação a empresa que não detiver a condição de Patrocinador;*

*III - que descumprir qualquer das cláusulas do convênio referido no parágrafo 2º do artigo 5º.*

**Parágrafo 1º.** Nos casos previstos neste artigo, o Patrocinador ou seus sucessores ficarão obrigados a prestar garantia à ENTIDADE dos seguintes recolhimentos:

a) valores das reservas de poupança pagas a ex-empregados do Patrocinador que dele se tenham funcionalmente desligado nos últimos cinco anos anteriores à data do cancelamento da inscrição do Patrocinador, acrescidos aos referidos valores os correspondentes juros e taxas de manutenção atuarialmente previstos neste Estatuto para os investimentos patrimoniais da ENTIDADE;

b) fundos atuarialmente determinados no regime de capitalização individual, necessários à cobertura dos benefícios assegurados por este Estatuto aos empregados do Patrocinador, inscritos na ENTIDADE em data anterior à do cancelamento da inscrição desta última, bem como aos ex-empregados do mesmo Patrocinador que dela se tenham funcionalmente desligado no curso dos últimos cinco anos anteriores ao referido cancelamento e tenham mantido suas inscrições como participantes não assistidos da ENTIDADE.

**Parágrafo 2º.** O Patrocinador que tiver sua inscrição cancelada ficará exonerado das obrigações previstas no parágrafo 1º, se as mesmas forem integralmente assumidas por algum sucessor inscrito como Patrocinador.”

## **VI – A MINUTA DE RESOLUÇÃO DO CNPC**

1. O sistema adotado pela **Resolução 06/88** difere, em muito, daquele ora proposto.

2. A estrutura da primeira passa a ideia de que a *mens* da **Resolução nº 06/88** era a de disciplinar a retirada de uma das copatrocinadoras de plano multipatrocinado; tanto que o **item 2, letra f**, de seu **Anexo**, exige que a apresentação do ‘*balanço da entidade, com distribuição do ativo entre as patrocinadoras*’, na data estabelecida na avaliação atuarial, qual seja, a da ‘*ocorrência do fato ou ato que enseja a retirada da patrocinadora*’ (letra ‘h’).

2.1. Por seu turno, o **item 3** trata das ‘*entidades que têm solidariedade de contribuições, explícitas, entre várias patrocinadoras*

(contribuições com base na taxa média); estabelecendo como cálculo o 'Ativo da Patrocinadora que se retira'.

**3.** A avaliação atuarial deverá englobar as 'reservas avaliadas individualmente, incluindo o benefício mínimo previsto'; sendo que 'a reserva matemática referente aos participantes da patrocinadora que se retira, deverá ser calculada sem considerar crescimento salarial e será igual ao valor presente do benefício'; sendo que, no caso dos 'assistidos e pensionistas', esse valor será dos 'benefícios concedidos ao mesmo'.

**3.1.** Serão levados em consideração, no cálculo da reserva matemática dos 'ativos que já adquiriram o direito ao benefício ou ao valor de resgate, os valores que seriam pagos aos participantes ativos elegíveis na data da saída da patrocinadora a um benefício pelo plano (resgates ou aposentadorias)' (**letra h e nºs I e II**).

**3.1.1.** Esclarece-se, ainda, que a reserva matemática mínima do participante ativo 'deverá ser no mínimo igual ao valor presente das contribuições feitas pelo mesmo, para o plano de benefícios, já descontados os riscos decorridos, corrigidos monetariamente até a data do efetivo pagamento, em conformidade com o previsto no regulamento do plano ou, se esse for omissivo, pela variação das Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, acrescidas do correspondente juro atuarial'.

**3.2.** Quanto aos 'ativos (riscos não expirados)', o valor da reserva matemática levará em conta 'o benefício proporcional correspondente ao tempo de vinculação à entidade, sendo esta proporção determinada dividindo-se o tempo de vinculação do Participante na entidade pelo tempo de vinculação que teria na data da aposentadoria normal. Do benefício assim determinado deverá ser deduzido qualquer valor, relacionado ao participante, garantido pelos incisos I e II' (nº III); prescrevendo-se que 'a reserva calculada considerando o benefício deste inciso III deverá ser acrescida da reserva referente ao serviço passado'.

