

A COMPETÊNCIA PARA JULGAR AÇÕES NO ÂMBITO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

Luís Ronaldo Martins Angoti

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. COMPETÊNCIA. 3. CARACTERÍSTICAS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. 4. CRITÉRIOS DEFINIDORES DA COMPETÊNCIA. 5. JURISPRUDÊNCIA. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre a competência para julgar demandas relativas à previdência complementar ainda não alcançou uma posição jurisprudencial pacífica sobre o conflito existente entre a Justiça Trabalhista e a Justiça Comum.

Mesmo na doutrina não houve o necessário aprofundamento do tema, haja vista a complexidade inerente à relação previdenciária privada, sua legislação específica e a necessidade de estudo detalhado de cada tipo de questionamento.

A dúvida em relação à competência se amplia quando estão presentes os empregados, na condição também de *participantes* de planos de previdência complementar, as *entidades fechadas* administradoras de planos; e ainda o empregador na figura igualmente de *patrocinador* desses planos, tendo por objeto a discussão de verbas salariais que repercutem no cálculo de contribuições e reservas da previdência privada.

Os Juízes e Tribunais Trabalhistas julgam-se competentes sob o argumento de que a entidade de previdência é parte integrante da empresa, em virtude de sua origem e manutenção financeira. Acrescentam que a complementação de aposentadoria é salário indireto, pois decorre da relação de trabalho.

Nada obstante, para a Justiça Comum a matéria é civil-contratual e os benefícios concedidos por entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes. Além disso, o pagamento da complementação de aposentadoria não decorre de obrigação trabalhista por força do contrato de trabalho, mas da filiação espontânea ao plano de previdência administrado por entidade criada com personalidade jurídica própria.

O artigo 202 da Constituição Federal – CF estabelece que a relação jurídica que envolve a previdência privada tem caráter complementar, autônomo em relação ao regime geral de previdência social, facultativo e natureza contratual; todavia, não determina qual o órgão julgador da matéria.

A Emenda Constitucional n° 45, de 31 de dezembro de 2004 – EC 45 alterou o inciso IX do artigo 114 da CF, atribuindo à Justiça do Trabalho a competência para *ações decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei*. Com esse argumento reforçou-se a competência da Justiça Trabalhista para julgar litígios relacionados a contratos de previdência privada.

No entanto, parte da doutrina alega sua incompetência na matéria por não existir lei regulamentando o inciso IX, sustentando que se trata de norma de eficácia limitada.

Diante disso, questiona-se: (1) Pelo fato de não integrar o contrato de trabalho, afasta por completo a jurisdição trabalhista? (2) Previdência não decorre da relação de trabalho, uma vez que, em certa medida, insere-se na esfera do trabalho? (3) Existe a necessidade de lei para regulamentar a competência material do inciso IX a fim de abranger a previdência privada? (4) O artigo 202 da Constituição é dispositivo de direito material ou processual? (5) Como conciliar o artigo 114 com o artigo 202 da Constituição Federal? São excludentes?

Tratar-se-á aqui, então, de estudar os critérios definidores dessa *competência material*. Assim, deve-se examinar a autonomia do direito previdenciário em relação ao direito do trabalho, e nesse diapasão, a aplicabilidade dos preceitos trabalhistas.

Sobre esses critérios, é preciso analisar as disposições legais relativas à competência em matéria de previdência complementar e os limites da justiça trabalhista para decidir demandas não integrantes do contrato de trabalho.

É necessário ainda pesquisar a natureza e o fundamento do pedido para definir o órgão julgador, bem como avaliar o efeito das decisões judiciais nos planos de benefícios.

Por fim, é essencial examinar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem assim a competência para dirimir conflitos, a fim de que se possa extrair o posicionamento jurisprudencial e verificar sua tendência.

2. COMPETÊNCIA

O Código de Processo Civil (artigos 91 e seguintes) adotou a doutrina de CHIOVENDA, conhecida como a divisão tripartida, para determinar a competência, estabelecendo três critérios: *objetivo, territorial e funcional*. O critério *objetivo* divide-se em: **natureza da causa (material)**, valor da causa e em razão da pessoa.

Para determinar a *competência material* para decidir conflitos oriundos do contrato de Previdência Privada é preciso pesquisar: a) na Constituição Federal, especialmente na delimitação da competência das Justiças Trabalhista e Comum, e dos Tribunais Superiores da União (TST, STJ e STF); b) nas leis federais (Lei Complementar nº 109/01; Código de Processo Civil que contém as normas gerais; e na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT que contém regras do processo trabalhista brasileiro).

Note que a Lei Complementar nº 109/01 não dispõe sobre competência, entretanto, é essencial para o conhecimento da matéria como será adiante tratado.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

Havendo dúvida no tocante à definição da competência, instaura-se o *Conflito*, que é a circunstância de fato ocorrida quando mais de um juízo se declara competente (positivo) ou incompetente (negativo) para julgar a causa. Regra geral, o *Conflito* deve ser julgado por Tribunal hierarquicamente superior aos conflitantes.

Na hipótese em estudo o **problema** é o conflito de ordem **material** suscitado entre os órgãos da Justiça do Trabalho e os da Justiça Ordinária. Nesse caso, não se aplica as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e nem o inciso V do artigo 114 da CF, na medida em que não se trata de conflito entre órgãos com jurisdição trabalhista. Aplica-se o disposto no art. 105, inciso I, alínea "d", da CF, que atribui essa competência ao *Superior Tribunal de Justiça*, por se referir a conflitos entre tribunais, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos.

Nos conflitos envolvendo o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; a competência é conferida ao *Supremo Tribunal Federal* (art. 102, inciso I, alínea "o", da CF).

A COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

A EC nº 45 alterou o *caput* do art. 114 da CF, tornando-o mais resumido, e inseriu nove incisos para especificar as regras da nova competência do poder Judiciário Trabalhista.

O inciso I do artigo 114 estabelece que são da Justiça do Trabalho "*as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*".

Acrescente-se que o inciso IX do mesmo artigo 114 também determina que “*outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei*” serão da competência da Justiça Trabalhista.

Primeiramente é necessário conceituar *relação de trabalho* como aquela resultante da prestação de trabalho entre uma pessoa natural e outra pessoa, seja também natural ou jurídica. Segundo MAURÍCIO GODINHO DELGADO, abrange:

*(...) todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão **relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor** (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.*

Dessa maneira, pode-se entender que o inciso I refere-se a uma *relação de trabalho* propriamente dita (forma de prestação de trabalho). Por sua vez, o inciso IX contempla a controvérsia *decorrente* dessa relação, que depende de lei para regulamentar sua competência, como pode ser o caso da previdência complementar.

O inciso IX é uma *norma de eficácia limitada*, visto que depende de providência legislativa para que possa surtir os efeitos desejados pelo constituinte. Tal norma possui aplicabilidade indireta, mediata e reduzida e é identificada na Constituição pelas expressões “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “a lei disporá”, “a lei regulará”, etc.

Portanto, a competência da Justiça Laboral para julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho é norma **não auto-aplicável** que carece de regulamentação em lei para gerar seus efeitos.

Numa interpretação sistemática da CF, pode-se entender que outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho **que serão previstas em lei** são diferentes das já disciplinadas nos incisos I a VIII do artigo 114 da Lei Maior.

Conforme o *princípio da unidade*, as normas constitucionais devem ser analisadas de forma integrada e não isoladamente, de forma a evitar as aparentes contradições.

Nesse assunto, RODOLFO PAMPLONA sustenta que a norma básica da nova competência material trabalhista prevista no inciso I indica que cabe à Justiça Especializada a apreciação de todos os conflitos oriundos da relação de trabalho em que estão presentes os sujeitos da relação de trabalho (trabalhador e tomador deste serviço), envolvendo as condições em que esse trabalho é prestado, os danos pré e pós-contratuais etc.

