Possibilidade de adesão tácita aos planos de previdência privada complementar fechada

POR FERNANDO HENRIQUE CORRÊA CUSTODIO*

1. Caráter facultativo da previdência privada complementar

A previdência privada complementar no Brasil somente foi alçada ao nível constitucional com o advento da Emenda Constitucional n. 20/98, a qual modificou completamente o artigo 202, da CF/88, passando a prescrever o seguinte em seu *caput*:

> *"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."*

Nesse diapasão, há que se recordar que os **regimes previdenciários complementares**, públicos ou privado, não atuam nas necessidades mais básicas dos trabalhadores, mas possuem o escopo de **complementar** (=incrementar) **o valor das prestações a serem pagas quando do advento das contingências sociais**, propiciando **melhores condições econômicas aos participantes.**

Tal regime, portanto, alcança notadamente os trabalhadores de maior capacidade econômica, aptos a realizar novos aportes de recursos voltados ao gozo de benefícios que propiciem maior conforto financeiro quando do advento dos eventos geradores das contingências sociais.

Por isso mesmo a expressão "complementar" não poderia ser mais feliz, já que traz a exata dimensão da finalidade primordial do regime: complementar o valor dos benefícios a serem pagos pelo regime geral (ou público) de previdência social[1].

Como decorrência deste caráter complementar, tal regime possui inexorável caráter **facultativo**, jamais podendo ser imposto aos trabalhadores – diversamente dos regimes básicos de proteção social[2].

Confira-se, a propósito, a definição trazida pelo Professor **Daniel Pulino** acerca do princípio da facultatividade:

> *"O princípio da **facultatividade** (ou voluntariedade, espontaneidade) **é expressão, no regime de previdência privada, da livre iniciativa que fundamenta o campo das atividades econômicas, particularmente num de seus desdobramentos, que é a liberdade das pessoas para contratar ou não, ou seja, para vincularem-se livremente e por contrato, com outrem.***
>
> *Cuida-se de característica oposta ao caráter obrigatório, imperioso, dos regimes básicos de proteção previdenciária (RGPS ou qualquer RPPS), relativamente ao trabalhador, em nosso sistema previdenciário, considerado em sua totalidade."*[3]

A facultatividade representa, assim, decorrência automática do caráter complementar do regime de previdência privada. Ou seja, por ser o regime de previdência privada complementar ao regime geral, seu caráter não é obrigatório, mas, meramente facultativo, sendo opção do trabalhador.

Sucede que tal conceito de facultatividade, aparentemente de fácil apreensão e compreensão, **não pode ser interpretado da mesma forma** dentro de cada vertente da previdência privada complementar, **variando** caso se trate das **entidades abertas ou fechadas.**

Para melhor explicitar tal variação, analisarei primeiramente, de forma sucinta, as diferenças existentes entre entidades abertas e fechadas de previdência privada complementar.

2. Previdência privada aberta e previdência privada fechada: duas vertentes de um mesmo regime

Como já expresso no próprio título, atualmente a divisão do regime de previdência privada complementar em duas vertentes – aberta e fechada – é fruto da edição da Lei Complementar n. 109/2001, sendo certo que as entidades abertas de previdência privada complementar encontram-se disciplinadas no Capítulo IV (artigos 36 a 40) e as entidades fechadas, por seu turno, são objeto de disciplina jurídica dentro do Capítulo III (artigos 31 a 35).

Mas, desde o advento da lei n. 6435/77, já existia tal diferenciação dentro do regime de previdência privada complementar.

Agora, se ambas as vertentes possuem os mesmos fundamentos constitucionais, comungando dos mesmos princípios, o que justifica tal distinção ?

Deve-se entender, aqui, que a divisão tem como elemento de discrímen as **entidades administradoras** dos planos de benefícios de previdência privada, e não os planos de benefícios em si[4].

Toda a diferenciação existente entre previdência privada aberta e fechada, portanto, tem como ponto de partida as enti-

dades gestoras dos planos de benefícios de previdência privada complementar.