**3.3.** O inciso IV dispõe que, no tocante aos 'ativos (riscos não expirados)', considerar-se-á 'o benefício correspondente à diferença entre o benefício proporcional correspondente ao tempo de serviço do Participante na data da saída da Patrocinadora (sendo a proporcionalidade determinada dividindo-se o tempo de serviço na data da saída da Patrocinadora pelo tempo de serviço que teria na data da Aposentadoria Normal) e os benefícios determinados nos incisos I, II e III'.

**3.4.** Verifica-se que, para os participantes ativos não-elegíveis, são aplicadas duas proporções, na individualização da reserva matemática: a



primeira, baseada na proporcionalidade determinada pelo tempo de vinculação ao Plano; e a segunda, pelo tempo de serviço na patrocinadora; sendo a reserva matemática produto da diferença entre o resultado dos dois cálculos.

4. Os itens 4 e 5 regulam a **deficiência do Ativo do Fundo correspondente à Patrocinadora retirante**, relacionando essa **deficiência** com as várias espécies de **benefícios**, referidos nos **incisos I a IV da alínea h do item 2**, antes citados:

*“4. Se o Ativo do Fundo correspondente à Patrocinadora que se trata não for suficiente para cobrir as reservas matemáticas correspondentes aos benefícios referentes aos incisos I, II, e III da alínea h do item 2, a Patrocinadora terá que integralizar ou assegurar aos participantes a integralização do Ativo do Fundo, de modo que o mesmo cubra essas reservas.*

*5. Se o Ativo do Fundo for suficiente para cobrir as reservas correspondentes aos benefícios referentes aos incisos I, II e III da alínea h do item 2 e não for suficiente para cobrir integralmente a reserva matemática referente aos benefícios correspondentes ao inciso IV da alínea h do item 2, a responsabilidade da entidade e da Patrocinadora, referente aos benefícios, deste último inciso ficará limitada ao valor do Ativo do Fundo restante, correspondente a essa Patrocinadora, que será alocado a cada Participante proporcionalmente ao valor individual das reservas referentes aos benefícios do inciso IV da alínea h do item 2.”*

4.1. Sublinhe-se que a **Patrocinadora** arca com a **cobertura da deficiência patrimonial**, em três hipóteses: havendo **deficiência**, quanto ao último conjunto (**Ativos - riscos não expirados**), há o rateio do valor restante do Ativo do Fundo, entre os participantes, na proporção do valor individual das reservas referentes ao conjunto de benefícios do **inciso IV, h, do item 2**.

4.2. No **item 6**, contempla-se a hipótese de excedente do Ativo do Fundo em relação ao total das reservas matemáticas referentes a todo o conjunto de benefícios discriminados no **inciso IV, h, do item 2**.

*“6. Se o Ativo do Fundo correspondente à Patrocinadora for superior ao total das reservas matemáticas correspondentes à alínea h do item 2, o excedente, após deduzidas as despesas administrativas correspondentes à saída da Patrocinadora, será novamente rateado entre os participantes, cabendo a cada um parte proporcional ao total recebido na distribuição já efetuada.”*

4.3. Conforme se vê, a **Patrocinadora que sai** nada recebe, mesmo em havendo excesso patrimonial.

5. Para a **patrocinadora**, a **primeira alternativa** é **manter os Participantes Ativos, Assistidos e os Pensionistas ‘na entidade’**; **item 7, I, e item 8, I.**

5.1 É *iter* que depende, sempre, de *‘estudo atuarial que comprove sua **viabilidade**, bem como de parecer favorável da entidade e da SPC’*, sucedida pela **PREVIC (item 9)**.

5.2. Cumpre gizar que, quando a **Resolução** aludiu à **permanência ‘na entidade’** – considerando-se, inclusive, a realidade do setor previdenciário complementar, à época, em que a pluralidade de planos oferecidos a uma só massa, pela mesma EFPC, ainda não se tinha desenvolvido –, referiu-se ao **mesmo plano**, o que se depreende, outrossim, pelo disposto na **2ª parte do item 7**.