Argumenta ainda que “o inciso IX do art. 114, ao explicitar ser da competência da Justiça do Trabalho ‘outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei’, não contradiz a regra geral do inciso I, mas, sim, ao contrário, a reafirma, ao admitir a existência de outras demandas decorrentes da relação de trabalho, em que os sujeitos não estejam na qualificação jurídica de trabalhador e tomador do serviço”.

Conclui RODOLFO PAMPLONA que “os demais conflitos decorrentes da relação de trabalho, em que os **sujeitos envolvidos na lide não estejam na qualificação jurídica de trabalhador e tomador deste serviço**, para serem da competência da Justiça do Trabalho, **imprescindem** de norma legal estipuladora”.

Isso considerado, conclui-se que o inciso IX do art. 114 explicita a existência de outras demandas decorrentes da relação de trabalho em que as partes não sejam o trabalhador e o contratante do serviço. Nessa hipótese, para serem da competência da Justiça Laboral, é necessária norma legal regulamentadora.

3. CARACTERÍSTICAS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A Constituição Federal divide a Previdência em três regimes: Regime Geral de Previdência Social, Regimes Próprios dos Servidores Públicos Efetivos e o Regime de Previdência Complementar.

O *Regime de Previdência Complementar* (artigo 202, CF) é de filiação facultativa e de caráter privado. Tem por finalidade atender à necessidade de renda adicional por ocasião da inatividade. Divide-se em duas partes: aberta e fechada.

As “entidades abertas” são sociedades anônimas com fins lucrativos – bancos e seguradoras operadoras de planos previdenciários - que oferecem os conhecidos: Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL e Vida Gerador de Benefício Livre - VGBL. Estão disponíveis a qualquer pessoa física (**Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001 - LC 109**, artigo 36, *caput*).

Contrapõem-se às “entidades fechadas”, igualmente conhecidas como *fundos de pensão*, que são organizados sob a forma de *sociedade civil* ou *fundação*, obrigatoriamente sem finalidade lucrativa. Em relação à natureza jurídica, sublinhe-se que o Código Civil de 2002 não mais menciona o tipo *sociedade civil*. Desse modo, embora a Lei Complementar nº 109/01 indique tal sociedade, entende-se como mais apropriado que os fundos de pensão sejam organizados como *sociedades de previdência complementar (ou privada) ou fundações*; considerando a especificidade das atividades desempenhadas e a especialidade da legislação que disciplina sua constituição e funcionamento.

São denominadas “fechadas”, pois acessíveis exclusivamente a grupos determinados, a saber: 1) empregados de uma empresa ou grupo de empresas e equiparados - gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores (LC 109, art. 31, I c/c art. 16, § 1º); 2) servidores públicos (LC 109, art. 31, I); 3) associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (LC 109, art. 31, II).

Insere ainda nesse regime fechado a *Previdência Oficial Complementar*, que tem natureza pública em virtude da presença estatal, não obstante ser regida pelo direito privado. Destina-se exclusivamente aos servidores públicos titulares de cargo efetivo e poderá ser instituído, por lei, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 40, §§ 14 e 15, da CF, com o fim de suplementar os seus *regimes próprios*, fixando como limite máximo desses regimes o estabelecido para os benefícios do *regime geral de previdência social* de que trata o art. 201 da CF.

Em síntese, as entidades dos servidores públicos deverão ter necessariamente natureza pública (§ 15 do art. 40 da Constituição) que se configura pelo controle estatal na sua constituição por lei, criação de planos de benefícios ou na aplicação de seus recursos; devendo funcionar segundo as regras previstas nas **Leis Complementar n.ºs 108 e 109, ambas de 29 de maio de 2001 – LC 108 e 109**.

Nesse momento, é preciso frisar que o presente texto busca discutir qual o órgão competente para julgar matéria de *previdência complementar fechada*, outrossim seus princípios legais inerentes; não se estendendo o debate em relação aos planos administrados por *entidades abertas*, porquanto é sabido que estas são afetadas à *jurisdição comum*, tendo em vista o caráter lucrativo e acessível a qualquer pessoa física.

No que diz respeito à previdência aberta (bancos e seguradoras), FLÁVIO MARTINS RODRIGUES pondera que “*também não haveria razão para se ter um vínculo derivado da relação trabalhista. Pode-se, porém, verificar, exclusivamente com relação às entidades abertas (dada a sua finalidade lucrativa), a incidência dos princípios e regras próprios derivados da relação consumerista.*”

Assim, somente para essas entidades abertas há que aplicar os princípios e normas relativas à relação de consumo, sendo competente, portanto, a Justiça Ordinária.

Visto isso, o próximo aspecto importante a destacar é a necessidade de se conhecer a *nomenclatura* utilizada pelo Sistema Fechado de Previdência.

A LC 109 menciona a expressão “previdência complementar” no lugar da expressão “previdência privada” empregada pela Constituição. Nessa acepção podem ser consideradas sinônimas as expressões.

Para efeito do artigo 8º da referida Lei, considera-se *participante*, a pessoa física que aderir aos planos de benefícios e *assistido*, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada. Destarte, quando se fala em participante incluem-se ainda os assistidos e os beneficiários.

Verifica-se que os *participantes* de planos previdenciários não se limitam somente aos empregados de empresa, na medida em que podem vincular-se além desses; os associados ou membros dos sindicatos e associações classistas ou setoriais. Também podem se filiar os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores; pois o § 1º do artigo 16 da LC 109 equipara estes, para fins de previdência complementar, aos empregados e associados dos instituidores.

No âmbito das entidades fechadas, *patrocinador* é a empresa ou grupo de empresas que oferece para seus empregados ou funcionários planos de benefícios (artigo 31, I, da LC 109). Compreende-se nessa categoria órgãos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios que criem planos para seus servidores, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente pelo poder público (CF, art. 202, § 4º, e LC 108, art. 1º).

O *Instituidor* é aquela pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial que institui para seus associados ou membros planos de benefícios por meio de entidade fechada (artigo 31 da LC 109). Esse tipo é conhecido como *Previdência Associativa* porque tem como fundamento o vínculo associativo. Podem ser instituidores os conselhos profissionais e entidades de classe; os sindicatos, as centrais sindicais e as respectivas federações e confederações; as cooperativas; as associações profissionais, legalmente constituídas; e outras pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, desde que autorizadas pela Secretaria de Previdência Complementar. É exemplo dessa modalidade o *JUSPREV*, Fundo de Pensão criado por dezenas de Associações de Classe do Ministério Público, da Magistratura, dos Procuradores e Advogados Públicos Brasileiros.

A diferença principal entre os planos patrocinados e os instituídos é que, regra geral, nestes não há responsabilidade direta pelo custeio do plano para seus associados, muito embora possam ocorrer aportes financeiros na forma prevista em instrumentos contratuais específicos.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

É importante conhecer os princípios que norteiam a Previdência Complementar, seu custeio, sua natureza jurídica, sua legislação própria; com vistas à compreensão lógica dessa complexa relação envolvendo *participante* (ativo, assistido e beneficiário), *patrocinador* (público e privado) / *instituidor* e *fundo de pensão*.

O contrato de previdência complementar possui a particularidade de ser tutelado por órgãos estatais (Secretaria de Previdência Complementar - SPC, Conselho Gestor de Previdência Complementar - CGPC, Conselho Monetário Nacional - CMN), o que o distingue dos demais. Constitui-se numa relação continuada de longos anos envolvendo cálculos atuariais, com o fim de administrar uma poupança coletiva para o pagamento futuro de um benefício previdenciário. Essa relação jurídica está disciplinada no artigo 202 da CF:

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.

Segundo LEONARDO ANDRÉ PAIXÃO:

O movimento de modernização da legislação que rege a previdência complementar teve início com a Emenda Constitucional n.º 20, de 15.12.1998. Esta emenda deu nova redação ao art. 202 da CF, que tratava de outro tema, dedicando-o inteiramente à previdência complementar. Fez-se a opção por disciplinar a previdência complementar dentro do título da Ordem Social da CF.

