

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIO MENDES MACHADO Jr.

**PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR FECHADA – COMUNICABILIDADE
NO CASAMENTO SOB O REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL OU NA
DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL**

**BRASÍLIA,
JANEIRO 2017
MARIO MENDES MACHADO Jr.**

**PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR FECHADA – COMUNICABILIDADE
NO CASAMENTO SOB O REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL E NA
DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL**

Trabalho de dissertação apresentado ao curso de Pós-Graduação em Direito – Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família - como requisito para a obtenção do título de especialista em Direito Privado.

Orientador: Cristian Fetter Mold.

**BRASÍLIA,
JANEIRO 2017**

MARIO MENDES MACHADO Jr.

**PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR FECHADA – COMUNICABILIDADE
NO CASAMENTO SOB O REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL E NA DISSOLUÇÃO
DA UNIÃO ESTÁVEL**

Trabalho de dissertação
apresentado ao curso de Pós-
Graduação em Direito – Advocacia
Empresarial, Contrato,
Responsabilidade Civil e Família -
como requisito para a obtenção do
título de especialista em Direito
Privado.

Brasília-DF, __ de _____ de 2017.

.....
Prof. Esp. Cristian Fetter Mold
.....
.....

Dedico este trabalho, especialmente, à minha filha, pela compreensão, debate e incentivo, à minha irmã pelo incentivo, à minha família, aos bons espíritos que me acompanharam durante o planejamento e execução do trabalho e ao Club de Regatas Vasco da Gama.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha filha, fonte primária de toda a justeza de meus propósitos, pelas discussões, sempre enriquecedoras, sobre o tema do trabalho.

Agradeço à minha irmã pelo incentivo.

Agradeço ao meu orientador pelas pertinentes correções e disponibilidade.

“Não somos mais
Que uma gota de luz
Uma estrela que cai
Uma fagulha tão só
Na idade do céu

Não somos o que queríamos ser
Somos um breve pulsar
Em um silêncio antigo
Com a idade do céu

Calma
Tudo está em calma...
Deixe que a alma
Tenha a mesma idade que a idade do céu”

(Paulinho Moska)

RESUMO

Este trabalho analisa a possibilidade de partilha da previdência privada complementar fechada quando do deslinde de relações familiares, consideradas aqui, o casamento regido por comunhão parcial de bens ou a dissolução da união estável. O estudo que cercou o trabalho se baseia, como norte fundamental, no recente julgado da segunda seção do STJ que decidiu pela comunicabilidade do FGTS, durante a constância da relação, no casamento sob a comunhão parcial de bens. Tendo como fonte a doutrina, jurisprudência, especialmente o Recurso Especial nº 1.399.199-RS julgado pela segunda seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Concluir-se-á, no presente estudo, que a previdência privada complementar fechada deve ser comunicável proporcionalmente ao tempo de união entre os cônjuges/conviventes, assim como o FGTS.

Palavras-chave: Previdência privada complementar fechada. STJ. FGTS. Comunicabilidade. Comunhão parcial de bens. União estável.

ABSTRACT

This paper analyzes the possibility of sharing private supplementary private pension when family relationships are considered here, considering the marriage governed by partial communion of goods or the dissolution of the stable union. The study that surrounded the work is based on the recent judgment of the second section of the STJ that decided by the communicability of the FGTS, during the constancy of the relationship, in the marriage under the partial communion of goods. Having as a source the doctrine, jurisprudence, especially the REsp nº 1.399.199-RS judged by the second section - STJ. It is concluded, in the present study, that closed private supplementary pensions should be communicated proportionally to the time of union between the spouses, as well as the FGTS.

Keywords: Supplementary private pension. STF. FGTS. Communicability. Partial communion of goods. Stable union.

LISTA DE ABREVIATURAS

CBD: Certificado de Depósito Bancário

CF: Constituição Federal

CGPC: Conselho de Gestão da Previdência Complementar

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

EPFC: Entidade de Previdência Fechada Complementar

FGTS: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família

LC: Lei Complementar

Previc: Superintendência Nacional de Previdência Complementar

STF: Superior Tribunal Federal

Susep: Superintendência de seguros privados

REsp: Recurso Especial

TJDFT: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios



Mario Mendes Machado Jr.

Tema: Previdência Privada Complementar Fechada – Comunicabilidade no Casamento sob o Regime de Comunhão Parcial/União Estável – paradigma com o Recurso Especial nº 1.399.199-RS julgado pela segunda seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ que decidiu pela possibilidade de comunicação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS

Trabalho apresentado como requisito à obtenção do título de especialista em Direito Privado no âmbito da pós-graduação Lato Sensu em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Brasília – DF
2017

Sumário

1. Família Contemporânea e Novos Arranjos Familiares – Uma ótica Constitucional.....	14
1.1 Constitucionalização do Direito Civil.....	17
2. Comunhão Parcial e União Estável - Meação de Direitos	21
2.1. Comunicabilidade do Salário e Frutos	24
2.2. Comunicabilidade do FGTS, Créditos Trabalhistas e Previdência Complementar.....	28
3. Previdência	32
4. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	37
5. Recurso Especial nº 1.399.199-RS do Superior Tribunal de Justiça – STJ.....	41
Conclusão	44
Referências Bibliográficas.....	46

Introdução

Este trabalho tem como escopo a análise e entendimento, especificamente jurisprudencial, da possibilidade de comunicação da previdência privada complementar fechada quando do deslinde do casamento regido pela comunhão parcial de bens ou quando da dissolução da união estável.

O recente julgado, publicado em abril de 2016, da segunda seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ¹, acerca da comunicabilidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS na comunhão parcial de bens é novo paradigma que utilizaremos para análise da possibilidade de meação da previdência privada complementar nas relações familiares.

Entendemos ser o tema interessante, principalmente motivado pelo grande desconhecimento do funcionamento da previdência privada complementar que, a cada dia, compõe, com relevância majorada, o patrimônio dos indivíduos e das famílias.

As modalidades de previdência: como as derivadas das relações de trabalho ou aquelas consequentes de ato civil voluntário em negócio jurídico ordinário e, ainda, o momento no qual deve ser realizada a meação da previdência: se durante o acúmulo do saldo ou no momento do recebimento do benefício, são variações que devem ser analisadas metodicamente e devem ser consideradas na sedimentação do entendimento da partilha da previdência privada complementar, especificamente na modalidade fechada, objeto do presente trabalho.

O momento efervercente da divulgação do Acórdão do Recurso Especial nº 1.399.199-RS do Superior Tribunal de Justiça que causou polêmica dentro e mesmo fora do mundo jurídico, definindo a partilha dos recursos do FGTS é oportuno para alargar o racioncínio e verificar se, nesse sentido, é possível a aplicação do mesmo pensamento aos fundos de previdência privada complementar fechada.

Para tanto, é necessário entender o instituto da previdência privada complementar, suas classificações e tipologias, sua condição como aplicação financeira ou fundo constitutivo de aposentadoria complementar. Tais entendimentos

¹REsp 1399199/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/03/2016, DJe 22/04/2016.

deverão ser conduzidos em paralelo à análise do instituto do FGTS. Certamente, quanto mais semelhantes forem os institutos, da Previdência Complementar Fechada e do FGTS, maior a probabilidade de se definir pelo entendimento atual da segunda seção do STJ.

O presente estudo será norteado pela possibilidade de dissolução do casamento entre homem e mulher no regime de comunhão parcial de bens ou união estável, onde um dos indivíduos seja titular de plano de previdência privada complementar fechada. Entretanto, entendemos que, ponderadas às peculiaridades, as conclusões que aqui serão consignadas podem ser aplicadas a outros regimes de casamento, uniões homoafetivas ou arranjos poliafetivos.

Para isso, faremos uma análise dos institutos de Direito que permeiam o assunto, primando pela contemporaneidade, com o fito de concluir pela possibilidade de meação da previdência privada complementar fechada no regime de comunhão parcial de bens ou na dissolução da união estável.

1. **Família Contemporânea e Novos Arranjos Familiares – Uma ótica Constitucional**

Missão árdua é a de conceituar família na pós-modernidade. A imagem, que começou a ser desconstruída na segunda metade do século XX, de homem e mulher casados e com filhos ainda pode permanecer como ideal para muitos, entretanto, breve observação social nos levará à verificação da existência de formas diferentes de família. Fórmulas múltiplas de família.

A condição sexual do indivíduo que, durante toda a jornada humana na terra, nunca foi exclusivamente heterossexual, nos dias de hoje, ganha mais força e propulsão com o reconhecimento da união homossexual em muitos lugares do mundo, ou, ainda mesmo, com a legalização de casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Considerando somente esse comportamento, já construímos outros conceitos de família.

A possibilidade de dissolução dos casamentos ditos tradicionais e a construção de novos relacionamentos posteriores, com a convivência de filhos de apenas um dos cônjuges, a relação dos pais separados com seus filhos e ex-cônjuges e/ou companheiros, o relacionamento de filhos de apenas um dos cônjuges e/ou companheiros com filhos de ambos, a adoção de crianças, os filhos que tem cada vez mais os avós como provedores e cuidadores, também alteram o velho conceito de família. A família formada por filho(s) e apenas um dos pais, ou cada um separadamente, já é considerada como entidade familiar de forma consolidada há mais tempo.

