

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Privado

Cinthia Barcelos Leitão Fischer Dias

Entidades Abertas de Previdência
Complementar Sem Fins Lucrativos
e o Código Civil de 2002

Brasília – DF

2007

Cinthia Barcelos Leitão Fischer Dias

Entidades Abertas de Previdência Complementar Sem Fins Lucrativos e o Código Civil de 2002

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Privado no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF

2007

Cinthia Barcelos Leitão Fischer Dias

Entidades Abertas de Previdência Complementar Sem Fins Lucrativos e o Código Civil de 2002

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Privado no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Sumário

RESUMO.....	5
1. INTRODUÇÃO.....	6
2. EVOLUÇÃO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO EM ALGUNS PAÍSES.....	8
2.1 Inglaterra.....	8
2.2 Alemanha.....	9
2.3 Itália.....	10
2.4 Chile	10
2.5 Estados Unidos da América	10
3. HISTÓRICO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL.....	12
4. REGIMES DE PREVIDÊNCIA NO BRASIL.....	15
5. NATUREZA JURÍDICA DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.....	17
6. ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DAS EAPC/SFL E O NOVO CÓDIGO CIVIL.....	21
7. CONCLUSÃO.....	25
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	27

Resumo

As entidades abertas de previdência complementar organizadas, sob o pálio da Lei nº 6.435/77, como **sociedades civis sem fins lucrativos** tiveram sua forma de constituição mantida pela Lei Complementar nº 109/2001. Com o advento do Código Civil de 2002, restaram disciplinadas apenas 2 (dois) tipos de entidades com fins não econômicos – associação e fundação. Dessa forma, operou-se uma lacuna no novel Código acerca da forma de organização daquelas até então denominadas sociedades civis sem fins lucrativos. O presente estudo visa colaborar ao tentar suprir a lacuna existente adotando os métodos de interpretação das normas disponíveis no mundo jurídico, tais como os princípios da especialidade e hierarquia das leis. No entanto, não se poderia chegar ao foco principal deste estudo sem antes proporcionar ao leitor uma visão geral das Previdência Social e Complementar no Brasil e no mundo.

1. INTRODUÇÃO

A Previdência Complementar ou Privada surgiu da necessidade de

complementação de renda aos participantes do regime geral da previdência. A sua origem advém da própria idéia da seguridade social, que é dar aos indivíduos e suas famílias tranqüilidade, de modo que, na ocorrência de um evento, como a morte ou invalidez, a qualidade de vida do participante ou de seus dependentes não venha a ser diminuída significativamente.

É integrante da seguridade social, a qual, no entendimento de Sérgio Pinto Martins, “deve garantir os meios de subsistência básicos do indivíduo, não só o presente, mas principalmente para o futuro”¹.

Até mesmo a Declaração dos Direitos Universais da ONU em 1948 já previa;

Art. 25. Todo ser humano ter direito (...) à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Declaração dos Direitos Universais – ONU, 1948).

Hodiernamente muito se discute acerca dos temas referentes às Previdências Social e Privada. Tal fato exsurge das recentes reformas da previdência social na última década que deram ensejo a uma necessidade premente de busca de uma complementação dos proventos e pensões concedidos pelo Poder Público. Daí o crescimento da Previdência Complementar ou Privada no Brasil e, conseqüentemente, o surgimento de inúmeras controvérsias.

Por essas razões, a previdência complementar ocupa lugar de relevo, pois, é através dela e seus benefícios que os trabalhadores terão opções de complementação de renda e pensões com perspectivas a um futuro mais tranqüilo.

Assim, dentre os inúmeros debates desenvolvidos sobre o tema, destacamos a necessidade ou não de redefinir a organização jurídica das entidades abertas de previdência privada instituídas, na égide do Código Civil de 1916, sobre a forma de **sociedades civis sem fins lucrativos**.

Isso porque o novo Código Civil de 2002 estabelece apenas duas formas de pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos: associação e

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 24.

fundação. E, ainda, em seu art. 2.031, pontifica a necessidade de adaptação de algumas pessoas jurídicas de direito privado à novel lei, *verbis*:

Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às organizações religiosas nem aos partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003).

2. EVOLUÇÃO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO EM ALGUNS PAÍSES

Não podemos adentrar no foco principal – organização jurídica das entidades abertas de previdência privada – sem antes buscarmos uma visão geral do sistema de seguridade social nos países em que a previdência complementar

se encontra madura e desenvolvida.