As pessoas jurídicas envolvidas (entidade, patrocinador ou instituidor) são distintas. Em resumo, o patrocinador tem a obrigação de pagar o valor previsto no plano de custeio e a entidade tem direito aos créditos de ambas as partes (patrocinador e participante) para cumprir sua obrigação de pagar benefícios. Tais direitos e obrigações estão previstos no *regulamento* e no *convênio de adesão*.

Nesse sentido, VLADIMIR NOVAES MARTINEZ argumenta:

As fontes de custeio do plano de prestações das entidades consistem em contribuições patronais das patrocinadoras e pessoais, dos empregados, bem como no rendimento das aplicações patrimoniais e financeiras. A entidade previdenciária consubstancia-se em pessoa jurídica de direito privado, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, inteiramente distinta da mantenedora, geralmente sociedade civil ou fundação, regida pelo Estatuto Social, acompanhada de perto, mas não ficando à mercê da administração da instituidora.

Sublinhe-se que as entidades têm autonomia financeira e administrativa em relação às patrocinadoras/instituidoras. São administradoras do patrimônio coletivo pertencente à massa total dos participantes e na medida em que é feito o aporte do patrocinador e do participante, esse montante passa a pertencer ao plano, que por sua vez pertence ao conjunto dos participantes na proporção das contribuições alocadas em sua conta.

NATUREZA JURÍDICA PRIVADA.

A natureza *privada* resulta na submissão dos participantes, patrocinadores, instituidores e fundos de pensão ao regime jurídico de direito privado, no qual prepondera a autonomia da vontade. É evidenciada em função da natureza contratual que permeia a relação de previdência complementar, reiterada nas disposições do artigo 202 e parágrafos da CF, tendo o constituinte repetido diversas vezes a palavra “previdência privada”.

CARÁTER COMPLEMENTAR E AUTÔNOMO EM RELAÇÃO AO REGIME GERAL.

O caráter *complementar* ocorre porque a adesão de participante a plano de previdência não o desobriga da inscrição como segurado obrigatório do regime geral do Instituto Nacional do Seguro Social ou, a partir da Emenda Constitucional n.º 41/03 e da instituição do regime complementar oficial para os servidores públicos, da filiação no seu respectivo regime próprio.

Já a *autonomia* está prevista no artigo 202 da CF e também no artigo 68, § 2º, da LC 109; e consiste na independência da concessão de benefício pelo regime geral para a percepção de benefício pago por entidade de previdência, havendo exceção caso seja contratualmente estabelecida alguma vinculação.

Outra exceção é a disposta no inciso II do art. 3º da Lei Complementar n.º 108/01, uma vez que para a concessão do benefício complementar por plano na modalidade de benefício definido exige-se anterior concessão pelo regime de previdência ao qual o participante esteja filiado por intermédio de seu patrocinador.

Além disso, não existe ligação obrigatória entre os valores pagos pelos dois regimes – geral e complementar – em que pese possa ser pactuada por meio de contrato.

FACULTATIVO.

A *facultatividade* é a opção que tem o indivíduo em aderir ou não ao plano de benefícios oferecido pela empresa, órgão público ou pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial. Aplica-se do mesmo modo ao empregador que pode oferecer o plano, mas não está obrigado. Essa hipótese é relevante na medida em que, da mesma forma que lhe é facultado ofertar plano de previdência, também pode o empregador retirar o patrocínio (artigo 33, III, LC 109), liquidando suas obrigações, ou fechar o plano (artigo 16, § 3º, LC 109), de maneira a não possibilitar a entrada de novos participantes. Com efeito, uma vez oferecido pela empresa e feita a adesão pelo participante ao plano, as partes contratantes submetem-se às normas que regulam todo o regime previdenciário complementar.

CONSTITUIÇÃO DE RESERVAS EM REGIME DE CAPITALIZAÇÃO.

No *regime de capitalização* há formação de reserva para aplicação financeira e conseqüente formação de poupança, a ser transformável em benefícios futuros. Consiste em determinar as contribuições indispensáveis a serem arrecadadas ao longo do período de atividade do participante para custear a sua própria aposentadoria.

NATUREZA CONTRATUAL.

A relação contratual na previdência fechada é formalizada pelos seguintes instrumentos: *estatuto da entidade fechada, regulamento do plano de benefícios, convênio de adesão e termo de inscrição do participante*. Ressalte-se que nessa *contratualidade* as partes (*participante, patrocinador ou instituidor e Fundo de Pensão*) não se subordinam entre si.

Para LEONARDO ANDRÉ PAIXÃO, “*as referências que a Constituição faz, em seu art. 202, a “benefício contratado” (caput), ao caráter facultativo do regime de previdência complementar (caput) e às “condições contratuais” (§ 2º), não deixam dúvidas quanto à natureza contratual das relações constituídas no âmbito da previdência complementar*”.

O *estatuto* é o ato constitutivo por meio do qual a entidade se estrutura formalmente. É o contrato interno que trata da organização e gestão da entidade fechada. Os órgãos estatutários são o *Conselho Deliberativo, o Conselho Fiscal e a Diretoria Executiva*. Todavia, desde que previstos no estatuto, podem as entidades regidas pela LC 109 (art. 35, *caput*) ter outros órgãos além desses três (assembleia de patrocinadores, comitê gestor por plano de benefícios, etc.).

Regulamento do plano de benefícios é o instrumento contratual de natureza privada celebrado entre a entidade fechada e o participante, com co-participação de um patrocinador/instituidor, que gera direitos e obrigações entre as partes envolvidas. É regido pelas regras de direito previdenciário complementar e subsidiariamente pelo direito civil.

O artigo 7º, parágrafo único, da LC 109, classifica os planos de benefícios nas seguintes modalidades: *benefício definido; contribuição definida e contribuição variável*. É nas características contidas no regulamento do plano que essas modalidades se materializam.

Plano na *modalidade de contribuição definida (CD)* é aquele cujos *benefícios programados* têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta remanescente mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos. O benefício tem correspondência com os valores aportados na conta individual do participante, ou seja, não é possível determinar de antemão o seu valor.

Quanto ao *Benefício Definido (BD)* é aquele plano em que os *benefícios programados* têm seu valor ou nível previamente estabelecidos no regulamento - o participante sabe antecipadamente quanto vai receber na inatividade - sendo o custeio determinado atuarialmente, de modo a assegurar sua concessão e manutenção nos níveis inicialmente contratados.

Por fim, Plano de *Contribuição Variável (CV)* é aquele que conjuga as características das modalidades de Contribuição Definida e Benefício Definido.

Além do regulamento, para que uma pessoa jurídica possa proporcionar um plano de benefícios a seus empregados, servidores, associados ou membros, é necessário celebrar contrato denominado *convênio de adesão* com a entidade fechada que será a responsável pela administração daquele plano (LC 109, artigo 13). É o instrumento contratual pelo qual as partes, patrocinadores ou instituidores e entidade, pactuam suas obrigações e direitos para a operação de plano de benefícios.

Importante registrar que todos esses elementos contratuais (*estatuto, regulamento e convênio de adesão*) devem ser submetidos à prévia e expressa aprovação da Secretaria de Previdência Complementar, desde a constituição, a alteração, até o seu encerramento.

Por conseguinte, vê-se que as relações jurídicas entre participantes, patrocinador/instituidor e fundos de pensão **não** dependem unicamente da vontade das partes. Desse modo, compete a tal órgão fiscalizador, juntamente com o Conselho de Gestão da Previdência Complementar, determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial para os planos de benefícios, disciplinando, fiscalizando, coordenando e supervisionando as atividades das entidades fechadas, com o propósito de compatibilizar suas atividades com as políticas previdenciárias e de desenvolvimento social do país (LC 109, artigo 3º, incisos II, III e V).

A ação do Estado tem como objetivo proteger os interesses dos participantes e assistidos, bem como assegurar a estes o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios (LC 109, artigo 3º, incisos IV e VI).

O outro instrumento contratual é o *termo de inscrição do participante*. Configura-se, assim, no ato de filiação individual facultativa ao Plano e não necessita de aprovação pelo órgão fiscalizador.