Tal realidade exsurge cristalina da só leitura dos artigos iniciais de cada Capítulo supra referido, a saber:

*"Art. 31. As **entidades fechadas** são aquelas **acessíveis**, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, **exclusivamente**:*

*I – aos **empregados** de uma empresa ou grupo de empresas e aos **servidores** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados **patrocinadores**; e*

*II – aos **associados ou membros** de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas **instituidores**.*

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos;

(...)

§ 3º Os responsáveis pela gestão dos recursos de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada;

(...)

*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**.*

§ Único. As sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida poderão ser autorizadas a operar os planos de benefícios a que se refere o caput, a elas se aplicando as disposições desta Lei Complementar."

Observe que ambas as vertentes da previdência privada complementar possuem por escopo a administração de planos de previdência privada complementar, sendo que **toda a diferenciação existente entre as mesmas parte da qualificação jurídica da entidade gestora**: necessariamente fundação ou sociedade civil, **sem fins lucrativos**, na vertente **fechada**; necessariamente sociedade anônima, **com fins lucrativos**, na **vertente aberta**[5].

Outra diferenciação de grande relevo entre as duas vertentes, e que possui fulcral importância no estudo ora desenvolvido, reside na **acessibilidade aos planos** de benefícios instituídos por cada qual: acessibilidade **plena** no caso das **entidades abertas**; acessibilidade **restrita**, em se tratando das **entidades fechadas**.

E é a partir destes dois pontos de separação que decorrem todas as demais diferenciações existentes em termos de disciplina jurídica entre as entidades abertas e fechadas de previdência privada complementar[6].

Há que se salientar, por fim, que as diferenças existentes entre as entidades abertas e fechadas de previdência privada complementar também decorrem da própria evolução histórica de tais entidades, já que cada qual surgiu e se desenvolveu sob uma perspectiva própria e com escopos diversos.

Com efeito, enquanto as **entidades abertas** de previdência privada complementar sempre apresentaram e venderam seus planos de benefícios como espécies de **investimento de longo prazo**, abertos a toda e qualquer pessoa física que queira neles investir, as **entidades fechadas** de previdência privada complementar surgiram e se desenvolveram sob a bandeira da **complementação da aposentadoria dos trabalhadores**, apresentando planos de benefícios de forma focada aos empregadores contratantes como medida de estímulo aos seus empregados, que ao final de toda a vida laboral terão a garantia de uma maior tran-

qüilidade financeira, via pagamento de uma aposentadoria de valor maior, preferencialmente próxima aos rendimentos da ativa[7].

Portanto, e em resumo:

1. As **entidades abertas** de previdência privada complementar são organizadas necessariamente sob a forma de **sociedades anônimas**, com **finalidade lucrativa**, reguladas por órgãos da área econômica da União, cujos planos de benefícios são **oferecidos a toda e qualquer pessoa física como investimento de longo prazo**, em uma relação sujeita, portanto, aos ditames do Código de Defesa do Consumidor (Súmula n. 321 do STJ);
2. As **entidades fechadas** de previdência privada complementar são organizadas necessariamente sob a forma de **sociedades ou fundações civis**, sem **fins lucrativos**, reguladas por órgãos inseridos dentro do Sistema de Seguridade Social gerido pela União, cujos planos de benefícios são **oferecidos notadamente às empresas para contratação em favor de seus empregados**, tendo por objeto a **complementação da aposentadoria dos mesmos**, de preferência[8] , em patamares próximos aos da ativa.

3. Previdência privada complementar fechada e facultatividade: um novo enfoque sobre a sua operacionalização

A vedação da obrigatoriedade de filiação aos planos de previdência privada complementar é matéria pacífica em nosso ordenamento jurídico, restando vedada de forma expressa no artigo 202, *caput*, da CF/88, bem como pelo artigo 1º, da Lei Complementar n. 109/01.