Há, também, os casais, seja qual for a condição sexual, que escolhem não ter filhos. Os filhos adotados por casais homossexuais. As novas formas de reconhecimento de uniões com três ou mais pessoas, o dito poliamor. Os pactos e novas definições desses arranjos do que é fidelidade e lealdade entre as pessoas envolvidas, do que é permitido ou mesmo se existem restrições de comportamento entre os conviventes. Todas as formas citadas, de modo não exaustivo, servem de estofo para evidenciar que temos um o conceito de família não estanque e deve ser alargado pelo intérprete da Lei. Nesse diapasão, Maria Berenice Dias:

Pretender elevar a monogamia ao papel de guardião dos bons costumes e busca a conservação de uma moral conservadora e, muitas vezes, preconceituosa. A técnica legislativa sempre aspirou a estabelecer

paradigmas comportamentais estritos por meio de normas cogentes e imperativas. Elege um modelo de família e a consagra como única forma aceitável de convívio. A postura é intimidadora e punitiva, na esperança de gerar comportamentos alinhados com os comandos legais. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro comportamental reconhecido como aceitável, nega juridicidade ao que se afasta do normatizado. Os exemplos são vários. Basta lembrar ...a rejeição à uniões extramatrimoniais.²

Ou seja, vamos desde os arranjos de casais que podem ter três, quatro ou quantos parceiros sejam, até pessoas que preferem viver solitariamente, sem estabelecer vínculo formal ou factual com nenhum companheiro(a).

Como o reconhecimento de família de uma pessoa só, citamos o Recurso Especial nº 205.170 do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, destarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. 2 - Recurso especial conhecido e provido.³

De todas as formas até aqui narradas (e ainda outras não vislumbradas neste trabalho) podemos afirmar que todas são formas de organização familiar.

O conceito de família não é estático e deve ser visto da forma mais flexível e extensa possível. Cabe aos operadores do Direito analisarem os casos concretos e darem, com amplitude, o conceito de família à junção (ou não) de pessoas.

De toda sorte, cabe ressaltar que o reconhecimento de família tem consequências jurídicas e por isso é importante nos mantermos atentos às mutações da sociedade.

O reconhecimento de uma família tem consequências quanto ao direito patrimonial: como partilha e sucessões, por exemplo; por outro lado se desdobram nos direitos de personalidade e na própria formação da identidade do indivíduo. Entendemos que os direitos patrimoniais são os que mais levam discussões às varas de família e, neste trabalho, será preponderante como norte para o tema.

²FAMÍLIA, ÉTICA E AFETO, **Revista Consulex**, Brasília: Consulex, a.8, n.174, 15-4-2004, p.31-32.

³REsp 205.170-SP, DJ de 07.02.2000.

Importante dizer que tais formas de entendimento e reconhecimento das novas famílias, tem como fonte o Direito Constitucional, a possibilidade de hermenêutica que o texto magno nos confere é a base das progressivas e novas concepções dentro do Direito de Família.

Com o escopo de conferir maior bojo das influências do Direito Constitucional no Direito de Família, falaremos, a seguir, da constitucionalização do Direito Civil.

1.1 Constitucionalização do Direito Civil

O tema não possui ineditismo, entretanto, faz-se necessário em todas as análises de Direito Civil mencionar a interferência cada vez mais crescente e institucionalizada, seja pela hermenêutica jurídica, seja pela produção legislativa, da influência, até mesmo como motriz de interpretação, do Direito Constitucional. Não por acaso, o artigo 226 da Constituição Federal traz em sua redação: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Entendemos que o Direito de Família, seara central de nosso trabalho, é indubitavelmente amoldado ao cenário do Direito Privado. Entretanto, assim como os conceitos de família tem-se dinamizado ao longo do tempo, o Direito não pode olvidar do momento histórico em que é aplicado, o Direito de Família tem caminhado para uma interpretação bastante constitucionalizada, principalmente quando vemos a família como um catalisador para a consecução da realização individual e pessoal de felicidade, seja ela qual for, de seu(s) membro(s). Compactuando com a família como espaço de desenvolvimento e realização pessoal e afetiva, citamos o Antônio César Peluso:

O Estado intervém para fortalecer vínculos, para garantir a segurança das relações, para melhor disciplinar e conduzir à finalidade suprema a que se destina. O fim superior da comunidade familiar necessariamente deve ser conseguido em detrimento à mera vontade individual de cada um de seus integrantes, pois a família é o centro dos valores comunitários e espaço para a realização pessoal e afetiva, em que o indivíduo é visto como membro da instituição familiar.⁴

No mesmo sentido de elevação pessoal por meio da família, Adélia Moreira Pessoa:

(...) Ademais, o Direito de Família que também é sustentado pelo pilar de toda a estrutura, o da dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômica, tem entre os valores e princípios constitucionais recepcionados o da solidariedade familiar, pautada na igualdade real e respeito entre os seus integrantes.⁵

É momento oportuno, portanto, para fazermos breve análise do cenário de constitucionalização dos direitos civis. Sabemos que, assim como o conhecimento humano é um só, o ordenamento jurídico de um país é único,

⁴PELUSO, Antônio Cesar. **Direitos Humanos Visões Contemporâneas. Os Direitos Humanos da Família, Criança e Adolescente**. Palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura em outubro de 2000. São Paulo: Método Editora p. 67-90.

⁵PESSOA, Adélia Moreira. **Direitos Humanos e Família. Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006 p 29-56.

ocorrendo segmentação nas cadeiras acadêmicas universitárias apenas para fins pedagógicos e didáticos e, na prática, ocorre, em grandes centros, a divisão em varas judiciárias, apenas pela praticidade que a segmentação dos assuntos pode oferecer. Citamos Paulo Lôbo:

Os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil. Não se trata, apenas, de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos.⁶

O Direito é único, é um só. Mesmo os grandes campos como direito privado e direito público não são de fácil distinção como ocorre, por exemplo, com o direito do trabalho, ou mesmo com o direito do consumidor, ambos com alto nível de dirigismo contratual realizado pelo Estado como forma de equilibrar a real vontade das partes.

Ou seja, não é possível fazer uma análise profunda e correta dos institutos de família, casamento, partilha de bens em caso de dissolução, ressaltada, no caso, a previdência privada complementar e o FGTS, sem um prisma constitucional, ou mesmo analisando seus dispositivos literais, ainda que todas as relações jurídicas mencionadas sejam precipuamente tratadas como de caráter privado.

Acerca da constitucionalização do Direito Civil, citamos, novamente:

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).⁷

Sabemos, conforme ensinado acima, que isso nem sempre ocorre. Cabe ao operador realizar a devida leitura dos dispositivos conforme a luz da Constituição. Por isso, importante ressaltar a constitucionalização do Direito Civil. Ora, uma regra ou qualquer regra do direito civil, do direito privado, das relações jurídicas pessoais, mesmo sem a presença do Estado em um dos pólos, deve estar de acordo com os princípios constitucionais, intrínsecos e extrínsecos. Nessa linha, citamos entendimento da leitura constitucional acerca da partilha da previdência

⁶NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Constitucionalização do Direito Civil**. p. 2.

⁷NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Constitucionalização do Direito Civil**. p. 160.

privada: “Assim, é concludente que a ausência de partilha da previdência privada havida durante o casamento ou a união, vai de encontro ao preceito constitucional da igualdade real e da solidariedade entre os cônjuges.”⁸

De modo mais amplo: “O princípio constitucional da igualdade democratizou a entidade familiar que também tem por escopo o solidarismo, valor agregado aos tempos modernos, que se concretiza na idéia de cooperação, auxílio material e recíproco.”⁹

Verticalizando no nosso estudo, vimos que a instituição familiar e o casamento são abarcados, com importância, pelo Direito Constitucional. No mesmo sentido, agora considerando a dissolução da união conjugal e os efeitos sobre o patrimônio constituído pela previdência complementar privada, temos que a Constituição Federal:

i) estabelece em seu artigo 21 como sendo competência da União a fiscalização das operações de previdência privada; ii) mesmo sendo facultativa, a previdência privada terá sua regulação por Lei Complementar (Leis 108/01 e 109/01), conforme artigo 202 e iii) o parágrafo segundo do artigo 202: “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. (adaptado)”¹⁰

Observemos que a Constituição vai até a minúcia de esclarecer que a contribuição patronal, nos casos de previdência privada complementar, com participação de patrocinador patronal, não integra o contrato de trabalho ou remuneração dos empregados vinculados aos planos de previdência privada.

Finalizamos o capítulo grifando a importância do Direito Constitucional para a análise proposta: família, casamento e união estável têm seus conceitos, limites e interpretações em consonância com a Constituição Federal; ainda: a previdência complementar privada (fechada e aberta) é tratada na Carta Magna que delega à Lei Complementar¹¹ sua regulamentação; e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS é considerado direito do trabalhador, em seu art. 7, inciso

⁸PINTO, Antonio Luiz de Toledo, WINDT, Marcia Cristina Vaz dos Santos e CÉSPEDES, Livia. **Constituição da República do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, obra coletiva de autoria da Editora** – 42ª. Ed. Atual. E amp. – São Paulo: Saraiva, 2009, O. 8: artigo 5º, 226, § 5º e artigo 3º, inciso I.