2.1 Inglaterra

No cenário internacional, o sistema de seguridade social inglês foi considerado um marco da proteção social contemporânea. O direito ao recebimento de prestações previdenciárias, assistenciais ou de saúde deixou de ser regido estritamente por uma relação contratual para converter-se em um direito de cidadania.

Havia dois grandes programas: um de saúde pública e outro de aposentadoria.

O programa de aposentadoria oferecia um benefício básico equânime, fixado de acordo com as necessidades de subsistência dos cidadãos, funcionando em regime de repartição simples e financiado mediante uma contribuição fixa sobre a folha de pagamento, independente do nível salarial do empregado.

Atualmente, o sistema previdenciário inglês é composto tanto pela iniciativa pública estatal como pelo setor privado. Encontra-se mantido pelo setor público o benefício básico universal – *National Insurance Fund* –, mas com proteção previdenciária complementar compulsória, podendo ser contratada perante o Estado (SERPS) ou substituída por um plano privado de benefícios (*contracting out*). A previdência privada pode ser promovida pela empresa (fundos fechados da previdência) ou contratada individualmente perante um banco ou corretora de seguros (fundos abertos).

A partir de 1985, o governo inglês pretendia num primeiro momento substituir o regime complementar público por um regime inteiramente privado, mas tomou medidas intermediárias, ou seja, reduziu os benefícios do regime público de 25% em atividade para 20% e permitiu, empregando inclusive incentivos fiscais, que os empregados optassem por contas individuais.

Verifica-se, no entanto, que o governo inglês visa implantar no lugar dos planos de benefício definido, planos de contribuição definida.

2.2 Alemanha

No país germânico vigora um sistema de previdência calcado em três pilares, a saber:

1- Vários regimes previdenciários compulsórios, ao quais o sistema público estatal se destina para os trabalhadores do setor privado. Tal sistema funciona em regime de repartição, com contribuição dos empregados, empregadores e governo, com benefícios definidos, fortemente correlacionados com os rendimentos auferidos durante a vida laboral;

2- Regime de previdência complementar fechado. Conquanto a grande maioria dos funcionários públicos encontra-se coberta por esse regime, em razão de acordos coletivos, apenas 50% (cinquenta por cento) dos empregados do setor privado apresentam-se cobertos. A previdência complementar só é compulsória para os funcionários públicos.

3- O terceiro pilar consiste em diversas alternativas de poupança privada previdenciária.

Os principais pontos de divergência na discussão da reforma do sistema previdenciário alemão são as altas alíquotas vigentes e as restrições legais para a redução dos benefícios.

2.3 Itália

O sistema previdenciário italiano não é tão desenvolvido e atinge tão-só uma pequena parcela de trabalhadores. Os fundos fechados são organizados por categoria profissional, grandes corporações e por base territorial.

A legislação italiana dá uma maior flexibilidade na administração dos

fundos, através do uso da “regra do homem prudente”², limitando-se a vedar, como exemplo, investimentos em imóveis e empréstimos a participantes.

2.4 Chile

No Chile, os trabalhadores entraram em um regime de previdência privada a partir de 1981. O sistema já foi considerado um modelo, mas começa a apresentar problemas de financiamento já que o governo aporta recursos para quem não consegue obter uma aposentadoria mínima.

2.5 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, a política de previdência atende o cidadão desde o momento em que o mesmo tem seu registro de nascimento, sendo inscrito obrigatoriamente nos benefícios da seguridade social. Esse modelo foi inspirado pelos economistas da escola de Keynes e pregava a intervenção do Estado na Economia para diminuir os conflitos sociais que emergiram principalmente durante a crise econômica de saturação de mercado sofrida pelo capitalismo na década de 1930 e que ameaçou a estabilidade social do país.

Com o fim da crise esse modelo permaneceu e tem se mostrado economicamente incompatível com a política neoliberal do país, bem como com entorno internacional globalizado que tem gerado muitas polêmicas no Senado e entre a opinião pública. Esse modelo de previdência universal, que era adequado quando o país ostentava uma economia industrial pujante e havia pouca competitividade externa, se tornou um peso para a sociedade de serviços que a substituiu e provocou um intenso desemprego ao tirar a competitividade da indústria norte-americana. Em face de tal situação o governo George Bush tem objetivado a privatização do sistema previdenciário, para adequar-se aos ditames do neoliberalismo, o que colocara em xeque o Estado de Bem-estar Social herdado do presidente Franklin D. Roosevelt. Se aprovada pelo Congresso e

² MOREAU, Pierre. Previdência Complementar – Tratamento dos Expatriados Brasileiros na União Européia. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tributação nos Mercados Financeiro e de Capitais e na Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 568.

colocada em prática, a flexibilização proposta pelos Republicanos e contestada pelos Democratas fará com que a Previdência Social deixe de ser uma estrutura paternalista bancada pelo Estado e passe a ser uma opção individual, na qual o segurado deverá se transformar em 'investidor' para garantir sua velhice e, portanto submetido a todos os riscos inerentes ao seu investimento.