5.2.1. Com efeito, preceitua esse segmento do **dispositivo** que, diante da **opção**, por um dos dois outros caminhos, estará presente a via, facultativa para o **participante assistido** e para o **pensionista**, de *‘permanecer **na entidade**’*, caso *‘concorde com as condições de **permanência no plano** impostas pela **entidade**’*.

5.2.2. Essa exegese também é legítima para o caso do **ativo**, a quem, na hipótese de a **patrocinadora optar pela permanência do respectivo conjunto na entidade**, ou pela de **transferi-lo para outra, fechada ou aberta**, nos termos dos **incisos I e II, do item 8**, é **facultado**, conforme as regras do **mesmo item, 2ª e 3ª partes, desligar-se da entidade**, isto é, **do plano**, a qualquer tempo, ou seja, desde logo ou ulteriormente, recebendo o **valor** fixado nas regras em comento.

6. A **segunda possibilidade** para a **patrocinadora** é a da **transferência dos participantes, assistidos e pensionistas e/ou dos ativos para outra entidade, fechada ou aberta: itens 7, II, e 8, II.**

6.1. Igualmente, nesse caso, oferece-se, para o **participante assistido** e o para **pensionista** o viés da **permanência no plano**, na moldura do exposto no subitem **9.2.1.**, anterior.

7. A primeira questão colocada diz respeito à possibilidade de a **transferência de participantes** ser **para um dos outros planos da mesma EFPC**, e não, para o de outra **EFPC** e **EAPC**.

7.1. Cremos que a **transferência**, a que aludem os **incisos II do item 7 e II do item 8** deve ser interpretada de modo abrangente e à luz do regime jurídico da nova legislação complementar; e em que cada **plano** é um **ente jurídico**, com **identidade** própria; **patrimônio garantidor de afetação ao plano**, a ele especificamente **vinculado**, com **ativo e passivo próprios**; e com **registro**, *quase-personalizante*, no **CNPB**.

8. Não teria sentido entender-se, estritamente, a cláusula '**para outra entidade fechada**', se, na própria **EFPC**, que executa o plano a ficar sem patrocínio, existem outros que podem ser feitos acessíveis aos participantes daquele primeiro.

9. A **migração** é produto de **ato jurídico voluntário** do **Participante**, enquanto a **transferência** o é para a **Patrocinadora**, mas com **reflexos compulsórios** para aquele.

9.1 Ambos os **atos** são **opções** e, assim, correspondem ao **exercício de direito potestativo**, isto é, de **direito-poder**, a **gerar, modificar** ou **extinguir** outros direitos.

9.2 Mas a **opção**, por sua própria natureza, envolve uma escolha entre alternativas, de modo que o **optante** possa formular juízo de valor, e fixar-se na solução de sua preferência.

9.3. Na **migração**, as possibilidades oferecidas ao **optante** são as de **permanecer no Plano de Origem**, ou **migrar**; com **extinção** de sua situação jurídica nele formado, envolvendo direitos e deveres, e com a criação de uma nova situação, já no **Plano destinatário**.

9.4. Para fazer a **opção**, para exercer sua **preferência**, impõe-se que aquele que escolhe tenha plena ciência das conseqüências imediatas de seu ato, de modo que possa fixar-se em um dos termos do oferecimento e formalizar sua escolha.



9.5. É claro que quem escolhe corre **riscos**, como o de que a alternativa desprezada venha, por fatores supervenientes, a tornar-se mais favorável. Mas esse resultado negativo posterior, há de ser um *risco*, e não uma *certeza*, da qual o optante não teve ciência.

10. Pelas **opções** abertas à **patrocinadora** de acordo com a **entidade**; e aos **participantes, ativos e assistidos**, e aos **pensionistas** (item 7 e 8), verifica-se que a ***mens* regulatória** é a da **manutenção do plano**, na **entidade**, sendo a última dos direitos potestativos elencados o do pagamento, à vista, do valor dos fundos, calculados individualmente, aos participantes ativos (item 7, III).

