

INSTITUTOS OBRIGATÓRIOS NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Wagner Balera

**Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito;
Professor Titular de Direitos Humanos da Faculdade
de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.**

Danilo Ribeiro Miranda Martins

**Procurador Federal; Especialista em Direito Previdenciário,
Gestão Previdenciária e Previdência Complementar; MBA em Finanças (IBMEC);
Mestrando em Direito Previdenciário (PUC-SP).**

1. INTRODUÇÃO

Durante muito tempo a previdência privada foi uma atividade praticamente desregulamentada, exercida livremente pelos particulares. Aplicavam-se tão somente as regras gerais do Código Civil e do seguro privado, em especial.

A primeira entidade de previdência privada formalmente reconhecida foi a MONGERAL – Montepio Geral dos Servidores do Estado, criada pelo Decreto Imperial de 10 de janeiro de 1835. Muito anterior, portanto, ao início da intervenção do Estado na seara previdenciária.

O primeiro marco legal da previdência privada surgiria bastante depois, com a edição da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977. Inspirada na *ERISA – Employee Retirement Income Security Act*, editada em 1974 nos Estados Unidos, a Lei nº 6.435/77 teve como objetivo estabelecer mecanismos de regulação e fiscalização dessa atividade, ante o sério risco de frustração das expectativas dos participantes.

A previdência privada mereceu pouca atenção da Constituição Federal de 1988, em sua redação original. Definiu-se apenas, em seu artigo 21, inciso VIII, a competência da União para fiscalizar as operações de previdência privada.

Estabeleceu-se ainda, no artigo 192, inciso II, que o sistema financeiro nacional seria regulado em lei complementar, que disporia sobre a autorização e funcionamento dos estabelecimentos de previdência.

Por fim, no artigo 201, §§ 7º e 8º, previu-se que a previdência social deveria manter seguro coletivo, de caráter complementar e facultativo, custeado por contribuições adicionais, e proibiu-se qualquer subvenção ou auxílio do Poder Público às entidades de previdência privada com fins lucrativos.

A Emenda Constitucional nº 20/98, porém, transformou substancialmente o tratamento dado à previdência privada pela Constituição Federal.

Saindo da órbita do Sistema Financeiro Nacional, passou a cuidar da matéria mais detalhadamente no artigo 202, dentro do Capítulo II do Título VIII, passando a enquadrá-la dentro da Ordem Social, mais especificamente como componente do Sistema de Seguridade Social.

Previu o mencionado dispositivo que a previdência complementar seria regulada por Lei Complementar. Seguiu-se então a edição da LC nº 109, de 29 de maio de 2001, que estabeleceu regras gerais para a disciplina das atividades desempenhadas por entidades abertas e fechadas de previdência complementar.

Uma das principais inovações encontradas na mencionada Lei Complementar foi o tratamento dado ao que se chamou de “institutos obrigatórios”, cláusulas que devem necessariamente constar do contrato previdenciário, com vistas a resguardar o interesse de participantes e assistidos.

Trata-se de uma importante limitação à autonomia das partes na celebração do contrato previdenciário, sobre a qual iremos nos debruçar neste artigo.

2. O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NA CONSTITUIÇÃO

A Emenda Constitucional nº 20/98 alterou a redação do artigo 202 da Constituição, conferindo regramento minudente à previdência complementar.

É este o teor atual do mencionado dispositivo:

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

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

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

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

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

A previdência complementar tem como objetivo oferecer proteção adicional, para além daquela ofertada pelo regime geral de previdência, de caráter obrigatório e mantido pelo Estado, na dicção do artigo 201, *caput*, da Constituição Federal.

Conforme salienta Mattia Persiani¹:

(...) seguros sociais e seguros privados, acima das suas profundas diferenças técnicas, estruturais e funcionais, são – e se observamos bem – também complementares. Todos os problemas do futuro incerto não podem e nem devem ser resolvidos somente com a previdência obrigatória. (...)

A seguridade social, como meta essencial do Estado, diz respeito apenas às necessidades essenciais. (...) Além de tal limite, a eliminação da necessidade é, e deve ser, deixada para a previdência privada.

¹ PERSIANI, Mattia. *Direito da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 53.

A característica da complementariedade ficou mais clara com a Emenda Constitucional nº 20/98², rejeitando-se modelos que buscam a atuação concorrente ou a substituição da previdência básica pela previdência privada.