No atual sistema, o limite de idade para a obtenção de aposentadoria é de 65 anos para homens e mulheres, indiscriminadamente, sendo-lhes facultada a aposentadoria antecipada a partir de 62 anos, desde que aceitem um benefício de valor proporcionalmente menor.

3. HISTÓRICO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL

A previdência foi implantada pela primeira vez no Brasil no século XIX, em 1543, quando Brás Cubas fundou a Santa Casa de Misericórdia, em Santos, e, na mesma época, criou um plano de pensão para seus empregados, tendo o mesmo sido estendido também às Santas Casas de Salvador, Rio de Janeiro e às Ordens Terceiras.

Esses planos foram bases para o seguro médico, tudo oriundo da iniciativa privada. Eram as sociedades de socorro mútuo, organizadas sem bases

técnicas, mas que deram uma grande contribuição até que a previdência social assumisse esses riscos.

A PREVI foi fundada em 1904 como caixa de montepio, destinava-se ao pagamento de pensão à família do empregado.

Ocorre, portanto, que o marco oficial da implantação do sistema previdenciário oficial seu deu em 24 de janeiro de 1923, com o advento da Lei nº 4.682, alcunhada de Lei Elói Chaves, tido como o fundador da Previdência Social.

Nos anos 40, o Banco do Brasil instituiu a complementação da aposentadoria. Em 1964 o fundo foi constituído e regulamentado em 1977.

Os montepios foram amplamente disseminados nos anos 60, os quais, mediante contribuições mensais, continham promessa de pagamentos futuros, sob a forma de renda vitalícia em valores fixos nominais.

No entanto, é nos anos 70 que se vislumbra o imenso crescimento dos fundos de pensão ligados a estatais. Segundo Eliane Romeiro³, o pioneiro no ramo foi a PETROS da Petrobrás, nascido em 1979, o fundo de pensão (EFPP) transformou-se em símbolo de modernização das empresas.

Nos anos 80, os brasileiros entre 30 e 40 anos com rendimentos de mais de 10 salários mínimos, não sendo funcionários públicos, nem ligados à outra forma de aposentadoria que não fosse a do INPS⁴, constituíam o alvo dos grupos financeiros para o plano de previdência privada.

Em 1977 a Previdência Privada é regulamentada através da Lei Complementar nº 6.435, de 15 de julho de 1977, alterada pela Lei nº 6.462, de 9 de novembro do mesmo ano e regulamentadas pelo Decreto nº 81.240 de 1978, entidades fechadas; pelo Decreto 81.402 também 1978, as entidades abertas.

Segundo PIERRE MOREAU⁵, as experiências da PREVI e da PETROS foram fundamentais para nortear a edificação dessa nova instituição, proporcionando forte impulso para a expansão da previdência complementar, mediante os planos previdenciários organizados em empresas estatais, sob a forma de entidades fechadas sem fins lucrativos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988⁶, mormente com a

³ COSTA, Eliane Romeiro. *Previdência Privada e fundos de pensão* (Brasil, Chile e França). Goiânia: Lúmen Júris, 1996.

⁴ Antigo INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), atualmente INSS (Instituto Nacional do Seguro Social).

⁵ *Op. Cit.* pág. 564.

⁶ CF, art. 202: “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma

Emenda Constitucional nº 20/98, revela-se inequívoca a intenção de instituir-se a previdência privada com o fim de complementar os benefícios da previdência pública oficial.

Dessa forma, o crescimento mais pronunciado dessas instituições foi verificado na década de 90, com destaque para a trajetória após a estabilidade monetária alcançada no Plano Real. Grande parte desse crescimento deveu-se à modernização do mercado financeiro e de capitais, principalmente após a estabilização, e à evolução da legislação pertinente que regulamentou pontos específicos ao funcionamento do sistema.

Depois da estabilidade, a demanda pela previdência privada cresceu e foi atendida basicamente pelas instituições abertas. De acordo com estimativas da ANAPP (Associação Nacional da Previdência Privada), a receita anual dos planos previdenciários cresceu 490% entre 1994 e 1998, atingindo o total de R\$ 3,2 bilhões no ano de 2000⁷.

Daí, vieram a lume as Leis Complementares nº 108⁸ e nº 109⁹, ambas de 29 de maio de 2001, que regem, respectivamente, as entidades fechadas de previdência complementar – EFPC vinculadas às patrocinadoras da administração pública; e as entidades fechadas e abertas de previdência complementar – EFPC e EAPC vinculadas ao setor privado, revogando a Lei nº 6.435/77, que durante mais de 23 anos deu a tônica jurídica ao sistema de previdência complementar.

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” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

⁷ SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. Segurança Jurídica da Previdência Complementar. *Internet:*

www.direitonet.com.br/textos/x/49/77/497/DN_Seguranca_Juridica_da_Previdencia_complementar.doc

⁸ Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências.

⁹ Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências.

4. REGIMES DE PREVIDÊNCIA NO BRASIL

A proteção previdenciária brasileira não é a mesma para todos os trabalhadores, dada a diversidade de regimes de previdência social.

Ao lado da previdência social propriamente dita, a previdência pública, temos a previdência privada que é **facultativa** – contratação não obrigatória – e **complementar** – porque complementa as prestações devidas pela previdência pública.

Assim, a previdência privada integra o sistema de seguridade social com a função específica de complementar a previdência pública (social)¹⁰.

¹⁰ BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. São Paulo: LTr, 2000. pág. 14.

No dizeres de Manuel Soares Póvoas¹¹, a previdência privada é *uma instituição paralela a da previdência social, perseguindo os mesmos fins, mas diferindo em que a previdência oficial de caráter público, e a previdência supletiva é de caráter privado; a primeira é compulsória e a segunda voluntária.*

Dessa forma, a previdência pública divide-se em dois grandes regimes:

- a) **Regime Geral de Previdência Social** – instituído pelo art. 201 da Constituição Federal e disciplinado pelas Leis nº 8.212/91 (plano de custeio) e nº 8.213/91 (plano de benefícios). Abrange todos os trabalhadores da iniciativa privada. É gestor desse regime o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social;
- b) **Regime Próprio de Previdência Social do servidor público civil de cargo efetivo** – disciplinado no art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Por outro lado, a previdência privada é dividida em dois núcleos:

- a) **Entidade Aberta de Previdência Complementar (EAPC)** – os planos são efetuados por companhias seguradoras ou sociedades anônimas de previdência. Pode ser contratada por qualquer pessoa, sem limitação de acesso¹². Destina-se, portanto, para a prestação de benefícios opcionais, de caráter mais individual (Ex. Bradesco Previdência, AGF). Estão subordinadas ao Ministério da Fazenda e fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).
- b) **Entidade Fechada de Previdência Complementar (EFPC)** – denominada normalmente de “fundo de pensão”, ocorre entre uma ou mais empresas de um mesmo grupo econômico,

¹¹ PÓVOAS, Manuel Soares. **Previdência Privada – Planos Empresariais**, vol. I. Editora Fundação Escola Nacional de Seguros, 1990. pág. 190.

¹² Ver LC 109/2001, art. 36.

sendo beneficiários os seus funcionários¹³. São absolutamente mutualistas, para a prestação de benefícios complementares e assemelhados aos da Previdência Social (Ex. PETROS, PREVI). Estão subordinadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social, fiscalizadas pela Secretaria de Previdência Complementar (SPC)

A complementaridade da previdência privada ganhou contorno bem definido com o advento do Relatório do Banco Mundial, Envelhecendo sem crise quando ficou claro globalmente que a ela forma o terceiro tripé, e somente com o seu incentivo poderá ser mantido o Sistema de Seguridade Social¹⁴.

5. NATUREZA JURÍDICA DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A natureza jurídica da Previdência Complementar está centrada na supletividade facultativa da Previdência Social, dentro do âmbito de proteção social.

Na lição de ARNOLDO WALD, "... o contrato previdenciário é um contrato de seguro mútuo de natureza privada, de caráter *sui generis*, bilateral, aleatório, de adesão e formal"¹⁵.

Nesse caso, a relação jurídica previdenciária privada se desenvolve por meio de um contrato de **trato sucessivo**, **aleatório** e de **adesão**, caracterizando,

¹³ Ver LC 109/2001, art. 31.

¹⁴ MOREAU, Pierre. Ob. Cit. pág. 565.