11. A Minuta apresentada tem vícios graves.

12. Nessa linha, embora à **denúncia** não corresponda, ***ipso iure, adimplemento***, permanecendo as obrigações passadas, sendo que novos efeitos poderão irradiar-se, o texto em estudo preceitua, em seu **art. 3º**, que a **'resilição'** do **convênio de adesão** determina o **enceramento** da relação contratual, entre patrocinador/instituidor e a EFPC, no tocante ao plano cujo patrocínio é retirado, abrangendo os **'respectivos participantes e assistidos'**; o que, conforme se verifica, constitui grave equívoco.

12.1. Esse potencializa-se, na medida em que o **art. 4º** registra que a retirada **'gera a cessação de toda e qualquer responsabilidade'** do patrocinador/instituidor

*'para com a entidade, os participantes e assistidos abrangidos no processo'.*

13. O diploma regulatório projetado classifica as **retiradas** em **totais e parciais**: as primeiras são aquelas que decorrem da ausência integral de patrocinadores; as segundas caracterizam-se pelo fato de **'remanescer, no plano de benefícios, algum patrocinador ou instituidor e os respectivos participantes e assistidos'**.

13.1. A Minuta não é bem estruturada, sendo, neste aspecto, inferior à vigente.

13.2. Ao contrário dessa, não se acham bem sistematizadas as alternativas quanto ao destino do plano (**art. 4º e 5º**), combinadas com as opções dos **participantes e assistidos** (**arts. 1º, VI, e 15, e §§**).

14. No primeiro caso, são oferecidas duas alternativas: (a) manutenção do plano de benefícios; ou (b) seu encerramento.

14.1. No segundo (**art. 5º**), o plano se mantém; sendo que, quanto aos **participantes ativos** vinculados ao patrocinador que se retira e os respectivos **assistidos** poderão permanecer no plano.

14.1.1. Aqueles, como **autopatrocinados**; ou como titulares de direito a **benefício proporcional diferido**; e os **segundos**, *'desde que haja a concordância dos demais patrocinadores'*.

15. As **opções** oferecidas a **participantes e assistidos** cabem, não só se, na **retirada total**, com o **encerramento do plano**; ou se a **concordância** prevista no art. 5º, *in fine*, não ocorrer; também na **manutenção do plano**, nos termos do **art. 12**.

15.1. Negrite-se, aliás, que a **Minuta** não prestigia, em absoluto, a **continuidade do plano**, que se pode dar, inclusive, como se sabe, sem **heteropatrocínio**, mas, apenas, com o **autopatrocínio**; hipótese que somente é prevista para a **retirada parcial**; e, tão somente, para os participantes ativos.

16. Tópico básico é o do cálculo da **reserva matemática individual**. Mas esse **cálculo** não tem diretrizes expressas e firmes para sua efetivação, já que o **art. 14** é vago.

16.1. Parece precisa a disposição – e até rigorosa –, ao exigir que a reserva seja *'calculada com estrita observância ao regulamento do plano de benefícios'*. Esse, porém, não prevê, em geral, o método adotado, que pode variar, sendo que poderá ser adotado um critério específico para o cálculo, quando da retirada.

17. Há que grifar que o **'encerramento'** da relação contratual entre **patrocinador/instituidor** e **EFPC**, do que a Minuta chama de **'relação de patrocínio'** (§ 3º do **art. 3º**), pode assumir várias feições. Aliás, o **instrumento resilitivo** recebe a denominação **'termo de resilição de convênio de adesão e de retirada de patrocínio'**.

17.1. Assim, o art. 3º, § 1º, identifica a **resilição unilateral**, instrumentalizada pelo **'pedido de retirada'**, formalizado, perante a **PREVIC**, pelo **patrocinador** ou **instituidor**, ao qual cabe a **'iniciativa'** da **retirada**; devendo ser notificada a **entidade fechada**.