Também o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão na esfera judicial, decidindo, de forma reiterada, contrariamente às leis ordinárias fixadoras do caráter obrigatório de filiação aos regimes de previdência privada complementar, conforme ementas dos elucidativos julgados:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ADESÃO FACULTATIVA PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. INOVAÇÃO. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. Precedentes: Rcl 11.022-ED, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7/4/2011; AI 547.827-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9/3/2011; RE 546.525-ED, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5/4/2011 e a Pet 4.837-ED, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14/3/2011 ***2. O regime de ingresso e participação em regime de previdência privada, nos termos do artigo 202 da Constituição Deveras, é facultativo. Precedentes: RE 482.207-AgR/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 29/5/2009, e RE 600.392-ED/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 29/11/2011.*** *3. A alegação de prescrição das contribuições previdenciárias constitui inovação tendo em vista que não foi aduzida em sede de recurso extraordinário. É incabível a inovação de argumentos nessa fase processual. Precedente. AI 518.051-AgR/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 17/2/2006. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: "APELAÇÃO CÍVEL - COMPREVI - CARTEIRA*

*DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS ESCRIVÃES, NOTÁRIOS E REGISTRADORES - AÇÃO DE DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS - **CARÁTER COMPLEMENTAR E FACULTATIVO DA PREVIDÊNCIA PRIVADA - LIVRE DIREITO DE ASSOCIAÇÃO - NÃO OBRIGATORIEDADE DE FILIAÇÃO E CONTRIBUIÇÃO** - JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **PRINCÍPIO DA AUTONOMIA** DA VONTADE E **DA LIBERDADE ASSOCIATIVA** - APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA." 5. Agravo regimental DESPROVIDO.*

(AI 839848 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-172 DIVULG 02-09-2013 PUBLIC 03-09-2013)

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REGIME DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. CARÁTER COMPLEMENTAR. ADESÃO. FACULDADE. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO. **1. A faculdade que tem os interessados de aderirem a plano de previdência privada decorre de norma inserida no próprio texto constitucional** [artigo 202 da CB/88]. **2. Da não-obrigatoriedade de adesão ao sistema de previdência privada decorre a possibilidade de os filiados desvincularem-se dos regimes de previdência complementar a que aderirem, especialmente porque a liberdade de associação comporta, em sua dimensão negativa, o direito de desfiliação, conforme já reconhecido pelo Supremo em outros julgados.** Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(RE 482207 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-07 PP-01426 RTJ VOL-00210-02 PP-00867 RSJADV ago., 2009, p. 46-47)

Porém, uma coisa é se afirmar que a filiação a qualquer das vertentes do regime de previdência privada complementar é facultativa, ou seja, não se pode obrigar o particular a se filiar a um plano de previdência complementar.

Outra coisa é a *forma de operacionalização* de tal filiação, ou seja, de **materialização** do ato de *vontade de filiação*.

Ou seja: a filiação depende da manifestação de vontade do particular, mas, como deve se dar tal manifestação ?

Aqui é que me parece haver grande diferenciação entre cada vertente da previdência privada complementar.

Isso porque, conforme já demonstrado, as **entidades abertas** de previdência privada complementar podem admitir a **filiação de qualquer particular** em seus planos disponíveis, desenvolvendo atividade econômica com finalidade lucrativa (art. 36, da LC n. 109/01).

Já as **entidades fechadas**, além de não possuírem finalidade lucrativa, somente poderão admitir em seus planos de previdência privada complementar:

1. **empregados de uma empresa ou grupo de empresas** e servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios (art. 31, I, da LC n. 109/01);
2. **associados ou membros** de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (art. 31, II, da LC n. 109/01).

Ou seja, as entidades fechadas são voltadas a um **grupo específico de particulares**, ligados entre si por laços trabalhistas ou estatutários (item 1), profissionais ou classistas/setoriais (item 2).

Observe-se que há um *liame* comum prévio constituidor de um *interesse também comum compartilhado* por tais profissionais, a justificar a instituição de uma entidade de previdência privada complementar, voltada notadamente à constituição de planos de previdência complementadores da renda salarial de tais trabalhadores e profissionais quando de sua aposentadoria.

Por isso mesmo é que tais entidades são **fechadas**, ou seja, voltadas à prestação dos serviços previdenciários **exclusivamente** aos trabalhadores de uma empresa ou grupo de empresas, de um ente político, ou de uma associação profissional, classista ou setorial.