AUTONOMIA EM RELAÇÃO AO CONTRATO DE TRABALHO.

O § 2º do artigo 202 da Constituição expressamente estabelece que as condições contratuais relativas a planos de previdência não integram o contrato de trabalho.

Em relação à autonomia, LEONARDO ANDRÉ PAIXÃO considera que “*a relação de um participante com um plano de previdência pode começar, perdurar e se extinguir de forma autônoma em relação a seu contrato de trabalho*”; e que “*a celebração de contrato de trabalho não implica adesão automática do empregado ao plano de previdência patrocinado pelo empregador*”.

Além disso, argumenta que “*a relação civil-previdenciária entre participante, patrocinador e entidade de previdência complementar não se confunde com a relação trabalhista entre empregado e empregador*”; e também que “*as contribuições que o empregador fizer ao plano previdenciário, em favor de todos os seus empregados que forem participantes do referido plano, não serão consideradas salário indireto*”.

Conclui LEONARDO ANDRÉ PAIXÃO que “*as reservas acumuladas em favor de um participante não devem ser computadas como remuneração quando da rescisão do contrato de trabalho*”.

São exemplos da autonomia em relação ao contrato de trabalho os *institutos* do *Autopatrocínio* e do *Benefício Proporcional Diferido* previstos no artigo 14 da LC 109.

Autopatrocínio é a faculdade que o participante tem de manter-se vinculado ao Plano de Benefícios, após a cessação do vínculo empregatício com a Patrocinadora ou em caso de perda parcial ou total de remuneração. Ao fazer essa opção, o participante passa a responder pelas suas próprias contribuições e por aquelas que seriam do encargo da patrocinadora.

Já o *Benefício Proporcional Definido (BPD)*, antigamente denominado de *vesting*, é o instituto que possibilita ao participante desligado de uma patrocinadora ou em razão da cessação do vínculo associativo com o instituidor, antes da aquisição do direito de aposentadoria, a opção de receber em um tempo futuro, um benefício proporcional, conforme a reserva até então constituída.

De tal forma, pode um trabalhador ser despedido do emprego por justa causa e continuar no plano de previdência na condição de autopatrocinado ou em diferimento de benefício.

Sobre o assunto FLÁVIO MARTINS RODRIGUES sustenta:

O entendimento doutrinário de que a relação entre participantes, assistidos e beneficiários e a entidade de previdência complementar possui natureza contratual civil constou também expressamente referido na expressão benefício contratado, colacionada no art. 202, caput, como na menção de que as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes (art. 202, § 2º). Com isso, estão afastados os princípios, as regras gerais e disposições normativas próprias do Direito do Trabalho, e também, a jurisdição da Justiça Laboral. Nesse ponto andou bem o Constituinte Derivado, pois a relação de natureza trabalhista pressupõe uma posição de hiposuficiência de uma parte em relação à outra. Veja-se que, no caso dos fundos de pensão, a universalidade de valores alocada junto aos planos de benefícios pertence não à entidade de previdência, mera administradora, mas ao conjunto de participantes e beneficiários abrangidos pelo plano.

VLADIMIR NOVAES MARTINEZ defende tese no sentido da autonomia em relação ao vínculo laboral:

Área onde maior divergência subsiste diz respeito às relações entre a entidade e o participante ou seus dependentes. Muitos juízes e tribunais trabalhistas julgam-se competentes, mesmo quando da divisão dos encargos do financiamento. Entendem, equivocadamente, em razão da origem da entidade e sua manutenção financeira, tratar-se de extensão da empresa e a complementação reduzir-se a salário indireto.

A princípio, essa concepção não pode ser alterada pela origem da entidade, iniciativa do empregador e ser ele parceiro economicamente responsável. Se assim fosse, nos conflitos entre segurado e INSS, a competência da Justiça Federal deveria ser arredada.

São relações civis-previdenciárias distanciadas do vínculo laboral em razão do sujeito e dos objetivos.

REPRESENTAÇÃO DOS PARTICIPANTES NOS COLEGIADOS E INSTÂNCIAS DE DECISÃO.

O § 6º do artigo 202 da Constituição Federal remete para lei complementar disciplinar a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Nessa esteira, os participantes têm o direito de compor os órgãos estatutários da entidade, com poder de voto, sobretudo no Conselho Deliberativo (art. 10 da LC 108), órgão maior da entidade que encaminha as propostas de contratos ao órgão estatal. Referido Conselho pode, preliminarmente, aprovar ou não cláusulas dos regulamentos dos planos que julgue contrariar os interesses dos participantes.

Tal representação é paritária (participantes e patrocinadores/instituidores) nas entidades com patrocínio público que são regidas pela LC 108 (artigos 11 e 15); e é de no mínimo um terço das vagas nas entidades regidas pela LC 109 (artigo 35, § 1º).

Essa gestão dos Fundos de Pensão compartilhada confirma a idéia de que a relação se dá entre iguais (participantes de um mesmo plano), possuindo como premissa a moderação na relação jurídica (participantes nos órgão de deliberação juntamente com patrocinadores/instituidores).

Nota-se que houve a preocupação do legislador em equilibrar a situação dando poder de administração aos participantes; por isso é fundamental a atuação do órgão fiscalizador para proteger os interesses dos participantes, bem como assegurar o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios (artigo 3º, incisos IV e VI, da LC 109).

REGULAMENTAÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR.

A LC 109 é a *norma geral* que disciplina o regime de previdência complementar, e veio regulamentar o *caput* do artigo 202 da CF.

Na tarefa de regulamentar o § 4º do artigo 202, foi editada a LC 108, dispondo, contudo, sobre *normas específicas* para as entidades fechadas de previdência patrocinadas pela *administração pública direta e indireta*. Por ser norma especial, prepondera sobre a norma geral quando se referir a entidades que administram planos com patrocínio estatal. A LC 108 dispõe sobre regras específicas de custeio; define mais detalhadamente a composição dos órgãos estatutários; e determina regras particulares de fiscalização para as entidades fechadas compreendidas no seu âmbito.

Acrescente-se que a LC 109 aplica-se, no que não conflitar com a norma específica, também às entidades fechadas patrocinadas por entes públicos, em razão de expressa vinculação feita pelo art. 2º da LC 108. É relevante destacar que essas duas normas legais constituem a estrutura legal do sistema fechado de previdência complementar.

As disposições da LC 109 dão ênfase ao plano de benefício e não à entidade fechada, deixando para esta a administração e execução dos planos (artigo 32). Nessa linha, entende-se que cada plano de benefícios possui *independência patrimonial* em relação aos demais planos administrados pela mesma entidade, bem como identidade própria quanto aos aspectos regulamentares, cadastrais, atuariais, contábeis e de investimentos.

Outro princípio contido no § 1º do artigo 202 da CF é o da *transparência*. Os artigos 10 e 24 da LC 109 regulamentam o assunto, criando obrigações para a entidade fechada no sentido de assegurar a transparência para o participante. O legislador justifica a sua inserção pela necessidade de haver contrapesos na relação entre fundo de pensão, patrocinador e participante, concedendo a este o direito à informação acerca de todos os aspectos relativos à gestão de seu plano previdenciário.

De tal modo, transparência e informação devem ser entendidas como formas de assegurar os direitos adquiridos ou expectativa do direito dos participantes, em especial sobre a composição das contribuições, do desempenho dos planos e da concessão de benefícios.

O artigo 7º da LC 109 estabelece que os planos de benefícios devam atender a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e *equilíbrio econômico-financeiro e atuarial*.

Sobre o tema, o MINISTRO GILMAR MENDES assim entende:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.105-8 DISTRITO FEDERAL

O princípio do "equilíbrio financeiro e atuarial" contém basicamente duas exigências. A primeira impõe que as receitas sejam no mínimo equivalentes aos gastos, e aqui temos o denominado equilíbrio financeiro. A segunda exigência, relativa ao equilíbrio atuarial, determina a adoção de correlação entre os montantes com que contribuem os segurados e os valores que perceberão a título de proventos e pensões.

Esse equilíbrio é instrumentalizado pelo *plano de custeio* (artigo 18, caput, §§ 2º e 3º c/c artigo 19 da LC 109), que representa o cálculo das reservas técnicas e que servirá para estabelecer o *nível de contribuição* para a formação das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, tendo relação estrita com o plano de benefícios.

O art. 21, caput e §1º da referida Lei Complementar efetiva a necessidade contributiva em caso de equacionamento de *déficit*, tratando sobre sua assunção pelos *patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições*, bem como estabelece as condições e outras formas em que se poderá restabelecer o equilíbrio atuarial, sempre observadas as normas

estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador. Traduz, além do mais, a necessidade de que nenhum benefício possa ser criado ou *majorado* sem a correspondente fonte de custeio.

Em virtude disso, conclui-se que toda decisão judicial que concede aumento de benefício deve essencialmente apontar o montante do respectivo financiamento e as pessoas responsáveis por tal. Tudo para que as receitas sejam equivalentes às despesas, havendo correspondência entre as contribuições (participantes e patrocinadores) e os valores dos benefícios.

4. CRITÉRIOS DEFINIDORES DA COMPETÊNCIA

AUTONOMIA DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR.

As características da previdência complementar permitem compreender que se trata de novo ramo, independente do direito do trabalho. A maioria da doutrina reconhece essa autonomia, pois o direito previdenciário possui normas e princípios próprios, institutos e métodos específicos, bem como objeto particular.

Sob esta perspectiva, ADRIANA CALVO esclarece:

É necessário analisar este novo ramo do Direito "Previdência Complementar" e entender sua natureza jurídica. Somente após esta análise preliminar, é possível discutir as implicações do Direito do Trabalho, se existente, na relação de previdência complementar.

WLADIMIR NOVAES MARTINEZ define o *Direito Previdenciário* como “o ramo de direito público disciplinador de relações jurídicas substantivas (direito material) e adjetivas (procedimental) estabelecidas no bojo da Previdência Social pública ou privada, em matéria de custeio e prestações, objetivando a realização dessa técnica de proteção social.”

MAURÍCIO GODINHO DELGADO conceitua o *Direito Material do Trabalho* como:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.

A doutrina define *contrato de trabalho* como aquele em que o objeto da relação jurídica entre os contratantes seja a prestação de trabalho por conta de outrem. A natureza da prestação de serviços é que irá definir o tipo de contrato. Existirá, conseqüentemente, contrato de trabalho sempre que uma pessoa física se obrigar a realizar atos, executar obras ou prestar serviços para outra, durante um período determinado ou indeterminado de tempo, mediante o pagamento de uma remuneração.

No que se refere à caracterização da *relação de emprego*, adicione-se a subordinação jurídica em relação ao empregador.

Já as características fundamentais da previdência complementar fechada são: submissão ao direito privado; contratual, autonomia em relação ao contrato de trabalho, independência das pessoas jurídicas (patrocinadora e entidade fechada) e a regulamentação por lei complementar.

Sobre a relação jurídica existente entre participante, patrocinador e entidade no âmbito da previdência complementar, bem como sobre sua independência em relação ao vínculo laboral, ADRIANA CALVO sustenta:

...embora indiscutível que a complementação de proventos tem base na preexistência de vínculo contratual de emprego rompida por morte ou aposentadoria, tal vínculo se estabelece entre pessoas distintas, ou seja, enquanto o vínculo contratual trabalhista se estabelece entre o trabalhador e o empregador, o vínculo contratual civil (previdenciário complementar especial) se estabelece entre o participante (empregado, ex-empregado ou ainda seus dependentes) e a entidade de previdência privada, ainda que tal qualidade seja assumida, em caráter especial, mas com natureza jurídica distinta, pelo ex-empregador.

Diante da proximidade do contrato de trabalho, muitos confundem a previdência complementar com a proteção laboral. O artigo 202 da Constituição, todavia, afasta a idéia de salário indireto.

Destarte, a reclamação trabalhista em que se pede verba salarial e seu reflexo, não pode interferir na relação previdenciária constituída entre patrocinadoras e entidades com personalidade jurídica de direito privado. O contrato de previdência privada não compõe uma extensão do contrato de trabalho.

A Lei nº 10.243/01, que alterou o **parágrafo 2º do artigo 458 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT** deixou clara a intenção do legislador de afastar o caráter salarial/remuneratório das "utilidades" concedidas pelo empregador a título de previdência privada.

§ 2º - Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

(...)

VI – previdência privada;

Nessa situação, não se deve utilizar dos preceitos trabalhistas nas ações de previdência complementar, pois não se trata de um direito trabalhista, nem tampouco constitui salário. Ademais, a relação previdenciária possui norma especial regulamentadora (Leis Complementares nº 108 e 109, ambas de 2001).

É possível entender, numa interpretação extensiva, que o contrato previdenciário decorre da relação de trabalho, tendo em vista que referido contrato insere-se na esfera do trabalho. No entanto, são campos temáticos distintos – previdência e relação de trabalho – portanto devem ser considerados sob ótica diferente.

Isso porque a visão adotada pelos juízes especializados é o da proteção ao trabalhador. O *princípio da proteção* corresponde ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho a estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Esse princípio se expressa sob três regras distintas. A primeira é a *in dubio pro operario*. Caso existam diversos sentidos possíveis de uma norma, deve o juiz ou o intérprete optar por aquele que seja mais favorável ao trabalhador.

A segunda regra refere-se à *norma mais favorável*, em que havendo mais de uma norma aplicável ao caso, deve-se optar por aquela que seja melhor para o empregado.

A terceira constitui-se na regra da *condição mais benéfica*, a qual combina o princípio do direito adquirido à possibilidade de alteração do contrato de trabalho: a aplicação de uma nova norma trabalhista não pode servir para diminuir as condições mais favoráveis já desfrutadas pelo trabalhador. Isto é, a condição mais benéfica prevista no contrato ou regulamento da empresa adere ao contrato de trabalho.

Frise-se que as regras da *condição mais benéfica* e da *norma mais favorável* são semelhantes pelo fato de serem aplicadas por ocasião da existência de várias normas aplicáveis, sendo que a primeira implica confronto das leis no tempo e a segunda refere-se à comparação entre normas simultâneas.

Entretanto, a relação jurídica no âmbito da previdência complementar, como já dito, não se dá entre trabalhador e empregador, não havendo integração ao contrato de trabalho, bem assim, as questões discutidas em que esteja presente o fundo de pensão não devem pressupor a existência de desequilíbrios entre as partes.

Ao mesmo tempo, como diferenciador das duas relações, é de notar que há possibilidade de alteração do contrato (regulamento) de previdência complementar, ao passo que prevalece a regra da imutabilidade do contrato de trabalho.

Explica-se. Vigora no direito trabalhista o princípio da inalterabilidade do contrato de trabalho previsto no artigo 468 da CLT:

Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

A própria CLT, aliás, exclui dessa proibição o retorno de quem exerceu função de confiança ao seu cargo efetivo, a transferência de local que não resulte em mudança de domicílio etc.

Por seu turno, o artigo 17 da LC 109 traz a possibilidade de alterações regulamentares dos planos de benefícios previdenciários, devendo ser observadas, todavia, as disposições legais quanto ao “direito acumulado”.

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.

Em muitas vezes a modificação é necessária para atualizar os regulamentos à evolução dos institutos próprios do contrato previdenciário. É exemplo concreto dessa evolução a normatização (Resolução CGPC 06/2003) do instituto da *portabilidade*, que permitiu a transferência de recursos entre planos de benefícios, a pedido do participante, bem como a regulamentação dos institutos do autopatrocínio, do resgate e do benefício proporcional diferido.

Além disso, recentemente foi editada a Resolução CGPC n° 19/2006 para autorizar o resgate de valores portados, constituídos em entidades abertas ou seguradoras; representando benefícios ao participante até então não existentes.

Outros exemplos são as reorganizações societárias típicas da dinâmica empresarial, as quais implicam em modificações nos planos (cisão, fusão, incorporação, mudança de gerenciamento), transferindo participantes e reservas de um plano para outro, previsto no artigo 33, inciso IV, da LC 109.