⁹NOGUEIRA, Guilherme Calmon da Gama e GERRA, Lendo dos Santos. **A função Social da família in Revista Brasileira do Direito de Família**, Ano VIII, nº 39, Dez-Jan 2007, IOB Thomson, p. 159.

¹⁰Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

¹¹Leis Complementares 108 e 109 de 2001.

III. Assim, temos que, materialmente, os institutos base do trabalho são constitucionais, além, claro, da exegese hermenêutica da Carta Política que deve ser aplicada ao nosso estudo.

2. Comunhão Parcial e União Estável - Meação de Direitos

O Direito, principalmente o Direito de Família, deve seguir o comportamento social e não impor formas de condutas tipificadas ao indivíduo e, conseqüentemente, às famílias. Citamos:

(...) o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera; soberano não é o legislador, soberana é a vida, e a família é um fato natural, o casamento é uma convenção social: a convenção é estreita para o fato e este, então, se produz fora da convenção. Agora diz-me, pergunta o mestre pernambucano: “que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequeno ser, que é fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural.¹²

Vivemos em uma sociedade na qual o valor das formalidades é cada vez mais mitigado. Devemos entender o afeto, o objetivo de vida comum, a persecução de felicidade individual dentro de um grupo familiar como preponderantes para a análise dos institutos da união estável com e do casamento. Nessa seara, citamos Pontes de Miranda:

As definições de casamento têm, como se vê, a natureza incerta e temporária de todas as coisas sociais. O seu fim deve ser o de caracterizar o seu tempo, e nada mais. Tempo e lugar. Não há conceito *a priori* de casamento que valha para todos os tempos e para todos os povos.¹³

Na união estável aplica-se o regime da comunhão parcial, salvo convenção contrária das partes.¹⁴ No caso do nosso estudo entendemos que a meação do FGTS, conforme julgado da segunda seção do STJ, também deve ser aplicada nos casos de união estável, por inteligência do art. 1.725 do Código Civil.

Também entendemos que a meação da previdência privada complementar, do modo como defendemos, deve ser aplicada ao casamento com regime de comunhão parcial e aos conviventes em união estável. Nesse sentido, citamos:

Com efeito, o cônjuge não trabalhador recebe bens presentes no momento em que necessita deles; este cônjuge não corre o risco de sofrer conseqüências econômicas adversas no caso de cessação da relação profissional do outro cônjuge por sua iniciativa, ou da entidade patronal, ou

¹²VELOSO, Zeno, **União Estável**, Belém: Ed. Cejup e Min. Público do Estado do Pará, 1997, p. 14.

¹³PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte especial. Tomo VII: Direito de Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento). 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 209.

¹⁴Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

por morte, ou se torna incapaz; a conflituosidade das partes termina mais cedo, pois cessam as relações entre elas.¹⁵

Não pretendemos com isso, equiparar para todos os fins o casamento à união estável. Ainda que, consoante maioria dos Ministros do Supremo Tribunal¹⁶ Federal - STF, que trata, com repercussão geral, da inconstitucionalidade do art. 1.790¹⁷ do Código Civil, as diferenças que alcançam o casamento em regime de comunhão parcial e a união estável tenham sido mitigadas no que se refere a questões patrimoniais e, principalmente sucessórias, persistem diferenças entre os dois institutos.

Nesse sentido, citamos César Fiuza:

O casamento ainda possui algumas prerrogativas em relação a União Estável. Varias consequências só decorrem dele. Por exemplo, podemos citar a possibilidade de os cônjuges adotarem o nome um do outro [na União Estável o companheiro só poderá adotar o sobrenome do outro após 5 anos, no casamento é imediato]; os privilégios sucessórios; a amplitude da regulamentação dos regimes matrimoniais; o dever de fidelidade, cujo desrespeito ainda é punido como adultério; dentre outras.¹⁸

Ainda que o citado exemplo de privilégio sucessório esteja por cair do entendimento jurisprudencial pátrio e a citação ao adultério, as outras questões levantadas por César Fiuza continuam atuais e válidas.

Como causa dos efeitos patrimoniais, consideramos a vontade dos indivíduos se unirem em união estável ou em casamento civil. Ainda que os Tribunais tendam a equiparar, de alguma forma, os conviventes aos casados, a liberdade de escolha em ser um ou outro deve ser refletida no conjunto dos dois institutos. No mesmo caminho:

¹⁵TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 411.

¹⁶RE 878694 - Recurso Extraordinário – conta com 7 votos favoráveis à inconstitucionalidade do art. 1.790, atualmente com pedido de vista do Min. Dias Toffoli. Pendentes os votos de Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

¹⁷Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

¹⁸FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15ª ed. rev. amp. Belo Horizonte: Del Rey. 2011, p. 1216.

O casamento assenta na vontade livre dos nubentes em contraí-lo, conscientes dos deveres inerentes ao estado assumido perante a lei e a sociedade, incondicionalmente jurado. De modo diverso, as relações pessoais entre companheiros carecem desse ato volitivo formal e solene, mas a lei os submete a deveres semelhantes (à exceção da vida em comum no domicílio conjugal), ainda que não o queiram. Aqui, então, uma grande ironia ou paradoxo: se ninguém é obrigado a casar, na união estável o é, porque se está 'casado'. Com efeito, enquanto o casamento nasce da livre vontade dos nubentes, a união estável acontece por força da lei e contra eventual vontade em contrário. Ainda que não quisessem se obrigar com o casamento, com todas as suas consequências, na união estável – caracterizada por uma ilusória liberdade de se unir simplesmente de fato e de se desfazer a união a talante individual ou de mútuo acordo, sem maiores sequelas afetivas ou patrimoniais – ficam jungidos, obrigatoriamente, aos deveres recíprocos de lealdade, respeito e assistência (CC, art. 1.724), e se lhes impõe, na ausência de contrato escrito, um regime de bens (CC, art. 1.725). Tudo à imagem e semelhança do casamento, mas independentemente da vontade do casal.”¹⁹

Na mesma direção, de conferir liberdade ao modo que pessoas se agrupam em seus afetos:

O sentido do princípio da exclusividade é muito mais amplo que a atual noção de privacidade ou de intimidade enquanto espécies ou tipos de direitos de personalidade. Assemelha-se mais à proteção da esfera de dignidade da pessoa contra a intromissão do Estado e da sociedade. Trata-se de uma ideia que tem como objetivo afastar a intervenção alheia das opções de vida feitas por um indivíduo no exercício de sua autonomia, para permitir-lhe exercer sua autonomia sem a intromissão alheia, seja de outras pessoas, do Estado ou da sociedade, exercendo sua faculdade, inclusive e principalmente, de ser e agir de modo diferente em relação aos demais indivíduos.²⁰

Ainda:

Livres devem ser os homens e as mulheres, para realizarem seus projetos de vida, e não o Estado ou a coletividade política, que não podem impor paternalisticamente aos não conformistas a adesão a um ideal, por mais nobres que sejam as razões invocadas.²¹

Entretanto, ponto pacífico em nosso trabalho, para a finalidade a que ele se propõe, qual seja: meação de previdência privada complementar fechada, tal como foi aplicado pela segunda seção do STJ ao FGTS é que quando nos referimos ao casamento sob o regime de comunhão parcial, o entendimento deve, conforme exposto, ser estendido à união estável.

¹⁹COMEL, Wilson J. COMEL, Denise Damo. **União estável e casamento: adequação da disciplina da união estável no Código Civil à Constituição Federal**. Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 832, p. 41, fev. 2005.

²⁰BORGES, Roxana Cardoso Brasileiros. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo, p. 95, Saraiva: 2005.

²¹SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 4, nº 14, p. 178, jan/mar. 2005.

2.1. Comunicabilidade do Salário e Frutos

Consoante dispositivos legais do Código Civil, temos que o art. 1.559, em seu inciso VI, exclui da comunhão: “os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge”; já o art. 1.600, em seu inciso V, inclui na comunhão: “os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão”.

Analisemos o salário, dito como “proventos do trabalho” na Lei²². Está definido que o salário é excluído da comunhão. Os salários, em sua imensa maioria, são constituídos de prestações pecuniárias mensais pagas pelo empregador ao empregado, em troca de sua mão de obra. Incluir o salário na sua comunhão equivaleria a instituir um ônus na meação equivalente a uma pensão alimentícia.

Não é necessário distinguir a pensão alimentícia da meação ou partilha de bens. O exemplo é para confirmar o dispositivo legal analisado. Não é razoável, tampouco viável, que se comuniquem os salários. Ordinariamente, em que pese configurações diferentes nos arranjos econômicos familiares, o salário de cada cônjuge serve para o sustento da família, aquisição de bens comuns e, deste modo, acabam por integrar um patrimônio ou bem comum do casal, ainda que a integralidade do salário seja utilizada para subsistência há, durante a vigência do casamento, o aproveitamento por ambos os cônjuges. Após a dissolução, não deve, por razoabilidade e por disposição legal, o salário ser meado.