A previdência privada também não pode ser mais um “apêndice” do regime geral, como possibilitava o 201, §§ 7º e 8º, da Constituição, em suas redações originais. Determina o artigo 202 da Carta Magna, ao contrário, que os regimes geral e complementar são absolutamente autônomos, regidos por regras próprias.

Prevaleceu, assim, a visão há muito esposada pelo professor Rio Nogueira³, para quem o Estado deve gerir apenas a seguridade básica, em caráter obrigatório, deixando para a iniciativa privada a administração da seguridade supletiva.

Da sua complementariedade pode ser extraído também o objetivo primordial da previdência privada, qual seja a proteção supletiva dos riscos sociais indicados no artigo 201 da Constituição, em especial os relativos à doença, invalidez, morte e idade avançada.

Segundo alerta Wagner Balera⁴, a pós-modernidade tem indicado continuamente novos horizontes para os riscos, submetendo os esquemas de proteção de social a um verdadeiro teste de eficácia. E a seguridade social é chamada a intervir nessa “sociedade de risco”, na expressão utilizada por Ulrich Beck, na busca do bem-estar e da justiça social.

Aduz ainda o mencionado doutrinador⁵:

Em nosso sistema jurídico, a *Justiça* é o fim da Ordem Social, e a **Seguridade Social** é o modelo protetivo que se destina a institucionalizar os seus preceitos.

Quem (...) se disponha a analisar as diretrizes gerais de tal modelo constitucional de proteção, deve considerar que as prestações atualmente oferecidas pela ordem jurídica são aptas ao suprimento das necessidades básicas do coletivo protegido, conformando-se ao idêntico do sistema.

O que, diga-se, não pode significar estática constatação da realidade, uma vez que os planos de proteção social devem não apenas ser mantidos, como, principalmente, expandidos, a fim de que se atinja o ideal da universalidade da cobertura e do atendimento, como comanda o art. 194, parágrafo único, inciso I, da Constituição de 1988.

² Antes disso, a Lei nº 6.435/77 afirmava que as entidades de previdência privada ofereciam benefícios “complementares ou assemelhados aos da Previdência Social” (art. 1º).

³ NOGUEIRA, Rio. *A crise moral e financeira da previdência social*. São Paulo: Diefel, 1985, p. 23.

⁴ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 175 e 200.

⁵ Op. cit. pp. 53-54.

Manuel Sebastião Soares Póvoas⁶ defende também que o regime geral de previdência jamais irá conceder mais do que os benefícios básicos, exigindo a colaboração do setor privado. Destaca ainda o autor que a facultatividade da instituição da previdência privada não lhe tira o caráter eminentemente social, visto que se volta para a proteção de situações que se refletem no bem-estar dos cidadãos e das suas famílias.

Impende analisar três outras características que podem ser extraídas do artigo 202 da Constituição Federal, quais sejam, a natureza privada, a contratualidade e a facultatividade, as quais estão intimamente relacionadas.

Como visto, o fato de estarmos diante de um regime de direito privado dá ênfase especial à autonomia da vontade, a qual somente pode ser limitada em virtude de disposição legal, na forma expressa no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Como consequência, aquilo que não for imposto pela lei pode ser objeto de disposição pelas partes, por meio da celebração de negócio jurídico. Para tanto será celebrado contrato, que não deve se desviar de sua função social (art. 421, CC), qual seja, a proteção contra riscos sociais.

E, em se tratando de negócio jurídico, a vontade humana passa a ser um elemento fundamental do ato. É o que externa com acuidade Silvio Rodrigues⁷:

(...) O ato jurídico representa uma prerrogativa que o ordenamento confere ao indivíduo capaz de, por intermédio de sua vontade, criar relações a que o direito empresta validade, uma vez que se conformem com a ordem social. A vontade procura um fim que não destoa da lei e que, por esse motivo, obtém dela a eficácia necessária.

O fim da declaração é produzir efeitos jurídicos imediatos, e, dada a liceidade do propósito, tais efeitos são efetivamente gerados. A esse princípio se chama autonomia da vontade. (...) É o princípio de que *pacta sunt servanda*, o qual, embora muito atacado nos últimos tempos, e a despeito das exceções que nele se situam, continua a reger as relações privadas, pois, efetivamente e como ponto de partida, as convenções entre os particulares são válidas e geram efeitos, sempre que não colidirem com a lei de ordem pública. (...)