Tal diferenciação em termos de nível de abrangência dos potenciais beneficiários gera consequências jurídicas inevitáveis dentro do regime jurídico de filiação.

Nas **entidades abertas**, em razão de sua grande abertura e abrangência, decorrentes da inexistência de limitação no tocante aos potenciais beneficiários ("acessíveis a *quaisquer pessoas físicas*"; art. 36, parte final, da LC n. 109/01), a **filiação** (=adesão) **deve se dar de forma expressa**, mediante a prática de ato de vontade formal, **por escrito**, materializado na assinatura do contrato de adesão ao plano de previdência privada complementar escolhido pelo particular.

Aplica-se, nesta hipótese, na plenitude a garantia constitucional da liberdade de associação insculpida no artigo 5º, XX, da CF/88, uma vez que não há qualquer liame jurídico prévio existente entre o particular e a entidade aberta, que tem por escopo comercializar, com fins lucrativos, planos de previdência privada complementar.

Já nas **entidades fechadas**, exatamente em razão da grande delimitação de seu objeto em termos de beneficiários, e da necessária correlação existente entre instituidores/participantes (art. 31, I e II, da LC n. 109/01), bem como do caráter não lucrativo de suas atividades (art. 31, §1º, da LC n. 109/01), não obstante também se exija manifestação de vontade por parte do particular para que ocorra a **filiação**, tal pode se dar de forma **expressa** ou **tácita**.

Tal conclusão decorre, ademais, da regra do artigo 16, *caput*, da Lei Complementar n. 109/01, que exige que "os **planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores**".

Trata-se de regramento específico destinado às entidades de previdência privada complementar **fechada** (Seção II, do Capítulo II), cuja razão de ser reside exatamente no fato de tais entidades possuírem beneficiários limitados, vinculados a um interesse comum, que é o de obter uma complementação de renda quando da aposentadoria.

Ou seja, respeitada a facultatividade de adesão, o sistema busca **estimular a filiação** por parte dos empregados e associados aos planos de previdência privada complementar fechada, como medida salutar para o incremento e própria sobrevivência de tal vertente.

Dentro desta linha, e tendo em vista a principal finalidade da criação do regime de previdência privada complementar na modalidade fechada – manutenção do padrão financeiro do trabalhador quando da aposentadoria –, é fácil perceber que o *melhor momento para ingresso do mesmo no sistema é quando da própria contratação ou filiação à associação profissional ou classista.*

Não é sem razão que o artigo 10, §1º, da Lei Complementar n. 109/01, em uma

medida nitidamente estimuladora da procura do regime de previdência privada complementar por parte dos trabalhadores, lhes assegura que:

> *"§ 1º A todo pretendente será disponibilizado e a todo participante entregue, quando de sua inscrição no plano de benefícios:*
>
> *I - certificado onde estarão indicados os requisitos que regulam a admissão e a manutenção da qualidade de participante, bem como os requisitos de elegibilidade e forma de cálculo dos benefícios;*
>
> *II - cópia do regulamento atualizado do plano de benefícios e material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, as características do plano;*
>
> *III - cópia do contrato, no caso de plano coletivo de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar; e*
>
> *IV - outros documentos que vierem a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Na divulgação dos planos de benefícios, não poderão ser incluídas informações diferentes das que figurem nos documentos referidos neste artigo."*

Assim é que, dentro da vertente fechada de previdência privada complementar, tendo em vista sua finalidade precípua, a limitação no tocante aos potenciais beneficiários, ligados entre si por um liame jurídico anterior, e a existência de medidas estimuladoras de sua contratação por parte dos trabalhadores, não há dúvidas de que, em uma **interpretação sistemática**, admite-se a formalização do ato de filiação tanto na modalidade expressa quanto na modalidade **tácita**.

Mas, como se operacionaliza tal adesão tácita ?