Citamos ensinamento acerca da participação do salário individual na vida das famílias brasileiras, em análise previdenciária:

“Não há dúvida de que poupar é necessário para melhor prover o dia de amanhã. Entretanto, há certas pessoas que não tem o que poupar, pois o salário já é irrisório e mal dá para sobreviver. Essas pessoas, não vão poupar nada, pois não tem como. Essa é a razão pela qual o sistema deve ser de repartição, envolvendo a solidariedade entre as pessoas, pois serão poucos os que poderão poupar e muito que nada terão, por não terem o que poupar.”²³

Como consequência natural, citamos o inciso I do art. 1.660: “os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges”. Lembramos que o art. 1.660 cita rol dos bens que são incluídos na comunhão. Ou seja, bens adquiridos da constância do casamento por

²²Código Civil, Lei 10.406/02.

²³MARTINS. Sergio Pinto. **Reforma previdenciária**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 72.

título oneroso, inclusive e, principalmente, considerado a realidade brasileira citada, com recursos de salário são comunicáveis.

Temos, portanto, que os salários não se comunicam, porém os bens adquiridos em função dos salários são comunicáveis. Quanto aos bens, estes abarcam aplicações financeiras. Em caso de parte do salário de um ou de ambos os cônjuges ser destinado à aplicação financeira, seja qual modalidade for, essa aplicação financeira, é partilhável.

É de conhecimento notório entre a média dos consumidores bancários que a previdência privada complementar aberta é uma espécie de aplicação financeira, como seria uma aplicação em poupança, CDB, fundos de renda fixa e/ou variável, planos de capitalização, dentre outros produtos bancários.

Nesse sentido, considerando a previdência privada complementar aberta, temos que o negócio jurídico é de aplicação financeira. Ainda que o contrato preveja, como resultado final, em longo prazo, o recebimento, pelo cliente, de uma renda quando do alcance de uma determinada idade ou quantidade de parcela pagas, até que tais condições sejam satisfeitas, a natureza do plano de previdência aberta é de aplicação financeira. Tal entendimento é observável nos julgados dos Tribunais estaduais, como destacado no Acórdão 667001, do TJDF, julgado em 26 de março de 2013. Analisemos:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. PARTILHA. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. AQUISIÇÃO. IMÓVEL. CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. SUB-ROGAÇÃO. BENS IMÓVEIS DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DE UM DOS CÔNJUGES. PEDIDOS. SEDE DE CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA. RECONVENÇÃO. POSSIBILIDADE. PARTILHA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.1. Nos termos do art. 1.658 do Código Civil, todos os bens adquiridos na constância do casamento serão partilhados entre o casal, sendo excluído, todavia, aqueles bens que cada cônjuge tiver ao tempo da união por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar.(...) 4. A previdência privada, antes do segurado alcançar a idade instituída no plano, caracteriza-se apenas como uma aplicação financeira como qualquer outra, sendo certo que os valores contribuídos até o momento da separação podem ser reavidos pelo titular, ou seja, podem ser resgatados como se fosse investimento financeiro. Tendo em vista tratar-se de verdadeira poupança, deve ocorrer a partilha, notadamente, porque o pagamento das contribuições ocorreu durante o matrimônio, de forma que se presume o esforço de ambos os cônjuges no pagamento das contribuições.²⁴

²⁴Acórdão n.667001, 20090111197512APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: OTÁVIO AUGUSTO, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/03/2013, Publicado no DJE: 11/04/2013. Pág.: 136

Como dissemos, a previdência privada complementar aberta, considerada como aplicação financeira, é partilhável. Ainda de modo a reforçar a comunicação dos bens, *in casu*, aplicações financeiras, citamos o Código Civil, lembrando o art. 1.600, que em seu inciso V, inclui na comunhão: “os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentos ao tempo de cessar a comunhão”.

Ora, ainda que mais rarefeito, o salário mensal é um bem particular de cada cônjuge, desse salário, ou *proventos* como diz o Código, podem surgir frutos como aquisição de bens, incluídas as aplicações financeiras, construídas com origem em parte do salário, constituindo-se, assim, fruto de bem particular, tornando-se comunicável.

Entretanto, apesar de a previdência complementar privada aberta ser considerada partilhável por nossa Jurisprudência, a previdência complementar privada fechada não segue o mesmo caminho. O tema ainda não chegou ao STJ, porém os Tribunais de Justiça dos estados tem firmado entendimento da incomunicabilidade.²⁵

CIVIL. PROCESSO CIVIL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PARTILHA DE DÍVIDAS. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. ADESÃO ANTERIOR AO CASAMENTO. INCOMUNICABILIDADE.

1. As reservas de plano de complementação de previdência privada não configuram simples aplicação financeira. Ao revés, esse tipo de contribuição representa garantia de benefício futuro, de cunho previdenciário, caracterizado pela reserva de dinheiro acumulada aos poucos como resultado do trabalho e economia do segurado.

(...)

3. No caso em análise, incide a exclusão prevista no artigo 1.659 do Código Civil, que bem assenta que, no regime de comunhão parcial, são excluídos da comunhão os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.

(...)

5. Apelação do Autor não conhecida, em razão da deserção. Recurso da Requerida não provida. Sentença mantida.”²⁶

Nosso trabalho propõe-se a analisar a comunicabilidade da previdência privada complementar fechada. No capítulo 3, detalharemos as espécies de previdência, natureza jurídica e outros pontos relevantes, para nosso estudo. Por

²⁵TJ/SP, Ag Intrum nº 502.984-4/4-00, Rel. Des. Grava Brazil, 9ª Turma de Direito Privado, j. 19.06.2007. No mesmo sentido: TJ/SP, Ag Intrum nº 548.039-4/9, Rel. Des. Benedito Silvério, 5ª Turma de Direito Privado, j. 09.04.2008.

²⁶TJDFT (Acórdão n.490241, 20090110267013APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: ESDRAS NEVES, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/03/2011, Publicado no DJE: 31/03/2011. Pág.: 123). Este caso concreto correspondia a uma previdência privada complementar fechada da PreviNorte.

ora, no t3pico seguinte, vamos comparar a comunicabilidade dos FGTS, cr3ditos trabalhistas e previd4ncia privada complementar.

2.2. Comunicabilidade do FGTS, Créditos Trabalhistas e Previdência Complementar

Com a Lei do Divórcio²⁷, o regime da comunhão parcial de bens é o regime legal. Ou seja, em não havendo pacto nupcial que defina regime diverso, é adotado o da comunhão parcial. Até o advento da Lei, o regime legal era o da comunhão universal. O Código Civil, vigente desde 2003, manteve o regime da comunhão parcial como regra. É o que diz o artigo 1.640 do Código: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”

Ainda hoje existem dúvidas acerca dos bens a serem partilhados em caso de dissolução da união, como no exemplo do nosso trabalho, considerados bens os saldos do FGTS e da previdência privada complementar. Frequentemente considera-se, de modo simplista, que se partilham os bens acumulados no curso do casamento, entretanto, existem exceções à regra.

Vejamos como o tema é tratado no Código Civil:

Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

(...)

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

(...)

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.²⁸

O Código não menciona, em sua literalidade, a previdência privada complementar. Há que se esclarecer, todavia, o inciso VII do artigo 1.659, que diz: “Excluem-se da comunhão: as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.”

O Código traz as expressões de “pensões”, “meio-soldos” e “montepios” como exemplos, não exaustivos, considerando o termo “e outras rendas

²⁷Lei 6.515, de 26.12.1977.

²⁸Lei 10.406, de 10.01.2002.

semelhantes”. Ou seja, não entram na comunhão, em tese, os valores recebidos a título de pensão ou assemelhado, por decorrência do inciso VI, como proventos do trabalho, fonte de renda individual e não partilhável.

Termo que interessa ao nosso trabalho, por conter a gênese da previdência complementar contemporânea, o vocábulo montepio, consignado no Código Civil é, atualmente, largamente mais utilizado e reconhecido como previdência na fase do recebimento do benefício. Citamos Curso Básico de Previdência para entendimento das fases de custeio e de benefício previdenciário: “Previdência é pagar hoje para receber amanhã. O custeio precede o benefício. O esforço é condição para recompensa. Ser previdente exige visão e capacidade de poupança.”²⁹

Temos que o inciso VII se refere à pensão derivada do montepio como a renda recebida mensalmente pelo beneficiário e não ao valor acumulado durante a vida do benfeitor, ou seja, conforme exposto, a fase do benefício. A renda mensal de titularidade do beneficiário decorre do capital acumulado. Consideramos o capital acumulado no fundo de previdência privada complementar como um bem. Assim nos referiremos a ele no decorrer do trabalho.

Ainda acerca da importância da previdência privada complementar e suas fases, temos:

A previdência complementar transcende a sua finalidade precípua de garantir, na velhice, recursos compatíveis com os padrões auferidos. A vida associativa do segurado, *rectius*, participante do sistema, divide-se em dois períodos: primeiro, a fase de contribuição; o segundo, a fase de benefício. A fase contributiva já reflete influências muito fortes sobre o comportamento do trabalhador. Mais confiante no futuro, na certeza de uma aposentadoria condigna, ele se torna mais apto à realização profissional, sem a preocupação de guardar para prover na velhice. Essa certeza é benéfica ao seu comportamento ético, com intenso efeito na revalidação dos valores morais. Futuro garantido significa cidadãos mais íntegros. No segundo período, fase do benefício, retirando-se oportunamente, abrem-se novas vagas no mercado de trabalho. Individualmente, por se sentir mais amparado, é um ser mais integrado à sociedade, com um rol de sadias consequências.³⁰

Como dito na Introdução, a meação do FGTS é o paradigma de nosso trabalho. Assim como o Código Civil não define a comunicação do bem da

²⁹REIS, Adacir. **Curso Básico de Previdência Complementar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 15.