Entre os elementos essenciais do negócio jurídico figura, em primeiro lugar, a vontade humana, pois, vimos, o ato jurídico é fundamentalmente um ato de vontade. Todavia, como a vontade é um elemento de caráter subjetivo, ela se revela através da declaração (...).

⁶ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência Privada: filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 30 e 417.

⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 170-171.

Dessa forma, estabelece-se a conexão entre o regime privado, a facultatividade e a contratualidade que regem a previdência complementar, terminando por definir os contornos básicos desse regime em ambiente constitucional.

Necessário ressaltar, contudo, que os três últimos aspectos já decorriam do ordenamento jurídico anterior, embora não constassem do texto da Constituição. A única exceção era a possibilidade inserta no artigo 201, §§ 7º e 8º, que nunca chegou a ser implementada.

Não houve, sob esse ponto de vista, mudança significativa do regime jurídico aplicável à previdência privada, embora não seja irrelevante a sua elevação a patamar constitucional.

Deve-se questionar, porém, qual a diferença efetiva entre o regime de direito público e o regime de direito privado.

Diógenes Gasparini⁸ compreende os dois ramos como uma unidade indivisível, monolítica. Entende, contudo, que o Direito Público envolveria as relações jurídicas em que predomina o interesse do Estado e da sociedade, enquanto no Direito Privado predominaria o interesse dos particulares.

Em decorrência, no regime de direito privado teríamos normas de caráter disponível, onde prevalece a autonomia da vontade, enquanto no direito público teríamos basicamente normas de caráter cogente, que não admitiriam qualquer tipo de negociação ou transação.

Para boa parte dos estudiosos da teoria geral do direito, no entanto, a divisão entre os ramos público e privado teria basicamente finalidade didática. Não existiria, assim, critério seguro para diferenciar os regimes, havendo normas de caráter disponível e de caráter cogente tanto em ramos do direito público quanto do direito privado.

Carlos Roberto Gonçalves⁹, a esse respeito, faz as seguintes considerações:

Malgrado o direito público vise proteger os interesses da sociedade e o direito privado busque assegurar, integralmente, a satisfação dos interesses individuais, tal critério se mostra insuficiente. Não se pode, com efeito, dissociar o interesse público do interesse privado, como se fossem antagônicos, mesmo porque, na maioria das vezes, torna-se difícil distinguir o interesse protegido. As normas não costumam atingir apenas o interesse do Estado ou do particular, mas entrelaçam-se e

⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. I: parte geral. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9-11.

interpenetram-se. Destinam-se elas, em sua generalidade, à proteção de todos os interesses. (...)

Digno de nota o fenômeno, que vem se desenvolvendo atualmente, da acentuada interferência do direito público em relações jurídicas até agora disciplinadas no Código Civil, (...) a ponto de se afirmar hoje que a unidade do sistema deve ser buscada, deslocando para a tábua axiológica da Carta da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.

Destaca ainda o referido autor que o princípio da socialidade, refletindo a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, é uma das principais marcas do Código Civil de 2002¹⁰. Não por outra razão o artigo 421 do nosso Diploma Civil preceitua que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Em outras palavras, a autonomia da vontade há muito deixou de ser um valor absoluto, sendo plenamente factível falar-se em uma intervenção acentuada do Estado ainda que em um ramo sujeito a “regime de direito privado”.

3. INSTITUTOS OBRIGATÓRIOS

3.1. Natureza e finalidade

Os chamados institutos obrigatórios foram previstos nos artigos 14 e 27 da Lei Complementar nº 109/2001, aplicáveis, respectivamente, às entidades fechadas e abertas de previdência complementar.

Cuidam-se de normas de ordem pública, exemplo evidente e legítimo de intervenção do Estado na autonomia privada inerente aos contratos de previdência complementar.

Para as entidades fechadas, exigiu-se a inserção de cláusulas nos regulamentos dos planos cuidando dos institutos do resgate, portabilidade, benefício proporcional diferido e autopatrocínio. Para as entidades abertas, apenas o resgate e a portabilidade são exigidos.

¹⁰ Op. cit. p. 24.

Ainda que impostas pelo Estado, estamos diante de cláusulas contratuais, sem as quais não será possível que a entidade ofereça plano de benefícios.