¹⁵ WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos**. 13ªed. 1998. Revistas dos Tribunais. pág. 615.

em princípio, um mútuo securitário de consumo. O plano previdenciário privado será regido, dentro dos critérios legais, por um regulamento, que pode ou não estar inserido no próprio corpo do contrato. Desta relação sobressai um direito líquido e certo, facilmente comprovável mediante documentação contratual¹⁶.

Tais pontuações se fazem necessárias para o embasamento do caráter institucional ou contratual da Previdência Privada.

Diz, ainda, ARION SAYÃO ROMITA¹⁷: “a relação jurídica de previdência privada apresenta-se como relação complexa, unitária, de trato sucessivo, onerosa, sinalagmática, aleatória, de direito privado e facultativa”.

A relação é complexa por haver um conjunto intricado de relações entre sujeitos, envolvendo as figuras jurídicas dos participantes, assistidos, beneficiários, patrocinadoras, instituidoras e entidades de previdência privada (abertas e fechadas).

É unitária, por ser oriunda de um conjunto de normas jurídicas que estabelecem este complexo de relações entre sujeitos (multiplicidade de relações jurídicas surgidas a partir da permissão pelo ordenamento jurídico).

A onerosidade é imprescindível à relação, pois se o participante não estiver pagando as contribuições, certamente o patrocinador o estará fazendo, tendo em vista que o pagamento do benefício dependerá de aporte financeiro cotizador dos fundos.

Os sujeitos da relação são: participantes, assistidos, beneficiários, entidades fechadas, entidades abertas, patrocinadoras, instituidores, e até mesmo o Estado, como órgão regulador e fiscalizador.

O trato sucessivo relativo à relação jurídica em análise é perceptível no diferimento dos benefícios, porquanto a essência da previdência privada está no pagamento de benefícios de forma reiterada e contínua, por um período definido e indefinido. Todos os períodos de benefícios são predeterminados em contrato, mas uns têm duração definida *a priori*.

A álea da relação contratual encontra-se na possibilidade ou não do evento/contingência acontecer.

O contrato é de adesão, pois, para a praticidade dos planos, os contratos têm de ser genéricos.

¹⁶ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. **Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência da**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 160.

¹⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Estrutura da relação de previdência privada (entidades fechadas)**. São Paulo: LTR. Revista de Previdência Social, v 25, nº 252, pág. 783, novembro de 2001.

A característica de mútuo securitário advém da própria onerosidade, em que há um mútuo na contribuição – em dinheiro – com retorno do benefício – em dinheiro –, com aspecto de seguro atrelado à álea.

Quanto ao sinalagma, caracteriza-se pela presença de prestação – contribuição – e contraprestação – pagamento do benefício.

A relação é de direito privado, por envolver o contexto particular da sociedade, conquanto esteja acompanhado de matérias típicas de direito público.

Demais disso, a relação é de consumo, pois tecnicamente, o participante se enquadra como consumidor, na medida em que é destinatário final do serviço prestado pela entidade de previdência privada fornecedora do serviço de previdência (securitária), explicitamente previsto no §2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. O participante pode eventualmente ser considerado hipossuficiente nesta relação jurídica em eventuais contendas judiciais.

Tal entendimento é inclusive sumulado no Superior Tribunal de Justiça, como se vê:

Súmula nº 321 – O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.

Num primeiro momento, a Súmula n. 321/STJ causou certa celeuma acerca do seu alcance, porquanto como já vimos, as entidades de previdência privada podem ser abertas ou fechadas. Quanto à primeira, não há dúvida que existe relação de consumo, mas quanto às entidades fechadas a doutrina se divide.

Para ARTHUR WEINTRAUB¹⁸, por exemplo, não há falar em relação de consumo nas relações com as entidades fechadas.

Para tanto, argumenta o autor:

Os contratos de adesão de entidades fechadas são estabelecidos unilateralmente, sem que o participante possa discutir ou modificar substancialmente seus conteúdos. Entretanto, não é porque há contrato de adesão que a relação é de consumo. Fundos de pensão não são fornecedores de serviços de consumo. O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor conceitua serviços de consumo (proporcionado por fornecedores) como atividade fornecida no mercado”.

¹⁸ Op. Cit. pág. 164

Acontece que a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça preconiza a aplicação do Código de Defesa do Consumidor tanto às entidades abertas como às entidades fechadas de previdência privada, *v. g.*:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - PREVIDÊNCIA PRIVADA - FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA – SÚMULA 182/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO -ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 289/STJ - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICAÇÃO.

1 - A agravante não impugnou, nas razões de agravo regimental, a apontada incidência da Súmula 182/STJ, o que atrai, novamente, a incidência deste verbete sumular ao presente caso, verbis: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."