³⁰MARENSI, Voltaire. **A nova Lei da Previdência Complementar Comentada**. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 27.

previdência privada complementar, igualmente, não esclarece se o FGTS (também entendido como bem) é comunicável ou não.

Ou seja, temos que, unicamente segundo o Código Civil, os bens de previdência privada complementar e do FGTS não são tratados como incluídos ou excluídos da comunhão parcial. Os dois institutos (e bens econômicos) nascem, portanto, com a mesma deficiência quanto a sua destinação no caso de dissolução do casamento ou união estável. O Código se cala quanto à destinação dos bens referidos.

Até aqui, considerando o tratamento igual dado à previdência privada complementar e ao FGTS pelo Código Civil (claramente não há tratamento legislativo definido para a comunicabilidade) e que a segunda seção do STJ decidiu pela comunicabilidade do FGTS, temos um primeiro caminho, ainda que prematuro, para decidir o mesmo para a previdência privada complementar.

Nessa seara, citamos norte de compreensão, no qual são exaltadas as escolhas individuais, inseridas no contexto familiar:

A família não é titular de um direito separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa. Devem ser rechaçadas, portanto, as várias teorias que discorrem sobre um 'interesse familiar' superindividual, de tipo público ou cooperativo.³¹

Rememoremos outro argumento, extremamente atual, citado na introdução deste trabalho: a previdência privada complementar, seja aberta ou fechada, é modalidade de investimento cada vez mais utilizada pelas famílias brasileiras. Ao tempo em que o FGTS é obrigatório para o trabalhador empregado assalariado, a previdência privada complementar é facultativa, porém, sua utilização é estimulada pelo Estado (notadamente pelo abatimento das contribuições no imposto de renda). O Direito de Família deve se preocupar com a justeza desse comportamento familiar. Vejamos:

Em suma, o benefício previdenciário que objetivava o bem-estar social e familiar no futuro, passou a ser o vetor que aumentava a diferença entre os casais na partilha de bens, privilegiando o provedor que possui rendimentos próprios e penalizando o outro que muitas vezes não produz renda ou mantinha-a apenas como forma de complementação das despesas familiares.³²

³¹PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil, **Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trd. Maria Cristina de Cicco. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 245.

³²PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 171.

Outra questão importante na construção no nosso raciocínio se refere à meação dos créditos trabalhistas. Nestes casos, a jurisprudência, no âmbito do STJ³³, já firmou assento no sentido de que tais valores entram na comunhão de bens³⁴. Tal entendimento vem mitigar a leitura literal do art. 1.659, inciso VI do CC, reconhecendo sentido mais profundo e contemporâneo na comunhão parcial de bens e na união estável.

No decorrer do trabalho, outros argumentos fortalecerão a tese de meação da previdência privada complementar. Por hora, entendemos necessário tratar das espécies e modalidades de previdência existentes.

³³REsp 1024169/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 28/04/2010).

³⁴Cônjuge deve dividir indenização trabalhista na dissolução conjugal. Fonte: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5452/C%C3%B4njuge+deve+dividir+indeniza%C3%A7%C3%A3o+trabalhista+na+dissolu%C3%A7%C3%A3o+conjugal>>, acessado em 29.01.2017.

3. Previdência

A primeira grande distinção que devemos realizar acerca da previdência brasileira é, conforme conceituação derivada da Constituição Federal de 1.988, a separação em Previdência Pública (Previdência Social e Regime Próprio dos Servidores Públicos) e a Previdência Complementar Privada.

Acerca da gênese previdenciária, citamos:

A criação de sistemas previdenciários, públicos ou privados, reflete a evolução da sociedade humana e sua capacidade de organização. (...) As sociedades organizadas possuem sistemas de proteção social, temperando, em grau maior ou menor, responsabilidades públicas e privadas.³⁵

A Previdência, no Brasil, é organizada em três regimes distintos, independentes entre si³⁶:

i) *Regime Geral – Benefícios da Previdência Social (art. 201, CF/88),*

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) tem suas políticas elaboradas pelo Ministério da Previdência Social (MPS) e executadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal a ele vinculada. Este Regime possui caráter contributivo e de filiação obrigatória. Dentre os contribuintes, encontram-se os empregadores, empregados assalariados, domésticos, autônomos, contribuintes individuais e trabalhadores rurais.

ii) *Regime Próprio – Servidores Públicos (art. 40, CF/88)*

O Regime de Previdência dos Servidores Públicos, denominado Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) tem suas políticas elaboradas e executadas pelo Ministério da Previdência Social (MPS). Neste Regime, é compulsório para o servidor público do ente federativo que o tenha instituído, com teto e subtetos definidos pela Emenda Constitucional nº 41/2003. Excluem-se deste grupo os empregados das empresas públicas, os agentes políticos, servidores temporários e detentores de cargos de confiança, todos filiados obrigatórios ao Regime Geral.

iii) *Regime Complementar – Previdência Complementar (art. 202, CF/88).*

O Regime de Previdência Complementar (RPC) tem suas políticas elaboradas pelo Ministério da Previdência Social (MPS) e executadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc). Este Regime é facultativo, organizado de forma autônoma ao RGPS. No Brasil o RPC é organizado em dois segmentos: o segmento operado pelas entidades abertas – com acesso individual, e o segmento operado pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPCs, também conhecidas como fundos de pensão, que operam Planos de Benefícios destinados aos empregados de empresa ou grupo destas, denominadas patrocinadoras, bem como aos associados ou membros de associações, entidades de caráter profissional, classista ou setorial, denominados de instituidores.

³⁵REIS, Adacir. **Curso Básico de Previdência Complementar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 15.

³⁶Fonte: <<http://www.previdencia.gov.br/perguntasfrequente/previdencia-social/>>. Acessado em 02.12.2016

Os dois primeiros regimes de previdência social citados acima, não fazem parte do nosso trabalho, porque não são individualizados. Ambos têm caráter de solidariedade, ou seja, as contribuições – nestes casos, compulsórias – são utilizadas para custear os benefícios de aposentadorias de terceiros. Não há, para estes regimes, uma conta individualizada do contribuinte. O responsável pelo pagamento dos benefícios é o Estado. Apesar do valor do benefício poder ser definido a partir do valor de contribuição individual, existem pisos, tetos e outros benefícios, não apenas os decorrentes de aposentadoria. Em suma:

No caso da repartição, sua concepção filosófica é a de entender a previdência social como um sistema solidário, por meio do qual há uma estrutura de transferências de uma parte da sociedade para outra, particularmente dos adultos para os idosos e dos indivíduos de boa saúde para os inválidos, sendo o atendimento dos grupos sociais necessitados uma função do Estado, custeada pelos demais grupos da sociedade.³⁷

Para além da previdência pública, a previsão basilar da previdência brasileira, inclusive a complementar privada fechada está, como exposto, na Constituição Federal. A supervisão e regulação dos planos privados são realizadas por entes estatais: Superintendência de Seguros Privados – Susep (no caso de Previdência Complementar Aberta) e Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc (para Previdência Complementar Fechada). Ambos os órgãos são vinculados ao Ministério da Fazenda. Tal realidade reforça o caráter de interdisciplinariedade entre Direito Constitucional e Civil, versado no capítulo 2.

Interessante publicação, datada de 02 de junho de 2016, do Instituto Brasileiro do Direito de Família - IBDFAM ressalta a comunicação entre o Direito Previdenciário e o Direito de Família:

Considerado um direito de vanguarda, o Direito Previdenciário foi o primeiro no Brasil a reconhecer direitos de famílias homoafetivas. Hoje, família e previdência enfrentam diversas questões e urge chegar a um consenso. Entendendo essa necessidade, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) criou, em 2014, a Comissão Nacional de Direito Previdenciário, presidida pela advogada Melissa Folmann. Para ela, o maior desafio do Direito Previdenciário e do Direito de Família é chegarem a conceitos comuns do que significa proteção social. 'Enquanto esses dois ramos do direito não debaterem e firmarem um conjunto de conceitos que eles entendam que irão atender às necessidades do cidadão, nós vamos continuar com esses dilemas', diz.³⁸

Pelo exposto, não se cogita a comunicabilidade dos regimes de previdência essencialmente públicos. A única forma de recebimentos de tais

³⁷ GIAMBIAGI, Fábio. **Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Campus, 2000. p. 277.

³⁸ Fonte: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6011>>, acessado em 02.12.2016

previdências são parcelas mensais consecutivas. Não há possibilidade de se verificar acúmulo de saldo individualizado. É uma relação entre o particular e o Estado, não cabendo, repetimos, aventar a possibilidade de comunicabilidade. Tais regimes de previdência implicam, necessariamente, na aplicação do inciso VII do artigo 1.659, que diz: “Excluem-se da comunhão: as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.”