Observe-se que os artigos 14 e 27 permitem que essas matérias sejam objeto de regulação, mencionando o artigo 27 a possibilidade de que se estabeleça conceitos, forma, condições e critérios para esses institutos.

Desse modo, além das regras inscritas nos mencionados dispositivos, os órgãos reguladores poderão instituir regras adicionais para esses institutos. Com base nessa autorização foi editada a Resolução MPS/CGPC nº 6/2003, aplicável às entidades fechadas de previdência complementar.

No âmbito da previdência aberta encontra-se em vigor a Resolução CNSP nº 139/2005 e a Circular SUSEP nº 138/2007, que estabelecem regras de funcionamento e critérios para operação da cobertura por sobrevivência oferecida em plano de previdência complementar. Localizam-se, nesses normativos, diversas regras voltadas para os institutos do resgate e da portabilidade, como veremos.

Tais institutos têm em comum o fato de estarem ligados ou ao encerramento do contrato previdenciário com determinada entidade (no caso do resgate ou da portabilidade) ou à manutenção do contrato de previdência, mesmo ante o rompimento do vínculo empregatício (benefício proporcional diferido e autopatrocínio).

A possibilidade de manutenção do contrato previdenciário decorre da sua autonomia em relação ao contrato de trabalho, afirmada constitucionalmente (art. 202, § 2º). O encerramento do contrato de trabalho, portanto, não implica necessariamente o encerramento da relação de previdência complementar.

Pode-se afirmar ainda que tais institutos são expressão do princípio da facultatividade, também resguardado constitucionalmente (art. 202, *caput*), vez que o princípio garante tanto a vontade de se inscrever, quanto a de permanecer (benefício proporcional diferido e autopatrocínio) e a de deixar de fazer parte (resgate e portabilidade) da relação de previdência privada.

Os institutos estão conectados igualmente com o princípio da proteção dos participantes e assistidos, que consta do artigo 3º, inciso VI, da LC nº 109/2001, que deve pautar permanentemente a ação do Estado nessa seara.

Nessa linha afirma Daniel Pulino, referindo-se aos institutos obrigatórios¹¹:

(...) eles são importantes instrumentos de preservação, de estabilidade, das relações de previdência privada e que visam a garantir os interesses dos participantes diante de situações em que poderiam ser rompidas as relações jurídicas de previdência complementar firmadas entre aqueles sujeitos e as entidades administradoras dos seus planos.

Desse modo, ao garantir direitos mínimos aos participantes nessas situações, evita-se que sejam estabelecidas condições mais desfavoráveis a eles quando de eventual rompimento de vínculo previdenciário com a entidade ou do vínculo empregatício com o empregador.

Em decorrência, a princípio, nada obsta que os planos de benefícios estabeleçam condições mais favoráveis aos participantes e assistidos, desde que observadas outras normas de caráter cogente impostas pela legislação.

Em síntese, tais institutos devem ser interpretados considerando esses três princípios fundamentais, quais sejam o da autonomia do contrato previdenciário, o da facultatividade e o da proteção dos participantes e assistidos.

Passemos a analisar cada um deles separadamente, agora mais detidamente.

3.2. Resgate

O instituto do resgate é o nome que se dá à rescisão total ou parcial do contrato previdenciário, quando solicitada pelo participante de plano de benefícios.

Conforme leciona o professor Manuel Sebastião Soares Póvoas¹²:

Esse direito está correlacionado com o direito subjetivo do participante ao benefício, mas é diferente; é, sem dúvida, um novo direito subjetivo. O recebimento do resgate não corresponde ao exercício antecipado do direito ao benefício, porque não tem com ele qualquer ligação; mas está ligado à expressão atuarial da responsabilidade que a entidade deixou de ter em relação a ele (...).

¹¹ PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 168.

¹² PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência Privada: filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 409.

Diferentemente da portabilidade, em que se preserva o caráter previdenciário dos recursos, no resgate os recursos perdem seu caráter previdenciário e retornam à titularidade imediata do participante.

A principal preocupação do legislador, sobre esse aspecto, é definir o montante que deve ser destinado ao participante nessa hipótese, o que começa a ser delineado já na LC 109/2001.