Ainda há mudanças obrigatórias nas condições dos planos (aumentos ou diminuições nos valores dos benefícios ou nas contribuições) visando adequá-los à situação financeira *superavitária* ou *deficitária*. Note que nem todos os ajustes nas contribuições ao plano necessitam de alteração no regulamento, uma vez que podem ocorrer exclusivamente via *plano de custeio* – instrumento próprio que define os percentuais de contribuição - no âmbito dos atos de gestão da entidade, que independem de autorização prévia da Secretaria de Previdência Complementar.

Em síntese, o argumento a ensejar alteração é que os contratos previdenciários têm execução longa e diferida. Dessa forma, a surgir eventos que determinem mudança no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, resultando excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, poderá o conteúdo do vínculo contratual ser alterado com vistas a restabelecer o equilíbrio presente por ocasião de sua formação, observado, no entanto, o *direito acumulado*.

Tal possibilidade está relacionada ao princípio do equilíbrio atuarial e financeiro. Esse princípio determina que os planos previdenciários devam ter viabilidade econômico-financeira no presente e no futuro, com equivalência entre o ativo líquido do plano e a sua reserva matemática.

Essa reserva significa o valor atual dos compromissos do plano para o pagamento dos benefícios, calculado atuarialmente. Havendo *superávit* ou *déficit*, poderá estar configurada a obrigação de mudança nos termos dos artigos 20 e 21 da LC 109.

LEONARDO ANDRÉ PAIXÃO acrescenta:

Em razão das mudanças nas situações de fato – as relações de previdência complementar são de longuíssimo prazo, não raro durando, do ingresso do participante no plano até o óbito do pensionista, mais de cinquenta anos – não é razoável que o regulamento de um plano de previdência seja imutável. Por isto, a lei faculta a alteração dos regulamentos, que depende da prévia e expressa aprovação do órgão fiscalizador, nos termos do art. 33 da LC 109/01.

Todavia, a grande questão reside em aferir o *direito acumulado*, ou seja, quais as cláusulas que podem ser modificadas e em qual medida. Existem cláusulas meramente *financeiras* (índice de reajuste e critérios de apuração de benefícios, reservas, fundos e provisões do plano de benefícios, etc.) e *não financeiras* (elevação de idade mínima e de tempo de contribuição ao plano, etc.).

Nestas últimas, é necessário assegurar a proporcionalidade dos efeitos já produzidos pela norma regulamentar vigente até a data de sua alteração, ou seja, uma *regra de transição* de maneira a preservar o *direito acumulado*.

De tal modo, um participante que já cumpriu 80% do tempo de vinculação até então estabelecido, deverá cumprir apenas os 20% restantes do novo tempo pactuado. As regras de transição viabilizam a alteração do contrato, sem a violação aos direitos dos participantes.

Isso considerado, nos julgamentos relacionados aos planos de previdência fechada, *não* há que se aplicar a *súmula* 288 do Tribunal Superior do Trabalho:

288 - A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito. (Resolução 21/1988, DJ 18.3.1988).

Essa *súmula* está relacionada ao artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, que proíbe o empregador de fazer alterações unilaterais no *contrato de trabalho* que causem prejuízo ao empregado. Observe que mencionada norma foi editada pela Resolução n° 21/88 (DJ 18.3.88), portanto, antes da Emenda Constitucional n° 20/98, que deu nova redação ao artigo 202 e inseriu o § 2°; prevendo expressamente que as condições contratuais previstas nos contratos de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes.

Desta maneira, por haver disposição expressa (artigo 17 da LC 109) permitindo a alteração no regulamento, bem como o fato da previdência complementar não integrar o contrato de trabalho, mesmo porque a data da contratação do empregado é diferente da possível entrada do empregado no plano de previdência; pode-se concluir pela inaplicabilidade da *súmula* 288/TST.

Além disso, não há **direito adquirido às regras** de complementação de aposentadoria, à exceção para os participantes assistidos e para os elegíveis que tenham preenchido as condições previstas no regulamento (§ único do art. 17 c/c § 1° do art. 68 da LC 109):

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.

Conseqüentemente, há que preservar o **direito adquirido** dos aposentados e pensionistas e daqueles que já completaram as condições dispostas na norma regulamentar para a aposentação.

Nos demais casos (participantes ativos não elegíveis), há sim, **direito acumulado** que deve ser resguardado na referida modificação contratual.

Por fim, sendo o direito previdenciário ramo autônomo, devem-se observar os princípios a ele inerentes; logo, inaplicáveis os preceitos trabalhistas.

DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS SOBRE COMPETÊNCIA.

O artigo 202 da Constituição Federal e a Lei Complementar nº 109/01 não definem quem é competente para julgar as demandas relativas à previdência complementar.

Vê-se que, embora o § 2º do artigo 202 da CF, bem como o artigo 68 da LC 109, estabeleçam que a previdência não integra o contrato de trabalho; tais normas não afastam expressamente a jurisdição Trabalhista.

Sobre o assunto, ADRIANA CALVO ressalva:

(...), nem só os litígios envolvendo matéria integrante do contrato de trabalho são da competência da Justiça Obreira. Os conflitos de interesse originários do ajuste de emprego (como destacou o Min. Dalazen no supracitado aresto) podem ser igualmente apreciados pelo Juízo Laboral.

Portanto, a questão da integração ao contrato de trabalho não é critério definidor da competência da Justiça do Trabalho, pelo contrário, o critério é mais amplo: originário da relação de emprego.

(...)

Outro caso semelhante e ilustrativo seria a participação nos lucros ou resultados. O art. 7º da Constituição Federal diz que:

‘São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, ...’.

(...)

Contudo, mesmo não tendo natureza salarial, litígios envolvendo tal vantagem são constantemente apreciados pela Justiça do Trabalho. Isto ocorre porque, da mesma forma que as vantagens decorrentes de negociação coletiva, a participação nos lucros não integram o contrato de trabalho, porém, nele se originam.

De tal modo, como critério inicial para balizar a competência da Justiça do Trabalho é preciso pesquisar então se a demanda apresentada se *originou* da relação de trabalho ou se *decorreu* desta. Não é suficiente adotar como critério somente *se determinada matéria integra ou não o contrato de trabalho*, uma vez que o fato de *não integrar* não significa necessariamente *não decorrer* desta relação.

Sobre o limite de competência da Justiça Trabalhista, pode-se concluir que não se restringe apenas àquelas matérias integrantes do contrato de trabalho.

DA NATUREZA E DO FUNDAMENTO DO PEDIDO.

Há na jurisprudência a utilização do termo “complementação de aposentadoria” para se referir a pedidos de aumento de benefício, porém, nesse título é possível incluir tanto questões trabalhistas quanto puramente civis.

ADRIANA CALVO sustenta que “*dependendo da natureza e do fundamento do pedido, ambas jurisdições, ou seja, a Justiça Comum ou a Justiça do Trabalho poderão ser competentes para julgar a lide.*”

Portanto, caso o pedido seja de natureza previdenciária com características da legislação civil, não há que se cogitar a atuação da Justiça Trabalhista; pois a matéria é eminentemente contratual-civil, deste modo afeta à Jurisdição Ordinária.

São exemplos desses pedidos: recálculo do valor dos benefícios; índice de reajuste anual do benefício; alteração regulamentar que aumenta o tempo de contribuição; regras de aumento de valor de contribuição para custeio de *déficit*; discussões sobre direito de manutenção do valor de sua contribuição ou a do patrocinador; regra de distribuição de *superávit* em que o participante argumenta quebra de isonomia; transferência de reservas; migração de participantes de um plano para outro; reivindicação de portabilidade dos valores acumulados para outro plano ou resgate das contribuições pagas nos casos de quem se desligou do sistema de previdência privada.

Ainda são situações essencialmente civis a atrair a competência comum: as hipóteses de *retirada de patrocínio* prevista no inciso III do artigo 33 da LC 109/2001, em que a empresa deixa de contribuir para o plano; a *modificação na modalidade dos planos*, ou seja, abandono do BD e a adoção do CD com ou sem *saldamento*, que representa a quitação dos compromissos proporcionais até aquela data.

Ocorrem também os fenômenos do deslocamento formal do plano de benefícios de uma entidade para outra (*transferência de gerenciamento* de planos – artigo 33, IV, LC 109) ou a *transferência de patrocínio* que poderá ocorrer por força de mudanças na organização societária.

Outra figura às vezes associada às anteriores, no entanto com elas não podendo ser confundida, é a ida de participantes de um plano para outro, dentro da mesma entidade, conhecida como *migração*.

Nesses casos, tais discussões são essencialmente contratuais-civis e não se originam diretamente do contrato de trabalho. Não obstante, num entendimento extensivo, é até possível alegar que decorrem da relação de trabalho, podendo inserir-se na hipótese do inciso IX do art. 114 da CF. Todavia, para ser da competência da Justiça do Trabalho é necessária a edição de lei que a regule; e não havendo mencionada lei, competente será a Justiça Comum.

Situação diferente é aquela em que o objeto da ação é o pagamento de diferença de complementação de aposentadoria resultante de reajuste de salário, estando tal benefício previdenciário previsto no regulamento interno da empresa.

Nessa hipótese, poder-se-ia argumentar que o direito controvertido é oriundo do contrato de trabalho, tendo em conta que o regulamento interno é o instrumento que regula as normas e condições de trabalho, e, por conseguinte, sustentar a competência da Justiça do Trabalho. Nada obstante, a Constituição (art. 202 e §§) inovou proibindo expressamente essa vinculação, bem assim o artigo 67 da LC 109 prevê a aplicação de penas para o exercício marginal de atividade de previdência sem a devida autorização do órgão competente, uma vez que as empresas não são autorizadas para tal fim.

Visto isso, caso a ação seja ajuizada pelo *participante*, que nessa condição, pleiteia direito oriundo do contrato previdenciário, a competência deverá ser da Justiça Comum.

Se a demanda for ajuizada pelo *trabalhador* para a cobrança de créditos decorrentes de seu trabalho, competente será a Justiça Especializada.

Entretanto há demandas trabalhistas próprias que podem gerar reflexos no plano de previdência, pois concedendo verbas salariais, altera-se por consequência o salário de contribuição, podendo resultar em modificação no salário de benefício.

Nestes litígios são competentes a Justiça Trabalhista no tocante às verbas salariais. Eventual lide quanto ao complemento do valor do benefício em razão da repercussão do acréscimo salarial deverá ser ajuizada perante a Justiça Ordinária.

Nesse contexto, ADRIANA CALVO alerta:

o uso inadequado do benefício de previdência privada para infringir e burlar a legislação trabalhista, como por exemplo, pagamentos de gratificação e bônus por meio de previdência privada, poderão ser questionados perante a Justiça do Trabalho.

Dessa forma, para definir a competência é preciso averiguar a natureza e o fundamento do pedido e as partes indicadas nos pólos ativo e passivo da demanda.

DO EFEITO DAS DECISÕES.

Regra geral, no plano na modalidade Benefício Definido (BD), o benefício de aposentadoria é calculado com base na média aritmética simples dos últimos salários de contribuição anteriores ao mês de início do benefício. A definição de salário de contribuição - geralmente correspondente à remuneração - é a base mensal sobre a qual incide o percentual definido no plano de custeio, resultando no valor da contribuição mensal.

De outra parte, no plano constituído na modalidade Contribuição Definida (CD), os benefícios são calculados levando-se em consideração o saldo de conta total do participante.

Existem nesta modalidade as formas de recebimento do benefício, em que o participante opta por receber por prazo determinado, ou por um percentual sobre esse total de conta ou por um valor fixo, que é recalculado a cada período de maneira a preservar a equivalência atuarial.

Logo, na modalidade CD sempre se leva em conta o saldo individual remanescente de cada participante, não havendo solidariedade com os demais participantes do plano. Portanto, uma eventual decisão judicial concedendo verbas trabalhistas não gera impacto diretamente no valor do benefício recebido ou a receber, pois há o pressuposto da retributividade direta, ou seja, recebe aquilo que acumulou individualmente.

Mas nos planos BD, em que existe solidariedade e a regra de cálculo é com base na média dos últimos salários, eventual condenação de parcelas salariais contra a patrocinadora reflete no plano de previdência.

Tais demandas são tipicamente trabalhistas, contudo, ainda que ausente o fundo de pensão, haverá repercussão também para o plano e, nesses casos, há que se recalcularem administrativamente as reservas e o benefício. Esse é o entendimento de ALEXANDRE MAIMONI:

...planos BD no qual assistidos tiveram reconhecidos, em ação trabalhista proposta apenas contra a patrocinadora, direito a um percentual incidente em seu salário a título de adicional de periculosidade ou outro tipo de aumento retroativo de salário. Tais decisões implicam aumento do Salário Real de Benefício, já que, pela maioria dos regulamentos desse tipo de Plano, este resulta da média dos últimos salários de contribuição. Em casos assim, quando não integrando o pólo passivo, é necessário o reconhecimento administrativo das consequências da decisão trabalhista pela EFPC, recalculando o benefício e as reservas necessárias, e determinando, por consequência, a cobrança das contribuições faltantes do assistido e da patrocinadora.

Em resumo, a decisão judicial que concede aumento de benefício deve indicar o respectivo financiamento e as pessoas responsáveis pelo custeio, de modo a preservar o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial. O fundamento é que nenhum benefício pode ser majorado sem a necessária fonte de custeio, atentando, conseqüentemente, ao princípio contributivo-retributivo dos benefícios previdenciários.

5. JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

Após várias decisões conflitantes, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SBDI-1, órgão do *Tribunal Superior do Trabalho* – TST responsável pela uniformização da Jurisprudência, pacificou a questão no sentido de que cabe à Justiça do Trabalho julgar as ações envolvendo previdência complementar desde que preenchidos os seguintes requisitos: estar no pólo passivo tanto a entidade quanto o ex-empregador; e ser uma entidade fechada que administre plano voltado exclusivamente para os empregados da empresa que a instituiu.

EMBARGOS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT NÃO DEMONSTRADA.

(...) Os dissídios envolvendo complementação de aposentadoria ocorrem depois de encerrada a relação de emprego e de trabalho e não dizem respeito ao cumprimento de decisão da Justiça Laboral, enquadrando-se, assim, nas controvérsias decorrentes da relação de trabalho, desde que a pretensão atenda a três requisitos: a) ter a ação, no seu pólo passivo, tanto a entidade de previdência privada quanto o ex-empregador que a instituiu e mantém, pois, do contrário, a relação seria apenas de natureza previdenciária, desconectada de um contrato de trabalho que a gerou; b) ser a entidade de previdência privada fechada, voltada exclusivamente para os empregados da empresa que a instituiu, mostrando, com isso, que a complementação de proventos decorre da relação de emprego havida; c) decorrer, o ingresso do empregado no plano de previdência complementar, da própria contratação, tendo o plano como clientela exclusiva e garantida a massa dos empregados da empresa. (TST-E-RR-1260/2004-009-08-00. Ministro-Relator Aloysio Correa da Veiga. DJ 17.02.2006)

De tal modo, o Tribunal Superior do Trabalho entende que estão excluídas da competência da Justiça do Trabalho demandas em que conste no pólo passivo apenas as entidades fechadas; demandas contra entidades abertas; e finalmente demandas contra entidades multipatrocinadas (aquelas que administram mais de um plano para mais de uma patrocinadora).

Não obstante, existem decisões da 4ª e 5ª turmas do TST em sentido contrário, declarando a Justiça do Trabalho incompetente para julgar a ação referente à complementação de aposentadoria.

O fundamento nestes julgados é que as entidades fechadas são pessoa jurídica de natureza privada, dotada de personalidade jurídica diferenciada de suas patrocinadoras, com plena autonomia administrativa e financeira, e que a filiação dos empregados é facultativa, concluindo pela natureza civil da relação entre reclamante e entidade fechada.