Focando na seara da previdência privada, citamos o art. 202 da Constituição Federal:

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.³⁹

Os princípios de organização da previdência privada complementar são os definidos no art. 202 da CF. Por conseguinte, temos que a previdência tem completa autonomia em relação à previdência social (estatal); tem caráter facultativo (tanto em relação à instituição da Entidade de Previdência Complementar, quanto em relação à adesão de seus associados); as reservas da Entidade de Previdência Complementar devem garantir o pagamento do benefício contratado; e as Leis Complementares que regulam a previdência complementar privada, são as LC 108 e 109.

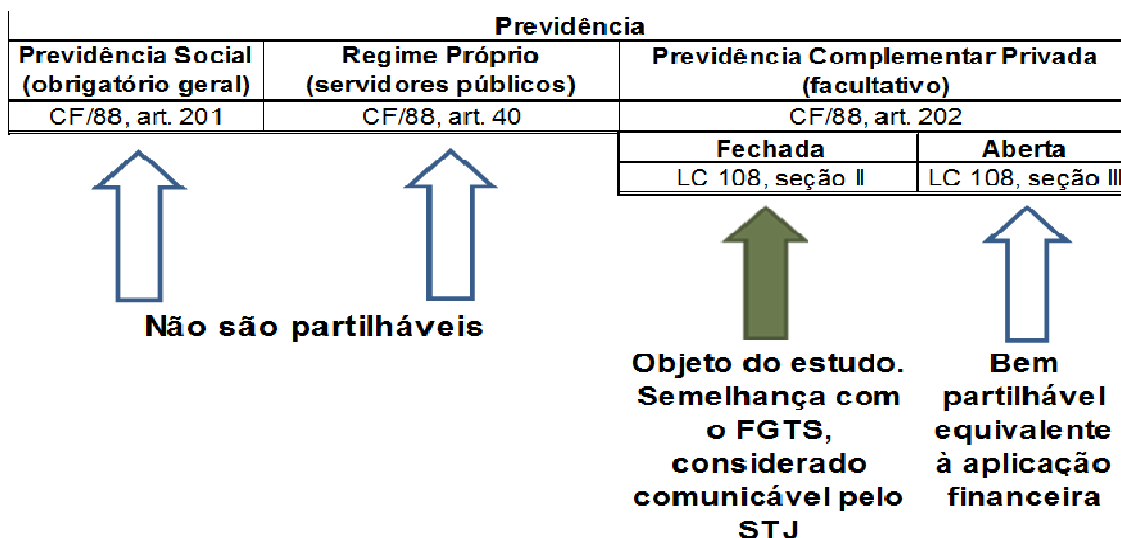
A Lei Complementar 108, de 29 de maio de 2.001, define e regulamenta a existência de duas espécies de Previdência Complementar: Privada Fechada e Privada Aberta. Citamos o art. 4º “As entidades de previdência complementar são classificadas em fechadas e abertas, conforme definido nesta Lei Complementar.”

Topograficamente, temos que a LC 108, a partir de seu art. 12, seção II da Lei, regulamenta os planos de benefícios de entidades fechadas. Já os planos de benefícios de entidades abertas, são regulamentados na seção III, a partir do art. 26 da referida Lei Complementar.

De modo a facilitar o entendimento geral acerca das modalidades de Previdência, construímos o seguinte quadro didático⁴⁰:

³⁹Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴⁰Fonte: Autor.



Em suma, quanto à comunicabilidade, temos:

- a) Não se comunicam: Previdência Social (obrigatório geral) e Regime Próprio (servidores públicos). A incomunicabilidade de tais regimes de previdência ocorre pela natureza jurídica dos institutos: a relação ocorre entre o particular e o Estado e não há acúmulo de renda individual, ou seja, não há bem particular que possa se vislumbrar qualquer tipo de comunicabilidade.
- b) Comunicam-se: Previdência Complementar Privada Aberta. Consoante o retro capítulo 5, antes de atingido os requisitos para a concessão do benefício, a previdência aqui tratada equivale a uma aplicação financeira, bem comunicável, portanto.
- c) Destacado em verde: Previdência Complementar Privada Fechada. Operadas pelos fundos de pensão, que programam benefícios destinados aos empregados de empresa ou grupo destas, denominadas patrocinadoras, bem como aos associados ou membros de associações, entidades de caráter profissional, classista ou setorial, denominados de instituidores.

Quanto à Previdência Complementar Privada Fechada, item c retro, citamos:

Senhor das reservas técnicas que formam parte do patrimônio previdenciário da comunidade protegida (o condomínio social a que já temos feito referência) ele e todos os demais integrantes do plano, ao

participante assiste direito à proteção jurídica do interesse que é detentor em tal patrimônio.⁴¹

Acerca da relação entre a previdência privada complementar e da previdência pública:

Ante a insuficiência do sistema de previdência social público, que por mais abrangente não concederá ao trabalhador e sua família a segurança e a manutenção do padrão social na aposentadoria, associada ao estímulo governamental que instituiu o benefício do abatimento de parte do imposto de renda da pessoa física, a previdência tornou-se atraente às famílias de classe média e alta, assalariadas ou não, que ante a incerteza do futuro financeiro, procuram novos esquemas sócio-econômicos no campo previdenciário.⁴²

As formas de saque de cada plano de previdência privada complementar fechada são reguladas pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC, órgão vinculado ao Ministério da Previdência Social que regula e fiscaliza o mercado de Previdência Privada. Exemplo das regulações do CGPC é a Resolução N°19⁴³ que trata como devem os planos de previdência privada fechada, atuarem no que se refere a carência para saques, tempo de contribuição, participação de patrocinador, condições de saque, dentre outros.

No capítulo seguinte trataremos das características do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, de modo a verificar suas semelhanças com a Previdência Complementar Privada Fechada e conceder o mesmo entendimento dado pelo STJ quanto à comunicabilidade de ambos os bens.

⁴¹BALERA, Wagner. **Competência Jurisdicional na Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 38.

⁴²PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. São Paulo, 2007, 2ª. Ed., Ed. Quartier Latin, p. 30.

⁴³RESOLUÇÃO CGPC N° 19, DE 25 DE SETEMBRO DE 2006: “Art. 23. No caso de plano de benefício instituído por instituidor, o regulamento deverá prever prazo de carência para o pagamento do resgate, de seis meses a dois anos, contado a partir da data de inscrição no plano de benefícios. §1º Em relação a cada uma das contribuições efetuadas por pessoas jurídicas ao plano de benefícios de que trata o caput, somente será admitido o resgate após o cumprimento de prazo de carência de dezoito meses, contado da data do respectivo aporte. §2º Sem prejuízo do disposto no caput e no §1º, em relação às contribuições efetuadas pelo empregador, poderão ser estabelecidas condições adicionais no instrumento contratual de que trata a Resolução MPS/CGPC n° 12, de 17 de setembro de 2002, observadas as condições previstas no regulamento do plano de benefícios. Art. 24. O resgate não será permitido caso o participante esteja em gozo de benefício. Art. 25. O regulamento do plano de benefício deverá prever o pagamento do resgate em quota única ou, por opção exclusiva do participante, em até doze parcelas mensais e consecutivas. §1º Observado o disposto no caput, o regulamento do plano de benefícios poderá prever outras formas de parcelamento ou diferimento do resgate, observado o prazo máximo de parcelamento de sessenta prestações mensais e consecutivas. §2º Quando do pagamento parcelado ou diferido do resgate, o regulamento do plano de benefícios deverá esclarecer o critério de reajuste das parcelas vincendas. §3º Independentemente da forma ou prazo de parcelamento ou diferimento do resgate, aplica-se o disposto no art. 20 desta Resolução, à exceção do compromisso da entidade fechada de previdência complementar de pagar as parcelas vincendas do resgate.

4. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

Segundo Sergio Pinto Martins, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS:

(...) é um depósito bancário destinado a formar uma poupança para o trabalhador, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas na Lei, principalmente quando é dispensado sem justa causa. Outrossim, servem os depósitos como forma de financiamento para aquisição de moradia pelo Sistema Financeiro de Habitação.⁴⁴

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS foi criado em 1.966 como uma forma de flexibilizar a estabilidade que tinham os empregados privados, regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.

As despedidas imotivadas eram indenizadas pelo empregador, conforme o tempo de trabalho que este tivesse na empresa, após 10 anos de trabalho, não era possível despedir o empregado sem justa causa. Inicialmente o FGTS era opcional, a escolha do empregado.

Porém:

Apesar de todo formalismo e de toda solenidade o instituto da opção torna-se, na prática, verdadeira imposição. A razão é simples: no ato da contratação a empresa apresenta o formulário de 'opção'. Se o empregado não o assinar, simplesmente não será admitido. Poderá haver coação maior?⁴⁵

Observemos⁴⁶:

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) atualmente é regido pela Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e regulamentado pelo Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990.

Quando o FGTS foi instituído, para o trabalhador ter direito ao regime, era necessário que este fizesse uma opção. A partir da Constituição Federal de 1988, o recolhimento do FGTS passou a ser obrigatório para todos os trabalhadores regidos pela CLT, que firmaram contrato de trabalho a partir de sua promulgação.

Além dos trabalhadores regidos pela CLT, têm direito ao FGTS os trabalhadores rurais, empregados domésticos, temporários, avulsos e atletas profissionais.

O empregador está obrigado a depositar, até o dia 7 de cada mês, na conta vinculada no FGTS do empregado, a importância correspondente a 8% da

⁴⁴MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho** – 25. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, pag. 443

⁴⁵ANDRADE, Everaldo Lopes Gaspar. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed., Editora Saraiva, 1988.

⁴⁶Fonte:<<http://trabalho.gov.br/fundo-de-garantia-do-tempo-de-servico-fgts/administracao-do-fgts-9>>, acessado em 02.12.2016

remuneração paga ou devida no mês anterior, incluídas na remuneração as parcelas relativas ao salário e a gratificação natalina.

O FGTS constitui pecúlio que, de acordo com as hipóteses previstas no art. 20 da Lei 8.036, de 1990, pode ser sacado pelo trabalhador ao se aposentar, nos casos de demissão sem justa causa, em razão de doença grave (HIV, neoplasia maligna ou doença grave em estágio terminal), falecimento do titular da conta, bem como para aquisição de casa própria.

A natureza jurídica do FGTS é controvertida:

O FGTS tem natureza de um direito semipúblico, com a deslocação do campo do direito privado para o público, não sendo uma indenização do tipo previdenciário. A indenização do FGTS expressa uma responsabilidade objetiva do tipo risco social; é um crédito vinculado que só poderá ser liberado nas hipóteses previstas em lei. Afirmam, então, que é um direito subjetivo social semipúblico.⁴⁷

Conforme se confirma na análise do informe jurisprudencial 581 do STJ⁴⁸, o julgamento de meaço do FGTS (Recurso Especial nº 1.399.199-RS) na segunda seção, a natureza jurídica do FGTS se verifica sob o aspecto do empregado e sob a ótica do empregador.

Quanto à ótica do empregado, a doutrina aponta várias teses: salário diferido (aquele no qual o valor é adquirido no presente, porém somente poderá ser usufruído no futuro); salário socializado, pois, apesar de individualizado em conta de depósito, o FGTS fica restrito ao uso em determinadas situações legais e, também, forma um grande patrimônio social que pode, e é utilizado pelo Estado em ações sociais e de política econômica; direito social semipúblico, pois expressaria uma responsabilidade objetiva do risco social. De toda sorte, por mais que se divirja acerca da natureza jurídica do FGTS, o fato é que o fundo é um direito do trabalhador, previsto constitucionalmente, no inciso III do art. 7º.

Na visão do empregador, as teorias variam em natureza jurídica fiscal, pois seria uma obrigação tributária compulsória a ser paga pelo empregador com o fito de o Estado financiar, por exemplo, o Sistema Financeiro de Habitação; a teoria parafiscal⁴⁹ vem ao encontro daqueles que defendem a distinção entre tributos, no

⁴⁷GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

⁴⁸Fonte: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270581%27>>, consultado em 18.01.2017.

⁴⁹“As contribuições parafiscais para finanças, são assim denominadas tendo em vista a natureza da pessoa em cujo favor são criadas e o especial regime de contabilização financeira. Representam, tais

caso, o pagamento do FGTS custearia encargos do Estado que não seriam próprios de serem pagos por empregadores; a natureza previdenciária, menos viável em nosso entendimento, se vincula ao prazo prescricional do FGTS que seria feita pela mesma forma e com os mesmos privilégios das contribuições devidas a Previdência Social.

Independentemente de qual posição doutrinária seja adotada, o fato é que o FGTS é obrigação do empregador e benefício ao empregado. O empregador deve recolher o valor mensalmente e o empregado terá direito ao uso do valor quando, e se, cumprir as exigências legais, taxativas. Lei 8.036/90, art. 20⁵⁰:

contribuições, as finanças paralelas, isto é, as finanças que se situam ao lado das finanças do Estado.” MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

⁵⁰Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior;

II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado;

III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;

IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;

V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:

(...)

VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;

VII - pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições:

(...)

VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta.

IX - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974;

X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna.

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50 % (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção.

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV;

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento;

XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos.

Deste modo, resta comprovado que a comparação dos institutos, para a finalidade patrimonial na seara do Direito Civil Familiar, é pertinente e tem condão interessante para as conclusões que o trabalho apresenta.

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições:

(...)

XVII - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea *i* do inciso XIII do art. 5º desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção.

XVIII - quando o trabalhador com deficiência, por prescrição, necessite adquirir órtese ou prótese para promoção de acessibilidade e de inclusão social.

5. Recurso Especial nº 1.399.199-RS do Superior Tribunal de Justiça – STJ

Apresentamos a ementa do Recurso Especial nº 1.399.199-RS do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS.DOAÇÃO FEITA A UM DOS CÔNJUGES. INCOMUNICABILIDADE. FGTS. NATUREZA JURÍDICA. PROVENTOS DO TRABALHO. VALORES RECEBIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. COMPOSIÇÃO DAMEAÇÃO. SAQUE DIFERIDO. RESERVA EM CONTAVINCULADA ESPECÍFICA.

1. No regime de comunhão parcial, o bem adquirido pela mulher com o produto auferido mediante a alienação do patrimônio herdado de seu pai não se inclui na comunhão. Precedentes.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 709.212/DF, debateu a natureza jurídica do FGTS, oportunidade em que afirmou se tratar de "direito dos trabalhadores brasileiros (não só dos empregados, portanto), consubstanciado na criação de um pecúlio permanente, que pode ser sacado pelos seus titulares em diversas circunstâncias legalmente definidas (cf. art. 20 da Lei 8.036/1995)". (ARE 709212, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

3. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Egrégia Terceira Turma enfrentou a questão, estabelecendo que o FGTS é "direito social dos trabalhadores urbanos e rurais", constituindo, pois, fruto civil do trabalho. (Resp. 848.660/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 13/05/2011)

4. O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é o de que os proventos do trabalho recebidos, por um ou outro cônjuge, na vigência do casamento, compõem o patrimônio comum do casal, a ser partilhado na separação, tendo em vista a formação de sociedade de fato, configurada pelo esforço comum dos cônjuges, independentemente de ser financeira a contribuição de um dos consortes e do outro não.

5. Assim, deve ser reconhecido o direito à meação dos valores do FGTS auferidos durante a constância do casamento, ainda que o saque daqueles valores não seja realizado imediatamente à separação do casal.

6. A fim de viabilizar a realização daquele direito reconhecido, nos casos em que ocorrer, a CEF deverá ser comunicada para que providencie a reserva do montante referente à meação, para que num momento futuro, quando da realização de qualquer das hipóteses legais de saque, seja possível a retirada do numerário.

7. No caso sob exame, entretanto, no tocante aos valores sacados do FGTS, que compuseram o pagamento do imóvel, estes se referem depósitos anteriores ao casamento, matéria sobre a qual não controvertem as partes.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

Portanto, a segunda seção do STJ decidiu, por maioria, pela comunicabilidade do FGTS. Para isso não considerou de modo determinante qual a natureza jurídica do Fundo. Entendeu, sabiamente, que o FGTS tem relação com o salário do empregado. Com o uso do julgado do REsp 848.660-RS, entendeu que o

patrimônio que o regime de comunhão parcial pretende partilhar é aquele adquirido na constância da união. Ora, o patrimônio de um casal é formado pela soma do esforço de ambos e, com isso, seria leviano desconsiderar o valor do salário mensal recebido pelo casal ou por apenas um deles⁵¹.

Com isso, temos que o patrimônio comunicável é formado, também, diríamos até prioritariamente, considerando a nossa realidade social, pelo salário do(s) cônjuge(s). Ora, carros, imóveis, aplicações financeiras, dentre outros, são adquiridos tendo como 'causa' o salário, portanto, por decorrência lógica, se dividem os bens e todos os frutos e vinculações aos proventos possíveis.

Uma nova leitura do o art. 1.559, inciso VI, que exclui da comunhão: "os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge" deve ser interpretado, consoante entendimento vigente do STJ e exarado pela ementa analisada, como excluídos da comunhão "os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, antes e após a vigência da união".

De modo a fortalecer a justeza de tal entendimento, citamos exemplo hipotético de casal que optou pelo regime de comunhão parcial de bens no qual um cônjuge (1) é empregado, regido pela CLT e emprega 3% de seu salário em plano de previdência complementar aberto, vinculado a um banco comercial. O outro cônjuge (2), também assalariado pelo regime da CLT é empregado de empresa que oferece plano de previdência privada complementar fechada aos seus colaboradores, no caso hipotético este cônjuge também contribui com 3% de sua renda mensal para o plano de previdência complementar, neste caso, fechada.

Ainda consideremos neste exemplo, que ambas as contribuições começaram após o casamento. Excluídos outros possíveis bens, imaginemos que, após 10 anos de casamento (e contribuições mensais, cada um para o seu plano), o casal resolva se divorciar.

Se a previdência privada complementar aberta for considerada partilhável (e o será, pelo exposto) o cônjuge 2 terá direito a metade do valor acumulado no plano do cônjuge 1. Não considerar a possibilidade da meação para a

⁵¹"Com a vênia dos eminentes Colegas, filio-me à posição do Superior Tribunal de Justiça, que admite a comunicabilidade dos salários de ambos os cônjuges em qualquer dos regimes, tanto da comunhão universal, quanto na comunhão parcial de bens. O fato é que os proventos mensais do trabalho de cada cônjuge ou de ambos, percebidos e vencidos no decorrer da sociedade conjugal, ingressam no patrimônio comum do casal, pois lhe servem ao sustento cotidiano. Portanto, não é correta a exclusão dos créditos trabalhistas pretendida pelo varão. É como voto." Apelação Cível nº 70010990810, RS, Tribunal de Justiça, Relª. Minª. Maria Berenice Dias. J. 18/11/2007.

previdência do cônjuge 2 seria imputar a este um enriquecimento desarrazoado, em detrimento injusto com cônjuge 1, que nada teria do saldo acumulado pelo cônjuge 2.