O artigo 14, inciso III, assegura ao participante o resgate da totalidade das suas contribuições (usualmente denominado reserva de poupança), não garantindo, assim, a possibilidade de resgate de contribuições do patrocinador. Possibilita, ainda, o desconto da parcela referente à despesa administrativa.

Esclarece o artigo 26 da Resolução CGPC nº 6/2003 que esse é o valor mínimo do resgate, nada obstando que sejam resgatadas contribuições do patrocinador, se o regulamento assim dispor.

O artigo 27 da LC nº 109/2001, por seu turno, garante para os participantes de entidades abertas a possibilidade de resgate das reservas técnicas, provisões e fundos, total ou parcialmente.

Em se tratando de planos coletivos, o artigo 72, parágrafo único, da Resolução CNSP nº 139/2005 afirma também que deve ser garantido ao participante a possibilidade de resgate do saldo de provisão constituído com recursos próprios.

A propósito, cumpre observar que essa devolução deve considerar a inflação do período, sob pena de enriquecimento indevido. É como vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, como se vê:

"A eg. Segunda Seção, sob o regime do Recurso Representativo da Controvérsia, firmou tese no sentido de que "é devida a restituição da denominada reserva de poupança a ex-participantes de plano de benefícios de previdência privada, **devendo ser corrigida monetariamente conforme os índices que reflitam a real inflação ocorrida no período**, mesmo que o estatuto da entidade preveja critério de correção diverso, devendo ser incluídos os expurgos inflacionários (Súmula 289/STJ)" (REsp 1.183.474/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Segundo Seção, julgado em 14/11/2012, DJe de 28/11/2012). (grifou-se)

Em semelhante sentido sustenta Daniel Pulino¹³:

¹³ PULINO, Daniel. Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 370.

Com efeito, quando a Lei Complementar n. 109, de 2001, determina o resgate “da totalidade das contribuições vertidas pelo participante, descontadas as parcelas de custeio administrativo”, consistirá cláusula obrigatória para qualquer regulamento de plano de benefícios de previdência complementar fechada (art. 14, III), não se está propriamente preservando alguma diretriz da seguridade social, especificamente, mas sim uma proibição de que alguém (a entidade previdenciária) se enriqueça indevidamente às custas de outrem (das contribuições do próprio participante, que foram vertidas unicamente para uma aposentadoria programada que não vai mais ser concedida, justamente porque o participante decidiu retirar-se do plano), estando, a nosso ver, aí presente uma norma de ordem pública.

O exercício do resgate, porém, admite algumas condicionantes.

Primeiro, tanto para entidades fechadas quanto para entidades abertas, o resgate não é permitido caso o participante já esteja em gozo de benefício. É o que se extrai tanto do artigo 24 da Resolução CGPC n° 6/2003 quanto do artigo 56, *caput*, da Resolução CNSP n° 139/2005.

Protege-se de uma forma especial esses recursos, nessa situação, pelo fato de configurarem direito adquirido dos participantes, na forma expressa no artigo 68, § 1º, da LC n° 109/2001.

No caso de planos de benefícios de entidades fechadas instituídos por patrocinador, exige-se que o direito ao resgate seja exercido apenas quando houver o rompimento do vínculo empregatício. Não existe previsão semelhante na previdência aberta.

A respeito da legalidade dessa condição, o Superior Tribunal de Justiça fixou o seguinte entendimento:

"(...) o Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC), no uso de suas atribuições legais (arts. 5º e 74 da LC 109/2001), editou a Resolução MPS/CGPC 6/2003, dispondo que no caso de plano de benefícios instituído por patrocinador, o regulamento deverá condicionar o resgate à cessação do vínculo empregatício (art. 22). Ressalta-se que essa exigência já fazia parte do regime da Lei 6.435/1977, regulamentada pelo Decreto 81.240/1978 (art. 31, VII e VIII). Observa-se, desse modo, que **a exigência de extinção do vínculo empregatício com o patrocinador para o ex-participante de fundo previdenciário solicitar o resgate de suas contribuições, apesar de rigorosa, é essencial, pois se evita a desnaturação do sistema**, dado que o objetivo da previdência complementar fechada é a proteção social de um grupo específico de participantes e não a utilização como forma de investimento, tanto é assim que a atividade da entidade fechada de previdência complementar não tem finalidade lucrativa, estando voltada unicamente para a gestão de recursos para fazer frente à suplementação de benefícios futuros contratados. Logo, não fere a razoabilidade nem há como ser reputada ilícita ou abusiva a cláusula estatutária." (REsp 1.518.525-SE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/5/2015, DJe 29/5/2015). (grifou-se)

Na previdência fechada apenas se admite a possibilidade de resgate parcial para entidades instituídas, ou seja, aquelas vinculadas a associações ou sindicatos. Para as vinculadas a patrocinador, o resgate implica cessação plena dos compromissos do plano com relação aos participantes e beneficiários (art. 20, Resolução CGPC nº 6/2003).