2 - A recorrente deixou de proceder ao devido cotejo analítico entre o v. acórdão recorrido e os arestos paradigmas. Impossível, sob esse prisma, portanto, conhecer da divergência aventada.

3 - O e. Tribunal de origem, ao entender que os valores resgatados pelos participantes de plano de benefícios de previdência privada devem ser corrigidos de acordo com índices de correção monetária que reflitam a real inflação ocorrida no período, ainda que o estatuto da entidade estabeleça critério de reajuste diverso, decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte (Súmula 289/STJ).

4 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas e fechadas de previdência complementar.

5 - Agravo regimental desprovido¹⁹ (grifo nosso)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PETROS. CDC. APLICAÇÃO. ARTS. 219 DO CPC E 405 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N. 284 E 356-STF. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS CONTRIBUIÇÕES PESSOAIS. SÚMULA N. 289 DO STJ.

I. As questões federais não enfrentadas pelo Tribunal estadual recebem o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do C. STF, não podendo, por falta de prequestionamento, ser debatidas no âmbito do recurso especial.

II. Consolidou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que a devolução das contribuições deve ser feita integralmente, com correção monetária por fatores de atualização que recomponham a efetiva desvalorização da moeda nacional, nos termos da Súmula n. 289-STJ.

III. O CDC é aplicável às entidades abertas e fechadas de previdência complementar.

IV. Agravo improvido²⁰ (grifo nosso).

¹⁹ STJ – AgRg no Ag 787231/RJ, 4ª Turma, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 26/2/2007

Quanto à facultatividade, esta vem explicitada na Constituição Federal, art. 202, ou seja, ninguém é obrigado a aderir a um plano previdenciário privado. Confira-se:

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

6. ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DAS ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR SEM FINS LUCRATIVOS (EAPC/SFL) E O NOVO CÓDIGO CIVIL

As Entidades Abertas estão classificadas em três grandes grupos: entidades ligadas a bancos, as entidades independentes e as sociedades civis, que atuam tanto na instituição de planos empresariais, à semelhança das entidades fechadas, como na instituição de planos individuais, acessíveis a qualquer cidadão.

As instituições abertas podem ser, ainda, sem fins lucrativos ou com fins lucrativos e estão enquadradas na área de competência do Ministério da Fazenda e do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e são fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

²⁰ STJ – AgRg no REsp 816545/SE, 4ª Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 11/9/2006

O Código Civil de 1916 previa, no art. 16, a existência das sociedades civis sem fins lucrativos. Essa modalidade de pessoa jurídica (sem fins lucrativos) não é prevista pelo Código Civil de 2002, que disciplina apenas dois tipos de entidades com fins não econômicos: a **associação** e a **fundação**, elencando para cada qual exigências estatutárias distintas no tocante à sua constituição, funcionamento e extinção.

No entanto, a figura da sociedade civil de previdência privada, sem fins lucrativos, foi adotada na Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, a qual foi revogada pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que no §1º do art. 77 determina que as entidades anteriormente autorizadas pela referida Lei nº 6.435, de 1977, mantenham a organização jurídica como sociedade civil sem fins lucrativos²¹.

Dessa forma, a Lei Complementar nº 109/2001, conquanto tenha revogado a Lei nº 6.435/77 e definido como única forma de organização das entidades abertas de previdência complementar a sociedade anônima²², ressalva de forma expressa que as EAPC sem fins lucrativos, antes organizadas como sociedades civis, permaneceriam com tal *status* e regidas, quanto a esse ponto, pela Lei nº 6.435/77.

Daí, com o advento do Código Civil de 2002, questionava-se se as Entidades Abertas de Previdência Complementar sem fins lucrativos (EAPC/SFL) deveriam se adequar às regras ali estabelecidas.

²¹ “Art. 77. As entidades abertas sem fins lucrativos e as sociedades seguradoras autorizadas a funcionar em conformidade com a Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, terão o prazo de dois anos para se adaptar ao disposto nesta Lei Complementar.

§ 1º No caso das entidades abertas sem fins lucrativos já autorizadas a funcionar, é permitida a manutenção de sua organização jurídica como sociedade civil, sendo-lhes vedado participar, direta ou indiretamente, de pessoas jurídicas, exceto quando tiverem participação acionária:

I - minoritária, em sociedades anônimas de capital aberto, na forma regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional, para aplicação de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões;

II - em sociedade seguradora e/ou de capitalização” (LC 109/2001).

²² “Art. 36. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas” (LC 109/2001).