17.1.1. Cumpre anotar que, segundo a **regulação procedimental**, estabelecida no **Capítulo II da Minuta**, trata-se de **notificação**, pela qual, tendo, a **EFPC**, ciência da **iniciativa da retirada**, pelo **patrocinador** ou **instituidor**, só tem ela **deveres a cumprir**; isso, em exíguo **prazo decenal** (art. 8º), cabendo-lhe, por seu representante legal, tomar providências administrativas, e adotando *'os procedimentos necessários ao andamento do processo de retirada'*.

17.1.2. É mister, portanto, acentuar que não se atende ao **devido processo legal**, não se abre, à entidade, segmento procedimental **para se opor ou impugnar a iniciativa**, embora lhe esteja, de todo modo, assegurada essa garantia pela constituição.

17.2. Já o art. 7º contempla a **'rescisão do convênio de adesão'**, **'solicitada'** pela **EFPC**, por **inadimplemento**, **'por descumprimento do convênio de adesão'**; **'solicitação'**, com a qual deverá ser **'apresentada a motivação do fato e documentação comprobatória'** desse descumprimento.

17.2.1. Em se tratando de **inadimplemento**, há de cogitar-se do correspondente ressarcimento.

18. Considerando a blindagem, antes exposta, dos **contratos de benefícios** já celebrados e em vigor, as opções, taxativamente previstas no **art. 15 da Minuta**, sem assegurar a manutenção da situação jurídica contratual, dissocia-se do preceito do **art. 202 da CF**, e, sem dúvida, malferem **direitos adquiridos**.

18.1. Observe-se que a própria permanência no **plano** pressupõe a obtenção de um **instituidor** que represente o optante, nos termos do disposto no **art. 12**.

19. A diferença de natureza entre as modalidades **BD** e **CD**, e de garantia quanto ao valor das prestações beneficiárias, faz com o que a transmutação de uma para a outra, constitua ruptura ontológica na situação jurídica do partícipe do **plano**. Em verdade, passa-se a ter um **novo plano**, cooperando-se, juridicamente, uma **novação**.



20. Conforme já assinalado, os patrocinadores não são comunheiros do patrimônio do **plano**, de modo que não tem direito a partes do mesmo.

21. Quanto ao **equacionamento de déficit**, a proporcionalização da cobertura desse, está prevista no **art. 21** da **LC 109/01**, que, pelo menos em sua literalidade, atribui a patrocinadores, participantes e assistidos, a obrigação primária da superação da situação deficitária, aludindo a '**ação regressiva**', a ser proposta em face de administradores e terceiros causadores do dano ou prejuízo à **EFPC**.

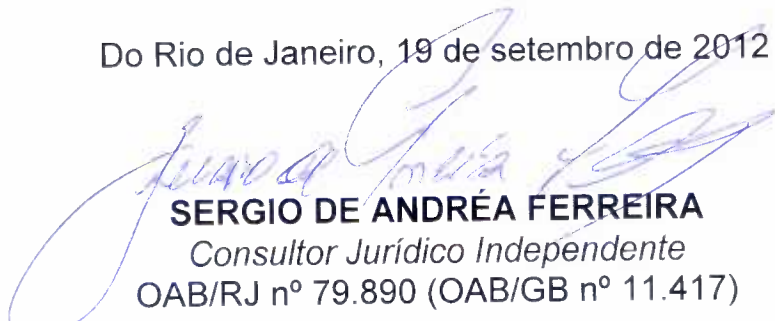
21.1. Se se cuidar de procedimento ilícito desses, é viável cogitar-se de medidas judiciais que, desde logo, objetivem a sua responsabilização.

21.2. No contexto de uma **retirada de patrocínio**, a responsabilização imediata é pertinente, porquanto o abrupto corte que fere a relação previdenciária justifica a pronta solução da questão.

22. Finalmente, não se pode olvidar que uma **retirada** por interesse da **patrocinadora** é **justa causa** para que ela tenha, em contrapartida, uma **oneração especial**.

22.1. Adite-se que, nos termos analisados no curso deste estudo, a **denúncia cheia**, em que consiste a **retirada de patrocínio**, é, por si só, **onerosa**.

Do Rio de Janeiro, 19 de setembro de 2012



**SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA**  
*Consultor Jurídico Independente*  
OAB/RJ nº 79.890 (OAB/GB nº 11.417)