O artigo 56, § 3º, da Resolução CNSP 139/2005, por sua vez, possibilita tanto o resgate total quanto o parcial dos recursos. Apenas não se admite o resgate parcial para planos de benefício definido, quase inexistentes no âmbito da previdência aberta.

Tanto nos planos fechados instituídos quanto nos planos de entidades abertas é possível se prever prazo de carência, conforme estipula o art. 23, *caput*, da Resolução CGPC nº 6/2003 e o artigo 19, *caput*, da Circular SUSEP nº 338/2007, observados os limites ali estabelecidos.

Importante destacar, por fim, que o STJ fixou o entendimento, durante o julgamento do Recurso Especial nº 1.111.973/SP, de que a prescrição quinquenal prevista na Súmula nº 291 é aplicável, por analogia, na pretensão de recebimento de diferenças de correção sobre restituição de reserva de poupança. Além disso, estabeleceu-se como termo *a quo* a data em que houver a devolução a menor das contribuições recolhidas pelo participante.

3.3. Portabilidade

Embora também relacionado à cessação da relação jurídico previdenciária, o instituto da portabilidade difere substancialmente do resgate pela simples razão de se pretender a manutenção da finalidade previdenciária dos recursos, transferindo-o para a administração de outra entidade de previdência.

Não por outra razão são peremptórios os artigos 15, inciso I, e 27, § 1º, ao afirmar que “a portabilidade não caracteriza resgate.” Merece, portanto, tratamento jurídico apartado, inclusive sob o viés tributário.

Justamente por preservar o caráter previdenciário do recurso, ao menos no âmbito das entidades fechadas, a legislação conferiu ao participante o direito a uma parcela potencialmente maior dos recursos. Deu, a essa parcela, o nome de direito acumulado.

É o que se extrai do artigo 14, inciso II, e 15, parágrafo único, da LC nº 109, que permite que na portabilidade sejam transferidas as reservas constituídas pelo participante (reserva de poupança) ou a reserva matemática, “o que lhe for mais favorável”.

É a Resolução CGPC nº 6/2003, novamente, que vem definir melhor os contornos do instituto, explicitando em seu artigo 15 a que corresponde o direito acumulado, segundo a modalidade de plano de benefício.

Em apertada síntese, o direito acumulado é uma fórmula de individualização das reservas garantidoras dos planos de benefícios, necessárias para a cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, de que trata o artigo 18 da LC nº 109/2001.

Em se tratando de plano de contribuição definida, a reserva matemática individual se torna mais simples de se verificar: corresponde à reserva constituída com base nas contribuições do participante e do patrocinador.

Tende naturalmente, portanto, a ser superior à reserva de poupança, constituída exclusivamente com o esforço contributivo do participante.

O mesmo não ocorre com as entidades abertas, inexistindo aí qualquer direito a mais sobre reservas do plano, relativamente ao resgate, remanescendo a possibilidade de o regulamento estipular regras distintas para essas situações.

Na portabilidade há o plano de benefícios originário, de onde sairão os recursos, e o plano de benefícios receptor, para onde irão os recursos.

A LC nº 109/2001 veda, no caso de portabilidade, que os recursos transitem pelos participantes dos planos de benefícios, sob qualquer forma (art. 15, inciso II, e art. 27, § 2º, inciso II).

Em se tratando de entidade fechada, a própria Lei proibiu também a portabilidade na inexistência de cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador (art. 14, § 1º). A finalidade dessa norma é preservar o interesse do

patrocinador e do grupo de participantes vinculados ao plano, impedindo que recursos aportados pelo patrocinador sejam subtraídos do plano de benefícios a qualquer tempo, prejudicando o mútuo.