Mediante **comunicação por escrito**, por parte da entidade **patrocinadora** (art. 31, I, da LC n. 109/01) ou **instituidora** (art. 31, II, da LC n. 109/01), no **próprio ato de contratação do trabalhador ou de filiação do profissional**, dando conta de que, **por meio desta manifestação formal de vontade de ser contratado ou de se filiar à associação, também se estará aderindo ao plano de benefício de previdência privada complementar fechada**, assegurada, evidentemente, a possibilidade de o trabalhador ou profissional, a qualquer momento, mediante comunicação expressa, por escrito, desfiliar-se de tal regime, quando lhe deverá ser assegurado o direito de opção entre: i) a portabilidade do direito acumulado para outro plano (art. 14, II, da LC n. 109/01), ou ii) receber de volta as contribuições já vertidas, descontadas as parcelas do custeio administrativo (art. 14, III, da LC n. 109/01).

Trata-se de **hipótese de anuência tácita** inserida como uma luva na regra do artigo 111, do Código Civil, segundo o qual:

> *"O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa."*

Tal procedimento respeita, ademais, o direito de livre associação e desfiliação assegurado ao particular como direito humano fundamental pelo artigo 5º, XX, da CF/88 ("ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado"), em uma intepretação que respeita, ao mesmo tempo, o direito de liberdade de associação e o comando constitucional que busca estimular a filiação dos trabalhadores e profissionais liberais ao regime de previdência privada complementar, notadamente em sua modalidade fechada.

Respeita-se, ademais, o caráter facultativo do regime de previdência privada complementar, ao mesmo tempo em que se estimula o crescimento de tal regime em nosso país, finalidade nítida do regime jurídico introduzido pelo constituinte derivado por meio das alterações ao artigo 202, da CF/88 introduzidas pela Emenda Constitucional n. 20/98 e pela Lei Complementar n. 109/01.

À guisa de conclusão:

Espero ter demonstrado, assim, como deve ser interpretada a regra constitucional da facultatividade de filiação dentro de cada vertente da previdência privada complementar: i) a exigir manifestação de vontade expressa, por escrito, dentro da vertente aberta; ii) a possibilitar a modalidade tácita de filiação, no próprio ato de contratação ou filiação à entidade classista/profissional, dentro da vertente fechada. ■

Notas

1. "Mas **também é possível encontrar razão motivadora desse destaque na percepção crescente da inter-relação previdência complementar e garantia de condição de vida futura secundada pela experimentação do potencial presente de geração de desenvolvimento econômico que propicia.** Com efeito, estas são duas idéias centrais de previdência complementar fechada: (i) a renúncia ao consumo imediato em prol de uma estabilidade econômica futura e (ii) a decorrente necessidade de inversão do recurso não consumido em investimento lastreador daquela estabilidade, ocasionando desenvolvimento econômico presente. Esta estrutura de idéias é semelhante àquela identificada em peças publicitárias que, visando ao incentivo da utilização racional das fontes de recursos, apregoam o bordão 'sabendo usar não vai faltar'. Ou seja, **poupa-se hoje para que se tenha no futuro e constantemente, mantidos os esforços para que aquele futuro se apresente**". Artigo publicado por **Roberto Eiras Messina** na Revista de Direito do Trabalho, n. 117, ano 31, janeiro/março de 2005, intitulado "Previdência Complementar Fechada"; pág. 224.

2. "A **previdência básica**, relativa ao RGPS – Regime Geral de Previdência Social, tem benefícios **limitados a teto legal**, na mesma razão da limitação das cotizações mensais dos trabalhadores, isto é, tanto as contribuições dos segurados como os benefícios têm limite máximo. O **limite justifica-se, já que o benefício previdenciário básico tem natureza eminentemente alimentar.** A previdência social visa a manter os meios necessários para a manutenção do trabalhador e de sua família, mas não o padrão de vida do mesmo, adquirido na ativa. Qualquer complementação fica a cargo do próprio beneficiário, não assumindo o Estado qualquer responsabilidade pela manutenção do mesmo patamar remuneratório do trabalhador. Manter a plenitude dos ingressos pecuniários do segurado não é de responsabilidade da previdência social. **Daí resulta a lógica da previdência complementar – sistema securitário privado e facultativo, almejando atender as pessoas que desejam gozar a velhice com maior conforto, tendo ingressos superiores ao teto do RGPS.**" IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. Cit.*; pág. 757.