Exemplos como este podem ser expandidos para diversas situações e em todas a comunicação da previdência complementar privada fechada, na medida em que o saldo for construído na constância do casamento ou união estável, será sempre a melhor solução.

Portanto, na mesma toada do exemplo citado, dizemos que a expectativa do titular do plano, citada a seguir, aplica-se igualmente ao ex-cônjuge:

O interesse do participante ativo não é futuro, com o se poderia supor, sob o argumento de ser tão-somente exigível no momento em que a prestação previdenciária complementar se tornasse devida pela conversão de sinistro em riscos cobertos (a idade, o tempo de contribuição, a invalidez, o implemento de prazo, etc.), mas atual e efetivo. Tal interesse começa com o ingresso do participante no plano e permanece durante todo o período em que o mesmo se ache vinculado à entidade previdenciária e, se é que assim poderíamos sustentar, prossegue para além de sua vida, com a proteção assegurada aos seus beneficiários e herdeiros.⁵²

Em suma, e como apoio doutrinário, citamos:

(...) Determina-se a percentagem de cada pagamento pensionístico que deve ser considerado como coisa comum casal. Em seguida procede-se à multiplicação do valor de cada pagamento pensionístico pela assim denominada community ratio. Essa traduz-se no número de anos da duração da relação profissional coincidentes com a relação conjugal dividida pela duração total da dívida ativa do cônjuge trabalhador.⁵³

De modo a reforçar que o saque deve ocorrer apenas quando os casos de possibilidade de saque ocorrerem, citamos:

Com efeito, impor ao cônjuge trabalhador, no divórcio, o pagamento uma tantum da quantia representativa do valor actualizado da sua futura pensão de reforma, significa obrigá-lo a partilhar antecipadamente um direito que se encontra ainda pendente, no seu processo de formação sucessiva, de um conjunto de contingências. De facto, não é ainda certo que esse mesmo cônjuge venha efectivamente a receber os pagamentos periódicos da pensão de reforma – pois o direito pode nunca atingir a completude de seu processo.⁵⁴

⁵²BALERA, Wagner. **Competência Jurisdicional na Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 38.

⁵³TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 420.

⁵⁴TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 447.

Conclusão

Os planos de previdência privada complementar fechada e o FGTS nasceram em momentos históricos diferentes. O primeiro é imposição legal e o segundo ato de vontade. Entretanto, os dois são bens construídos ao longo do tempo como consequência do trabalho assalariado.

Se considerarmos um trabalhador que possua os dois institutos, previdência privada complementar fechada e o FGTS, para efeito particular e individual, as naturezas são idênticas, considerando que: parte do salário (ou percentual considerado pelo valor de seu salário) é depositado pelo empregador, seja por força da lei (FGTS) ou por vontade contratual (previdência complementar privada fechada), em conta individual, de sua titularidade, que, porém, não podem ser movimentadas livremente pelo trabalhador. Apenas situações previstas em lei ou no contrato previdenciário (regulado por Lei Complementar específica) trarão os requisitos fáticos para a movimentação de ambos.

Esclarecimentos essenciais da decisão da segunda seção do STJ: os valores para serem meados não serão sacados por força do Judiciário; o valor que pertence ao casal é individualizado, por meio de comunicado à Caixa Econômica – responsável pela operacionalização do FGTS -, para que seja realizada reserva do valor. As hipóteses legais de saque do FGTS permanecem as mesmas, o julgado não interfere nos dispositivos legais que regulam o FGTS, esclarece que uma vez ‘reservado o valor que cabe a cada um na meação’, quando de qualquer das hipóteses legais de saque do FGTS, o ex-cônjuge credor fará jus ao seu quinhão.

Por todo o exposto, o mesmo deve ser aplicado à previdência privada complementar. As previsões de saque do bem, previstas no contrato previdenciário, permanecem as mesmas, entretanto, quando do acontecimento de qualquer uma delas, o ex-cônjuge, sem vínculo direto com a entidade de previdência complementar, fará jus à meação do total das contribuições ocorridas durante o período do casamento ou da união estável.

Deste modo, a meação do FGTS e da previdência privada complementar fechada não afeta a gênese do Fundo, e tampouco do contrato previdenciário, pois a meação não interfere nas ordinárias situações previstas para o saque diferido, que

consiste no direito de receber, em tempo futuro, antes da aquisição do direito pleno, a parte que lhe cabe.⁵⁵

Pelo dito, entendemos que a previdência privada complementar fechada é bem comunicável, assim como o FGTS, e o exercício do direito do ex-cônjuge dar-se-á quando ocorrer qualquer das possibilidades de saque do bem. Tal entendimento, para previdência privada aberta, não é controverso, conforme julgado colado no capítulo 5 (vasto na jurisprudência), pois se considera uma aplicação financeira ordinária.

Importante, para todos os efeitos, citar nesta conclusão o REsp 848.660-RS⁵⁶ (ainda sob a égide do Código Civil de 1916), que, em suma: "reconhece que não se deve excluir da comunhão os proventos do trabalho recebidos ou pleiteados na constância do casamento, sob pena de se desvirtuar a própria natureza do regime".

A previdência privada fechada é comunicável assim como o FGTS. Enquanto valor acumulado, não sacado, ou em fase de recebimento de pensão, o bem é comunicável, na medida em que o saldo foi construído na constância do casamento ou união estável.

⁵⁵REIS, Adacir. **Curso Básico de Previdência Complementar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 74.

⁵⁶"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. REGIME DE BENS DO CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL. BENS ADQUIRIDOS COM VALORES ORIUNDOS DO FGTS. COMUNICABILIDADE. ART. 271 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS ARTS. 269, IV, E 263, XIII, DO CC DE 1916. INCOMUNICABILIDADE APENAS DO DIREITO E NÃO DOS PROVENTOS. POSSIBILIDADE DE PARTILHA. 1. Os valores oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço configuram frutos civis do trabalho, integrando, nos casamentos realizados sob o regime da comunhão parcial sob a égide do Código Civil de 1916, patrimônio comum e, consequentemente, devendo serem considerados na partilha quando do divórcio. Inteligência do art. 271 do CC/16. 2. Interpretação restritiva dos enunciados dos arts. 269, IV, e 263, XIII, do Código Civil de 1916, entendendo-se que a incomunicabilidade abrange apenas o direito aos frutos civis do trabalho, não se estendendo aos valores recebidos por um dos cônjuges, sob pena de se malferir a própria natureza do regime da comunhão parcial. 3. Precedentes específicos desta Corte. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO." (REsp 848660 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0098251-2; Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO; T3 - TERCEIRA TURMA; j. 03/05/2011).

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Everaldo Lopes Gaspar. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed., Editora Saraiva, 1988.

BALERA, Wagner. Competência Jurisdicional na Previdência Privada. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiros. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo, Saraiva: 2005.

COMEL, Wilson J. COMEL, Denise Damo. União estável e casamento: adequação da disciplina da união estável no Código Civil à Constituição Federal. Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 832, fev. 2005.

Constituição da República do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, obra coletiva de autoria da Editora com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes – 42ª. Ed. Atual. E amp. – São Paulo: Saraiva, 2009, O. 8: artigo 5º, 226, § 5º e artigo 3º, inciso I.

FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 15ed. rev. amp. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. 1216p.

GIAMBIAGI, Fábio. Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil. 2. ed. São Paulo: Campus, 2000.

GOMES, Orlando. GOTTSCALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARENSI, Voltaire. A nova Lei da Previdência Complementar Comentada. Porto Alegre: Síntese, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho – 25. Ed. – São Paulo:Atlas, 2009.

MARTINS. Sergio Pinto. Reforma previdenciária. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do Direito Civil.

NOGUEIRA. Guilherme Calmon da Gama e GERRA, Lendo dos Santos. A função Social da família in Revista Brasileira do Direito de Família, Ano VIII, nº 39, Dez-Jan 2007, IOB Thomson.

PELUSO, Antônio Cesar. Direitos Humanos Visões Contemporâneas. Os Direitos Humanos da Família, Criança e Adolescente. Palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura em outubro de 2000. São Paulo: Método Editora.

PEREIRA. Caio Mario da Silva. Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trd. Maria Cristina de Cicco. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PESSOA, Adélia Moreira. Direitos Humanos e Família. Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Parte especial. Tomo VII: Direito de Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento). 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica. São Paulo, 2007, 2ª. Ed., Ed. Quartier Latin.

REIS, Adacir. Curso Básico de Previdência Complementar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

REVISTA CONSULEX, Família, Ética e Afeto, Brasília:Consulex, a.8, n.174, 15-4-2004.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 4, nº 14, p. 178, jan/mar. 2005.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997.

VELOSO, Zeno, União Estável, Belém: Ed. Cejud e Min. Público do Estado do Pará, 1997.