Acrescenta que os pedidos de diferenças de complementação de aposentadoria paga pela entidade de previdência em nada se confundem com diferenças salariais resultantes do contrato de trabalho mantido entre o empregado e o empregador, porque não decorre de obrigação assumida pela empresa aos seus empregados por força do contrato de trabalho.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

A posição dominante da 2ª seção do *Superior Tribunal de Justiça* - responsável por matérias relacionadas a contratos, direito comercial, família e direito comercial, e que tem sido competente para decidir sobre previdência complementar - é no sentido de declarar competente a Justiça Comum, sob o fundamento de que os benefícios concedidos por entidades de previdência não integram o contrato de trabalho dos participantes.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. Os benefícios concedidos por entidades de previdência privada, não integram o contrato de trabalho dos participantes (CF, art. 202, § 2º). Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

(CC 58023, Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção DJ 26-04-2006)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O *Supremo Tribunal Federal* – STF tem entendido que se a ação for decorrente da relação de trabalho, a competência é da Justiça do Trabalho. No entanto, geralmente nos julgamentos de recursos extraordinários contra decisões do TST ou agravo de instrumento; não tem o Supremo analisado se o pedido e o contrato decorrem de fato da relação de trabalho. Resume-se a dizer que cabe ao Tribunal Superior do Trabalho decidir se decorre ou não.

Por outro lado, o STF também já se manifestou sustentando que a previdência complementar é um contrato privado, no qual a relação jurídica, "embora de natureza previdenciária, se dá entre o beneficiário e a contratante." (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 333.308-PE, Relator Min. Maurício Corrêa, 2.ª Turma, DJ 02.08.2002.). Na mesma linha, assim decidiu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CONTROVÉRSIA. COMPETÊNCIA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que compete à Justiça Comum o julgamento das ações que envolvam complementação de aposentadoria paga por entidade de previdência privada, "por não decorrer essa complementação pretendida de contrato de trabalho" (RE 175.673, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, DJ de 05.11.99). 2. Agravo regimental improvido.

(RE-AgR1 470.169-3, Ministra ELLEN GRACIE, DJ 05.05.2006)

1. Agravo de instrumento. 2. Competência. Complementação de aposentadoria. Entidades de previdência privada. Controvérsia de caráter cível decorrente do contrato firmado com a entidade privada de previdência. 3. Competência da justiça comum. Precedentes. 4. Agravo conhecido e convertido em recurso extraordinário para declarar competente a justiça comum.

(AI 556099, Ministro GILMAR MENDES, DJ 01-12-2006)

O Ministro Gilmar Mendes decidiu com fundamento no § 2º do artigo 202 da CF, que a competência deve ser verificada em face da extinção do contrato de trabalho e da nova relação criada em decorrência da aposentadoria. Conclui pela competência da Justiça Comum.

Reforçando este posicionamento, o Ministro Cezar Peluso deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho - que dera pela competência da Justiça do Trabalho para apreciar causa em que se postulava, a título de verba paga aos empregados, diferenças de complementação de aposentadoria - e declarou a competência da Justiça Comum.

Fundamentou sua decisão na hipótese de que "a pretensão não nascera da extinta relação de emprego, mas de relação jurídica autônoma entre ex-empregado e entidade de previdência privada - uma vez que não consta tenha a empregadora assumido, no contrato de trabalho, a obrigação de instituir o plano de aposentadoria complementar" (AI 588981, Ministro Cezar Peluso, DJ 27.04.2006).

CONCLUSÃO

O regime de previdência complementar tem caráter contratual, facultativo e natureza privada. Esse contrato possui autonomia em relação ao contrato de trabalho. A propósito, 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.

Em outras palavras, a *entidade não se enquadra no conceito de empresa*, não visa lucro e tem como objetivo, apenas, a administração e execução de planos de benefícios patrocinados pelas empresas.

Nesse contexto, embora a relação previdenciária esteja próxima da trabalhista, é preciso diferenciá-las. O contrato de previdência envolve *participantes, patrocinadores e fundos de pensão*. Já relação de trabalho abrange pessoas em condição distinta: *empregador e empregado*.

A relação típica entre participantes, patrocinador e a entidade de previdência possui natureza contratual civil e devem ser analisadas segundo os princípios constitucionais previstos no artigo 202 da Constituição Federal, bem como nas Leis Complementares que o regulamentam.

Ressalve-se que a relação entre participante e empresa, nessa qualidade, é de patrocínio e não de trabalho. Com isso, os direitos daí decorrentes não são trabalhistas, devendo ser afastados os princípios, as regras gerais e disposições normativas próprias do Direito do Trabalho, e conseqüentemente, a jurisdição Laboral.

Em relação às disposições legais sobre competência, verifica-se que não há no ordenamento jurídico dispositivo específico sobre “previdência complementar”. O artigo 114, inciso IX, da Constituição, atribui genericamente à Justiça do Trabalho a competência material para “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

Vê-se que referido inciso carece de regulamentação em lei. De tal modo, a competência para apreciar litígios decorrentes da “relação de trabalho” deve estar limitada à existência de lei trazendo esta previsão.

Assim, tramitarão na *Justiça Laboral* as controvérsias entre empregado e empregador oriundas ou decorrentes do contrato de trabalho, que tenham como objeto a cobrança de créditos trabalhistas, bem como as condições de prestação do trabalho.

De outro modo, sendo a ação ajuizada pelo participante, que nessa condição, pleiteia direito relativo ao contrato previdenciário, competente será a *Justiça Ordinária*.

Entretanto, se o pedido de verbas salariais refletir no benefício devido pela entidade de previdência, esta repercussão deverá ser encaminhada à *Justiça Ordinária*. Nesses casos, o aumento no benefício implicará na necessidade do respectivo custeio (participante e patrocinadora), a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial do plano.

Quanto à posição jurisprudencial, o *Tribunal Superior do Trabalho* tem entendimento no sentido de que cabe à Justiça do Trabalho julgar os dissídios envolvendo complementação de aposentadoria, enquadrando-os nas controvérsias decorrentes da relação de trabalho; desde que preenchidos certos requisitos.

O *Superior Tribunal de Justiça* apresenta posição dominante no sentido de declarar competente a Justiça Estadual, sob o fundamento de que os benefícios concedidos por entidades de previdência não integram o contrato de trabalho dos participantes.

Por seu turno, o *Supremo Tribunal Federal* tem entendido que se a ação for decorrente da relação de trabalho, a competência é da Justiça Laboral. Em sentido divergente, também tem a *Corte Suprema* se manifestado pela competência da Justiça Comum para o julgamento das ações que envolvam complementação de aposentadoria com o fundamento de que a controvérsia é de caráter cível e que não decorre de contrato de trabalho. Como último degrau, caberá ao *Supremo* dirimir o conflito de competência entre o *Superior Tribunal de Justiça* e o *Tribunal Superior do Trabalho*.

REFERÊNCIAS

CALVO, Adriana Carrera. *Da competência da Justiça do Trabalho e demais implicações na relação de previdência complementar* – Revista de Previdência n° 283 – junho 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.2., 1ª ed., tradução por PAOLO CAPITANIO. Campinas SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 1998, pg. 15/20.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

FILHO, Rodolfo Pamplona. *A nova competência da Justiça do Trabalho. Uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988*. Elaborado em 11.2005.

MAIMONI, Alexandre. *Gestão de Fundo de Pensão. Aspectos Jurídicos*. 1 ed. São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2006.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário – Tomo IV – Previdência Complementar*. Pg 137. 2ª Edição: LTr – 2002.

PAIXÃO, Leonardo André. *A previdência complementar fechada: uma visão geral*. Disponível no site <www.mps.gov.br/spc>. Acesso em: 21 jan. 2008.

RODRIGUES, Flávio Martins. *Previdência complementar: Conceitos e elementos jurídicos fundamentais*. Revista de Previdência n° 3. Gramma Livraria e Editora, 2005.