No ano de 2004, o SINDEPP – Sindicato das Entidades Abertas de Previdência Privada no Rio de Janeiro formulou consulta à AGU – Advocacia-Geral da União²³ acerca da aplicabilidade aos seus associados do disposto no art. 2.031 do Código Civil de 2002.

Tal consulta foi feita acompanhada de ilustres pareceres consultivos sobre o tema, destacando-se o parecer do “pai do novo Código Civil”, o saudoso professor MIGUEL REALE²⁴, cujos trechos velem transcrever:

(...) Minha resposta é no sentido de que as entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos filiadas ao Consulente não estão obrigadas a alterar seus Estatutos para se ajustarem à Lei Civil ora em vigor, em virtude do que resulta a **Lei Complementar nº 109**, de 29 de maio de 2001, que lhe é **Lei de Regência**, de maior categoria legislativa.

(...) Não divergem os nossos maiores constitucionalistas no tocante à natureza e significação das leis complementares da Constituição, que têm a função específica de completá-la, que desenvolvendo os seus dispositivos, que mediante regras que regem, de maneira prioritária, dada matéria, consoante remissão constante do próprio texto constitucional.

É que o elenco normativo do citado Art. 59 da Lei Maior tem **caráter hierárquico**, assinalando um crescente grau de incidência, desde as Emendas constitucionais até as Resoluções.

(...) Como se vê, o ajuste dos Estatutos das entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos filiadas ao Consulente ao novo Código Civil não tem cabimento algum, visto como já estão sujeitas à citada Lei Complementar nº 109/2001, devendo obedecer ao nela estabelecido quanto à Estrutura Jurídica das *Entidades Abertas de Previdência Complementar*. (Art. 26 usque 30), combinado com o §1º do Art. 77.

Note-se que o Novo Código Civil, no Art. 2.036 das Disposições Finais e Transitórias, prevê a não aplicação de seus dispositivos na hipótese de ‘locação do prédio urbano, que esteja sujeito a lei especial, continuando ela a ser regida por esta’.

Se assim é, em um caso de Lei ordinária de caráter especial, que dizer quanto há **Lei Complementar**, hierarquicamente superior, disciplinando por inteiro os fins, a natureza jurídica e a organização das Entidade Abertas de Previdência Complementar?

(...) Dir-se-á que algumas das **entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos filiadas ao Consulente SINDEPP-RJ**, dado o vulto de suas aplicações, poderiam, consoante hipótese prevista no Art. 36 da Lei Complementar em apreço, ser organizadas sob a forma de sociedades anônimas, mas esta solução é inadmissível, uma vez que a sociedade anônima tem sempre **fim lucrativo**, conforme dispõe o Art. 2º da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e referidas entidades, ao contrário, são todos **sem fins lucrativos**, e algumas até **beneficentes**.

Excluída essa hipótese, a organização das **entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos filiadas ao Consulente SINDEPP-RJ** é a que resulta de seus fins ou objetivos, ou

²³ Processo nº 00400.000962/2004-98

²⁴ REALE, Miguel. *As entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos e o Código Civil de 2002*. Revista dos Tribunais (São Paulo), v.95, nº 843, p. 115-120, jan. de 2006.

seja, de *sociedades civis*. A alegação de que estas com o novo Código Civil teria desaparecido, não tem sentido, pois o que é necessário é interpretar *cum grano salis* o seu Art. 981 que assim dispõe:

‘Celebram **contrato de sociedade** as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, **para o exercício de atividade econômica** e a partilha, entre si, dos resultados’ (Sublinhei).

Isto posto, não há como não qualificar **as entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos filiadas ao Consulente SINDEPP-RJ** como *sociedades civis*, de conformidade com o que salvaguarda o §1º do art. 77 da Lei Complementar citada, a saber:

“§1º - No caso das entidades abertas sem fins lucrativos já autorizadas a funcionar, é permitida a manutenção de sua organização jurídica como sociedade civil, sendo-lhes vedado participar, direta ou indiretamente, de pessoas jurídicas, exceto quando tiverem participação acionária:

(.....).’

Grifei.

O estatuído no § 1º supra representa obediência a dois mandamentos constitucionais, a saber: o Inciso XVII do Art. 5º da Carta Magna, segundo o qual ‘*é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar*’; o Inciso XXXVI do mesmo artigo, *ex vi* do qual ‘*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*’.

Isto quer dizer que as **entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos filiadas ao Consulente SINDEPP-RJ** não podiam e não podem ser privada de seu *status* de **entidades abertas sem fins lucrativos**, consolidada que está essa situação jurídica como **ato jurídico perfeito**, *ex vi* do Art. 5º, Inciso XXXVI da Constituição Federal.

(...) Finalmente, voltando à pretendida adequação das **entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos filiadas ao Consulente SINDEPP-RJ** ao novo Código Civil, não posso deixar de reconhecer quão acertada foi a orientação do CONGRESSO NACIONAL no sentido de, no corpo do Código Civil, inserir apenas um Capítulo disciplinado o *Seguro em geral* (Arts. 757 a 777) o *seguro de dano* (Arts. 778 e 788) e o *seguro de pessoa* (Arts. 789 a 802), ficando estabelecido no art. 777, muito embora na Secção relativa ao primeiro deles, que ‘o disposto no presente Capítulo (note-se) aplica-se, no que couber, **aos seguros regidos por leis próprias.**”

É o próprio Código Civil, em suma, que faz remissão aos demais ‘**sistemas normativos**’ que, em matéria de seguros, *possuem leis próprias*”.

Lastreado no estudo supra, a Advocacia-Geral da União concluiu que o regime jurídico das entidades abertas de previdência privada constituídas antes da Lei Complementar nº 109/2001 e por ela excepcionados do novo regime, fica também — e pelo mesmo motivo inalcançado pela vigência do novo Código Civil, norma de caráter geral que não opera contra as regras especiais (ademais de hierarquia superior), tal a do art. 77, § 1º L. C. 109/01.

7. CONCLUSÃO

Em tempos de globalização e na corrida rumo à modernização e desenvolvimento da sociedade, a própria normatização das relações de direito muitas vezes se dá de forma açodada, com a justificativa de acompanhar a evolução do mundo e não ficar para trás.

No caso em comento, a lacuna do Código Civil, ao deixar em aberto a situação das sociedades civis sem fins lucrativos, tais como as EAPC/SFL – Entidade Abertas de Previdência Complementar sem fins lucrativos, deverá ser suprida adotando-se os princípios da especialidade e de hierarquia das leis.

Dessa forma, não haveria de se aplicar o art. 2.031 do Código Civil de 2002 às EAPC/SFL pelos seguintes fundamentos.

A uma, porque o Código Civil, diante do *status* de lei ordinária que ostenta, não poderia revogar a Lei Complementar nº 109/2001, diante da hierarquia das normas estabelecida na Constituição Federal, art. 59²⁵, reproduzindo as Constituições anteriores que se inspiraram na doutrina de HANS KELSEN.

A duas, porque a LC nº 109/2001 é lei especial e, por isso, não pode ser revogada por lei ordinária. Ora o Código Civil é lei geral e não prevalece sobre a lei especial. Havendo conflito, aplica-se o "princípio da especialidade", ou seja prevalece a lei especial, *ex vi* a LICC, art. 2º, §2º:

§2º A lei nova, que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

A três, porque a lei nova, no caso o Código Civil de 2002, não poderia prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme dispõem a CF, art. 5º, XXXVI, e LICC, art. 6º.

²⁵ “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII – resoluções” (Constituição Federal).

A quatro, porque as EAPC/SFL não poderiam se organizar sob a forma de **sociedades anônimas**, por não comportar a tal categoria a ausência de fins lucrativos.

A cinco, porque o próprio Código Civil de 2002 permite a manutenção das situações regidas por lei especial, *verbis*:

“Art. 2.033. **Salvo o disposto em lei especial**, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código” (grifei).

Conclui-se, portanto, que as EAPC/SFL – Entidades Abertas de Previdência Complementar sem fins lucrativos preexistentes à LC 109/2001 são sociedade civis com caráter *sui generis*.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. São Paulo: LTr, 2000.
- COSTA, Eliane Romeiro. *Previdência Privada e fundos de pensão* (Brasil, Chile e França). Goiânia: Lúmen Júris, 1996.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.
- PÓVOAS, Manuel Soares. *Previdência Privada – Planos Empresariais*, vol. I.

Editora Fundação Escola Nacional de Seguros, 1990.

ROMITA, Arion Sayão. *Estrutura da relação de previdência privada (entidades fechadas)*. São Paulo: LTR. Revista de Previdência Social, v 25, nº 252, pág. 783, novembro de 2001.

REALE, Miguel. *As entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos e o Código Civil de 2002*. Revista dos Tribunais (São Paulo), v.95, nº 843, p. 115-120, jan. de 2006.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos*. 13ªed. 1998. Revistas dos Tribunais.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência da*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.