A regulação limita o uso do instituto, assim como no resgate, ao período de constituição das reservas (art. 14, Resolução CGPC nº 6/2003 e art. 62, *caput*, Resolução CNSP nº 139/2005, também em respeito ao direito adquirido.

Igualmente, a portabilidade em planos fechados patrocinados deve ser total (art. 13, Resolução CGPC nº 6/2003), podendo ser total ou parcial em planos administrados por entidades abertas (art. 62, § 3º, Resolução CNSP nº 139/2005), à exceção de planos de benefícios definido.

O artigo 10 da Resolução CGPC nº 6/2003 acrescenta ainda que a portabilidade constitui um direito inalienável, a ser exercido em caráter “irrevogável e irretratável.”

Pode-se, ainda, exigir cumprimento de carência, na forma do artigo 14, inciso II, da Resolução CGPC nº 6/2003 e 27 da Circular SUSEP nº 338/2007.

Importa notar que há regras específicas a serem observadas no caso de portabilidade entre entidades fechadas e abertas. O artigo 14, § 4º, da LC nº 109, nesse sentido, dispõe que a portabilidade para entidades abertas somente será possível se os recursos forem utilizados para contratação de renda mensal vitalícia ou por prazo determinado, de no mínimo de quinze anos.

Vige atualmente, ademais, a Instrução Conjunta SUSEP/PREVIC nº 01/2014, que estabelece regras específicas para portabilidade de recursos entre planos de benefícios de entidades abertas e fechadas, definindo principalmente documentos e prazos a serem observados durante a operação.

3.4. Autopatrocínio

Passamos a nos ocupar agora de situações em que, em sentido oposto, o participante pretende manter o vínculo com a entidade de previdência, mesmo que cessado o seu vínculo empregatício com o patrocinador.

A primeira delas é o autopatrocínio, nome pelo qual é conhecido o instituto definido no artigo 14, inciso IV, da LC nº 109/2001, que faculta ao participante de entidade fechada “manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares.”

O instituto é expressão máxima do princípio da autonomia do contrato previdenciário, prestigiado no artigo 202, § 2º, da Constituição, como ressaltado anteriormente.

Esclarece o artigo 27, parágrafo único, da Resolução CGPC nº 6/2003, desse modo, que a cessação do vínculo com o patrocinador deve ser entendida como uma forma de perda total da remuneração, para o fim de aplicação desse instituto.

Fazendo essa opção, o participante preserva o teor integral do contrato previdenciário com ele celebrado, resguardando completamente seus direitos e expectativas legítimas.

As suas contribuições, nesse caso, não podem diferir daquelas previstas no plano de custeio, garantindo-lhe a legislação um tratamento uniforme e não discriminatório (art. 30, Resolução CGPC nº 6/2003).

Em qualquer situação, ademais, a totalidade das contribuições por ele vertidas serão consideradas como contribuições do participante (art. 30, parágrafo único, Resolução CGPC nº 6/2003), o que é especialmente importante na hipótese de opção posterior pelo resgate.

O regulamento deve prever prazo para a opção pelo autopatrocínio (art. 28, Resolução CGPC nº 6/2003), o que foi julgado legal pelo STJ nos seguintes termos:

"4. O Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC), no uso de suas atribuições legais (arts. 5º e 74 da Lei Complementar nº 109/2001), editou a Resolução MPS/CGPC nº 6/2003, dispondo, entre outros aspectos, que o regulamento do plano de benefícios deverá prever prazo para opção pelo autopatrocínio. **A finalidade de se instituir um prazo de escolha é a de proteger o equilíbrio e os recursos do fundo mútuo, dependentes de cálculos econômicos e atuariais, que ficariam comprometidos com a mera conveniência e a opção a qualquer tempo pelo participante.**

5. A estipulação de prazo para o participante optar pelo autopatrocínio não fere a legalidade, já que encontra respaldo em normas expedidas pelo Conselho

de Gestão da Previdência Complementar. Tampouco o lapso de 90 (noventa) dias é desarrazoado, pois, nos termos do art. 13 da Instrução Normativa nº 5/2003 da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), o prazo mínimo para o exercício do direito de opção é de 30 (trinta) dias." (Processo REsp 1329573 / DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Dt. Julg, 26.04.2016)

Necessário observar ainda que a opção pelo autopatrocínio não impede a opção posterior pelo benefício proporcional diferido, portabilidade ou resgate. É o que afirma o artigo 29 da Resolução CGPC nº 6/2003, desde que, é claro, estejam preenchidas as condições específicas para usufruir desses outros institutos.

Note-se, por fim, que os artigos 70 e 72 da Resolução CNSP nº 139/2005 permitem que o participante permaneça em plano coletivo, no caso de rompimento do vínculo existente com a entidade instituidora ou averbadora, ficando responsável pela parcela contributória até então a cargo da instituidora ou ajustando seu benefício, em se tratando de plano de benefício definido.

Tais disposições aproximam-se, inegavelmente, dos institutos do autopatrocínio e do benefício proporcional diferido, apesar de não adotarem exatamente a mesma terminologia e sistemática.

3.5. Benefício proporcional diferido

O derradeiro instituto a ser analisado é tratado no artigo 14, inciso I, da LC nº 109/2001. Trata-se do benefício proporcional diferido (muito comumente referido apenas como BPD), aplicável também na situação de rompimento do vínculo empregatício com o patrocinador antes da aquisição do direito ao benefício pleno.

Neste caso, diferentemente do autopatrocínio, o participante deseja manter-se vinculado ao plano, mas pretende cessar as suas contribuições. A solução, então, passa a ser a concessão do benefício em momento futuro, mas calculado segundo critério de proporcionalidade.

Define por isso a regulação que o benefício decorrente dessa opção será “atuariamente equivalente à totalidade da reserva matemática do benefício pleno programado na data da opção, observado como mínimo o valor equivalente ao resgate” (art. 8º, Resolução CGPC nº 6/2003).

Sobre o tema assevera Daniel Pulino¹⁴:

Ainda, caberia apontar que o instituto do benefício proporcional diferido (art. 14, I, da Lei Complementar n. 109, de 2001) – além de justificar-se perante o princípio da universalidade, como acima demonstrado – é guiado também, num certo sentido, pela irredutibilidade dos benefícios de seguridade social, porque a finalidade maior de preservação da relação protetiva (decorrente da universalidade e materializada pela continuidade da relação de previdência complementar, com o diferimento do benefício para o momento em que o participante alcançará a elegibilidade, nos termos do regulamento do plano) (...)

O benefício será devido a partir da data em que o participante tornar-se-ia elegível ao benefício pleno, conforme previsto no regulamento. Apenas o recolhimento das contribuições, a partir da data da opção, não lhe será exigido.

A legislação prevê o cumprimento de carência de até três anos (art. 5º, inciso II, Resolução CGPC nº 6/2003).

Além disso, a opção pelo benefício proporcional diferido não impede a posterior opção pela portabilidade ou pelo resgate (art. 3º, Resolução CGPC nº 6/2003), ficando afastada apenas a possibilidade de opção pelo autopatrocínio.

4. CONCLUSÃO

Por tudo quanto visto, pode-se verificar a importância dos institutos do resgate, da portabilidade, do autopatrocínio e do benefício proporcional diferido, na forma regulada pelos artigos 14 e 27 da LC nº 109/2001.

Limitando a autonomia da vontade das partes na celebração do contrato de previdência privada, por meio da instituição de normas de ordem pública, tais institutos encontram fundamento direto nos princípios da autonomia do contrato previdenciário, da facultatividade e da proteção do interesse dos participantes e assistidos.

Tais princípios devem também inspirar os órgãos reguladores, bem como a interpretação das normas constantes da Resolução CGPC nº 6/2003 e da Resolução CNSP nº 139/2005, que definem parâmetros a serem observados pelas entidades fechadas e abertas de previdência complementar, respectivamente.

¹⁴ PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pp. 406-407.

Por fim, conforme visto, cumpre destacar que o Poder Judiciário, e em especial o Superior Tribunal de Justiça, vem reconhecendo a legalidade das regras emitidas pelos órgãos reguladoras, sempre dando especial ênfase para a função social desses institutos e do próprio contrato de previdência complementar.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CAPELO, Emílio Recamonde. **Benefício Proporcional Diferido na Previdência Complementar**. Brasília: MPAS, Secretaria de Previdência Complementar, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. I: parte geral. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOGUEIRA, Rio. **A crise moral e financeira da previdência social**. São Paulo: Diefel, 1985.

PERSIANI, Mattia. **Direito da Previdência Social**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada: filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PULINO, Daniel. **Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000.