3. PULINO, Daniel. **Previdência Complementar – Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas.** São Paulo. Conceito Editorial. 2011; pág. 274.

4. "Antes, porém, de entrarmos, propriamente, no exame de cada uma das diferenças que acabamos de anunciar, já podemos, observando-as em sua simples enumeração, concluir que **não há diferença** entre o **objeto** da entidade fechada e da aberta, que é, para ambas, a **administração de planos de benefícios previdenciários.** Com efeito, a nova legislação reguladora do regime de previdência privada inaugurado com a redação dada ao art. 202 da Constituição pela Emen-

da Constitucional n. 20, de 1998, **não traça qualquer distinção quanto ao objeto desenvolvido pela entidade previdenciária**, pois ambos os tipos, entidades fechadas e entidades abertas, têm por objeto o exercício de atividade consistente na administração de planos de benefícios de caráter previdenciário, ou de natureza previdenciária." PULINO, Daniel. Op. Cit.; págs. 125/126.

5. "**Há marcante diferença entre as entidades fechadas e abertas, diferença esta que se verifica quanto à finalidade por elas perseguida. É esta, aliás, a principal diferença da previdência privada aberta para a fechada, quanto às entidades, a ponto de ser ela a fonte de grande parte das demais distinções que a lei faz entre uma e outra dessas modalidades.** Vejamos por que. Embora a lei geral de regulação do regime de previdência privada – a Lei Complementar n. 109, de 2001 – estabeleça, em seu art. 2º, ser o mesmo o objetivo principal de entidades abertas e fechadas, à segunda delas, **às fechadas, foi vedada a finalidade lucrativa, o que, no entanto, será perseguido pelas entidades abertas de previdência complementar** – com as exceções decorrentes de situações transitórias de que logo trataremos. (...) Assim, a rigor, embora resulte da leitura da Lei Complementar n. 109, de 2001, *aparentemente uma indiferença* na finalidade perseguida por entidades fechadas e abertas de previdência complementar, há entre elas *diferença marcante*, porque, **quando operada por entidades fechadas, a proteção previdenciária será** – *ao menos sob o ponto de vista jurídico* – **o objetivo essencial, e praticamente exclusivo**, a ser atingido com o desempenho de todas aquelas operações que se incluem na atividade de administração de planos de benefícios, ao passo que ao lado deste objetivo último, **outro coexistirá quando estiver em atuação entidade aberta: a obtenção de lucros àqueles que, legitimamente, se lançaram à exploração da atividade de cobertura previdenciária sob tal modalidade.** Assim, no caso das entidades fechadas, *a proteção dos participantes e seus beneficiários em esquema previdenciário será o fim último* do exercício da atividade de administração e execução de planos de benefícios; no caso das abertas, esse fim – que o art. 2º da Lei Complementar n. 109, de 2001, qualifica como 'objetivo principal' – servirá também de meio, na verdade, para a obtenção do lucro da companhia exploradora do empreendimento previdenciário privado. Daí tratar-se de diferença realmente marcante entre as espécies de entidades de previdência complementar." PULINO, Daniel. Op. Cit.; págs. 131/132.

6. "Tomando por base características legais referentes à entidade que administra o plano previdenciário complementar, cinco serão os pontos de diferença entre entidades abertas e fechadas: a forma de organização da entidade (5.2.1.1); a representação dos participantes nos órgãos estatutários das entidades (5.2.1.2); a finalidade lucrativa (5.2.1.3); o acesso à entidade sob o ponto de vista tanto da *pessoa física* aderente (5.2.1.4.1), quanto da *pessoa jurídica* contratante (empresa, ou associação de caráter setorial, classista ou profissional – 5.2.1.4.2); e, finalmente, os órgãos de regulação e fiscalização a que se submetem cada modalidade dessas entidades (5.2.1.5)." PULINO, Daniel. *Op. Cit.*; pág. 125.

7. Nesse exato sentido, confira-se o escólio de **Roberto Eiras Messina**, em artigo já mencionado anteriormente: "Conforme os mencionados estudos organizados no âmbito da sociedade norte-americana, a principal razão para o crescimento dos planos de previdência privados resulta no reconhecimento de que a iniciativa é boa para ambas as partes envolvidas, empresas e empregados. Com efeito, são indicadas quatro possibilidades na relação laboral entre empresas e empregados, quando se enfoca o tema do empregado com idade avançada que já não propicia a vantagem da troca força de trabalho por salário: (i) demissão, pura e simples, sem qualquer compensação adicional; (ii) manutenção do empregado em posição e salários atuais; (iii) manutenção do empre-

gado mas em posto de menor importância, acompanhado ou não de redução salarial e **(iv) estabelecimento de um plano formal de aposentadoria para o empregado**. Para qualquer pessoa que se debruce sobre a matéria fica evidente que a **última das soluções preconizadas é aquela que apresenta a melhor relação custo-benefício porquanto a um lado motiva o engajamento de melhores profissionais para o desempenho das funções que a empresa necessita sejam cumpridas e por outro lado reconforta este profissional, já estimulado com a adoção do sistema na vida laborativa, a decidir-se pela restituição do posto de trabalho à empresa, na medida em que pressentindo o peso dos anos chegar, verifique que teve acumulado para si ao longo do tempo recursos que lhe permitirão partir para a nova etapa de vida em condições econômicas favoráveis, mas sem o desgaste impresso pela rotina laborativa.** O plano de previdência complementar é, pois, um porto seguro para o exercício dessa opção de retirada, por parte do trabalhador. E, bem observado, os recursos acumulados pelo trabalhador, com o auxílio do empregador que com ele dividiu a percepção da importância da iniciativa, resultam de um esforço de redução de consumo durante a vida laboral, notadamente quando se considera, como hoje se considera, que nada obstante não haja relação entre salário e benefício previdenciário, a própria possibilidade de incremento de contribuições esporádicas como admitido na legislação faz com que se torne mais expressivo esse caráter de renúncia a consumo imediato, para consumo futuro." *Op. Cit.*; págs. 226/227.

8. A não obrigatoriedade de identidade entre os valores recebidos quando da ativa e os valores pagos a título de complementação da aposentadoria foi muito bem percebida e explicada por **Roberto Eiras Messina** em seu artigo "Previdência Complementar fechada", **tudo a depender do plano contratado**, via de regra, pelo empregador **e dos valores vertidos mensalmente em favor do empregado: "A missão da previdência complementar fechada é, sim, tornar próximo o nível econômico da fase pós-laborativa em relação àquele experimentado na fase ativa, mas não tem por obrigação igualá-lo.** É que parece intuitivo que, desconsideradas as hipóteses de probabilidades de ocorrências de fatos futuros, para que alguém recebesse, na vida pós-laborativa e de forma permanente, um ingresso idêntico ao que recebia na vida laborativa, deveriam ser acumulados recursos integrais para tanto, o que seria claramente impraticável dado seu enorme custo. Deste modo, levando em conta o aspecto de aproximação de renda entre os períodos ativo e inativo, considerado o ingresso não impositivo mas provável do regime previdenciário oficial e mais a aplicação dos fatores atuariais implicados é que será formatado o desenho do plano previdenciário oferecido ao agente destinatário, estabelecendo o nível de contribuições e de capitalização necessários à que se forme a renda para, no futuro, suportar o agente destinatário de modo que não lhe seja dado experimentar perda significativa na passagem de uma situação à outra. Segue daí também uma importante reflexão, consistente em que **a previdência complementar fechada não se presta à recuperação do padrão econômico que eventualmente poderia ter sido experimentado na fase laborativa, ou seja, não se deve esperar, em hipótese alguma, que os proventos a serem pagos em fase pós-laboral tenham o condão de constituir uma elevação do padrão econômico vivenciado na fase laboral."** Op. Cit.; págs. 228/229.

---

* **Fernando Henrique Corrêa Custodio** é juiz federal do Juizado Especial Federal de Presidente Prudente - SP e mestrando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo.