

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUCAS ZUCOLI YAMAMOTO

**O CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA SOB O VIÉS DA PROTEÇÃO
JURÍDICA DO PARTICIPANTE E DOS DIREITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS**

CURITIBA

2015

LUCAS ZUCOLI YAMAMOTO

**O CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA SOB O VIÉS DA PROTEÇÃO
JURÍDICA DO PARTICIPANTE E DOS DIREITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Área:

Direito Socioambiental e Sustentabilidade.

Linha de pesquisa:

Estado, Sociedades e Meio Ambiente.

Orientador:

Prof. Dr. Antônio Carlos Efig.

CURITIBA

2015

LUCAS ZUCOLI YAMAMOTO

**O CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA SOB O VIÉS DA PROTEÇÃO
JURÍDICA DO PARTICIPANTE E DOS DIREITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Área:

Direito Socioambiental e Sustentabilidade.

Linha de pesquisa:

Estado, Sociedades e Meio Ambiente.

Orientador:

Prof. Dr. Antônio Carlos Efig.

COMISSÃO EXAMINADORA

Presidente: Dr. Antônio Carlos Efig
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka
Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA

Prof. Dra. Cinthia Obladen de Almeida Freitas
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 19 de março de 2015.

À minha esposa Mayara, pelo apoio e inspiração,
à minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Antônio Carlos Efig, pelas lições de Direito e de humanidade.

À Prof. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas, pela elegância e sabedoria no ensinar.

A todos os amigos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR, pelo companheirismo e momentos de aprendizado.

RESUMO

Traça vertentes históricas da Previdência Privada no Brasil, demonstrando o desenvolvimento das instituições e dos planos de previdência privada brasileiros. Aborda as características dos contratos de previdência privada, verificando-se um processo de diminuição de garantias dos planos de benefício. Analisa as transformações dos princípios contratuais da contemporaneidade, procurando encontrar respostas para o contrato de previdência privada, com vistas à proteção jurídica do participante, que é um consumidor de serviços previdenciários. Demonstra a importância para o direito socioambiental dos fundos, especialmente sob o aspecto da valorização de investimentos responsáveis e alternativas de sustentabilidade.

Palavras-chave: contrato de previdência privada; proteção jurídica do participante; consumidor; direito socioambiental; sustentabilidade.

ABSTRACT

Moith historical aspects of private security in Brazil, demonstrating the development of the institutions and Brazilian private pension plans. Discusses the characteristics of the pension plan contracts, verifying a process of reduction of guarantees of benefit plans. Analyzes the transformation of contractual principles of contemporary and seek answers to the private insurance contract with a view to legal protection of the participant, which is a consumer welfare services. Demonstrates the importance to the environmental laws of funds, especially from the aspect of appreciation of responsible investment and sustainable alternatives.

Keywords: pension plans; legal protection of the participant; consumer; social and environmental law; sustainability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O DESENVOLVIMENTO DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA NO BRASIL	11
2.1 VERTENTES HISTÓRICAS DA PREVIDÊNCIA PRIVADA.....	11
2.1.1 Antecedentes históricos	11
2.1.2 Século XX.....	13
2.1.3 Século XXI.....	23
2.2 TRANSFORMAÇÕES DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA	27
2.2.1 Quadro institucional dos planos de benefícios.....	27
2.2.2 Estrutura básica dos planos de benefícios.....	31
2.2.3 Modelos básicos de planos de benefícios.....	34
2.2.4 Planos de benefícios criados pelo Mercado.....	36
2.2.4.1 Fundo Gerador de Benefício (FGB).....	36
2.2.4.2 Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL).....	37
2.2.4.3 Fundo de Aposentadoria Programada Individual (FAPI)	40
2.2.4.4 Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL).....	40
2.2.5 Benefícios de risco	41
2.2.6 Características gerais dos planos de benefício.....	42
3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS E O CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA	43
3.1 NOÇÕES GERAIS DE DIREITO CONTRATUAL	43
3.2 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS INCIDENTES	49
3.2.1 Intervenção estatal	52
3.2.2 Boa-fé.....	53
3.2.3 Confiança	56
3.2.4 Equilíbrio	59
3.2.5 Breve análise das transformações contratuais vistas por Ronaldo Porto Macedo Júnior.....	64
3.2.5.1 <i>Welfarismo</i> contratual	65
3.2.5.2 Noções sobre a teoria relacional e princípios decorrentes	69
3.2.5.3 Teoria relacional e previdência privada	71

3.2.5.4 Crítica à teoria relacional por Cláudia Lima Marques	76
3.2.6 Considerações finais quanto aos princípios contratuais contemporâneos incidentes	79
4 OS DIREITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS APLICADOS AO CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA	81
4.1 O CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA	81
4.1.1 Definição do contrato de previdência privada	81
4.1.2 Características do contrato de previdência privada	83
4.1.2.1 Contrato de adesão.....	83
4.1.2.2 Contrato baseado no regime financeiro de capitalização	84
4.1.2.3 Contrato dinâmico	85
4.1.3 Contrato de previdência privada como relação de consumo	85
4.1.4 Simuladores de rentabilidade para a previdência privada	91
4.1.5 Equilíbrio contratual e taxas	97
4.1.6 Considerações finais sobre as características dos contratos previdenciários	100
4.2 OS DIREITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS APLICADOS AO CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA	100
4.2.1 Direitos sociais	100
4.2.1.1 Princípios da Seguridade Social	106
4.2.1.2 Código de Defesa do Consumidor	108
4.2.1.3 Estatuto do Idoso	109
4.2.1.4 Direitos trabalhistas.....	110
4.2.1.5 Penhorabilidade	112
4.2.1.6 Considerações finais sobre os direitos sociais e o contrato previdenciário	114
4.2.2 Questão ambiental	115
4.2.2.1 Proteção do meio ambiente em uma economia globalizada	117
4.2.2.2 Dever de promover a defesa do meio ambiente pelo Poder Público..	121
4.2.2.3 Responsabilidade ambiental dos administradores de previdência privada	124
4.2.2.4 Dever de promover a defesa do meio ambiente pelo participante.....	129
4.2.3 Reflexos da incidência dos direitos sociais e ambientais no campo da obrigação e do adimplemento	130
5 CONCLUSÃO	135
6 REFERÊNCIAS	138

1 INTRODUÇÃO

O tema da Previdência Privada tem se tornado uma questão de suma importância para a sociedade brasileira, a qual deposita no sistema de previdência privada grandes projetos para renda (ou sua complementação) na velhice.

Este sistema se encontra em expansão, sendo que o número de participantes de planos de previdência privada vem apresentando uma dinâmica de crescimento sólido.

Os investimentos no setor de planos abertos ao mercado aumentaram, ano após ano, entre 2000 e 2012¹, tendo havido ligeira retração em 2013².

Além disso, a criação do Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais, bem como a perspectiva de criação de regimes complementares nas demais unidades federativas, forjam grandes alicerces para o engrandecimento do setor.

A motivação para a pesquisa reside na necessidade de se produzirem estudos para a melhoria do contrato de previdência privada sob a perspectiva de tutela do participante e dos direitos sociais e ambientais, dada a importância econômica dos fundos.

A adesão em massa aos planos de previdência privada, ainda é um fenômeno relativamente recente, de modo que diversos aspectos do contrato previdenciário ainda se mostram obscuros, em especial no que se refere à proteção do participante, a parte hipossuficiente dessa relação contratual.

Um exemplo deste tipo de obscuridade, é a disponibilização não criteriosa pelas instituições de simuladores de rentabilidade, os quais geralmente são utilizados na fase que precede a contratação, como método para captação de participantes. Isso porque, a maior parte dos planos da atualidade não asseguram rentabilidade.

Embora a regulamentação da previdência privada prime pela segurança ao sistema da Previdência Privada, subsiste a insegurança quanto ao futuro do participante em caso de desequilíbrios, pois a parte mais frágil desta relação é o segurado, que parece arcar com todo o risco contratual.

¹ FENAPREVI, Federação Nacional de Previdência Privada e Vida. **Previdência tem o maior crescimento em nove anos**. Disponível em: <<http://www.cnseg.org.br/fenaprevi/servicos-apoio/noticias/previdencia-tem-o-maior-crescimento-em-nove-anos.html>>. Acesso em: 01/04/2015.

² FOLHA, Folha de São Paulo. **Captação líquida da previdência privada cai 21% em 2013**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/02/1417473-captacao-liquida-da-previdencia-privada-cai-21-em-2013.shtml>>. Acesso em: 01/04/2015.

Com o intuito de enfrentar alguns destes problemas, é feita breve incursão sobre as transformações pelas quais vem passando o direito contratual, especialmente no que se refere ao surgimento de princípios contratuais contemporâneos e sua aplicabilidade ao contrato previdenciário. Além disso, se procura realizar uma análise do contrato de previdência privada pelo viés da proteção jurídica do participante, bem como dos direitos sociais e ambientais consagrados pela Constituição Federal de 1988.

O método de pesquisa empregado é o da revisão bibliográfica, sendo que foram consultados principalmente títulos de Direito Contratual e de Direito Previdenciário.

2 O DESENVOLVIMENTO DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA NO BRASIL

2.1 VERTENTES HISTÓRICAS DA PREVIDÊNCIA PRIVADA

2.1.1 Antecedentes históricos

A Previdência Complementar teve impulso significativo a partir de 1978, com a edição da Lei nº 6.435/1977³, dispondo sobre as entidades de previdência privada. No entanto, alguns aspectos históricos que antecederam a edição da mencionada lei merecem ser repassados⁴.

Arruda⁵ explica que o homem desde os primórdios da civilização busca proteger-se de infortúnios que possam comprometer sua vida: *“No momento em que o ser humano passa a viver em sociedade eclode entre eles o sentimento de solidariedade social”*.

Cassa⁶ explica que no Brasil, desde muito cedo, se verifica a existência de mecanismos de seguridade social, porque herdou-se de Portugal uma tradição *previdencialista*, transmitida durante o período colonial.

Segundo a Autora, a mais antiga instituição de previdência de que se tem notícia no país data do século XVI: *“em 1543, Brás Cubas criou um fundo de pensão para os funcionários da Santa Casa da Misericórdia de Santos.”*⁷.

O fundo de pensão criado em Santos/SP ainda não possuía os elementares básicos que diferenciam os planos de previdência privada de outros tipos de serviço securitários, mas o fato de ter sido criado especificamente para os funcionários da Santa Casa em período tão remoto, comprova a assertiva da Autora de que Portugal nos legou importante cultura previdenciária.

³ BRASIL. Lei Ordinária nº 6.435, de 15 de julho de 1977. **Diário Oficial**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 20.07.1977, p. 9193. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6435.htm>. Acesso em: 07/02/2015.

⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 24.

⁵ ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 61.

⁶ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 32.

⁷ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 32.

Aliás, segundo Martinez, a pré-história da previdência complementar inicia-se com o Alvará português, datado de 22/11/1684, considerado por Amílcar Santos como a primeira regulamentação do seguro privado aplicável ao Brasil⁸.

Outro acontecimento importante mencionado pelo Autor⁹, ocorreu ao final do período colonial, mais precisamente no ano de 1808, quando, atendendo à representação dos comerciantes de Salvador, o Governador e também Capitão-General da Ex-Capitania Hereditária da Bahia autorizou o estabelecimento da Companhia de Seguros Boa-fé, a mais antiga instalada no Brasil.

Martinez sustenta que o surgimento da Previdência Complementar brasileira, pelas características da facultatividade e mutualismo, pode ser fixado em 10 de janeiro de 1835, com a criação da MONGERAL – Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado, proposto pelo Ministro da Justiça, Barão de Sepetiba. A entidade é uma das primeiras e funcionou continuamente como montepio, isto é, previdência aberta sem fins lucrativos¹⁰.

A partir daí, foram sendo criadas diversas sociedades, com a denominação de “Caixas Mútuas de Pensões e Pecúlios”, que admitiam sócios mediante pagamento de taxa de inscrição e sob o compromisso de se cotizarem entre si no caso de falecimento de um deles¹¹:

Obtido certo número de sócios, a sociedade passaria a oferecer esses benefícios, tendo por base o princípio da igualdade entre os participantes para que se atingisse o mutualismo (técnica de repartição de riscos)¹².

Por outro lado, da metade do século XIX em diante as companhias de seguro multiplicaram-se em todo o país¹³.

Em razão do desenvolvimento deste setor, em 02/11/1860 foi editado o Decreto nº 2.679, o qual disciplinou o funcionamento das companhias de seguro, impondo “aos Bancos e outras Companhias e sociedades anonyms a obrigação de

⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 24.

⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 25.

¹⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 24.

¹¹ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 33.

¹² CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 33.

¹³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 25/26.

*remeter em certas épocas ás competentes Secretarias de Estado seus balanços e outros documentos.”*¹⁴.

O desenvolvimento destas companhias de seguro foi fundamental para a organização do mercado financeiro nacional mais adiante.

Não obstante, no século XIX, estas manifestações de Previdência Privada ainda se limitavam a associações específicas e montepios como a MONGERAL, não se verificando, ainda, o oferecimento de planos de previdência de forma ostensiva aos trabalhadores.

A proteção social pública também era pouco desenvolvida à época, sendo limitada a socorros públicos (Constituição de 1824¹⁵, artigo 179, inc. XXXI), ou outras formas de benefícios assistenciais.

Segundo Cassa, a independência tardia e o uso do trabalho escravo, em uma sociedade fundamentalmente rural e familiar, explicam o atraso do país em matéria de proteção social comparativamente a outros países europeus¹⁶.

Não obstante, segundo a Autora, seguiu-se à abolição o crescimento das cidades e da população urbana, acompanhado de um aumento do número de trabalhadores assalariados, sendo que, com o desenvolvimento das indústrias, que empregou em larga escala empregados imigrantes europeus, possibilitou-se o surgimento de organizações sindicais e de movimentos trabalhistas¹⁷.

No alvorecer da vida urbana, do trabalho assalariado e dos movimentos operários e sindicais, as caixas de previdência tiveram papel importante, servindo para amparar os inválidos e necessitados, bem como para financiar movimentos grevistas e paralisações, como bem retratado no romance histórico de Émilie Zola (*Germinal*¹⁸), ambientado na França de 1885.

2.1.2 Século XX

¹⁴ BRASIL. Decreto nº 2.679, de 3 de novembro de 1860. **Coleção de Leis do Império do Brasil**. Poder Executivo, 1860, p. 702, vol. 1, pt. II. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2679-3-novembro-1860-556786-publicacaooriginal-76916-pe.html>>. Acesso em: 18 out. 2014.

¹⁵ BRASIL, CONSTITUIÇÃO (1824). **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

¹⁶ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 35.

¹⁷ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 35.

¹⁸ ZOLA, Émilie. **Germinal**. 2 ed. São Paulo. CÍRCULO DO LIVRO S.A., 1976.

No início do século XX, o Brasil ainda não dispunha de um sistema geral de Previdência Social, contando apenas com prestações assistenciais específicas. Algumas caixas de socorros mútuos haviam sido criadas por entidades associativas de diferentes origens, assim como montepios, constatando-se, ainda, a expansão do setor de seguros privados.

Ainda que não se possa afirmar que as entidades de previdência privada contemporâneas são descendentes diretas das primeiras caixas de previdência, o surgimento destas entidades históricas em meio a uma economia rudimentar, ainda no século XIX, é bastante interessante, pois revela que o anseio de se precaver contra infortúnios diversos e de garantir renda na velhice não é recente.

Além disso, da análise das iniciativas oitocentistas, percebe-se que estas partiram não só de grupos de trabalhadores, como também de grandes empresas.

Por outro lado, no início do século XX a criação das caixas de previdência passou a se verificar com maior recorrência entre grupos profissionais vinculados a determinadas empresas ou órgãos estatais, tal como ocorreu com a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil S/A – PREVI, criada em 1904¹⁹.

De acordo com Cassa, no primeiro quartel do século XX essa vinculação à empresa era preponderante, podendo ser mencionada a criação da Associação Geral de Auxílios Mútuos da Estrada de Ferros Central do Brasil, em 1915, e a criação da Caixa dos Operários da Casa de Moção, em 1917²⁰.

A regulamentação em matéria de Previdência Privada, por sua vez, era praticamente inexistente no início do século XX, havendo apenas algumas disposições acerca do funcionamento das empresas de seguro.

O Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916²¹, nos artigos 1.432/1.465, dispôs sobre o contrato de seguro; nos artigos 1.466/1.470, a respeito do seguro mútuo; e nos artigos 1.471/1.476, disciplinou o seguro de vida²².

Não obstante, no dia 24 de janeiro de 1923, a Lei nº 4.682²³, conhecida como Lei Eloy Chaves, marcou a história da Previdência Social no Brasil, criando uma

¹⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 26.

²⁰ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 35.

²¹ BRASIL. Lei Ordinária nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Coleção de Leis do Brasil**. Ministério da Justiça. Rio de Janeiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

²² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 27.

²³ BRASIL. Decreto do Poder Legislativo nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923. **Coleção das Leis do Brasil**, 1923, v. 1, p. 126. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4682.htm>. Acesso em: 22 de out. 2014.

Caixa de Aposentadoria e Pensão (CAP) para os empregados das empresas de estradas de ferro do país, custeada pelo Estado, empregadores e empregados²⁴.

Conforme lição de Castro²⁵, a Lei Eloy Chaves apresentava três características que lhe conferiram este papel de destaque na história: a) a obrigatoriedade de participação dos trabalhadores do sistema; b) a contribuição para o sistema devida pelo trabalhador, bem como pelo empregador, ficando o Estado responsável pela regulamentação e supervisão deste sistema; e c) um rol de prestações definidas em lei, tendentes a proteger o trabalhador em situações de incapacidade temporária, assegurando-lhe sua subsistência ou de seus dependentes, em caso de morte.

Segundo Cassa, esta lei marcou o início de uma nova fase, sendo considerada o ponto de partida para a criação de uma previdência nacional propriamente dita, que revela um processo de crescente atuação do Estado como planejador e fomentador das relações econômicas e sociais, sendo que ainda em 1923 foi também criado o Conselho Nacional do Trabalho, órgão consultivo e administrativo (em matéria trabalhista e previdenciária)²⁶.

Nesse início de formação da previdência social, a vinculação dos filiados se estabelecia diretamente com o fundo de previdência ligado à empresa em que trabalhavam, resultando em um sistema caracterizado por um número pequeno de participantes, um grande número de instituições e certa modéstia financeira dos valores envolvidos²⁷.

Castro²⁸ assevera que a Lei Eloy Chaves criou, de fato, para trabalhadores vinculados a empresas privadas, entidades que se aproximam das hoje conhecidas entidades fechadas de previdência complementar, ou fundos de pensão, já que se constituíam por empresas.

A partir da Revolução de 1930, com a derrota das oligarquias regionais e com uma presença expressiva do trabalhador urbano no cenário político, paralelamente à formação das CAPs, constitui-se uma tendência de vinculação por

²⁴ ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 62.

²⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 39.

²⁶ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 36.

²⁷ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 36.

²⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 40.

categorias profissionais, dando origem a instituições com maior número de filiados e mais poderosas financeiramente – os IAPs (Institutos de Aposentadorias e Pensões)²⁹:

Os IAPs foram inspirados no modelo fascista, personificado em Benito Mussolini e documentado na Carta Del Lavoro. Sua finalidade política era estabelecer o controle das categorias profissionais pelo Estado. As raízes do modelo organicista de sociedade, porém, podem ser buscadas igualmente nas ideias positivistas – aquelas aferradas à “ordem e progresso” –, na maneira como foram recepcionadas por parte das elites brasileiras desde a República, notadamente no Rio Grande do Sul de Vargas.

A Constituição brasileira de 1934³⁰ incluiu a previdência dentre as garantias da legislação trabalhista, dedicando algumas disposições no Título IV, “Da ordem Econômica e Social”:

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

(*omissis*)

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

(*omissis*)

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

A Constituição de 1937³¹ instituiu em seu texto original seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho, além de determinar como dever das associações de trabalhadores a prestação de auxílio ou assistência a seus associados, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos

²⁹ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 36.

³⁰ BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, diário oficial de 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.

³¹ BRASIL, Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, diário oficial de 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.

seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais (artigo 137, alíneas “m” e “n”, revogados por Decreto em 1942).

Além dessas disposições quanto à proteção social, a Constituição de 1937³² instituiu a Justiça do Trabalho, com o objetivo de *“dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social”* (artigo 139).

De 1934 a 1945, foram criados diversos institutos de previdência, tais como os institutos dos marítimos, dos comerciários, dos industriários, dos bancários e dos estivadores³³.

De acordo com Castro³⁴, no ano de 1945, o Decreto-lei nº 7.526 tencionava o estabelecimento de um verdadeiro sistema de Previdência Social, uma vez que propunha a uniformização das normas a respeito dos benefícios e serviços devidos por cada instituto de classe, com a criação do Instituto de Serviços Sociais do Brasil (ISSB), com clara influência das diretrizes dos Relatórios de Beveridge.

A propósito, o mencionado relatório havia sido elaborado por William Henry Beveridge na Grã-Bretanha, em 1942, e propunha um amplo sistema de proteção ao cidadão, universalizando a proteção social e propiciando amplo atendimento à saúde, bem como um sistema de proteção contra o desemprego para toda a população, contrapondo-se ao modelo de Otto von Bismarck, voltado a coberturas exclusivas aos trabalhadores que estivessem vinculados a algum sistema de proteção³⁵.

Entretanto, o projeto do ISSB não foi levado a cabo, pois o Decreto-lei nº 7.526 foi revogado no governo seguinte³⁶.

A Constituição de 1946³⁷ disciplinou a questão trabalhista e previdenciária em um mesmo artigo (artigo 157), assegurando: *“XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”*.

³² BRASIL, Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, diário oficial de 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.

³³ ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 62.

³⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 41.

³⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 12/14.

³⁶ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 39.

³⁷ BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, diário oficial de 19 set. 1946, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.

Em 26 de agosto de 1960 é promulgada a Lei Ordinária nº 3.807³⁸, a qual, após intensos debates acerca do problema da unificação das contribuições e planos de previdência dos diversos institutos, consolidou toda a legislação previdenciária existente na Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS³⁹.

Segundo OLIVEIRA⁴⁰, por meio da LOPS estabeleceu-se um único plano de benefícios, amplo e avançado, e findou-se a desigualdade de tratamento entre os segurados das entidades previdenciárias e seus dependentes.

Embora estabelecesse a obrigatoriedade de inscrição dos segurados, a LOPS não unificou os diversos institutos de previdência existentes, os quais provinham das estruturas da Ley Eloy Chaves, e estavam organizados basicamente por categorias profissionais, coexistindo com diversas Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs), Montepios, dentre outras entidades previdenciárias.

Atendo à crescente importância das caixas de previdência, em 1963 o Prof. Rio Nogueira formou uma equipe de professores de Cálculo Avançado e Matemática Atuarial, que iniciou um processo de racionalização da previdência complementar brasileira⁴¹.

A iniciativa de Rio Nogueira deu origem à empresa STEA – Serviços Técnicos de Estatística e Atuária Ltda, que viria a se tornar uma das mais importantes consultorias atuariais do país, responsável pelo desenvolvimento técnico da PETROS – Fundação Petrobrás de Seguridade Social, dentre outras, bem como pelo desenvolvimento de modelo atuarial parametrizado, que permitiu a reprodução de milhares de simulações atuariais em curto espaço de tempo, chamado PROGRAMA MAIOR, o qual foi considerado pela então Secretaria de Estatística e Atuária, uma das mais importantes inovações da ciência atuarial⁴².

Em novembro de 1966 é publicado o Decreto-lei nº 72⁴³, o qual unificou os Institutos de Aposentadoria e Pensões, criando o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), órgão do governo federal que passou a ser responsável por gerir um

³⁸ BRASIL. Lei Ordinária nº 3.807 de 26 de agosto de 1960. **Diário Oficial**. Brasília, 05 set. 1960. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%203.807-1960?OpenDocument>. Acesso em: 25 out. 2014.

³⁹ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 39.

⁴⁰ OLIVEIRA, Antonio Carlos de. **Direito do Trabalho e previdência social**: estudos. São Paulo, LTr, 1996. p. 113. *Apud*: CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 42.

⁴¹ STEA. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.stea.com.br/default.php>>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁴² STEA. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.stea.com.br/default.php>>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁴³ BRASIL. Decreto-lei nº 72 de 21 de novembro de 1966. **Diário Oficial**. Brasília, 22 nov. 1966, RET. 01 dez. 1966, RET. 13 dez. 1966. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%2072-1966?OpenDocument>. Acesso em: 25 out. 2014.

sistema geral de previdência social, estando vinculado ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Conforme explica Cassa, até aquela época ainda não era reconhecida à previdência importância suficiente para merecer um ministério específico, sendo que a agenda trabalhista era muitas vezes predominante⁴⁴.

Ainda no ano de 1966 é editado o Decreto-lei nº 73⁴⁵, que institui o Sistema Nacional de Seguros Privados, diploma legal que se aplica também às entidades abertas de previdência complementar, criando-se a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, e o Sistema Nacional de Seguros Privados – SNSP⁴⁶.

Nas décadas de 60 e 70 as bases do Sistema Financeiro são estabelecidas com a criação de entidades controladoras e regulamentadoras:

O Conselho Monetário Nacional foi criado pela Lei nº 4.595/64. O mesmo acontecendo com o Banco Central do Brasil. O Conselho Nacional de Seguros Privados e a Superintendência de Seguros Privados, sobrevieram com o mesmo Decreto-lei nº 73/66. A Bolsa de Valores com a Res. BCB nº 39/66 e a Comissão de Valores Imobiliários, com a Lei nº 6.385/76⁴⁷.

Apesar da evolução legislativa e regulamentar quanto à seguridade complementar, algumas entidades, principalmente montepios, organizadas durante a segunda metade do século XX, seguiam submetidas ao Código Civil de 1916 e a algumas normas comerciais e de seguro privado⁴⁸ sem sistematização legislativa, assim permanecendo até o ano de 1977 com a promulgação da Lei 6.435⁴⁹, que veio dispor sobre as entidades de previdência privada.

A nova lei que, segundo informação da STEA⁵⁰, teve como grande responsável o professor e atuário Rio Nogueira, passou a disciplinar a constituição, organização e funcionamento das instituições de previdência complementar,

⁴⁴ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 40.

⁴⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 73 de 21 de novembro de 1966. **Diário Oficial**. Brasília, 22 nov. 1966, 13524. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%2073-1966?OpenDocument>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁴⁶ ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 62.

⁴⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 27.

⁴⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 27.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 6.435 de 15 de julho de 1977. **Diário Oficial**. Legislativo, Brasília, 20 jul. 1977, p. 9193. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6435.htm>. Acesso em: 07/02/2015.

⁵⁰ STEA. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.stea.com.br/default.php>>. Acesso em: 25 out. 2014.

introduzindo no ordenamento jurídico a necessidade de avaliação atuarial para os planos de benefícios.

A regulamentação da referida lei ocorreu em seguida à sua edição, pelos Decretos nº 81.240/1978⁵¹ (entidades fechadas), nº 81.402/1978⁵² (entidades abertas), bem como por várias resoluções da Secretaria de Previdência Complementar e Superintendência de Seguros Privados⁵³.

Sob o ponto de vista estritamente legal, a Lei nº 6.435/1977 era o que faltava para diferenciar os planos de previdência de entidades de previdência privada do Regime Geral de Previdência Social, vinculado inicialmente ao Ministério do Trabalho e Previdência Social, bem como dos regimes próprios de previdência de servidores públicos e militares.

Embora editada em período da história brasileira caracterizado, segundo Dalmau⁵⁴, como militar-empresarial, a Lei nº 6.435/1977 logrou sistematizar de forma bastante avançada para o período a previdência privada brasileira, criando órgãos normativos e executivos encarregados de cuidar deste sistema, estabelecendo a legislação aplicável, dando disposições especiais acerca dos planos e dos participantes, e regulando o funcionamento das entidades, assim como a responsabilidade dos administradores.

Na década seguinte, o movimento pela redemocratização avançou até lograr a inversão do regime autoritário, no final dos anos oitenta, inversão esta marcada pela eleição de Tancredo Neves à Presidência (que foi sucedido após falecer por José Sarney), e consolidada fundamentalmente pela edição da Constituição de 1988⁵⁵.

⁵¹ BRASIL. Decreto nº 81.240 de 20 de janeiro de 1978. **Diário Oficial**. Executivo, Brasília, 24 jan. 1978, p. 1337. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%2081.240-1978?OpenDocument>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁵² BRASIL. Decreto nº 81.402 de 23 de fevereiro de 1978. **Diário Oficial**. Executivo, Brasília, 24 fev. 1978. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%2081.402-1978?OpenDocument>. Acesso em: 25 out. 2014

⁵³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 27/28.

⁵⁴ DALMAU, Rúben M. **Los procesos constituyentes latino-americanos y el nuevo paradigma constitucional**. IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C., nº 25, 2010, pp. 7-29, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. México. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222977001>>. Acesso em: 28 out. 2014.

⁵⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, 27 ed. p. 88/90.

O texto original da Constituição de 1988⁵⁶ referia-se expressamente à Previdência Privada apenas em três dispositivos: a) artigo 21, inciso VII – *competência da união para fiscalização*; b) artigo 192, inciso II – *comando de regulamentação por lei complementar sobre atividade de previdência e capitalização*; e c) artigo 201, § 8º – *proibição de subvenção ou auxílio do Poder Público às entidades de previdência privada com fins lucrativos*.

Recorde-se que no início da década de 90 vivia-se período de grande instabilidade econômica, sendo que foram adotadas uma série de medidas para tentar controlar a inflação e permitir o desenvolvimento do país.

Uma das medidas que favoreceu a Previdência Privada foi a modificação da metodologia de cálculo dos rendimentos da poupança, com a instituição da Taxa Referencial para a correção dos valores depositados em cadernetas de poupança.

Tal providência fazia parte de um pacote para desindexação da economia e visava também conferir competitividade para os investimentos privados (Lei nº 8.177/1990⁵⁷) e para os planos de previdência.

A preocupação com a instabilidade também influenciou outras grandes reformas previdenciárias naquele período.

Pulino⁵⁸ assevera que nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição Cidadã, cresceu no país a preocupação com o aumento dos custos estatais, como ocorria nos demais países latino-americanos, propiciando a implementação de reformas previdenciárias, sendo a Emenda Constitucional nº 20⁵⁹, de 15 de dezembro de 1998 um marco destas reformas no Brasil.

Referida emenda introduziu uma série de modificações no texto constitucional, conceituando este subsistema de previdência e estabelecendo diversos dispositivos, desenhando um verdadeiro “regime de previdência privada”:

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

⁵⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Legislativo, Brasília, DF, diário oficial da união de 05 out. 1988, p. 1 (anexo). Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed>>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁵⁷ BRASIL. Lei Ordinária nº 8.177 de 01 de março de 1991. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 05 mar. 1991. p. 1.

⁵⁸ PULINO, Daniel. **Previdência Complementar: Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 111/114.

⁵⁹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998. **Diário Oficial**. Legislativo, Brasília, DF, 16 dez. 1998 (Caderno Eletrônico). Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/emc%2020-1998?OpenDocument>. Acesso em: 25 out. 2014.

reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

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

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

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

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

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

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

A Emenda Constitucional nº 20/1998, também alterou a Constituição de 1988 no artigo 40, parágrafos 14 a 16, passando a prever a possibilidade de adesão a fundos de previdência complementar também para os agentes públicos e ocupantes de cargos efetivos e vitalícios⁶⁰.

Cassa⁶¹ explica que a Previdência Social divide-se em três regimes: i) o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de filiação obrigatória para os empregados celetistas, administrado pelo INSS; ii) o regime próprio dos servidores públicos e militares, com regras distintas do RGPS; e iii) o Regime de Previdência Privada, de filiação facultativa, operada por entidades de direito privado, que tem por finalidade proporcionar o pagamento de benefícios semelhantes ao RGPS, complementando os dois primeiros regimes.

⁶⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 107.

⁶¹ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 43.

Esses três segmentos de previdência fazem parte de um todo unitário, a Previdência Social (artigo 40 c/c Título VIII – da Ordem Social; Capítulo II – da Seguridade Social), e, embora se diferenciem entre si, possuem finalidades semelhantes, estabelecidas pela Constituição de 1988.

Segundo Pulino⁶², a Emenda Constitucional nº 20/1998 proporcionou uma maior regulamentação da previdência privada a nível constitucional, com o objetivo de preparar as estruturas normativas para o desenvolvimento do setor a longo prazo, preservando a autonomia privada no empreendimento previdenciário, que é uma característica do setor, presente desde a Lei nº 6.735/1977, tendo inclusive restringido o papel do Estado à atividade normativa e reguladora.

Dispondo destas novas regras constitucionais e infraconstitucionais, as quais organizaram a Previdência Privada no bojo da Previdência Social e conferiram-lhe maior competitividade, os planos de previdência privada alcançaram o novo milênio, com aumento nas adesões e nos aportes realizados, especialmente após a estabilização da economia⁶³.

2.1.3 Século XXI

A Constituição de 1988⁶⁴ havia determinado ao legislador que regulasse o Regime de Previdência Privada mediante lei complementar (artigo 202, *caput* e artigo 40, § 15).

De acordo com Balera, cumprindo o determinado pela Constituição, o legislador complementar reconfigurou a matéria, de forma a “engastá-la no sistema de seguridade social”⁶⁵.

Assim, veio a lume no mês de maio de 2001 a Lei Complementar nº 108⁶⁶ – a qual dispõe sobre a relação entre a União, os Estados o Distrito Federal, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mistas e outras entidades públicas e

⁶² PULINO, Daniel. **Previdência Complementar: Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 116.

⁶³ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 44.

⁶⁴ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Legislativo, Brasília, DF, diário oficial da união de 05 out. 1988, p. 1 (anexo). Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed>>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁶⁵ BALERA, Wagner. **Competência Jurisdicional na Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 9.

⁶⁶ BRASIL. Lei Complementar nº 108 de 29 de maio de 2001. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, DF, 30 mai. 2001, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp108.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.

suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar; bem como a Lei Complementar nº 109⁶⁷, a qual dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar.

Cassa⁶⁸ explica que a Lei Complementar nº 109/2001 significou grande avanço para o setor, estabelecendo a aplicabilidade de institutos modernos como o da Portabilidade, Benefício Proporcional Diferido, Autopatrocínio e Resgate, inovando também ao abrir a possibilidade de implantação de Planos de Benefícios estabelecidos por instituidor.

Houve avanço também no setor de previdência complementar dos servidores públicos. Em 30 de abril de 2012 foi sancionada a Lei Ordinária nº 12.618⁶⁹, a qual instituiu, segundo o Ministério da Previdência Social⁷⁰, o regime de previdência complementar para os servidores da União.

Seguindo os ditames constitucionais, a Lei nº 12.618/2012 fixou limite máximo para concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o artigo 40 da Constituição de 1988, vinculando-o ao teto do Regime Geral de Previdência, bem como autorizou a criação de três entidades fechadas de previdência complementar – de direito público – denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud).

Com isso, os servidores públicos federais admitidos após a instituição destes fundos, terão suas aposentadorias do Regime Próprio limitadas ao teto do Regime Geral de Previdência Social, podendo, se assim desejarem, aderir ao plano de previdência oferecido ao seu segmento, os quais admitem contribuição do empregador, limitada ao valor da contribuição do participante.

A situação dos servidores públicos vinculados a outros entes federativos depende da instituição por lei de regime de previdência complementar, a fim de que as aposentadorias possam ser limitadas ao teto do RGPS, bem como para que seja franqueada a possibilidade de complementação pelo regime capitalizado.

⁶⁷ BRASIL. Lei Complementar nº 109 de 29 de maio de 2001. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, DF, 30 mai. 2001, p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.

⁶⁸ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 45.

⁶⁹ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.618 de 30 de abril de 2012. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 02 maio 2012, p. 2.

⁷⁰ MELO, Ana Carolina de. **PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**: Funpresp é aprovada pelo plenário do Senado. Brasília, 2012. Disponível em <<http://www.mps.gov.br/vejaNoticia.php?id=45880>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

Por mais que possa parecer uma diminuição de direitos para os servidores públicos, tais modificações previdenciárias dão cumprimento à ordem constitucional de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas de previdência, bem como valorizam o desenvolvimento da previdência privada, a qual constitui fundos de investimento para aplicação dos recursos, implicando, também, em mais investimentos financeiros para o país.

No que se refere à Previdência Privada, há um avanço significativo no século XXI, tanto no setor de entidades fechadas, como visto acima, quanto no setor de planos abertos, sendo que o número de participantes de planos de previdência privada vem apresentado crescimento constante⁷¹.

Passa-se de um papel de complementação, para se tornar a principal alternativa de investimento de longo prazo para garantir renda complementar ao Regime Geral, sendo que em 2013 a FENAPREVI apontou para cerca de 12 milhões de contratos ativos⁷².

De acordo com Paixão⁷³, o aumento da expectativa de vida, as limitações dos outros regimes de previdência, e o ambiente regulatório favorável são as principais causas de aumento da demanda dos planos de previdência privados.

Contudo, o número de participantes que usufruem dos benefícios ainda é consideravelmente pequeno. No setor de planos abertos ao público foram computadas no ano de 2013, 131 mil pessoas usufruindo de prestações previdenciárias desta espécie, incluindo-se pagamento de aposentadoria, pecúlio, pensão, renda por invalidez e renda a menores⁷⁴.

Verifica-se que entre as décadas de 90 e início dos anos 2000 a expansão do setor de previdência privada em suas múltiplas vertentes se deu no campo das adesões e dos aportes investidos no sistema pelos participantes e por empresas patrocinadoras.

⁷¹ FENAPREVI. Federação Nacional de Previdência Privada e Vida. **Estatística de 07/2005**. Disponível em: <<http://www.fenaprevi.org.br/Site/1281/25051.aspx>>. Acesso em: 30 out. 2014.

⁷² FENAPREVI. Federação Nacional de Previdência Privada e Vida. **Previdência complementar aberta acumula R\$ 18,9 bilhões no 1º trimestre**. Disponível em: <<http://www.cnseg.org.br/fenaprevi/servicos-apoio/noticias/previdencia-complementar-aberta-acumula-18-9-bilhoes-no-1-trimestre.html>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

⁷³ PAIXÃO, Leonardo. **A Previdência Associativa e o Capitalismo Social**. In Papel dos fundos de pensão na formação da economia brasileira: capitalismo social. São Paulo: Abrapp / ICSS / Sindapp, 2007, p. 53-80. Disponível em: < http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081013-161946-316.pdf>. Acesso em: 31 out. 2014.

⁷⁴ FENAPREVI. Federação Nacional de Previdência Privada e Vida. **Previdência complementar aberta acumula R\$ 18,9 bilhões no 1º trimestre**. Disponível em: <<http://www.cnseg.org.br/fenaprevi/servicos-apoio/noticias/previdencia-complementar-aberta-acumula-18-9-bilhoes-no-1-trimestre.html>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

No entanto, ainda não se verificou o aumento da massa de beneficiários deste sistema, que, até esta etapa, encontra-se em formação.

Isso talvez explique a razão de movimentos como o da defesa dos Direitos do Consumidor (ex. criação do Molony Committe on Consumer Protection na Inglaterra⁷⁵), e do Meio Ambiente (ex. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo⁷⁶), cujo deslançar remonta às décadas de 60 e 70, somente passam a interceder em discussões sobre os contratos de previdência privada no Século XXI.

Prova disso é a data da edição da Súmula nº 321 do Superior Tribunal de Justiça, que remonta ao dia 05/12/2005, dispondo que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”⁷⁷.

A sustentabilidade, sob a perspectiva de continuação das atividades empresariais de forma mais harmônica com a natureza, passou a agregar valor econômico para o mercado e para as próprias empresas, tal como se verifica, por exemplo, nas iniciativas como a da BM&FBOVESPA de implementar um indicador de sustentabilidade⁷⁸.

Nesse sentido, a importância dos fundos de pensão para investimentos mais responsáveis, social e ambientalmente, não passa despercebida aos olhares mais atentos⁷⁹.

Novos desafios são colocados ao Estado Brasileiro em matéria de previdência, sendo que muitos projetos estruturais, com princípios estabelecidos na Constituição de 1988, passam a ser confiados às entidades de previdência privada.

Devido à internacionalização da atividade bancária⁸⁰ e à importância econômica dos fundos, notam-se, ainda, importantes avanços para as relações internacionais, como a criação da Organização Internacional de Supervisores de

⁷⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 208.

⁷⁶ MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 52.

⁷⁷ MIRAGEM, Bruno. **Os Contratos de Previdência Privada e o Código de Defesa do Consumidor na Visão do Superior Tribunal de Justiça**. In: Revista de Direito do Consumidor, 2011, RDC 78, p. 315/337.

⁷⁸ BM&FBOVESPA. **Guia de Sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/novo-valor/pt-br/download/guia-de-sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

⁷⁹ REIS, Adacir. **Fundos de pensão e mercados de capitais**. Aldacir Reis (Org.). São Paulo: Editora Peixoto Neto, 2008. p. 21.

⁸⁰ KRUGMAN, Paul; OBSTFELD; Maurice. **Economia internacional**. [tradução Eliezer Martins Diniz]. 8 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, p. 461.

Pensão⁸¹ e o Comitê Trabalhador em Pensões Privadas⁸², vinculados à Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE).

2.2 TRANSFORMAÇÕES DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

2.2.1 Quadro institucional dos planos de benefícios

A história da Previdência Privada remete a iniciativas datadas dos séculos XVI e XVII, e passa por um processo de ampla estruturação jurídica no século XX, inclusive no âmbito da organização do Estado Brasileiro (modificações introduzidas na Constituição de 1988).

O século XXI se inicia com um sistema promissor de prevenção contra diminuição da renda na velhice, incapacidade para o trabalho e infortúnios diversos, englobando trabalhadores da iniciativa privada e servidores públicos.

A experiência brasileira mostra que as entidades de previdência privada, ou seus ancestrais históricos, foram evoluindo até encontrar sistematização legal, o que se explica pelo fato de que o Direito Brasileiro é de tradição *Civil law* (romano-germânica), estruturado a partir de leis escritas, com tendência à codificação⁸³.

O Direito Americano difere do brasileiro na medida em que, além de encontrar fundamento no *Statute law* (lei escrita), que é o direito codificado pelo legislador, também se baseia no *Common law* (direito construído pela experiência), que é o direito criado pelo juiz⁸⁴.

Nesse sentido, a evolução dos *pension plans* (planos de pensão) americanos pode ser contada mais sob o prisma da casuística, enquanto que a evolução dos planos brasileiros tem como grande fonte de transformações a lei escrita.

⁸¹ INTERNACIONAL ORGANISATION OF PENSION SUPERVISORS. **Países**. Disponível em: <<http://www.iopsw.org/researchbycountry/>>. Acesso em: 31 out. 2014.

⁸² WORKING PARTY ON PRIVATE PENSIONS. **Private pensions**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/finance/private-pensions/privatepensionsoecdclassificationandglossary.htm>>. Acesso em: 31 out. 2014.

⁸³ FAIS, Juliana M. **Common law em relação ao Direito Brasileiro**. In: Iniciação Científica, CESUMAR, Jan./Jun. 2006, vol. 8, nº 01, p. 25/34. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/iccesumar/article/viewFile/120/58>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

⁸⁴ FAIS, Juliana M. **Common law em relação ao Direito Brasileiro**. In: Iniciação Científica, CESUMAR, Jan./Jun. 2006, vol. 8, nº 01, p. 25/34. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/iccesumar/article/viewFile/120/58>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

Conforme lição de Póvoas, nos Estados Unidos da América os planos de previdência nasceram no âmbito das empresas, e se desenvolveram em razão das limitações do sistema de proteção social governamental⁸⁵.

Não obstante, registre-se que também no *Statute law* norte-americano se fez necessária ampla regulamentação da Previdência Privada, cujo marco legal passou a ser a *Employee Retirement Income Security Act – ERISA* (1974)⁸⁶.

A ERISA dedica-se principalmente à proteção dos participantes, com estabelecimento de deveres para o administrador e padrões mínimos de reservas e garantias para os planos⁸⁷.

Embora forneça regras gerais de segurança e transparência, o diploma editado pelo Congresso Americano aplica-se para os planos de previdência de funcionários oferecidos e mantidos por seus empregadores, não disciplinando diretamente a atividade das seguradoras de vida.

Isso porque, segundo Póvoas, historicamente as seguradoras de vida americanas souberam criar esquemas de cobertura que satisfizeram as necessidades dos empregados que contrataram seus serviços⁸⁸.

Pelo fato de a norma ser afeta às relações trabalhistas, o papel de regulamentação e fiscalização dos *pension plans* é exercido pelo *Department of Labor* (Departamento do Trabalho) americano⁸⁹.

Na década de 70 o Brasil também experimentava crescimento dos planos de benefícios, sendo que a experiência norte-americana com a ERISA foi uma das inspirações para a edição da lei nº 6.435/1977⁹⁰.

Segundo Cassa, com esta lei objetivou-se regulamentar os montepios, direcionar a poupança previdenciária para o mercado de capitais e disciplinar o funcionamento das entidades do setor⁹¹.

A lei nº 6.435/1977 consignou expressamente os objetivos da ação do poder público no âmbito dos planos de previdência complementar:

⁸⁵ POVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 106/108.

⁸⁶ UNITED STATES, Department of Labor. **Employee Retirement Income Security Act – ERISA**. Disponível em: <<http://www.dol.gov/dol/topic/health-plans/erisa.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

⁸⁷ POVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 126/128.

⁸⁸ POVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 134.

⁸⁹ UNITED STATES, Department of Labor. **Employee Retirement Income Security Act – ERISA**. Disponível em: <<http://www.dol.gov/dol/topic/health-plans/erisa.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2014.

⁹⁰ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 44.

⁹¹ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 44.

Art. 3º A ação do poder público será exercida com o objetivo de:

- I - proteger os interesses dos participantes dos planos de benefícios;
- II - determinar padrões mínimos adequados de segurança econômico-financeira, para preservação da liquidez e da solvência dos planos de benefícios, isoladamente, e da entidade de previdência privada, em seu conjunto;
- III - disciplinar a expansão dos planos de benefícios, propiciando condições para sua integração no processo econômico e social do País;
- IV - coordenar as atividades reguladas por esta Lei com as políticas de desenvolvimento social e econômico-financeira do Governo Federal.

A partir da entrada em vigor dessa lei, nenhuma entidade de previdência complementar pôde ser constituída sem autorização do poder público, passando-se a exigir a observância de regras atuariais e financeiras específicas, cuja produção foi delegada ao Sistema Nacional de Seguros Privados, mais especificamente ao seu órgão normativo, o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) – criado pelo Decreto-lei nº 73⁹² de 21 de novembro de 1966.

A Lei nº 6.435/1977 foi regulamentada pelos Decretos nº 81.240/1978⁹³ e pelo Decreto nº 81.402/1978⁹⁴.

O Decreto nº 81.240/1978 disciplinou a atividade das entidades fechadas, criando o Conselho de Previdência Complementar – CPC (órgão normativo e recursal), e a Secretaria de Previdência Complementar - SPC (órgão executivo e fiscalizatório), ambos vinculados ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

No ano de 2009 o Conselho de Previdência Complementar recebeu modificações introduzidas pela Lei nº 12.154⁹⁵, passando a se chamar Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPc), mantido seu papel de órgão regulador. A mesma lei criou a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) – autarquia especial vinculada ao MPAS, voltada à fiscalização e supervisão das entidades fechadas.

⁹² BRASIL. Decreto-lei nº 73 de 21 de novembro de 1966. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 22 nov. 1966, 13524. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0073.htm>. Acesso em: 08 nov. 2014.

⁹³ BRASIL. Decreto nº 81.240 de 20 de janeiro de 1978. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 24 jan. 1978, p. 1337. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D81240.htm>. Acesso em: 08 nov. 2014.

⁹⁴ BRASIL. Decreto nº 81.402 de 23 de fevereiro de 1978. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 24 fev. 1978, 002793 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D81402.htm>. Acesso em: 08 nov. 2014.

⁹⁵ BRASIL. Lei nº 12.154 de 23 de dezembro de 2009. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 23 dez. 2009, p. 1 (edição extra). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L12154.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

Para as entidades abertas a regulamentação se deu com o Decreto nº 81.402/1978, a qual confiou ao Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP – a atividade de órgão normativo e consultivo, e à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP – a atividade de órgão executivo e fiscalizatório.

Tais atividades compreendiam também a fixação de diretrizes e normas de política para os planos de benefícios e o estabelecimento de características gerais para tais planos (artigos 8º e 35)⁹⁶.

Em síntese, o sistema de previdência privada desenhado na década de 70 passou a ser necessariamente capitalizado, baseado em regras atuariais e financeiras, criadas pelo Sistema Nacional de Seguros Privados, com diretrizes financeiras traçadas também pelo Conselho Monetário Nacional e outros órgãos estatais, tendo órgãos normativos e executivos específicos para as entidades fechadas e entidades abertas de previdência, mas com semelhanças de objetivo, que era o de racionalização dos planos de previdência.

O texto original da Constituição de 1988 trouxe disposições referentes à previdência privada relacionadas à fiscalização, regulamentação e proibições quanto a aportes estatais, situando-a no Sistema Financeiro Nacional (artigo 192, inc. I).

Foi somente com a Emenda Constitucional nº 20/1998 que se estruturou com mais profundidade o sistema privado, atribuindo-lhe papel de complementação do RGPS e dos RPPS e inserindo-a como um dos pilares da Seguridade Social Brasileira.

Facultativos e baseados em reservas que garantam os benefícios contratados, os planos de previdência privada brasileiros receberam nova regulamentação, por lei complementar, no ano de 2001 (Leis Complementares nº 108 e 109 de 2001).

A Lei Complementar nº 109 de 2001, principal diploma de regulamentação do sistema, a exemplo do que já havia feito a sua antecessora (Lei nº 6.475/1977), consignou expressamente os objetivos da ação do Estado no setor, acrescentando o objetivo de harmonizar as atividades reguladas com as políticas previdenciárias e de desenvolvimento social e econômico-financeiro; a necessidade de equilíbrio dos planos de benefício isoladamente considerados; o dever de transparência e a aplicação de penalidades para os infratores (artigo 3º).

Foi mantida com a regulamentação levada a efeito em 2001 a fórmula de exercício das atividades de normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades de previdência complementar, as quais continuaram sendo

⁹⁶ BALERA, Wagner (Org.). **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 55.

exercidas pelos mesmos órgãos reguladores e fiscalizadores específicos para as entidades abertas, de um lado, e para as entidades fechadas, de outro (artigo 5º).

Ademais, atuam como órgãos reguladores do sistema de uma forma geral o Conselho Monetário Nacional (CMN), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Secretaria de Receita da Fazenda (SRF)⁹⁷.

2.2.2 Estrutura básica dos planos de benefícios

Conforme definições básicas (glossário) da SUSEP, plano é “o conjunto de direitos e obrigações, conforme descrito no Regulamento e na respectiva Nota Técnica Atuarial (NTA)”⁹⁸.

O plano de benefícios não se confunde com a entidade gestora ou com o segmento de previdência privada, não tendo personalidade jurídica própria⁹⁹.

Trata-se de um conjunto complexo de normas e medidas financeiras, organizacionais e previdenciárias, conjugadas com o objetivo de proporcionar ao participante “benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único” (artigo 36 da Lei Complementar nº 109/2001).

Os planos de benefícios podem ser acessíveis a qualquer pessoa física (entidades abertas), ou restritos a determinados grupos de profissionais (entidades fechadas).

Uma mesma entidade de previdência privada pode instituir e operar diversos planos. Porém, cada plano de benefícios deve ser necessariamente independente, devendo haver plena segregação contábil, financeira, econômica e atuarial¹⁰⁰.

O esquema financeiro de manutenção dos planos de benefícios se dá pela capitalização, baseado em reservas que garantam o benefício, nos termos do artigo 202 da Constituição de 1988.

De acordo com Durand, o funcionamento financeiro das instituições de Seguridade Social fez necessário o emprego de técnicas atuariais que, na prática,

⁹⁷ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 97.

⁹⁸ SUSEP, Superintendência de Seguros Privados. **Definições Básicas – Glossário**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

⁹⁹ BALERA, Wagner (Org.). **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 56.

¹⁰⁰ BALERA, Wagner (Org.). **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 57.

foram reconduzindo em dois tipos fundamentais: a de Capitalização e a de Repartição¹⁰¹.

Pelo sistema de repartição o financiamento da Seguridade Social se organiza ano por ano, sendo que a quantia global das contribuições que ingressa no curso do ano é repartida para os beneficiários do sistema deste mesmo ano, de modo que o total de contribuições cubra a totalidade de despesas do sistema¹⁰².

O sistema de capitalização se baseia na reserva das contribuições dos segurados durante longo período de tempo, para fins de acumulação de um capital. Este capital, aumentado pelo jogo de interesses contrapostos, deve permitir que num determinado dia seja feito o pagamento das prestações correspondentes. Este sistema se inspira em técnicas próprias de desenvolvimento, acentuado o caráter individual de seguro, haja vista que cada segurado obtém sua correspondente proteção por meio de seu próprio esforço¹⁰³.

Os planos de benefícios brasileiros são necessariamente capitalizados, sendo que, embora haja liberdade para a criação de modalidades de planos que combinem modalidades diferentes de investimento e de pagamento dos benefícios, existem elementos que são comuns a todos os planos.

Conforme doutrina de Póvoas¹⁰⁴, definições básicas (glossário) da SUSEP¹⁰⁵, e novas disposições da Lei Complementar nº 109/2001 – analisadas por Balera¹⁰⁶, constituem elementos estruturais, comuns a todos os planos de benefícios brasileiros, os seguintes institutos:

Regulamento: instrumento jurídico que disciplina os direitos e as obrigações da instituição de previdência, do participante e dos beneficiários, bem

¹⁰¹ DURAND, Paul. La política contemporânea de seguridad social. Coleccion de Seguridad Social, tradução de José Vida Soria. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad de España, 1991. Edição do original em francês: La politique contemporaine de sécurité sociale. Paris: Dalloz, 1953. *Apud*: AMARAL FILHO, Léo do. **Previdência Privada Aberta**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 196.

¹⁰² DURAND, Paul. La política contemporânea de seguridad social. Coleccion de Seguridad Social, tradução de José Vida Soria. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad de España, 1991. Edição do original em francês: La politique contemporaine de sécurité sociale. Paris: Dalloz, 1953. *Apud*: AMARAL FILHO, Léo do. **Previdência Privada Aberta**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 196.

¹⁰³ DURAND, Paul. La política contemporânea de seguridad social. Coleccion de Seguridad Social, tradução de José Vida Soria. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad de España, 1991. Edição do original em francês: La politique contemporaine de sécurité sociale. Paris: Dalloz, 1953. *Apud*: AMARAL FILHO, Léo do. **Previdência Privada Aberta**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 196.

¹⁰⁴ POVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 163/217.

¹⁰⁵ SUSEP, Superintendência de Seguros Privados. **Definições Básicas – Glossário**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

¹⁰⁶ BALERA, Wagner (Org.). **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 55/93.

como as características gerais do plano, sendo obrigatoriamente entregue ao participante no ato da inscrição, como parte integrante da proposta de inscrição.

Certificado: documento onde constarão 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.

Bases técnicas: parâmetros definidos pelos órgãos normativos que o atuário tem que considerar na elaboração do plano de custeio, podendo incluir as tábuas biométricas (mortalidade, sobrevivência, doença e invalidez), tábuas de secessão, taxa de juros atuarial, carregamento, o regime financeiro, as reservas técnicas, dentre outros.

Transparência: consistente no pleno acesso do participante às informações relativas à gestão de seu respectivo plano.

Equilíbrio Atuarial: avaliação atuarial que deve ser feita periodicamente por profissional legalmente habilitado, a fim de assegurar a capacidade de projeção dos recursos financeiros necessários para a garantia dos benefícios previdenciários oferecidos.

Reservas técnicas, provisões e fundos: obrigação inerente aos planos de benefícios previdenciários, compreendendo-se por reservas técnicas as importâncias destinadas a cobrir os benefícios assegurados; por provisões as reservas especiais constituídas por diferentes propósitos, todos eles com o objetivo de assegurar o pagamento de benefícios do plano de previdência; e por fundos, aqueles constituídos para finalidades extraordinárias, como o fundo de solvência.

Aplicações financeiras: aplicação financeira de recursos por meio da realização de investimentos nos mercados financeiro e de capitais, segundo critérios fixados pelo órgão regulador desses mercados, o Conselho Monetário Nacional, com padrões específicos para as entidades abertas e entidades fechadas de previdência privada.

Nota Técnica Atuarial: documento que contém a descrição e as bases técnicas do plano a que se refere o respectivo regulamento.

Contratação de resseguro: contratação opcional pela entidade de seguro para os excessos de responsabilidade que excederem os limites de capacidade de indenizar do plano.

Taxas: taxa de carregamento (a qual incide sobre os aportes) e taxa de administração (a qual é cobrada sobre o capital), podendo haver cobrança de ambas ou de só uma delas.

2.2.3 Modelos básicos de planos de benefícios

O artigo 7º da Lei Complementar nº 109/2001 (fonte inclusive das entidades fechadas dos entes federativos – artigo 2º da Lei Complementar nº 108/2001), atribui ao órgão regulador e fiscalizador a fixação de padrões mínimos, destinados a assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial; estabelecendo, ainda, as modalidades básicas de planos de benefícios previdenciários¹⁰⁷:

Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de **benefício definido**, **contribuição definida** e **contribuição variável**, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar. (destaquei)

A referência a três tipos de planos (benefício definido, contribuição definida e contribuição variável) não implica em afirmar que outros tipos de planos não possam ser instituídos, uma vez que a própria redação legal aborda a possibilidade de regulamentação de *“outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar”*¹⁰⁸.

Os planos de benefício definido, como a própria denominação sugere, são aqueles em que se conhecem previamente os valores dos benefícios futuros de aposentadoria, sendo que *“as contribuições dos participantes e das pessoas jurídicas são capitalizadas em padrões pré-fixados, de forma a alcançar os benefícios futuros”*¹⁰⁹.

Com efeito, as metas pré-fixadas nem sempre são atingidas, o que pode gerar um descompasso financeiro para o plano estruturado nessa modalidade, implicando em déficit e comprometendo os benefícios assegurados aos participantes.

¹⁰⁷ AMARAL FILHO, Léo do. **Previdência Privada Aberta**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 195.

¹⁰⁸ BALERA, Wagner (Org.). **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 68/69.

¹⁰⁹ BALERA, Wagner (Org.). **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 69.

De início havia uma grande oferta de planos de benefícios definido (BD), mas com o passar do tempo os riscos dessa modalidade de plano previdenciário vieram à tona, levando a sua escassez e ao crescimento de oferta de planos de contribuição definida (CD).

Os planos CD diferem dos BD em razão de o participante não conhecer previamente a renda a ser paga a título de aposentadoria, havendo apenas uma expectativa de renda, que será determinada apenas quando alcançado o período de gozo do benefício, pois a base de cálculo do valor do benefício programável corresponderá à totalidade das contribuições vertidas para o plano de benefícios¹¹⁰.

Nos planos CD, em geral, a reserva técnica é individualizada por participante, de forma que as provisões técnicas de um não impliquem diminuição ou majoração das provisões técnicas mantidas para outro participante do mesmo plano¹¹¹.

Algumas características dos planos de benefícios definido podem ser mescladas com outras dos planos de contribuição definida, gerando-se planos “mistos”. Em geral, tal combinação ocorre com determinação de contribuição definida na fase de acumulação e benefício na fase de gozo. Ao ingressar no plano e durante o pagamento das contribuições – que são definidas – o participante não sabe qual será o valor de seu benefício. Ao término da fase de acumulação, verifica-se o valor da reserva constituída e, com isso, determina-se a renda programada que ele deverá receber.

Os planos de contribuição variável (CV) são aqueles nos quais os padrões para determinação do benefício são fixados previamente, sendo que o valor da contribuição poderá variar, conforme a variação dos padrões pré-fixados para o benefício assegurado.

No âmbito das entidades fechadas de Previdência não existe tanta criatividade na estruturação de planos de benefícios como ocorre com as entidades abertas, haja vista que os planos não são comercializados pelas entidades fechadas, as quais geralmente oferecem planos nas modalidades BD, CD e CV¹¹².

De acordo com Gaudenzi¹¹³, isso ocorre porque os planos de benefícios operados por entidades fechadas de previdência complementar são estruturados de

¹¹⁰ BALERA, Wagner (Org.). **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 69.

¹¹¹ BALERA, Wagner (Org.). **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 69.

¹¹² CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 154.

¹¹³ GAUDENZI, Patrícia B. L. **Tributação de Investimentos em Previdência Complementar Privada – Fundos de Pensão, PGBL, VGBL, FAPI e outros**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 79.

acordo com o perfil do grupo de pessoas a que se destina, a atividade laboral por elas desenvolvida e a cobertura previdenciária que se procura oferecer, não havendo “produtos” ou “modelos” de planos (como o Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL, por exemplo).

Com relação às entidades fechadas de previdência privada dos servidores públicos, por força de expressa determinação constitucional (artigo 40, § 15, da Constituição de 1988), os planos de benefício somente podem ser estruturados a partir de plano de contribuição definida.

2.2.4 Planos de benefícios criados pelo Mercado

De acordo com o artigo 7º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 109/2001, as entidades de previdência, sejam elas abertas ou fechadas, podem criar outras modalidades de planos além daquelas três vistas anteriormente.

Como não poderia deixar de ser, foi no âmbito das entidades abertas que se criaram outras modalidades de planos.

Além daqueles já existentes, há sempre a possibilidade de criação de novos planos, os quais ficam sujeitos à aprovação do órgão fiscalizador competente.

2.2.4.1 Fundo Gerador de Benefício (FGB)

De acordo com Cassa, no âmbito das entidades abertas, *“segundo a mesma linha observada no contexto das entidades fechadas, os planos de benefício definidos foram os primeiros a surgir”*¹¹⁴.

Tais planos partiam da certeza de que alcançariam rentabilidade com a aplicação dos respectivos recursos financeiros que garantiria o pagamento do benefício e, por haver concorrência entre as entidades abertas, fixou-se uma rentabilidade real máxima de 6% ao ano¹¹⁵.

Entretanto, com a estabilização da moeda brasileira na década de noventa, fruto da implementação do plano real e outras medidas que redesenharam a economia nacional, observou-se que a rentabilidade das aplicações financeiras passou a ser menor do que a esperada, colocando em risco a atividade das entidades abertas¹¹⁶.

¹¹⁴ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 167.

¹¹⁵ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 167.

¹¹⁶ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 167.

Com o objetivo de amenizar esta situação, a SUSEP aprovou o Fundo Gerador de Benefício Livre, estruturado como plano de contribuição definida, que afasta o risco atuarial, tolerando apenas o risco financeiro¹¹⁷.

Neste plano, também chamado de plano “*tradicional*”, o cálculo do benefício do participante é feito ao final do período de acumulação, com base no valor acumulado de sua reserva¹¹⁸, e os recursos do participante são misturados às reservas da entidade, implicando menor visibilidade e segurança¹¹⁹

Conduto, manteve-se ainda a garantia de rentabilidade de IGPM mais 6% ao ano, o que é um rendimento considerável.

Do ponto de vista das entidades abertas, tais planos não se revelaram vantajosos, apresentando muitos riscos, de modo que passou-se a buscar uma alternativa mais segura, que acabou culminando na criação do Plano Gerador de Benefício Livre¹²⁰.

2.2.4.2 Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL)

O PGBL surgiu no Brasil em 1988 e foi regulamentado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados em 2001. “*Foi o sucessor do FGB e marcou o fim dos planos BD e CD, com promessa de rentabilidade para as entidades abertas*”¹²¹.

Trata-se de um plano de contribuição variável, dividido em duas fases: a de acumulação (diferimento) e a de pagamento do benefício¹²².

Na fase de diferimento os recursos são remunerados por critério financeiro, que é a rentabilidade da carteira de investimentos do FIE (fundo de investimento especialmente constituído). Todos os rendimentos são repassados ao participante, mas não há garantia de rentabilidade. Assim, se o resultado do investimento for negativo o participante pode sofrer perdas e, se positivo, colherá os frutos¹²³.

Isso explica porque juridicamente é correto afirmar que a obrigação da instituição com relação a este plano é de meio, pois o compromisso é de gerir diligentemente os recursos para que o participante atinja o seu objetivo, sem garantia de resultados:

¹¹⁷ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 167.

¹¹⁸ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 167.

¹¹⁹ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 168.

¹²⁰ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 168.

¹²¹ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 168.

¹²² CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 168.

¹²³ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 168.

Nesse aspecto, o PGBL assemelha-se a um contrato de poupança simples, sem promessa de rentabilidade. Juridicamente, pode-se afirmar que a obrigação da entidade com relação a este produto é de meio, pois se compromete a gerir diligentemente os recursos para que o participante atinja o seu fim (receber o benefício), mas não lhe garante nenhum resultado¹²⁴.

De acordo com a modalidade de investimento existem três tipos de PGBL: o soberano (mais conservador, estruturado com aplicações em títulos públicos federais); o de renda fixa (composto de títulos de renda fixa públicos e privados, como debêntures e CDBs); e o composto (mais agressivo, podendo ter de 5% a 49% da carteira de investimento composta de ações e a outra parte de títulos públicos ou de renda fixa)¹²⁵.

O valor do benefício é calculado em função da provisão matemática de benefícios a conceder na data da concessão do benefício e do tipo de benefício contratado, de acordo com os fatores de renda apresentados na proposta de inscrição¹²⁶.

Ao final do período de diferimento o participante tem que escolher que tipo de pagamento deseja receber.

Até 26/08/2002 os planos padrões aprovados pela SUSEP ofereciam a opção de renda mensal vitalícia (a qual cessa com a morte do participante); renda mensal temporária (a qual cessa com o falecimento do participante ou com o término da temporariedade contratada, o que ocorrer primeiro); renda mensal vitalícia com prazo mínimo garantido (se ocorrer a morte do participante o benefício será pago aos beneficiários pelo prazo estabelecido); e renda mensal vitalícia reversível ao beneficiário indicado (caso ocorra a morte do participante durante a percepção desta renda, percentual do valor estabelecido na proposta de inscrição é revertido vitaliciamente ao beneficiário indicado)¹²⁷.

A partir de 26/08/2002 alguns PGBLs passaram a prever a possibilidade de reversão do benefício ao cônjuge com continuidade aos menores até que

¹²⁴ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 168/169.

¹²⁵ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 169.

¹²⁶ SUSEP, Superintendência de Seguros Privados. **Definições Básicas – Glossário**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

¹²⁷ SUSEP, Superintendência de Seguros Privados. **Definições Básicas – Glossário**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

complementem a maioria contratada (18, 21 ou 24 anos), conforme o Regulamento e conforme o percentual de reversão estabelecido¹²⁸.

Em 2008 a SUSEP aprovou PGBLs padrões que passaram a prever a possibilidade de pagamento único, um dia útil após o final do período de diferimento, calculado com base no saldo de provisão matemática de benefícios a conceder, bem como uma renda mensal por prazo preestabelecido ao participante ou assistido¹²⁹.

O PGBL possui características tributárias interessantes, como a possibilidade de deduzir até 12% das contribuições efetuadas ao plano sobre sua renda bruta no cálculo do Imposto de Renda (indicado para pessoas que declaram no formulário completo); e da não incidência de imposto sobre os rendimentos das aplicações durante a fase de acumulação, mas somente quando ocorre resgate ou pagamento de benefícios:

O PGBL tem, ademais, uma característica tributária interessante, que é o diferimento fiscal. O participante desfruta de uma vantagem no momento do aporte, que é a possibilidade de deduzir até 12% (doze por cento) do valor das contribuições efetuadas ao plano sobre sua renda bruta no cálculo do Imposto de Renda. Portanto, é indicado para pessoas que declaram o Imposto de Renda no formulário completo. Além disso, o pagamento de impostos sobre a reserva do PGBL somente ocorre quando há resgate ou pagamento de benefícios. Por isso, diz-se que existe o diferimento fiscal, ou seja, o pagamento de imposto posterior, o que permite que os rendimentos sejam ainda maiores, pois os recursos ficam no fundo de investimento obtendo rendimentos e livres do pagamento do imposto nesta fase, multiplicando-se a reserva acumulada¹³⁰.

Entretanto, ao final, o imposto de renda incide sobre o total do resgate ou benefício e não apenas sobre o valor da rentabilidade.

Há, ainda, outros produtos da mesma família do PGBL, com as mesmas características tributárias, mas com diferenças em relação ao período de acumulação: PAGP (Plano com Atualização Garantida e Performance); PRGP (Plano com Remuneração Garantida e Performance, que garante remuneração com taxa de juros e índice de atualização monetária previstos em regulamento); PRSA (Plano com Remuneração prevista em Regulamento mas sem garantia de Atualização) e PRI

¹²⁸ SUSEP, Superintendência de Seguros Privados. **Definições Básicas – Glossário**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

¹²⁹ SUSEP, Superintendência de Seguros Privados. **Definições Básicas – Glossário**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

¹³⁰ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 171.

(Plano de Renda Imediata, que garante, mediante contribuição única, o pagamento de benefício por sobrevivência sob a forma de renda imediata)¹³¹.

2.2.4.3 Fundo de Aposentadoria Programada Individual (FAPI)

Em 24 de julho de 1997 foram instituídos pela Lei nº 9.477 de 1997¹³² o Fundo de Aposentadoria Programada Individual – FAPI – e o Plano de Incentivo à Aposentadoria Programada Individual.

A criação desta modalidade de investimento teve como objetivo oferecer um produto de acumulação de recursos para uma finalidade específica, porém, com o contorno de um produto financeiro já conhecido pelo público, que é o fundo de investimento, administrado por um ente de forte presença e robustez, que é o banco¹³³.

Segundo Arruda¹³⁴, o FAPI não está sujeito à legislação específica que é aplicável aos planos de previdência privada, já que se trata de um programa especialmente desenvolvido por lei para incentivar investimentos.

O FAPI, a exemplo do que ocorre com os planos de benefício das entidades abertas, seguem diretrizes de investimento do Conselho Monetário Nacional, assim como da SUSEP.

Entretanto, pode ser instituído por instituição financeira e por seguradora, sendo mais simples do que um plano de benefício previdenciário, já que se resume a uma aplicação financeira em fundo de investimento, sem coberturas previdenciárias.

2.2.4.4 Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL)

De acordo com Cassa, “O VGBL surgiu em 2001, como alternativa tributária ao modelo estabelecido pelo então recém-criado PGBl”¹³⁵.

O VGBL caracteriza-se por ser um plano previdenciário, de contribuição variável, que foi estruturado como um seguro de vida com cobertura por sobrevivência¹³⁶:

¹³¹ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 171/172.

¹³² BRASIL. Lei Ordinária nº 9.477 de 24 de julho de 1997. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 25 jul. 1997. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.477-1997?OpenDocument>. Acesso em: 10 nov. 2014.

¹³³ GAUDENZI, Patrícia B. L. **Tributação de Investimentos em Previdência Complementar Privada – Fundos de Pensão, PGBl, VGBL, FAPI e outros**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 87.

¹³⁴ ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 102/103.

¹³⁵ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 172.

Nessa modalidade de seguro, diferentemente do que ocorre nos seguros de morte, se o segurado sobreviver após determinado prazo estabelecido entre as partes surge para a seguradora a obrigação do pagamento da indenização.

Entretanto, seguro não é, pois apesar de apresentar elementos de seguro, tal como prêmio (contribuição do participante), os recursos podem ser resgatados, fazendo com que o plano funcione como uma poupança ou mero investimento. Além disso, dependendo da opção de renda, não há mutualismo entre os participantes¹³⁷.

A grande diferença tributária se dá na incidência do imposto de renda apenas sobre os ganhos de capital, e não sobre o valor total do resgate ou benefício, pois o plano previdenciário está estruturado como se seguro fosse, sendo o pagamento do resgate ou benefício considerado indenização.

A não ser pela característica tributária, os planos da família VGBL, de que são exemplo também o VAGP (Vida com Atualização Garantida e Performance) e VRGP (Vida com Remuneração Garantida e Performance), são bastante similares quanto à sua estrutura financeira e atuarial, aos planos PGBL¹³⁸.

Como não permite a dedução do valor dos aportes da renda bruta para efeitos de declaração, é indicado para pessoas que trabalham na informalidade, que declaram imposto de renda no formulário simplificado ou que já utilizam a possibilidade de dedução de renda por outra razão¹³⁹.

2.2.5 Benefícios de risco

Consideram-se benefícios de risco as coberturas por morte, incapacidade temporária e invalidez, traduzidas na forma de pecúlios ou rendas¹⁴⁰.

Esclareça-se que os benefícios de risco nem sempre integram a proposta básica para a adesão ao plano de benefício, sendo muitas vezes necessário contratar à parte.

¹³⁶ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 172.

¹³⁷ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 173.

¹³⁸ GAUDENZI, Patrícia B. L. **Tributação de Investimentos em Previdência Complementar Privada – Fundos de Pensão, PGBL, VGBL, FAPI e outros**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 85.

¹³⁹ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. P. 173.

¹⁴⁰ SUSEP, Superintendência de Seguros Privados. **Definições Básicas – Glossário**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

2.2.6 Características gerais dos planos de benefício

Os planos de benefícios brasileiros antigos revestiam-se de mais garantias, visto que eram, em sua maioria, do tipo benefício definido.

Alguns atribuem à estabilização da economia a diminuição dos ganhos em investimentos no mercado de capitais, com a conseqüente revisão das práticas previdenciárias pelas entidades.

Sob o prisma legal, é possível verificar que o sistema de previdência privada foi construído para afastar os riscos de perdas financeiras da entidade de previdência, estancando-se os planos de benefício em fundos racionalmente constituídos, e direcionando os investimentos para contas individuais capitalizadas.

O fato é que os planos de benefício foram flexibilizados, sendo que parcela significativa dos planos oferecidos no mercado não oferecem garantia de rentabilidade, muito menos de valor da aposentadoria contratada.

Por outro lado, conforme visto nas vertentes históricas da previdência privada, a complementação da aposentadoria dos trabalhadores em geral e dos servidores públicos foi confiada a este sistema, do qual se espera a concessão de benefícios que atendam às necessidades dos participantes.

Assim, faz-se útil a análise do contrato de previdência privada com a atenção voltada à proteção dos participantes, bem como à proteção da sociedade de uma forma geral, conforme se procurará realizar nos capítulos seguintes.

3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS E O CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

3.1 NOÇÕES GERAIS DE DIREITO CONTRATUAL

O contrato é um dos pilares do Direito Civil, constituindo o principal instrumento jurídico da vida privada e do cotidiano das pessoas¹⁴¹.

O ser humano desde a mais remota antiguidade já se utilizava dos contratos para promover o intercâmbio entre as pessoas e os Estados¹⁴².

De acordo com Carnacchioni¹⁴³, o contrato sempre teve uma função social, que teve seu caráter alterado ao longo do tempo. Em tempos primitivos esta função estava relacionada ao contrato como mero instrumento de circulação de riquezas.

Nos primórdios do império romano a solenidade era a essência do contrato – *nudum pactum obligationem non parit* (o pacto sem forma não gera obrigações)¹⁴⁴.

Contudo, ainda na época romana clássica, os juristas passaram a interpretar os contratos com parâmetro na vontade reconhecível das partes, indagando-se sobre os fins visados por elas, sendo que a falta de acordo tornava nulo o contrato¹⁴⁵.

De acordo com Miragem¹⁴⁶, a noção de contrato como espécie de ato formal, cujo conteúdo é precisamente determinado pela vontade humana livre e consciente das partes contratantes, e que por essa razão obriga as partes, devendo ser inclusive respeitado por terceiros, decorre basicamente dos pressupostos teóricos e dogmáticos estabelecidos pela escola jurídica do jusracionalismo nos séculos XVII e XVIII.

¹⁴¹ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 506.

¹⁴² SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos: (teoria e prática)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 19.

¹⁴³ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 506.

¹⁴⁴ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos: (teoria e prática)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 19.

¹⁴⁵ CABRAL, Érico de Pina. **A “Autonomia” no Direito Privado**. Revista de Direito Privado. RDPriv 19/83. Jul.-set. 2004. . *In*: *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

¹⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 221.

Marques¹⁴⁷ explica que o direito canônico contribuiu de forma decisiva para o desenvolvimento da ideia de autonomia da vontade, pois para os canonistas a palavra dada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo.

Por outro lado, segundo a Autora, é na teoria do direito natural, que se encontra a base filosófica mais importante para a formação dos dogmas da concepção clássica de contrato: a autonomia da vontade e a liberdade contratual:

É na teoria do direito natural que encontramos, porém, a base teórico-filosófica mais importante na formação dos dogmas da concepção clássica: a autonomia da vontade e a liberdade contratual. Como ensina Reale, à luz do direito natural, especialmente devido às ideias de Kant, a pessoa humana tornou-se um ente de razão, uma fonte fundamental do direito, pois é através de seu agir, de sua vontade, que a expressão jurídica se realiza. Kant chegaria mesmo a afirmar que a autonomia da vontade seria “o único princípio de todas as leis morais e dos deveres que lhes correspondem”. Estas ideias de Kant tiveram muita influência na Alemanha à época da sistematização do direito e serão uma das bases da *Willenstheorie*, para a qual a vontade interna, manifestada sem vícios, é a verdadeira fonte do contrato, a fonte que legitima os direitos e obrigações dali resultantes, os quais devem ser reconhecidos e protegidos pelo direito¹⁴⁸.

Além disso, a Autora atribui à Teoria do Contrato Social de Rousseau – século XVIII, grande influência sobre o Direito Contratual, haja vista que por esta teoria se lança a ideia do contrato como base da sociedade politicamente organizada¹⁴⁹. Por esta teoria, a autoridade estatal encontra fundamento no consentimento dos sujeitos de direito, os cidadãos, os quais se agregam em sociedade para se preservarem.

Segundo Rodrigues Junior¹⁵⁰, outra importante fonte para o Direito Contratual durante o século XVIII foram os princípios da Economia Política Clássica, muitos dos quais teorizados por Adam Smith, a quem se atribuiu a idealização dos princípios da livre iniciativa e do Liberalismo. Tratava-se de uma nova era, em que o contrato, como instrumento para acumulação de riquezas, passou a superar alguns rígidos estamentos aristocráticos, galgando papel de maior importância.

¹⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 62.

¹⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 62.

¹⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.

¹⁵⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 4.

O Direito Contratual nascido neste período partia do pressuposto de que os indivíduos eram livres para limitar seus direitos da melhor maneira¹⁵¹, firmando contratos que atendessem seus interesses econômicos.

Este entendimento foi consagrado pelo Código Civil francês, o *Code Napoléon*, de 1804, ao estabelecer, em seu artigo 1.197, que “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*” (“os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que o celebram”)¹⁵².

Segundo Carnacchioni¹⁵³, “*tal modelo liberal se justificava por uma necessidade política da classe burguesa, a qual desejava estabilidade por meio dos contratos, sem qualquer ingerência estatal*”.

A força obrigatória dos contratos livremente firmados servia de fundamento para a doutrina da justiça e da solidariedade social, sendo que o Estado não podia intervir nas relações privadas. Assim, o voluntarismo e o liberalismo tornaram-se símbolos de igualdade e justiça social, e influenciaram profundamente as primeiras experiências de codificação do início do século XIX¹⁵⁴.

De acordo com Pereira¹⁵⁵, o Direito Civil do século XIX edificou a doutrina do contrato sobre a tese da igualdade jurídica das partes, desconhecendo as desigualdades econômicas.

O Código Civil Brasileiro de 1916¹⁵⁶, obedecia a uma lógica típica dos Oitocentos: “*o homem é o centro de todas as coisas e sua vontade o instrumento de criação ou extinção dos atos jurídicos*”¹⁵⁷.

A sociedade brasileira da época era patriarcal e agrária, o que determinou esta preocupação excessiva com o patrimônio e com os direitos do indivíduo¹⁵⁸.

¹⁵¹ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos**: (teoria e prática). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 19.

¹⁵² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 222.

¹⁵³ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 525.

¹⁵⁴ CABRAL, Érico de Pina. **A “Autonomia” no Direito Privado**. Revista de Direito Privado. RDPriv 19/83. Jul.-set. 2004. . In: *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reforma do Direito Civil**. Revista de Direito Civil, RDCiv 58/7, out.-dez. 1991. In: *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

¹⁵⁶ BRASIL. Lei Ordinária nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Coleção de Leis do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 24 nov. 2014.

¹⁵⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16.

¹⁵⁸ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 528.

Entretanto, no decorrer do século XX os postulados teóricos da autonomia da vontade e da doutrina econômica liberal sofreram muitas críticas pela doutrina e jurisprudência, revelando suas fraquezas:

Os postulados teóricos revelaram sua face oculta: a liberdade e a igualdade, ideias do modelo humano abstrato que os fundamentava, ocultavam a dependência e a desigualdade material dos indivíduos e dos grupos sociais. Descobriu-se que os desequilíbrios contratuais decorriam do excesso de individualismo e do voluntarismo. Reconheceu-se que o exagero do poder da vontade humana ocultava as necessidades da vida social, com os deveres e as relações de interdependência que ela implica¹⁵⁹.

Pereira¹⁶⁰ explica que se fazia necessária, então, uma reforma do Direito Civil, sendo que, em se tratando do Direito Contratual, tal reforma deveria abranger principalmente duas questões: a necessidade de maior compreensão das desigualdades econômicas das partes contratantes, com reforço ao princípio da equidade; e a necessidade de atualização para novas modalidades contratuais.

Era preciso absorver os avanços técnicos e morais conquistados no país, sendo que, na vida social e econômica, experimentavam-se situações de desequilíbrio e injustiça para as quais Código Civil de 1916 não fornecia soluções adequadas.

A necessidade de equilibrar os contraentes fez com que o Direito Moderno ressuscitasse a cláusula *rebus sic standibus* – também chamada de “Teoria da Superveniência”, ou “Teoria da Imprevisão”, a qual permite a revisão dos contratos por onerosidade excessiva quando, entre o ambiente objetivo em vigor na data da contratação, e o que impera no momento de sua execução, há uma mudança drástica que torna o cumprimento da obrigação por uma das partes excessivamente oneroso, ao mesmo tempo que proporciona, ao outro, benefício exagerado¹⁶¹.

¹⁵⁹ CABRAL, Érico de Pina. **A “Autonomia” no Direito Privado**. Revista de Direito Privado. RDPriv 19/83. Jul.-set. 2004. . In: Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

¹⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reforma do Direito Civil**. Revista de Direito Civil, RDCiv 58/7, out.-dez. 1991. In: Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

¹⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reforma do Direito Civil**. Revista de Direito Civil, RDCiv 58/7, out.-dez. 1991. In: Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

De acordo com Rodrigues Junior¹⁶², o início dos debates acerca da cláusula *rebus sic standibus* no Direito Privado Brasileiro deu-se no princípio do século XX, por meio de artigos e ensaios pioneiros, destacando-se os trabalhos de José de Castro Magalhães, de 1920, e de Jair Lins, do ano de 1923.

O Código Civil de 1916 e o Código Comercial¹⁶³ nada previam acerca da imprevisão, sendo que a questão era invocada com frequência nos tribunais, mas com pouca aceitação das cortes brasileiras¹⁶⁴.

A discussão acerca da imprevisão e de muitos outros assuntos caros à reforma do Direito Civil acompanhou a história da reforma do Direito Privado brasileiro durante o século XX, a qual somente se tornou realidade no ano de 2001, com a aprovação pelo Congresso Nacional do anteprojeto de Código Civil de 1972¹⁶⁵.

Antes mesmo da aprovação do anteprojeto de Código Civil, a relação tradicional de obrigação já sofria transformações em sua estrutura jurídica.

Segundo Carnacchioni¹⁶⁶, em um sentido clássico, obrigação é apenas o vínculo jurídico formado por um sujeito, denominado credor, que poderia exigir do outro sujeito, devedor, o cumprimento de uma prestação, sendo que a obrigação se resumia em três elementos: 1) sujeitos; 2) vínculo jurídico; e 3) prestação – objeto da obrigação.

Entretanto, após a segunda metade do século XX e, no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, houve a necessidade de revisar esta relação tradicional, *“a fim de adaptá-la aos valores constitucionais, como dignidade humana, justiça social, solidariedade, igualdade substancial, função social, boa-fé objetiva, dentre outros”*¹⁶⁷.

O Código Civil de 2002¹⁶⁸ assumiu esta diretriz, a qual deriva em parte da função social da propriedade prevista na Constituição de 1988¹⁶⁹, dispondo

¹⁶² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 150.

¹⁶³ BRASIL. Lei do Império nº 556 de 25 de junho de 1850. **Coleção das Leis do Império do Brasil**. Poder Executivo, Rio de Janeiro/RJ, t. 11, p. 57/238, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.

¹⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 151/153.

¹⁶⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 154/158.

¹⁶⁶ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 29.

¹⁶⁷ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 525.

¹⁶⁸ BRASIL. Lei Ordinária nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.

¹⁶⁹ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos**: (teoria e prática). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

expressamente que: “art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

No tocante à relação contratual de previdência privada, Martinez afirma que “Observada a lei e o Regulamento básico, a vontade do participante é soberana; salvo quando afetada pela norma pública, ela é plena e deve ser respeitada”¹⁷⁰.

Cassa¹⁷¹ concorda com a aplicação do princípio da autonomia da vontade, por entender que, ao contrário do que ocorre no RGPS, na previdência privada vige a liberdade de escolha dos participantes, sendo a autonomia privada uma pedra angular deste sistema.

A questão, porém, não pode ser tratada em termos tão absolutos, pois até mesmo a manifestação de vontade do Participante, que adere a plano de previdência, pode não ser válida.

A ressalva da norma de ordem pública é uma boa saída encontrada por Martinez¹⁷² para exaltar a importância do princípio da autonomia da vontade no contrato de previdência privada, possibilitando a afirmação de que se trata de uma relação de direito privado, contratual.

Pode-se fazê-lo sem o receio de desnaturar a relação de previdência privada, diferenciando-a da relação de previdência do RGPS e dos RPPS – até porque a adesão é facultativa.

Contudo, não podem ser esquecidos os inúmeros princípios e regras específicas que incidem sobre tal tipo contratual, alguns extraídos do Direito Previdenciário e do Direito do Consumidor, apenas para fazer exemplo.

Isso porque, diante da Constituição de 1988 e da proliferação de microsistemas jurídicos – tal como a Lei Complementar nº 109/2001, o Estatuto do Idoso¹⁷³ e o Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁴ – o centro do direito privado não se encontra mais no Código Civil. Tal polo foi deslocado para a Constituição, que é a base dos princípios fundamentais do sistema jurídico¹⁷⁵.

¹⁷⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras lições de previdência complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 59.

¹⁷¹ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 69.

¹⁷² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras lições de previdência complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 59.

¹⁷³ BRASIL. Lei Ordinária nº 10.741 de 01 de outubro de 2003. **Diário Oficial**. Poder Legislativo, Brasília/DF, p. 1, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei Ordinária nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial**. Poder Legislativo, Brasília/DF, 12 set. 1990, p. 1 (suplemento). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.

¹⁷⁵ TEPEDINO, Maria Celina B. M. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista de Direito Civil, RDCiv 65/21, jul.-set.1993. *In*: Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática /

Nesse sentido, a dicotomia entre o direito público e o direito privado, que serviu para fundamentar o modelo liberal de Estado, pouco a pouco vai perdendo sua força, verificando-se importante atuação estatal na orientação dos processos econômicos e sociais.

O contrato sofreu profundas transformações, deixando de ser mero instrumento para a circulação de bens e serviços, para se tornar instrumento de promoção da dignidade humana.

Conforme se verá adiante, muitos princípios contratuais se desenvolveram na contemporaneidade, sendo fundamental analisar a ligação destes com o contrato de previdência privada.

3.2 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS INCIDENTES

De acordo com Lisboa¹⁷⁶, princípio é o componente essencial de um pensamento que autoriza a pessoa a desenvolver uma série de digressões sobre determinado fato: *“Sendo uma ideia ordenadora do sistema, imprime necessariamente o valor fundamental que o inspira, mas não possui um regime jurídico próprio porque não se confunde com estruturas normativas, embora a elas se integre”*¹⁷⁷.

A análise dos princípios contratuais contemporâneos não implica na negação dos princípios contratuais clássicos, até porque o contrato não pode prescindir da autonomia da vontade (ainda que limitada), da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) e do consensualismo (acordo de vontades).

Além disso, não há aplicação exclusiva de um princípio com afastamento dos demais, como se houvesse antinomia entre eles, visto que a antinomia é própria das normas, não dos princípios. Um determinado sistema é dotado de princípios que se complementam e atuam harmonicamente¹⁷⁸.

Conforme visto acima, os fundamentos jurídicos atuais do contrato diferem daqueles do Estado Liberal.

No Estado intervencionista (social e democrático), a função social do contrato implica na adequação do contrato aos valores constitucionais voltados para a

Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

¹⁷⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27.

¹⁷⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27.

¹⁷⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 28.

tutela e a proteção do ser humano (dignidade da pessoa humana, solidariedade das relações e igualdade substancial), fazendo com que as questões existenciais ganhem importância, embora o contrato ainda seja importante instrumento para circulação de riquezas¹⁷⁹.

Conforme explica Botrel¹⁸⁰, hodiernamente, o conjunto de direitos e deveres a que se vincula uma dada pessoa não interessa somente a ela, mas também à sociedade como um todo, destacando-se, no íntimo deste conjunto de direitos e deveres, a oponibilidade geral de uma existência digna.

Tal mudança de paradigma afetou diretamente os princípios contratuais, pois impôs ao contrato maior abertura para a análise de suas finalidades sociais.

Por outro lado, devido aos avanços econômicos e tecnológicos, o contrato não teve apenas a sua função alterada - as formas de contratar e de cumprir os contratos também mudaram.

De acordo com Marques¹⁸¹, na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade, o que corresponderia ao que se chama hoje de contratos paritários ou individuais.

Entretanto, segundo a Autora, na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou:

Os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos chamados *contratos de massa*, destacamos, desde a quarta edição, os *contratos de adesão*, e as *condições gerais dos contratos*, ou *cláusulas gerais contratuais* e os *contratos do comércio eletrônico com consumidores*¹⁸².

¹⁷⁹ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 547.

¹⁸⁰ BOTREL, Sérgio. **Principiologia Direito Obrigacional na Contemporaneidade**. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 346.

¹⁸¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 70.

¹⁸² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 70/71.

Segundo Miragem¹⁸³, o fenômeno da massificação dos contratos decorreu do desenvolvimento dos meios de produção e do comércio no segundo pós-guerra (pós-1945).

Tal desenvolvimento incorporou milhares de pessoas ao mercado de consumo, estabelecendo a necessidade de práticas comerciais e contratuais com os novos potenciais contratantes. Neste contexto, surgiu a própria identidade dessa massa de contratantes dos produtos e serviços oferecidos no mercado, os consumidores¹⁸⁴.

Por outro lado, a partir da identificação dos consumidores, foi também possível divisar uma dicotomia econômica e social na relação entre consumidores e fornecedores, dicotomia essa que antes era mais evidente apenas na relação entre empregadores e empregados¹⁸⁵.

E devido a esta nova situação de desequilíbrio nas relações, a teoria dos contratos sofreu transformações importantes, a fim de que fosse reconhecida a desigualdade na relação entre as partes, e, com isso, reequilibrado o contrato. A partir destas transformações é que diversos sistemas jurídicos passaram a implementar legislações específicas de proteção ao consumidor¹⁸⁶.

Cria-se, então, um direito de proteção do consumidor que, conhecendo suas limitações para a contratação, procura dar ao contrato tratamento mais objetivo, preocupado com os efeitos do contrato para as partes.

Os princípios contratuais contemporâneos foram forjados por fenômenos da contemporaneidade, tais como o fenômeno da globalização e da comunicação, que tornaram o contrato muito mais complexo, reclamando por um resgate da estabilidade jurídica.

Uma das respostas do direito para esta necessidade é o princípio da confiança contratual¹⁸⁷, o qual será analisado mais adiante, de forma conjugada com outros princípios contemporâneos.

Ressalte-se, porém, que não se ambiciona abordar todos os princípios contratuais contemporâneos, mas apenas os principais relacionados ao tema da previdência privada.

¹⁸³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 224.

¹⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 224.

¹⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 224.

¹⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 224.

¹⁸⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

3.2.1 Intervenção estatal

A intervenção estatal nos contratos é um fenômeno contemporâneo à passagem do Estado Liberal para o Estado Social, emanado da necessidade de se regular a desigualdade material existente por detrás da igualdade formal do século XIX¹⁸⁸.

A discussão sobre a medida de intervenção adequada instiga a pesquisa científica nas mais variadas áreas do conhecimento jurídico – v.g. grande objeto de estudo do Direito Econômico –, sendo que, no Direito Contratual, não deixa de ser bastante frutífera.

Para Gomes a intervenção estatal é necessária para corrigir excessos de individualismo contratual, e se concretiza pela regulação do *“conteúdo do contrato por disposições legais imperativas, de modo que as partes, obrigadas a aceitar o que está disposto na lei, não possam suscitar efeitos jurídicos diversos”*¹⁸⁹.

De acordo com Grau¹⁹⁰, a ação estatal sobre os contratos é de suma importância, dada a sua configuração como instituto fundamental da economia de mercado:

Isso porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica. Daí a sua transformação – dos contratos que se praticam na economia de mercado administrado, ordenado ou organizado – em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes, mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica.

Alguns autores, por isso mesmo, findam por apontar nos contratos verdadeiros instrumentos de política econômica, enfatizando René Savatier, que estão hoje transformados menos em uma livre construção humana do que em **uma contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia de um País**, arquitetura esta que o Estado de nossos dias passa, ele mesmo, a definir.

Os contratos, então, se transformam em condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contêm nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de

¹⁸⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 222.

¹⁸⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 36. *Apud*: RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 31.

¹⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 92.

soluções de desenvolvimento e justiça social, passam a ser sobre eles apostos¹⁹¹. (destaquei)

O contrato de previdência privada recebe parcela significativa de sua configuração de normas legais positivadas e de regulamentação produzida por órgãos normativos específicos, sendo voltado para a consecução de objetivos que não se limitam aos objetivos individuais do participante, abrangendo o interesse de toda a coletividade na aplicação dos recursos, bem como na proteção previdenciária privada.

3.2.2 Boa-fé

A perspectiva de um contrato juridicamente mais aberto à verificação de suas finalidades implica necessariamente em um exame detalhado das intenções das partes, bem como da conduta destas ao longo da relação contratual.

O Código Civil de 2002 determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (artigo 113), trazendo, ainda, outros cinquenta artigos que se utilizam da boa-fé para disciplinar situações jurídicas variadas.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé, ao lado do equilíbrio contratual, é uma das bases para a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo (artigo 4º, inciso III).

Pelo princípio da boa-fé, o contrato deve ser interpretado em seu conteúdo, a fim de apurar a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível, não devendo ser supervalorizada a linguagem literal do contrato¹⁹².

Além disso, o princípio da boa-fé não serve apenas para a interpretação do instrumento contratual, sendo importante referência para a boa conduta contratual.

Para Forgioni¹⁹³, cujo trabalho procura traçar uma teoria geral dos contratos empresariais, a boa-fé apresenta os seguintes desdobramentos práticos:

¹⁹¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 92/93.

¹⁹² GOMES, Orlando. **Contratos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 43. *Apud*: RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 31.

¹⁹³ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 109-111. *Apud*: SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos: (teoria e prática)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 46.

- (i) dever de oferecer à outra parte oportunidade para sanar o vício da prestação recebida, quando isso for possível e razoável;
- (ii) dever de cooperação, para possibilitar o adimplemento da obrigação pela contraparte;
- (iii) dever de conceder à contraparte oportunidade para correção de erros ou equívocos que poderiam trazer incerteza à relação;
- (iv) dever de modificar a prestação para realizar o interesse da contraparte, quando isso for possível com um mínimo de sacrifício;
- (v) dever de agir com coerência, mantendo a lógica dos próprios atos de forma a não frustrar a expectativa que germina na contraparte;
- (vi) proibição de exercitar direitos contratualmente assegurados de maneira formalmente lícita, mas substancialmente desleal ou danosa para a contraparte; e, por fim,
- (vii) proibição de tratamento discriminatório da contraparte¹⁹⁴.

Embora se tratem claramente de enunciados concernentes às relações empresariais, os desdobramentos práticos apontados acima trazem reflexões proveitosas para as relações contratuais.

A afirmação de que as partes devem agir com coerência, para não frustrar as expectativas que sua conduta gera na contraparte; ou a de que se deve modificar a prestação para realizar o interesse da contraparte, quando isso for possível com um mínimo de sacrifício; ou, ainda, a de que é vedado o exercício de direitos contratualmente assegurados, ainda que de maneira formalmente lícita, mas substancialmente desleal e danosa à contraparte, podem ser tidas como regras gerais de conduta, aplicáveis a qualquer relação contratual.

De acordo com Novais¹⁹⁵, há na doutrina quem faça distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, mas há também quem considere mencionada distinção desnecessária.

Para os defensores desta classificação, a análise da declaração de vontade do agente diz respeito ao princípio da boa-fé subjetiva, podendo ser citada, como exemplo do ordenamento pátrio, a usucapião de coisa móvel, cujo prazo é

¹⁹⁴ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 109-111. *Apud*: SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Contratos: (teoria e prática)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 46.

¹⁹⁵ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **O princípio da boa-fé e a execução contratual**. Revista dos Tribunais, RT 794/56, dez. 2001. In: *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

reduzido a três anos para a aquisição da propriedade se a posse do bem for a justo título e de boa-fé (artigo 1.260 do Código Civil de 2002).

Por outro lado, a boa-fé objetiva se aproximaria mais de um princípio ético, constituindo uma regra de conduta, baseada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses do outro, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente protegido¹⁹⁶:

Como o princípio da solidariedade social exige e impõe um comportamento ético em toda e qualquer relação jurídica, em especial naquelas de natureza privada, a boa-fé objetiva se transforma numa verdadeira norma de comportamento, um meta princípio, que transforma a confiança que a conduta gera em direito fundamental, que pode ser invocado na relação privada de natureza contratual (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)¹⁹⁷.

O contrato de previdência privada, assim como muitos outros contratos contemporâneos, reclama a incidência de princípios como o da boa-fé objetiva, visto se tratar de contrato cuja execução se difere no tempo, e cujo bem da vida almejado é a renda – ou complementação – de aposentadoria na velhice, bem este um dos mais caros ao ser humano.

Por se tratar de um contrato de longa duração, a análise da declaração de vontade no momento da formação do contrato não é suficiente para comprovar se as partes agiram com boa-fé no contrato, pois não há apenas um ato de manifestação de vontade, mas sim um complexo de pactos e de ações, formalizadas ou não, que vão pouco a pouco compondo o acervo contratual.

O princípio da boa-fé como um padrão de conduta, com raízes éticas, implicou na revisão do papel da autonomia da vontade, tornando a análise do contrato mais importante sob o ponto de vista objetivo, isto é, dos efeitos concretos que o contrato gera para as partes.

Com isso, enquanto a análise subjetiva do contrato vem tendo sua importância atenuada, já que o contrato deixou de ser apenas um produto da

¹⁹⁶ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **O princípio da boa-fé e a execução contratual**. Revista dos Tribunais, RT 794/56, dez. 2001. In: Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

¹⁹⁷ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 562.

engenhosidade humana, para se tornar também instrumento da arquitetura econômica de um determinado país¹⁹⁸, a análise objetiva do contrato ganha espaço.

Por este enfoque, as expectativas geradas pela conduta de uma parte sobre a outra – antes da contratação, durante e após a execução do contrato – passam a ter relevância sob o ponto de vista obrigacional:

A boa-fé significa, de acordo com a concepção solidária da nova teoria contratual, **uma atuação refletida, onde o outro parceiro é respeitado em suas expectativas, direitos e interesses legítimos. Tal princípio leva à interpretação de qualquer obrigação à luz das legítimas expectativas das partes.** Enfim, a boa-fé objetiva, cláusula geral de observância obrigatória, torna a confiança um direito fundamental¹⁹⁹. (destaquei)

Marques²⁰⁰ define as expectativas legítimas como o conjunto de circunstâncias cuja existência ou permanência é objetivamente típica ou necessária para aquele tipo de contrato ou para que aquele contrato em especial possa se constituir em uma regulamentação sensata, com razoável distribuição dos riscos.

Ou seja, excluídas aquelas circunstâncias que fazem parte dos riscos contratuais típicos, e excluídas as expectativas legítimas, se está diante de um contrato totalmente desequilibrado²⁰¹.

Como corolário da boa-fé objetiva, que ativa valores contratuais mais humanizados, a confiança passa a ser um direito fundamental para as relações contratuais, conforme se verá a seguir.

3.2.3 Confiança

A tutela da confiança pode ser tida como a tutela da expectativa legítima de uma parte gerada a partir da conduta da contraparte.

Essa proteção jurídica encontra fundamento na boa-fé objetiva, símbolo da evolução do contrato contemporâneo e da superação do paradigma liberal de contrato.

¹⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 93.

¹⁹⁹ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 563.

²⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 291.

²⁰¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 291.

De acordo com Miragem²⁰², a proteção da confiança é, atualmente, um dos mais importantes princípios de direito privado, sendo que isso decorre em razão de uma crise de confiança pela qual passa a sociedade de informação, cuja hipercomplexidade e hiperinformação dão conta de uma ruptura na crença em comportamentos tradicionais.

Segundo Lisboa²⁰³, o ordenamento brasileiro optou pela objetivação dos princípios da segurança e da confiança, embora não os tenha expressamente consagrado.

Até o advento da boa-fé objetiva, a confiança era uma dessas constantes do contrato detectada nos ordenamentos jurídicos de forma assistemática. Após a objetivação da boa-fé, a confiança ganhou o conteúdo da expectativa da conduta²⁰⁴:

Observando-se o “programa” traçado para o cumprimento das obrigações e a sua execução, assim como as circunstâncias em que cada conduta virá a ocorrer, chega-se ao juízo de valor do negociante. Firmando o contrato, terá ele de arcar com os efeitos daí decorrentes. É confiança refletida e mais racionalizada, focada na conduta que se espera do outro. É expectativa de conduta.

A análise da confiança ganha importância no plano da eficácia do negócio jurídico **porque confere ao acordo o que corresponde às expectativas legítimas das partes, aplicando-se referido princípio na responsabilidade civil pré-negocial, assim como na negocial e, ainda, na pós-negocial**²⁰⁵. (destaquei)

De acordo com Marques²⁰⁶, o princípio da confiança está intrinsecamente ligado ao princípio da responsabilidade, pois há clara interdependência e reflexos da atuação de todos na sociedade:

Em outras palavras, as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, fatos ou omissões, devem fazer nascer expectativas legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações. Para Larenz, o princípio da confiança tem suas raízes no personalismo ético: a pessoa livre, social e racional determinará a si mesma (*Selbstbestimmung*), responderá pelos seus atos (*Selbstverantwortung*) e respeitará a

²⁰² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 229.

²⁰³ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 32.

²⁰⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 33.

²⁰⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 33.

²⁰⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

dignidade das outras pessoas (*Achtung der Personwürde*), criando maior harmonia nas relações jurídicas²⁰⁷.

A proteção das expectativas legítimas dos contratantes, por implicar também na responsabilidade pré-contratual daquele, está relacionada à questão da aparência, que também encontra guarida no princípio da confiança.

Há quem sustente que a aparência é uma espécie de triunfo dos fatos sobre o direito; e que a aparência de um ato ou relação se substitui ao próprio contrato e por vezes é a verdadeira base do contrato²⁰⁸.

Com relação especificamente às relações de consumo, Miragem²⁰⁹ afirma que a proteção da confiança é, antes de tudo, uma resposta à massificação das contratações e das práticas negociais, pois desta massificação decorre a necessidade de uma referência objetiva, um padrão de qualidade e segurança que pode ser esperado por todos:

No primeiro caso, destacam-se os deveres impostos aos fornecedores no que se refere ao adequado esclarecimento e informação do consumidor sobre o conteúdo do contrato e, em determinadas situações, de suas consequências patrimoniais e pessoais para o consumidor (como, por exemplo, os deveres especiais de informação nos contratos de empréstimos e financiamento em geral). Já no que se refere aos deveres de segurança e qualidade dos produtos e serviços, dizem respeito tanto ao fundamento da responsabilidade dos fornecedores pelo fato do produto ou serviço (nos quais a presença do defeito assinala a violação do dever de confiança), quanto do vício do produto ou do serviço (na hipótese em que o produto ou serviço não servem para os fins que legitimamente dele se esperam, em razão de uma falha no processo de produção, distribuição ou oferecimento no mercado de consumo)²¹⁰.

De acordo com Lisboa²¹¹, o princípio da confiança negocial possui três funções:

²⁰⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

²⁰⁸ DANIS-FANTÔME, Anne. **Apparecen et contrat**. Paris: LGDJ, 2004. p. 2 ss. *Apud*: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 185.

²⁰⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 230.

²¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 230.

²¹¹ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 155/156.

- a) estabelecer uma relação de complementariedade com o princípio da boa-fé objetiva e demais princípios gerais do negócio jurídico;
- b) analisar se a expectativa legítima do confiante não foi correspondida; e
- c) viabilizar a reparação dos danos por violação dos direitos decorrentes da expectativa gerada no confiante.

Conforme pôde ser percebido, a confiança é “*elemento indispensável e comum à vida na sociedade hipercomplexa do século XXI*”²¹².

3.2.4 Equilíbrio

A questão do equilíbrio contratual não é nova para o Direito. Entretanto, a preservação do equilíbrio nem sempre foi admitida, sendo que o seu sentido jurídico na contemporaneidade apresenta algumas diferenças com relação às manifestações históricas de revisão.

De acordo com Rodrigues Junior²¹³, há que defenda que a revisão dos contratos guarda suas raízes mais remotas na codificação mesopotâmica, citando-se a Lei nº 48 de Hamurabi:

Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano²¹⁴.

O Autor explica que o Direito Romano também enfrentou o problema do equilíbrio contratual, sendo que “*no Digesto há diversos fragmentos apontados como continentes da ideia de imprevisão (Neratius XII.4.8; Africanus XLVI.3.38, e Paulus XXVIII.6.43)*”²¹⁵.

²¹² LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 35.

²¹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

²¹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

²¹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 35.

No entanto, segundo Ribeiro²¹⁶, a doutrina majoritária – aqui também incluído-se Rodrigues Júnior²¹⁷ – aponta a Idade Média como o período histórico no qual a concepção da flexibilização da força obrigatória dos contratos se assentou.

A revisão do contrato por desequilíbrio teria sido possibilitada pelo Direito Canônico, a partir do século XIII, notadamente em julgados dos Tribunais Eclesiásticos, sendo atribuída aos canonistas e pós-glosadores a gênese da expressão *rebus sic stantibus*²¹⁸.

Saraiva explica que a expressão latina *rebus sic stantibus* poderia ser traduzida por “*permanecendo as coisas assim (= no estado em que se encontram)*”²¹⁹.

Rodrigues Júnior²²⁰ assevera que a Revolução Francesa e o ideário do Liberalismo praticamente suprimiram a cláusula *rebus sic stantibus* dos direitos nacionais, culminando em um processo evolutivo oriundo da Idade Moderna e amplamente marcado pela valorização da autonomia privada. Neste período, somente eram admitidas rupturas dos pactos em razão do caso fortuito ou de força maior²²¹.

Contudo, de acordo com Ribeiro²²², no século XX, a revisão contratual por fato superveniente voltou a ganhar força, especialmente após as grandes guerras, que implicaram na impossibilidade de cumprimento de contratos administrativos, desvalorizações monetárias e escassez de mercadorias.

Pereira²²³ afirma que o resgate da cláusula *rebus sic stantibus* decorreu da necessidade de equilibrar os contraentes e prestigiar o princípio da equidade.

Para o Autor²²⁴, esta necessidade de reequilibrar as partes também fez com que o Direito Civil resgatasse o instituto da lesão, pelo qual pode-se invalidar um

²¹⁶ RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 323.

²¹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 37.

²¹⁸ RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 323.

²¹⁹ SARAIVA, Vicente de Paulo. **Expressões latinas jurídicas e forenses**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 705. *Apud*: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 36.

²²⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 42.

²²¹ RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 323.

²²² RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 323.

²²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reforma do Direito Civil**. Revista de Direito Civil, RDCiv 58/7, out.-dez. 1991. In: **Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática** / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

contrato quando alguém, por leviandade ou inexperiência, realiza negócio jurídico que proporciona à outra parte lucro patrimonial exagerado ou exorbitante da normalidade.

Além disso, afirma Pereira²²⁵ que o Código de Defesa do Consumidor, embora não se refira ao instituto da lesão, *“perfilha seus extremos, protegendo o consumidor (art. 51), quando cláusulas contratuais, iníquas e abusivas, colocam-no em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade”*.

Marques²²⁶, por outro lado, acredita que o fenômeno da proteção dos interesses econômicos do consumidor, seja através do controle de cláusulas abusivas, seja através desta procura de um novo equilíbrio contratual, é, em verdade, uma projeção dos princípios da confiança e da boa-fé positivados no CDC, e não, especialmente, da noção de lesão:

Concentrar-se no desequilíbrio apenas econômico do contrato de consumo seria uma visão limitada da noção de equidade contratual (*Vertragsgerechtigkeit*) imposta pelo CDC e pelo princípio da boa-fé objetiva. A noção há de ser mais ampla, pois o que se quer é o reequilíbrio total da relação, inclusive de seu nível de tratamento leal e digno, única forma de manter e proteger as expectativas legítimas das partes, que são a base funcional que origina a troca econômica²²⁷. (destaquei)

As diferenças de opinião quanto ao fundamento da proteção do consumidor, talvez possam ser melhor compreendidas a partir de breve análise de duas teorias que foram desenvolvidas para procurar explicar o fenômeno do desequilíbrio contratual por fato superveniente.

A opinião de Pereira²²⁸ é mais consentânea com a teoria da imprevisão²²⁹, de origem francesa, que prima pela revisão contratual por fato superveniente e imprevisível que torna o cumprimento do contrato extremamente difícil.

²²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reforma do Direito Civil**. Revista de Direito Civil, RDCiv 58/7, out.-dez. 1991. In: *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática* / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

²²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reforma do Direito Civil**. Revista de Direito Civil, RDCiv 58/7, out.-dez. 1991. In: *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática* / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

²²⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 289.

²²⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 289.

²²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reforma do Direito Civil**. Revista de Direito Civil, RDCiv 58/7, out.-dez. 1991. In: *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática* / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

Já a posição de Marques²³⁰ parte de pressupostos semelhantes aos pressupostos da teoria da base objetiva do negócio²³¹, de origem alemã, pois fundamenta-se na boa-fé:

A teoria da base do negócio jurídico foi apresentada e estruturada por Paul Oertmann. O ponto de partida da teoria da base do negócio é a concepção de que a sustentação do negócio jurídico fica comprometida quando as representações, suposições e expectativas das partes no momento de constituição da avença não se confirmam. Quando a representação mental (vontade encaminhada para constituição de um negócio jurídico) é aceita pelas partes define-se a base negocial. Esta representaria a soma dos componentes que levaram alguém a contrata²³².

Por este sentido, a teoria da base objetiva do negócio jurídico se assemelha muito à ideia do Direito Brasileiro de expectativas legítimas, bem como do princípio da confiança contratual, tratada no tópico anterior.

Uma grande contribuição da teoria da base objetiva é que ela considera as bases do negócio pressupostas no contrato, não interessando se as partes tinham ou não consciência da importância destas circunstâncias, diferentemente do que ocorre na teoria da imprevisão, de caráter mais subjetivo²³³.

Assim, o conceito de base do negócio jurídico se vincula com a finalidade real do contrato e procura saber se a intenção geral dos contratantes pode ainda se efetivar, em face das modificações econômicas sobrevindas²³⁴.

De acordo com Fiúza, os modernos procuraram ajustar estas teorias para os tempos atuais, daí surgindo várias teorias. No entanto, a maioria delas tem em

²²⁹ RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 324/326.

²³⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 289.

²³¹ RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 326/328.

²³² RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 327.

²³³ RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 327.

²³⁴ COUTO E SILVA, Clóvis. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 92. *Apud*: RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 327.

comum a imprevisibilidade de certo evento, que vem a destruir o equilíbrio do contrato, após sua celebração e antes ou durante a sua execução²³⁵.

O ordenamento jurídico positivou a resolução por onerosidade excessiva para os contratos de execução continuada ou diferida, com possibilidade de revisão equitativa pela outra parte favorecida com o desequilíbrio (artigo 478 do Código Civil de 2002), bem como incluiu como princípio das relações de consumo a busca pelo equilíbrio entre consumidores e fornecedores (artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor).

Tanto Marques²³⁶ quanto Rodrigues Júnior²³⁷ citam trecho de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, componente do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o qual enfrenta a questão da obrigatoriedade do contrato, possibilitando sua revisão:

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocam seu eixo do dogma da autonomia da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade das cláusulas, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos. [...] o primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior do que o de outros, e nos contratos de adesão, como é o caso dos autos, é mínimo o componente da vontade do aderente para estabelecer o conteúdo da avença (REsp 45.66-5/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.05.1994)²³⁸.

Com efeito, não está nos objetivos do presente trabalho analisar teorias da justiça ou realizar uma crítica do direito, procurando por explicações filosóficas.

Dito isso, esclareça-se que o julgado acima, ao permitir a revisão do contrato examinado, consignou que o primado da autonomia da vontade perdeu espaço para o exame da utilidade e justiça dos contratos, bem como que, na contemporaneidade, os contratos encontram sua eficácia na lei.

As transformações dos contratos, permitindo o exame de sua eficácia obrigatória, são fenômenos contemporâneos que afetam todos os contratos e, de

²³⁵ FIÚZA, César. **Novo Direito Civil**: curso completo de acordo com o Código Civil de 2002. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 318. *Apud*: RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. *In*: FIÚZA, César (Org.). Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos: por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 327.

²³⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 292.

²³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 196.

²³⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 292.

maneira especial, os de previdência privada. Isso porque tais contratos são tipicamente de adesão e seu cumprimento se prolonga no tempo, sujeitando os contratantes a diversas provações impostas por mudanças econômicas.

Por essa razão, os planos de benefício com garantia de rentabilidade atualmente são uma exceção dentre os planos oferecidos no mercado, sendo inclusive vedados para as instituições de previdência complementar dos servidores públicos, as quais somente têm autorização para constituírem planos de contribuição definida (artigo 40, § 15, da Constituição de 1988).

Hodiernamente, portanto, o risco do contrato de previdência está basicamente represado à conta capitalizada do participante, já que as entidades praticamente não oferecem mais planos de benefício definido.

Há o risco atuarial e financeiro de deficit do plano. Porém, com revisões periódicas e nota técnica atuarial, este risco dificilmente leva a entidade a efetivamente ocupar uma posição de desvantagem exagerada.

Até porque as entidades com frequência fazem revisões das contribuições dos participantes e dos benefícios, para restabelecer o equilíbrio financeiro e atuarial do plano – exemplo de aplicação do princípio do equilíbrio em favor das entidades.

Não obstante, aquele que está mais sujeito a ocupar a posição de desvantagem excessiva é o participante, que pode ter seus rendimentos de aposentadoria corroídos por modificações econômicas severas.

Sob o prisma do equilíbrio contratual, questiona-se se é aceitável que os riscos do contrato de previdência privada sejam exclusivamente do participante.

Marques enfatiza que a doutrina europeia contemporânea manifesta-se pela necessidade de uma razoável equivalência de prestações – em face do princípio da igualdade do direito privado – e da observância da cooperação e boa-fé – que implicam na existência de um dever geral de renegociação²³⁹.

3.2.5 Breve análise das transformações contratuais vistas por Ronaldo Porto Macedo Júnior²⁴⁰

De acordo com Macedo Júnior²⁴¹, as transformações ocorridas no direito contratual se operam em diversos níveis que se entrelaçam e se justapõem, sendo

²³⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 293.

²⁴⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 316 p.

que eles não podem ser corretamente compreendidos através de uma única causa geral como a massificação das relações contratuais, os contratos de adesão ou do intervencionismo estatal:

Muito embora tais fenômenos sejam muito importantes para compreender as transformações a que me refiro, entendo que a natureza das transformações não pode ser compreendida apenas a partir delas.

As transformações no direito contratual moderno ocorrem em três planos básicos: (a) o plano de inclusão de novos valores de bem-estar e justiça distributiva (*welfarismo contratual*); (b) o plano das mudanças do mercado e das formas de articulação da produção e distribuição de bens; e (c) o plano da mudança da racionalidade jurídica dominante que permite articular e conferir sentido às duas mudanças anteriormente mencionadas.

Macedo Júnior²⁴² vai além da análise dos enunciados, políticas e regras relativas às práticas contratuais, investigando a regra que constitui tais enunciados como enunciados de direito contratual, analisando a dimensão auto-reflexiva do direito, pensando sobre as condições de possibilidade de produção de enunciados jurídicos, isto é, realizando uma crítica do direito contratual.

Daí a advertência no sentido de que o presente trabalho não comporta, nesse estágio de pesquisa, um aprofundamento no assunto da crítica do direito contratual, sendo que a breve análise das transformações contratuais vistas por Ronaldo Porto Macedo Júnior, faz-se com o objetivo de expor algumas de suas conclusões, de forma resumida, para melhor delimitação da questão dos novos princípios contratuais.

A propósito, não se pode prescindir das considerações de Ronaldo Porto Macedo Júnior, pois o Autor optou metodologicamente pela análise do direito contratual e defesa do consumidor sob o enfoque dos princípios e não dos dogmas do direito contratual, sendo o seu trabalho uma referência teórica para o presente capítulo, dedicado aos princípios contratuais contemporâneos incidentes.

3.2.5.1 *Welfarismo* contratual

²⁴¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

²⁴² MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

No subcapítulo anterior (noções gerais de direito contratual), abordou-se um pouco da história do direito contratual, bem como os princípios que orientaram o direito contratual clássico, tais como o princípio da autonomia da vontade, da supremacia do acordo firmado a partir do mútuo consentimento e da liberdade²⁴³, com especial vigor entre os séculos XVIII e XIX.

De acordo com Macedo Júnior²⁴⁴, a teoria contratual tradicional, de inspiração liberal, ainda permanece influente e forte tanto nos tribunais quanto nos tratados e manuais de direito no Brasil e no debate jurídico ocidental.

Por outro lado, mudanças no paradigma contratual, na ordem do mercado e, conseqüentemente, na racionalidade jurídica, desafiam as teorias tradicionais.

Segundo o Autor, há uma íntima relação entre o direito contratual e a ordem de produção e de mercado de uma determinada sociedade:

Toda sociedade cria uma determinada ordem de organização e de distribuição da riqueza e do poder. O contrato, à medida que regula as transações econômicas, desempenha um papel fundamental na forma de alocação de poder e riqueza (produção e distribuição). Ademais, os contratos não apenas regulam as relações entre os agentes econômicos, como também desempenham um importante papel na formação e estruturação das instituições e agentes que atuam no mercado. Assim, instituições como a empresa, o sindicato, associações e redes produtivas acabam por exercer grande papel na alocação de riqueza e poder a partir de uma constituição contratual²⁴⁵.

A concepção liberal clássica de direito contratual está assentada na liberdade dos indivíduos, liberdade para escolher os termos do contrato e seu parceiro contratual, e liberdade para contratar ou não.

Por este sentido, o mercado seria o *locus* não da exploração, mas sim da harmonização das relações de reciprocidade e hierarquia, em que *status*, poder político e riqueza, força física ou moral não têm relevância, permitindo-se um ideal de igualdade.

Contudo, esta igualdade é de caráter eminentemente formal, não se reportando aos resultados finais da ordem de mercado²⁴⁶.

²⁴³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 44.

²⁴⁴ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 44/45.

²⁴⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 47.

²⁴⁶ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 50.

A concepção liberal clássica da justiça contratual referia-se à justiça da transação ou da troca, sendo pautada pelas ideias de liberdade, igualdade e reciprocidade, não permitindo o questionamento do resultado da transação²⁴⁷.

Entretanto, mudanças nas práticas contratuais afetaram profundamente os conceitos básicos que articulavam o pensamento contratual do final do século XIX.

Essas diversas mudanças nas relações contratuais implicaram na modificação do esquema de justiça distributiva, especialmente nos países industrializados, fenômeno este marcado pelo advento, no século XX, do *welfare state* como resposta aos problemas da ordem de mercado baseada na liberdade dos indivíduos.

Embora haja controvérsias sobre uma concepção contratual *welfarista*, pode-se afirmar que o direito contratual de traços *welfaristas* estaria baseado em regras e princípios de proteção da parte mais fraca.

Tal proteção poderia ser feita por duas estratégias, a primeira a partir de princípios que levem em consideração a condição da pessoa destinatária, e a segunda baseada em princípios que levem em consideração as necessidades de cada parte.

A segunda estratégia, aplicada a contratos de longa duração, pode ser mais intimamente associada com a preocupação de uma conduta racional das partes no mercado do que com qualquer consideração sobre os interesses das partes fracas:

A promoção da lealdade em contratos de longa duração pode ser mais intimamente associada com a preocupação com a conduta racional das partes no mercado do que com qualquer consideração com os interesses das partes fracas²⁴⁸.

Ressalta o Macedo Júnior²⁴⁹, porém, que correntes de interpretação neoliberais veem nas intervenções estatais nos contratos, na regulação positiva destes, e na criação de direitos como o direito do consumidor, instrumentos para correção de falhas de mercado, não reconhecendo que exista um caminho para uma economia solidária.

²⁴⁷ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 51.

²⁴⁸ WILHELMSSON, Thomas. **The philosophy of welfarism and its emergence in the modern scandinavian contract law**. In: BROWNSWORD, Roger; WOWELLS, Geraint; WILHELSSON, Thomas (ed.). *Welfarism in contract law*. Dartmouth Publishing, 1994. *Apud*: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

²⁴⁹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 54/57.

Conforme esclarece Macedo Júnior²⁵⁰, o direito social não completa lacunas do direito civil ou de qualquer outro ramo formal do direito. Ao revés, ele é essencialmente polêmico e contraditório, ou seja, não há um direito, mas direitos, impondo-se uma racionalidade jurídica que não cabe nos limites estritos e estreitos da racionalidade liberal.

Antes de trazer soluções que tornem o direito contratual mais simples, assim como outras leis de caráter social, o Código de Defesa do Consumidor introduz no interior do direito um conflito de grandes proporções²⁵¹.

Por outro lado, a própria noção de equilíbrio ganha novo significado no direito social:

A despeito da noção de equilíbrio ter surgido desde a antiguidade, ela ganha novo significado no âmbito do direito social. Ela está presente no conceito de justiça distributiva de Aristóteles e Platão. Todavia, diferentemente de como aparece na concepção platônica, na modernidade o equilíbrio não define uma essência, mas sim uma concepção polêmica e pragmática de justiça. A título de síntese seria possível destacar quatro características principais da regra de julgamento instaurada pela noção de equilíbrio. Em primeiro lugar ela designa um tipo de juízo que pondera a relação entre dois ou mais termos. No âmbito do direito contratual importa saber não mais apenas se o consentimento é válido e se a oferta foi aceita e outros requisitos formais atendidos, mas também avaliar a justiça da relação contratual.

(omissis)

Em segundo lugar, o juízo de equilíbrio deve ser **flexível e adaptável** à mudança social. (...) O conceito de excesso, por tal motivo, é análogo ao conceito de patologia.

(omissis)

Em terceiro lugar, o juízo em termos de equilíbrio pressupõe a justiça enquanto distribuição e alocação equitativa de vantagens e proveitos. (...) No âmbito do Direito Social ressuscita-se (evidentemente dentro de um novo solo epistemológico que lhe confere outra identidade) o conceito de **justo preço** de origem medieval, (...) constituído a partir de juízos coletivos. (...)

Para o direito social, importa, todavia, garantir que no jogo jurídico contratual haja **equilíbrio substantivo** (sociológico) entre as partes envolvidas.

(omissis)

Em quarto lugar, a ideia de equilíbrio implica na ideia de **escala e contrapesos**²⁵². (...) (destaquei)

²⁵⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 73.

²⁵¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 73/74.

²⁵² MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

Esta última regra de julgamento do princípio do equilíbrio na ordem do direito social, diz respeito à necessidade de socialização dos julgamentos, por critérios sociológicos e não filosóficos, que possam dar respostas a conflitos reais entre diversos direitos importantes (por exemplo, conflito entre direito de moradia e direito ambiental), seguindo a ideia de norma, enquanto a uma normalidade: “Assim, quem diz contratual diz normal e quem diz normal diz justo”²⁵³.

Entretanto, o Autor segue advertindo que a normalidade sempre parecerá puro arbítrio aos olhos de um liberal radical:

Afinal, quais são os limites da normalidade? Dada a própria natureza reflexionante da norma não pode haver uma resposta teórica geral para esta pergunta. É possível, contudo, mensurar a objetividade da normalidade com auxílio a métodos quantitativos (por exemplo atuariais ou de custo e benefício), estatísticos e encontrar princípios de justiça e equilíbrio presentes nos diversos ramos do direito contratual e nos vários conceitos de sua aplicação²⁵⁴.

Salienta o Macedo Júnior²⁵⁵, ainda, que no seio do *welfare state*, que tenta conciliar uma lógica econômica de mercado com princípios redistributivos de equilíbrio e solidariedade, há espaços para a coexistência de regras de julgamento de matriz liberal e de matriz social.

3.2.5.2 Noções sobre a teoria relacional e princípios decorrentes

De acordo com Macedo Júnior²⁵⁶, o contrato relacional, ao contrário do descontínuo que se encerra em um ato específico, prolonga-se no tempo, envolvendo várias operações diferentes. Um exemplo de contrato descontínuo é a compra de gasolina em uma rodovia. A transação é instantânea, completa, rápida e impessoal. Um exemplo de contrato relacional é o casamento tradicional, que envolve longo período de namoro, conhecimento, comunicação, aquisição de confiança, noivado, estabelecimento de objetivos comuns de longo prazo não exclusivamente econômicos, com cláusulas abertas e indeterminadas, tais como a divisão das tarefas do lar,

²⁵³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

²⁵⁴ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

²⁵⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 81.

²⁵⁶ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 122/282.

esforço pessoal para o bem-estar da família, compromissos no caso de doenças, frequência de relações sexuais etc.

O contrato relacional teria os seguintes elementos característicos:

Requer **relações primárias** em uma fase de conhecimento prévio.

Implica no **desconhecimento exato** da equivalência das trocas projetadas pelo futuro, não sendo possível às partes conhecer previamente o que obterão com o término da relação contratual (caso do contrato de previdência privada em geral).

O início e o término do contrato **podem não ser tão claros**.

Implica **em maior planejamento** quanto à performance no futuro, bem como com relação a condução de planejamentos futuros, assumindo o planejamento um caráter processual, à medida que vai regular a forma como a revisão e reformulação do planejamento vai se operar (exemplo: revisão do plano de custeio da previdência privada).

Exige **divisão de ônus e benefícios** entre as partes contratantes (ao contrário do que ocorre com o contrato descontínuo em que a relação é de troca total de riscos e ônus entre as partes).

Comprova a possibilidade de criação de **relações de solidariedade no mercado**, baseadas no princípio jurídico da cooperação e em valores comunitários.

Implica no reconhecimento da existência de **relações de poder** dentro do contrato e na identificação de categorias de agentes para melhor equacionamento da relação (por exemplo: categoria dos consumidores).

Implica no **direito de participação** das decisões contratuais como, por exemplo, a participação do consumidor nas decisões do fundo de pensão de diversas formas, tais como na designação de membro para o conselho diretor com direito a voto e fiscalização, na exigência de dados financeiros do plano, na requisição de auditorias ou avaliações, e, dentre outras, na forma de controle indireto pelo Ministério Público e demais autoridades competentes.

Exige que a **confiança** na outra parte seja depositada desde o início, sendo que a relação se dá com a **expectativa** do participante em um futuro predeterminado, proposto pelo planejamento, sendo esperadas também **dificuldades**, para as quais espera-se que haja soluções por meio de processos de cooperação e de resolução.

Macedo Júnior explica que para os contratos relacionais, a cooperação assume a posição de princípio básico, e a solidariedade impõe aos contratantes

agirem com base em determinados valores comunitários e não apenas segundo uma lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico:

Ora, os contratos relacionais, à medida que questionam os pressupostos microeconômicos neoclássicos do *Homo economicus*, apontam para uma dimensão não-acessória, mas sim central, do princípio jurídico da cooperação. Conforme visto, a estratégia de cooperação em muitos casos de contratação relacional constitui-se na obrigação principal, porquanto os elementos de preço, quantidade, prazo de entrega etc., deixam de ser perfeitamente definíveis *a priori*. Isto torna-se mais evidente nos contratos relacionais de cooperação *stricto sensu*, mas também é perceptível em outros tipos de contratos relacionais, à medida que contratos típicos passam a adquirir contornos mais relacionais.

Em síntese, o caráter acessório dos deveres de cooperação se transfigura, pois, de três maneiras. Em primeiro lugar, a cooperação assume um caráter central no contrato. Em segundo lugar, **o dever acessório de cooperação deixa de ser um princípio subsidiário na interpretação dos contratos**, que deve ser invocado apenas para preencher lacunas, quando os demais princípios básicos (autonomia da vontade, vinculatividade da obrigação, liberdade contratual etc.) não bastem para resolver o problema, **e passa a ser o princípio básico de todos os contratos relacionais**, ainda que sua importância varie conforme as circunstâncias particulares de cada caso. Por fim, o dever de **solidariedade impõe a obrigação moral e legal de agir em conformidade com determinados valores comunitários**, e não apenas segundo uma lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico²⁵⁷. (destaquei)

A aceitação da teoria relacional encontra resistência de análises como a dos custos de transação, que é orientada pelo objetivo de reduzir todos os custos das transações econômicas. Sob tal perspectiva, as negociações constantes, a necessidade de replanejamento e o aumento das formas de cooperação e solidariedade não passam de custos desnecessários para a otimização das relações econômicas.

Por outro lado, para o direito contratual relacional os princípios contratuais mais importantes são cooperação e solidariedade.

3.2.5.3 Teoria relacional e previdência privada

²⁵⁷ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 153.

De acordo com Macedo Júnior²⁵⁸, calcula-se que os fundos de pensão dos Estados Unidos da América constituem o maior bloco de capital do mundo com recursos atingindo em 1995 o montante de 1,7 trilhão de dólares. Também no Brasil os fundos de pensão ganham importância a cada dia.

Não obstante, no que diz respeito ao direito contratual, um dos grandes problemas envolvidos nos contratos para fundos de pensão refere-se à falta de mecanismos eficazes de controle sobre a gestão dos recursos que formam os fundos²⁵⁹.

O problema tem suas raízes no fato de que a propriedade e o controle da propriedade ficam separados no caso do contrato de previdência privada.

Com isso, há uma certa tendência de que os detentores do controle da propriedade, os administradores, busquem objetivos que não são exatamente os objetivos do participante.

Macedo Júnior²⁶⁰ ressalta, ainda, outros problemas relacionados à influência dos sindicatos, empresas e governo na destinação dos fundos, que podem tornar os mecanismos de controle inócuos ou até mesmo prejudiciais aos interesses dos consumidores.

Para lidar com esses problemas, propõe-se que seja garantida maior participação do contratante nas decisões quanto aos destinos dos recursos, bem como que haja melhor regulamentação dos investimentos.

Tais proposições decorrem das características dos contratos relacionais analisadas acima, consistindo em manifestações da necessidade de cooperação, planejamento, e participação.

Segundo Macedo Júnior²⁶¹, os contratos previdenciários, apesar de apresentarem vários aspectos relacionais, não se encontram no polo extremo dos tipos relacionais como, por exemplo, o casamento ou as relações entre empresas em redes produtivas no sistema de produção pós-fordista. Contudo, também estão muito longe de constituir contratos descontínuos, sendo que a abordagem relacional pode favorecer a compreensão (descritivamente) e regulação (normativamente) dos contratos previdenciários, permitindo a identificação de mecanismos que facilitem e

²⁵⁸ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 241.

²⁵⁹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 251/252.

²⁶⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 253.

²⁶¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 240.

efetivem a defesa dos consumidores, como o direito de participação e os princípios de solidariedade e cooperação.

Portanto, é incorreto pensá-lo como um contrato comum, descontínuo.

Por vezes o participante tem uma relação trabalhista que antecede ou coincide com a sua adesão a plano de previdência privada, relação esta que não é indiferente para o contrato previdenciário, embora haja limitações quanto aos efeitos do contrato previdenciário sobre o contrato de trabalho no sentido de isolar este último (artigo 202, § 2º, Constituição de 1988). Ou, mesmo quando não é o caso de contratação relacionada ao vínculo de trabalho, geralmente o interessado pesquisa e discute sobre sua adesão com a instituição de previdência, formando um conhecimento prévio, mantendo, em qualquer dos casos, relações primárias que antecedem a efetiva contratação.

Outra característica que situa o plano de previdência privada como um contrato relacional é o fato de não ser possível ter uma noção precisa de qual será o valor do benefício futuro do interessado, sendo possível realizar apenas um planejamento inicial, que pode ser interrompido, renegociado, ou mesmo prejudicado por eventos futuros.

O contrato precisa de maior participação do consumidor para que seja efetivado o princípio da colaboração, pois atualmente a posição do consumidor se assemelha ao de um acionista sem poder, estático e passivo.

Por outro lado, convém destacar que o contexto legal atual não corresponde ao mesmo contexto da Lei nº 6.435 de 1977, em que o participante poderia ser também um associado controlador no caso das entidades abertas sem fins lucrativos (artigo 30), com funções fiscalizatórias e diretivas; ou ser representado por sua patrocinadora, a qual tinha como uma das obrigações ajudar os órgãos reguladores e fiscalizadores e cuidar dos investimentos, no caso das entidades fechadas (artigo 34, § 1º).

A Lei Complementar nº 109 de 2001 não franqueia a participação direta do consumidor nas decisões quanto aos investimentos do fundo. A gestão dos recursos no caso das entidades fechadas é necessariamente terceirizada para instituição especializada (§ 2º, artigo 31, inciso I). Já as entidades abertas são necessariamente constituídas como sociedades anônimas (artigo 36), independentes, financeira e contabilmente, dos fundos administrados.

Embora o participante de entidade fechada possa participar do conselho deliberativo e do conselho fiscal, por meio de processo de eleição direta para mandato

de quatro anos (artigos 10 e seguintes da Lei Complementar nº 108/2001), bem como da diretoria executiva, se assim permitir o estatuto da entidade, não há possibilidade de intervenção direta do participante nas decisões quanto a seus recursos.

Além disso, os investimentos devem necessariamente observar critérios de diversificação, traçados pelo Conselho Monetário Nacional, o qual também pode ser responsável por distorções na política de investimento traçada, visto que pode vir a atender mais a interesses do próprio governo do que dos segurados.

O caso do servidor público federal vinculado ao regime de previdência complementar instituído pela Lei nº 12.618 de 2012 é um pouco diferente. Isso porque a Lei nº 12.618 assegurou o direito à apresentação de propostas e sugestões quanto à gestão da entidade e sua política de investimentos e à situação financeira e atuarial dos respectivos planos de benefícios, bem como o direito de formular recomendações prudenciais a elas relacionadas (artigo 5º, § 11).

Ainda assim, a participação é no sentido de apresentar propostas e sugestões quanto à política de investimentos, não havendo efetivo poder de decisão.

Estas restrições não afetam o direito do contratante de escolher perfis de investimento desejados e de tomar decisões quanto aos prazos de investimento e estratégias gerais para acumulação de capital.

No entanto, a previdência privada, tal como desenhada pelo ordenamento jurídico em vigor, não confere muito espaço para a participação ativa do participante nas decisões cotidianas relacionadas aos investimentos do fundo de previdência.

Por outro lado, os planos de benefício brasileiros alcançaram uma nova dimensão, ampliando-se os planos oferecidos no mercado aberto e criando-se o regime de previdência complementar dos servidores públicos.

Com isso o número de participantes só faz aumentar, transformando as relações de previdência privada ainda mais massificadas.

Daí porque a crítica à teoria relacional formulada por Cláudia Lima Marques²⁶², que será analisada a seguir, pode ser construtiva no sentido de se pensar sobre as limitações existentes para o engajamento do consumidor nos processos decisórios do plano, a fim de que não seja olvidada a vulnerabilidade deste – característica que não é esquecida por Macedo Júnior²⁶³.

²⁶² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos**. Revista de Direito do Consumidor, RDC 25/19, jan.-mar./1998. *In*: Direito do Consumidor: contratos de consumo / Claudia Lima Marques, Bruno Miragem (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

²⁶³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Entretanto, o apontamento da necessidade de assegurar participação aos seguradores é importantíssimo, pois tornar os segurados alheios ao destino de seus próprios recursos, que deverão servir para renda na velhice, é no mínimo um contrassenso, que pode alimentar processos de desvirtuamento do contrato previdenciário.

A Lei nº 109/2001, muito embora não assegure mecanismos para a participação direta na gestão dos recursos, consagra o princípio da transparência, pelo qual as instituições ficam obrigadas a prestar informações de interesses dos participantes e benefícios em sentido amplo:

A transparência mencionada no artigo 7º da Lei Complementar nº 109, de 2001, refere-se ao fornecimento das informações de interesse dos participantes e beneficiários dos planos de previdência complementar em sentido amplo, alcançando não apenas as informações sobre os critérios para recebimento de benefícios previdenciários e sua forma de cálculo, mas também sobre a situação econômica e atuarial da entidade e dos planos que esta administra, dos resultados de aplicações financeiras que mantêm, entre outras²⁶⁴.

Observado o princípio da transparência, o consumidor certamente terá mais condições para cobrar resultados, atentando-se para situações em que se faça necessário mudar, repactuar, ou revisar seu contrato de previdência.

Outro desdobramento do princípio da transparência é o direito do participante de saber para onde estão indo seus recursos.

Disso decorre que o participante pode se deparar com a situação de não concordar com o destino dos investimentos, ou por considerá-lo impróprio, quiçá irresponsável ou antiecológico. Poderia então se questionar tais direcionamentos, procurando as esferas administrativas e judiciais disponíveis.

No caso das entidades fechadas, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) disponibiliza meios para formalização de denúncias e representações, bem como uma ouvidoria para reclamações e um serviço de informação ao cidadão²⁶⁵.

²⁶⁴ BALERA, Wagner (Org.). **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 63.

²⁶⁵ PREVIC, Superintendência Nacional de Previdência Complementar. **Carta de serviços ao cidadão**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/27_130906-142405-249.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2015.

Com relação às entidades abertas, o participante pode procurar a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), a qual mantém a mesma gama de serviços ao cidadão citada acima²⁶⁶.

O acesso ao Judiciário ao participante também é assegurado pela Constituição, sendo sua legitimidade é evidente, visto ser o titular dos recursos.

3.2.5.4 Crítica à teoria relacional por Cláudia Lima Marques²⁶⁷

No presente ponto da pesquisa, identificou-se uma diferença de opinião entre Macedo Júnior²⁶⁸ e Marques²⁶⁹ no que se refere ao caráter solidário do direito contratual.

Macedo Júnior²⁷⁰, como visto, optou conceitualmente por considerar o direito contratual como uma construção cambiante, muito ligada à ordenação de mercado, que extrai seus princípios de fatores sociológicos ligadas a uma ideia de normalidade, hoje muito favorável à solidariedade e à cooperação.

Marques, no entanto, questiona se o direito privado brasileiro estaria ou não se transformando em um direito privado solidário:

A questão principal é saber se hoje, apesar da atual crise das ciências e da legitimação, o direito privado brasileiro, com sua nova tendência de valorização dos direitos humanos, dos novos papéis sociais e econômicos (como os de consumidor e de empresa), com a valorização de identidades culturais e das diferentes opções de vida da pessoa humana, está se transformando ou será em breve um “direito privado solidário” (*Solidarprivatrecht*), que contém em si a diferença que nos estimula a tratar de um “novo direito privado”²⁷¹.

²⁶⁶ SUSEP, Superintendência Nacional de Seguros Privados. **Carta de Serviços**: Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/Carta%20de%20Servicos%2023052013.pdf/view>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

²⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos**. Revista de Direito do Consumidor, RDC 25/19, jan.-mar./1998. In: Direito do Consumidor: contratos de consumo / Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

²⁶⁸ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 316 p.

²⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos**. Revista de Direito do Consumidor, RDC 25/19, jan.-mar./1998. In: Direito do Consumidor: contratos de consumo / Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

²⁷⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 316 p.

²⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 24.

Em artigo anterior, que é objeto de análise na presente seção no tocante à crítica da teoria relacional, já havia afirmado Marques²⁷² que o direito civil seria um “*instrumento de combate aos males da sociedade atual através da imposição de um patamar superior de respeito e lealdade nas relações sociais*”.

Conforme advertira Macedo Júnior, considerar o direito apenas como corretivo das falhas de mercado, não lhe reconhecendo uma solidariedade intrínseca, própria destes tempos, traz consequências para a construção do pensamento contratual e para a edificação dos princípios contratuais contemporâneos, limitando-os.

Os neoclássicos, conforme designação de Macedo Júnior²⁷³, procuram isolar os novos princípios contratuais como a boa-fé objetiva e a lealdade, como mecanismos para correção de falhas, quase que para afirmar que respeitados tais mecanismos, os dogmas da autonomia da vontade e obrigatoriedade dos contratos estão plenamente vigentes.

Um sinal de que isso é verdadeiro reside no fato de que Marques, ao tratar do princípio do equilíbrio contratual, não abre o conceito, afirmando apenas que a doutrina europeia contemporânea manifesta-se pela necessidade de uma razoável equivalência de prestações – em face do princípio da igualdade do direito privado – e da observância da cooperação e boa-fé – que implicam na existência de um dever geral de renegociação²⁷⁴.

Por outro lado, Macedo Júnior faz a análise da questão do equilíbrio sem restrições, trabalhando a noção de justo preço – atualizando-a, a necessidade de ajustes diante das mudanças sociais, de equilíbrio substantivo e de harmonização de direitos e princípios²⁷⁵.

A opção de Macedo Júnior, de abraçar o conceito de *welfarismo contratual*, certamente torna seus argumentos mais principiológicos e suas observações mais suscetíveis a críticas, como o próprio Autor reconhece.

Na presente pesquisa se faz a opção de considerar a opção *welfarista* de contrato como referência teórica, por parecer correta a assertiva de que o

²⁷² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos**. Revista de Direito do Consumidor, RDC 25/19, jan.-mar./1998. In: Direito do Consumidor: contratos de consumo / Claudia Lima Marques, Bruno Miragem (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

²⁷³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 316 p.

²⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 293.

²⁷⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

ordenamento brasileiro optou por um direito solidário (artigos 1º, 3º, 4º e 170, dentre outros, da Constituição de 1988).

Entretanto, esclareça-se desde já que a questão da teoria geral do direito privado está muito além do alcance da presente pesquisa.

Ressalvas feitas, retomando-se a análise crítica da teoria relacional por Marques, descreve a Autora os contratos relacionais:

O realismo norte-americano denominou estas relações e contratos de “relacionais” (*relational contracts*), destacando os elementos sociológicos que condicionam o nascimento e a estabilidade dos contratos complexos de longa duração. A contribuição destes estudos, que remontam a 1974, foi grande, pois observando as relações “não contratuais”, as projeções de trocas entre os empresários e sua organização em *networks*, baseadas mais na confiança, solidariedade e cooperação do que em vínculos contratuais expressos, desenvolveu a noção de um contrato aberto, de uma relação contínua, duradoura e ao mesmo tempo modificável pelos usos e costumes ali desenvolvidos e pelas atuais necessidades das partes²⁷⁶.

Assevera a Autora²⁷⁷, no entanto, que este modelo contratual foi criado em virtude de dificuldades próprias ao sistema *common law* em relação a contratos de longa duração, e que o direito brasileiro tem outros mecanismos para resolver os problemas apresentados pela teoria:

Note-se, porém, que este modelo contratual foi criado em virtude de dificuldades específicas e imanentes ao sistema *common law* com as relações de longa duração. Estas dificuldades de englobar na relação contratual as promessas e informações não formais ou não escritas, de preencher as lacunas contratuais com uma interpretação integrativa pelo Judiciário são menores em um sistema contratual não solene como o brasileiro ou continental europeu. Os demais problemas apresentados podem ser solucionados, no direito brasileiro, pelos princípios da confiança, da boa-fé, da acessoriedade das relações pré-consumo ou pela teoria da aparência.

²⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos**. Revista de Direito do Consumidor, RDC 25/19, jan.-mar./1998. *In*: Direito do Consumidor: contratos de consumo / Claudia Lima Marques, Bruno Miragem (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

²⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos**. Revista de Direito do Consumidor, RDC 25/19, jan.-mar./1998. *In*: Direito do Consumidor: contratos de consumo / Claudia Lima Marques, Bruno Miragem (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

Por estas razões, a Autora²⁷⁸ identifica como contribuições destes estudos para a teoria contratual brasileira a criação de um modelo teórico contínuo que envolve constantes renegociações e novas promessas. Ela destaca ainda que a situação externa e interna de atividade e interdependência dos contratantes faz com que as revisões, novações ou renegociações contratuais naturalmente continuem ou perenizem a relação de consumo, não podendo estas, porém, autorizar abusos da posição contratual dominante, ou, validar prejuízos sem causa ao contratante mais fraco.

3.2.6 Considerações finais quanto aos princípios contratuais contemporâneos incidentes

O contrato de previdência privada engloba os recursos do participante e, conseqüentemente, sua bagagem de direitos e expectativas, em uma relação contratual de longa duração, em que não é possível antever o cenário econômico futuro, podendo, conforme visto, haver alterações no plano de custeio e demais aspectos contratuais, envolvendo transações contínuas.

Por isso, é um claro exemplar de contrato de longa duração que desafia a disciplina jurídica contratual clássica, calcada nos dogmas da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos.

Vistos estes princípios contratuais contemporâneos que, frise-se, não são os únicos, mas apenas os principais relacionados ao tema contrato de previdência privada, pôde-se ter uma ideia de algumas das alterações pelas quais os contratos vêm passando.

De um paradigma mais subjetivista e obrigatório, para outro mais objetivo e aberto para a análise e discussão, irradiado por valores existenciais, como a dignidade humana, o contrato vem sofrendo muitas alterações.

Estes novos valores introduzem no direito contratual uma concepção de solidariedade sem precedentes históricos recentes, modificando a finalidade do contrato contemporâneo.

A noção de equilíbrio contratual supera a ideia de igualdade formal, passando-se a exigir um equilíbrio substantivo dos contratos.

²⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos**. Revista de Direito do Consumidor, RDC 25/19, jan.-mar./1998. *In*: Direito do Consumidor: contratos de consumo / Claudia Lima Marques, Bruno Miragem (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

Nesse ponto as conclusões de Macedo Júnior²⁷⁹ são fundamentais para que se possa pensar o contrato de previdência privada à luz dos direitos sociais e ambientais, sem correr o risco de descaracterizar suas características básicas como a capitalização e equilíbrio atuarial. Isso porque, conforme visto, no *welfare state* é possível conciliar princípios de matriz liberal com outros de matriz social.

Outra grande contribuição do Autor é o da análise da teoria relacional, pois revela a necessidade de maior participação do segurado na condução do contrato previdenciário.

A seguir se procurará aprofundar a investigação no campo dos direitos sociais e ambientais, para, ao final, aprofundar a análise do contrato de previdência privada à luz destes direitos.

²⁷⁹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

4 OS DIREITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS APLICADOS AO CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

4.1 O CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

4.1.1 Definição do contrato de previdência privada

Póvoas²⁸⁰ dá a seguinte definição para o contrato previdenciário:

Contrato previdenciário é o ato jurídico bilateral pelo qual uma pessoa – o participante, querendo garantir-se e aos seus contra as consequências da materialização de certos riscos sociais, acorda com uma pessoa legalmente autorizada a efetuar, no domínio privado, a compensação desses riscos – a entidade, mediante pagamento (único ou continuado) de uma importância – a contribuição, receber por ele ou pelas pessoas que designou como beneficiário a respectiva compensação ou reparação, na forma de benefícios pecuniários ou de serviços previdenciários.

Cassa²⁸¹ define o contrato de previdência privada da seguinte forma:

Assim, podemos definir o contrato de previdência privada como um acordo de vontades celebrado entre o participante (que busca proteger-se contra riscos sociais) e a entidade de previdência privada (fechada ou aberta), do qual pode ainda participar uma pessoa jurídica – patrocinadora (no caso das entidades fechadas) / instituidora ou averbadora (no caso de entidades abertas).
Através dele, a entidade (pessoa jurídica legalmente autorizada) obriga-se a executar planos de benefícios de natureza previdenciária ou a garantir a prestação de serviços beneficiários que podem gerar o pagamento do benefício. Obriga-se, deste modo, a gerir a reserva acumulada pelos participantes, prestando-lhes a assessoria necessária, com a finalidade de garantir o pagamento (ao participante ou ao beneficiário, conforme o caso), de um benefício assemelhado ao da previdência social, mediante o pagamento de contribuições e valores que lhe são cabidos.

²⁸⁰ POVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 274.

²⁸¹ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 106.

As definições supratranscritas, embora brilhantes, não deixam de se ater ao ideal de acordo de vontades, entre o participante e a entidade, como se o participante, de forma livre, e buscando cuidar de seus interesses econômicos e previdenciários, procurasse a entidade, e, negociando as condições, firmasse um contrato para sua proteção previdenciária, entabulando-se um acordo de vontades.

Em verdade, no contrato de previdência privada, o componente da vontade do aderente é muito pequeno, visto que o contrato é de adesão, e se concretiza com a manifestação de seu interesse através de uma proposta de inscrição, não sendo possível a discussão das condições contratuais da relação a ser iniciada.

Conforme visto alhures, a concepção clássica de contrato, em que dois sujeitos em posição de igualdade negociam os termos da contratação, no que se poderia designar como um contrato paritário ou igualitário, não encontra muita aplicação prática, visto que os contratos estão se tornando cada vez mais padronizados e despersonalizados²⁸², deixando pouco espaço para efetiva negociação.

O caso do contrato previdenciário não destoa desta realidade. Aliás, as regras do plano de benefício visado pelo interessado já estão previamente definidas em Regulamento registrado no órgão competente, sendo esta a principal fonte de direitos e obrigações do participante.

Uma vez que o interessado tenha decidido pela contratação do plano de benefício, submete sua proposta de inscrição para a entidade. Caso a proposta não seja expressamente recusada, o proponente passa a ser um participante²⁸³.

Em geral, a proposta de inscrição ao plano já contém informações básicas sobre as características do contrato, tais como espécie do plano (PGBL, VGBL ou etc.), tipo de aporte (periódico ou único), valor do aporte inicial, valor da taxa de administração, valor da taxa de carregamento, e o prazo para acumulação das reservas. Muitas instituições disponibilizam o Regulamento em sítio eletrônico, mas não entregam efetivamente cópia dele para o participante.

A finalidade do contrato de previdência privada é o de proporcionar, por meio de acumulação de reservas, renda (ou complemento de renda), na velhice, para o participante, podendo ser contratados também benefícios previdenciários para o caso de incapacidade temporária, invalidez ou morte, em favor de beneficiários que o participante indicar.

²⁸² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 70.

²⁸³ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 108.

Tal objetivo deve ser alcançado por meio do trabalho das entidades de gestão financeira dos valores que lhes são confiados pelos aportes do participante, mediante a aplicação dos valores em investimentos financeiros, com observância de critérios definidos pelos órgãos reguladores competentes.

Trata-se de contrato regulamentado por diversas disposições legais cogentes, constituindo um instrumento jurídico a favor da Previdência Privada, subsistema da Seguridade Social Brasileira.

De acordo com Wagner Balera, o contrato previdenciário deve visar o bem-estar de seus participantes e o bem-estar comum da sociedade, garantindo o atendimento às necessidades precípua do ser humano vivendo em sociedade, proporcionando-lhe segurança mínima ante às situações de adversidade consistentes nos riscos sociais²⁸⁴.

4.1.2 Características do contrato de previdência privada

4.1.2.1 Contrato de adesão

De acordo com Gomes²⁸⁵, contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

O Código Civil de 2002 não conceitua o contrato de adesão. Porém, estabelece que quando houver, neste tipo de contrato, cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (artigo 453).

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor cuida de conceituá-lo, além de também estabelecer que somente se admite cláusula resolutória se alternativa, bem como a necessidade de serem redigidos em termos claros, com caracteres ostensivos e legíveis, e com destaque para cláusulas que impliquem em limitação de direito para o consumidor:

²⁸⁴ BALERA, Wagner (Org.). **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 229.

²⁸⁵ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. *Apud*: ARRUDA, Maria da Glória Chagas. A previdência aberta como relação de consumo. São Paulo: LTr, 2004. p. 155/156.

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

(*omissis*)

Não se verifica na doutrina divergência quanto ao fato de que o contrato de previdência privada é de adesão, até porque boa parte do conteúdo do contrato já está previamente definido no Regulamento do plano de benefício. Nesse sentido, confirmam tal classificação as doutrinadoras Cassa²⁸⁶ e Arruda²⁸⁷.

4.1.2.2 Contrato baseado no regime financeiro de capitalização

Conforme disposição introduzida na Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 20/1998, a previdência privada se baseia na constituição de reservas que garantam o benefício contratado (artigo 202).

Por esta razão, os contratos de previdência privada são estruturados a partir de contas individualizadas por participante, pelo chamado regime de capitalização.

Com isso, os recursos de um participante não são empregados para pagamento de benefícios a outro participante que não ele mesmo, o que permite afirmar que não há solidariedade entre os participantes²⁸⁸.

Entretanto, isso não significa que não haja uma relação de mutualismo entre os participantes de determinado plano de benefício, visto ser interesse de todos que o plano alcance bons resultados.

Além disso, no caso dos planos de benefício mantidos por entidades fechadas, prevê a Lei nº 109/2001 que o resultado deficitário do plano deve ser equacionando entre os participantes e patrocinadores (artigo 21).

Martinez²⁸⁹ recorda que mesmo com o emprego dos planos de contribuição definida, obrigatório para o regime de previdência complementar dos servidores públicos, não se exclui o risco de déficit, que no caso da previdência associativa

²⁸⁶ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 108.

²⁸⁷ ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 157.

²⁸⁸ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 81.

²⁸⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Previdência Complementar**. Wladimir Novaes Martinez, Ana Flávia Ribeiro Ferraz, Dirce Namie Kosugi. São Paulo: LTr, 2014. p. 44/45.

(entidades fechadas), pode reclamar o uso de reservas comuns dos participantes como, por exemplo, das reservas de contingência.

Também podem se ver em situação de compartilhamento de risco, os integrantes de planos de benefício definido com fundo comum, tipo antigo de plano estruturado anteriormente às novas regulamentações.

O regime de capitalização também não se aplica aos benefícios para cobertura de risco, em que o capital daqueles que não estão usufruindo de pagamentos, serve para fazer frente às despesas com o benefício daquele que sofreu com o risco social previamente assegurado.

Os principais riscos cuja cobertura pode ser contratada são a incapacidade temporária, invalidez e morte, sendo que esta contratação é feita de forma opcional e à parte da contratação do plano de previdência privado propriamente dito, ressalvada previsão de cobertura de risco estruturada no bojo do próprio plano, o que seria bastante incomum e ainda assim prescindiria de contribuições específicas que não integrariam o capital do participante, tal como ocorre na contratação à parte.

4.1.2.3 Contrato dinâmico

Por se tratar de uma relação sujeita ao equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefício, é um contrato dinâmico²⁹⁰, que pode precisar sofrer readequações ao longo do período de acumulação, bem como do período de gozo dos benefícios contratados, de acordo com a revisão do plano de custeio, a qual deve ser feita ao menos uma vez por ano (artigo 18 da Lei Complementar nº 109/2001).

4.1.3 Contrato de previdência privada como relação de consumo

Conforme ressalta Cassa²⁹¹, antes do surgimento do Código de Defesa do Consumidor (CDC)²⁹² as relações entre fornecedor e consumidor estavam desequilibradas, e os instrumentos de defesa dos interesses individuais já não eram capazes de corrigir tais desvios, de modo que o CDC, além de assegurar direitos

²⁹⁰ REIS, Adacir. **Curso básico de previdência complementar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

²⁹¹ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 210.

²⁹² BRASIL. Lei Ordinária nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial**. Poder Legislativo, Brasília/DF, 12 set. 1990, p. 1 (suplemento). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.

individuais e subjetivos, teve por objetivo precípua buscar soluções para as lides coletivas.

Trata-se de uma lei de ordem pública e interesse social, que trouxe maior especificação da responsabilidade civil dos contratantes, fixando diversas e severas sanções administrativas, penais e ônus processuais em razão de seu descumprimento ou abuso na relação de consumo²⁹³.

De acordo com Efig²⁹⁴, o CDC responde a uma série de demandas sociais emergentes, possibilitando ao consumidor a garantia de sua proteção e defesa e estabelecendo parâmetros de conduta imperativos para o fornecedor.

A questão da aplicação do CDC às relações de previdência privada suscita muitas discussões, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, principalmente com relação às entidades fechadas de previdência, haja vista que não visam lucro.

O CDC considera como consumidor, toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, e fornecedor, como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço (artigos 1º a 3º).

Para o CDC, produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, sendo que serviço é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista (artigo 3º, §§ 1º e 2º).

Assim, o contrato de previdência privada tem como contratante a pessoa física ou jurídica que deseja participar de plano de benefício previdenciário oferecido pela contratada, utilizando o serviço como destinatário final, podendo ser classificado lícitamente como consumidor.

Embora o consumidor possa ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, no caso da previdência privada tal classificação não se estende à pessoa jurídica contratante (instituidora: que contrata o plano ficando investida de poderes de representação junto à entidade, participando do custeio; ou averbadora, que contrata, mas não custeia), tendo em vista que é apenas o participante em favor de quem se instituiu ou contratou o plano que pode ser considerado seu destinatário final, pois a entidade não goza dos benefícios contratados (Cassa, 2009, p. 146).

²⁹³ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 210.

²⁹⁴ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos das relações de consumo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 40.

Deve-se lembrar que a entidade de previdência aberta presta serviço de natureza previdenciária mediante remuneração e com objetivo de lucro, podendo ser considerada como fornecedora para os efeitos legais.

Embora o serviço de natureza previdenciária não esteja previsto de forma expressa no § 2º do artigo 3º do CDC, tal dispositivo legal traz disposição exemplificativa e não exaustiva, e o objeto da relação enquadra-se perfeitamente no conceito de serviço, que é a atividade oferecida no mercado de consumo mediante remuneração.

Segundo Arruda²⁹⁵, a principal característica do contrato de previdência privada aberta é a forma de contratação, ou seja, efetuada por adesão. Segundo a autora, o contrato previdenciário é típico contrato de adesão, *“pois ao participante não é dada a opção de discutir os termos das cláusulas gerais de contratação”* (Arruda, 2004, p. 199).

Em razão de o esquema contratual estar previamente traçado pela entidade, *“se o participante não concordar com as cláusulas já predispostas, estará impossibilitado de utilizar-se dos serviços”*²⁹⁶. Ou seja, ao consumidor não restam opções.

Trata-se do reconhecimento legal da vulnerabilidade do participante, já que não tem condições de discutir em pé de igualdade os termos do contrato, sendo esta vulnerabilidade a razão de ser das normas protetivas previstas no CDC.

Cassa²⁹⁷ conclui que em matéria de contrato de previdência privada estão presentes os elementos principais da relação de consumo: o consumidor (participante), o fornecedor (entidade aberta) e o objeto da relação de consumo (benefícios e serviços previdenciários).

Nesse sentido, Arruda²⁹⁸ assevera que as entidades abertas oferecem serviços por meio dos planos previdenciários privados (cláusulas gerais de contratação) apresentados em massa ao mercado de consumo, e tais serviços são contratados por meio de contratos de adesão, pelos participantes ou em favor deles, os quais são destinatários finais destes serviços, concluindo que o contrato de previdência privada aberta caracteriza-se como uma relação de consumo.

²⁹⁵ ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 199.

²⁹⁶ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 241.

²⁹⁷ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 243.

²⁹⁸ ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 226.

Cabe destacar que em fevereiro de 2005 o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula nº 321²⁹⁹, segundo a qual “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

Ao assim decidir, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor para as entidades de previdência, não fazendo diferenciação entre entidades abertas ou fechadas. Isso reforça a necessidade de garantir ao consumidor também uma atuação protetiva nos casos de contratação de previdência privada no Brasil.

Não obstante, com relação às entidades fechadas de previdência ainda são encontradas na doutrina posições divergentes, que advogam pela não incidência do Código de Defesa do Consumidor para os contratos celebrados com entidades fechadas.

Cassa³⁰⁰ sustenta que o CDC não se aplica às entidades fechadas de previdência, porque tais entidades estão inseridas na Ordem Social brasileira (Constituição de 1988, Título VIII, Capítulo II); as quais não comercializam seus produtos, oferecendo-os apenas a grupos determinados de pessoas que possuem vínculo jurídico comum (empregatício, associativo, profissional e etc.); não apresentam finalidade lucrativa; há responsabilidade do participante por eventual déficit do plano (assume o risco); não podendo se falar em vulnerabilidade, pois o participante pode optar por não aderir ao plano ou, aderindo, participar de sua gestão. Neste contexto, os participantes não são consumidores e as entidades não são fornecedoras. E, ainda, os planos não são produtos oferecidos a um público em geral, visto estarem submetidas ao controle da Secretaria de Previdência Complementar, o que reafirma sua função social.

De acordo com Cassa, os planos das entidades fechadas possuem caráter de mutualismo, no qual déficit e superávit são compartilhados entre os participantes, de modo que a ingerência do CDC em uma relação contratual como esta poderia beneficiar um participante em detrimento dos demais³⁰¹.

Por outro lado, ao serem rememorados os direitos que o CDC estatui (boa-fé objetiva, proibição de cláusulas abusivas, inversão do ônus da prova, interpretação mais benéfica ao consumidor, entre outros), não se vislumbra claramente que efeitos

²⁹⁹ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 321**. Diário da Justiça, 05 dez. 2005, p. 410. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_26_capSumula321.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

³⁰⁰ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 230/235.

³⁰¹ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 239.

prejudiciais aos demais participantes seriam estes. Deste modo, o argumento de Cassa de que as entidades de previdência fechadas estariam inseridas na Ordem Social é frágil, haja vista que a Previdência Privada também está inserida na Ordem Social, compondo, lado a lado com o Regime Geral de Previdência e os Regimes Próprios, a Previdência Social Brasileira.

Há que se considerar que até mesmo os Regimes de Previdência Privada Complementar dos servidores públicos têm na Previdência Privada (artigo 202 da Constituição de 1988) fonte para suas estruturas jurídicas (artigo 40, § 15).

Poderia se argumentar, ainda, que os segurados de entidades fechadas de previdência têm o direito de participar dos conselhos deliberativos e fiscal, podendo também integrar a diretoria das entidades (artigos 10 e seguintes da Lei Complementar nº 108/2001).

Evidentemente que o CDC não se aplica às relações estabelecidas em razão de eleição para o conselho deliberativo ou fiscal, ou designação para a diretoria executiva. Entretanto, mesmo fazendo parte de qualquer um destes órgãos da entidade, o segurado não deixa de ser um participante, sujeito às intempéries contratuais características do contrato previdenciário.

A principal diferença entre as entidades abertas e as entidades fechadas não está na gestão do plano, e sim no mutualismo presente nestas últimas, tal como disciplina a Lei Complementar nº 109 de 2001 (artigos 20 e 21).

Isso porque, nas entidades fechadas, ao contrário do que ocorre com as entidades abertas, não há absorção de lucro pela instituição, sendo o superávit utilizado primeiramente para fortalecer o plano e depois de um determinado nível para aumento dos benefícios; sendo que o déficit também se compartilha.

Se o mutualismo é impensável para planos de entidades abertas, nas quais impera a constituição de reservas individuais ou coletivas que garantam determinados benefícios sem solidariedade entre participantes ou entre o participante e a instituição, ainda assim, em ambos os casos o participante é juridicamente vulnerável, pois tem que aderir ao regulamento da entidade por contrato de adesão, e pouco pode fazer com relação à gestão do plano de benefícios, a qual é realizada de acordo com nota atuarial periodicamente revista e critérios normativos de investimentos.

Em sendo assim, o participante de previdência privada é destinatário final do plano de benefício, ao qual adere mediante contrato de adesão, sendo que os instrumentos para definir as obrigações contratuais, os termos de execução do

contrato, e a gestão financeira do plano estão nas mãos da instituição, que se caracteriza por prestar tal serviço de maneira profissional, conhecendo tecnicamente o produto e os riscos deste produto para o participante.

Sem embargo, a solução adequada para a questão da aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor às entidades de previdência privada fechadas parece residir no diálogo de fontes³⁰².

De acordo com Efing, o diálogo de fontes é uma realidade do pluralismo legislativo pós-moderno, caracterizado pelo aumento significativo das fontes legislativas e conseqüentemente pelo conflito entre elas, propondo a harmonização e convivência destas normas, podendo ocorrer a aplicação simultânea de duas normas, uma servindo de informação à outra, ou complementar, quando uma norma completa o sentido de outra para determinada situação concreta³⁰³.

Para a realização de tal empreendimento interpretativo com seriedade, há que ter método. Daí porque Efing classifica o diálogo de fontes em três tipos básicos³⁰⁴: a) o diálogo sistemático e coerência, o qual busca a aplicação simultânea de duas leis à mesma situação concreta, sendo um diploma fundamento conceitual do outro; b) o diálogo sistemático de complementariedade, pelo qual se visa delimitar o alcance de normas e princípios de forma subsidiária ou complementar de um em relação ao outro quando ambos tem o mesmo campo de incidência; e c) o diálogo de coordenação e adaptação sistemática, por meio do qual prima-se pela possibilidade de mudança no campo de aplicabilidade legal através da análise dos conceitos e sujeitos definidos nos diplomas legais.

Ora, se houver incompatibilidade entre os preceitos específicos das entidades fechadas e o CDC, é evidente que regras específicas e que constituem elementares do instituto jurídico tratado terão maior força para incidir, tal como deve ocorrer com relação à questão do mutualismo.

Contudo, para outros núcleos da relação contratual, desde a fase pré-contratual até para a fase de execução, não há motivo algum para que o CDC não venha a ser aplicado em benefício do participante.

A título de exemplo quanto à necessidade de aplicação do CDC pode-se mencionar o caso de cláusulas que vedam a devolução de parte das contribuições

³⁰² EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos das relações de consumo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 56.

³⁰³ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos das relações de consumo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 56.

³⁰⁴ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos das relações de consumo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 44.

feitas pelo participante que deixa o plano de previdência (REsp 937951 – 03/12/2008)³⁰⁵, que reclamam a incidência da disciplina protetiva do CDC.

Isto posto, verifica-se que o CDC pode incidir tanto nos contratos de previdência privada com instituições abertas, quanto para os contratos firmados com instituições fechadas, respeitadas as características inerentes a cada tipo de relação previdenciária.

A contribuição desta incidência é fundamental, haja vista a disciplina contratual diferenciada do CDC, bem como a regulamentação da oferta.

4.1.4 Simuladores de rentabilidade para a previdência privada

Em vista das incertezas quanto ao valor da renda a ser obtida mediante a adesão ao plano de previdência privada, os simuladores de renda disponibilizados pelas instituições financeiras na Internet constituem uma promessa de futuro feita ao potencial ingressante.

Conforme doutrina de Ian Macneil, estudada por Macedo Júnior³⁰⁶ (Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor) e por Miragem³⁰⁷ (Os Contratos de Previdência Privada e o Código de Defesa do Consumidor na visão do Superior Tribunal de Justiça), nos contratos relacionais, conceituação na qual se incluem os contratos de previdência privada, é indispensável a compreensão dos interesses de todos os envolvidos na contratação:

O interesse restitutivo (*restitution interest*) nos contratos é considerado em termos do problema criado quando alguém enriquece ao fazer promessa e depois as quebra. O interesse de confiança (*reliance interest*) é considerado em termos de confiança razoável nas promessas. E o interesse de cumprimento (*expectation interest*) corresponde àquilo que foi prometido³⁰⁸.

³⁰⁵ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Ementa**. Diário da Justiça de 03 de dezembro de 2008. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=4417011&formato=PDF>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

³⁰⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 316 p.

³⁰⁷ MIRAGEM, Bruno. **Os contratos de previdência privada e o Código de Defesa do Consumidor na visão do Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 78, abr.-jun. 2011. p. 314/337.

³⁰⁸ MACNEIL, Ian. **O novo contrato social**. [Trad. Alvar Camparelli]. São Paulo: Campus. *Apud*: MIRAGEM, Bruno. Os contratos de previdência privada e o Código de Defesa do Consumidor na visão do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Direito do Consumidor, vol. 78, abr.-jun. 2011. p. 314/337.

Para a elaboração de artigo no ano de 2013³⁰⁹, foram consultados simuladores de previdência das seguintes entidades: BRASILPREV, BRADESCO, CEF, FUNPRESP, HSBC e ITAÚ.

Nesta consulta foi possível verificar que todos os simuladores apresentam mensagens de advertência no sentido de que os valores simulados são meras estimativas e que não obrigam a instituição de qualquer maneira.

Entretanto, há forte apelo ao imaginário do potencial contratante, conforme se verifica das mensagens de apresentação dos simuladores, tal como descrito a seguir: “REALIZE SEUS PROJETOS DE VIDA” (BRASILPREV, 2013³¹⁰); “GARANTA UM FUTURO TRANQUILO PARA VOCÊ E SUA FAMÍLIA” (BRADESCO, 2013³¹¹); “SIMULE E COMPRE” (CEF, 2013³¹²); “SIMULADOR DE ADESÃO” (FUNPRESP, 2013³¹³); “BEM VINDO AO FUTURO DE SUA APOSENTADORIA” (HSBC, 2013³¹⁴).

À exceção do simulador do Banco Itaú (ITAÚ, 2013³¹⁵), que se baseia em contribuições variáveis, os demais simuladores analisados em 2013 apresentavam basicamente três cenários possíveis, um pessimista, um intermediário e outro otimista.

A Tabela 1 abaixo reproduzida resume as características das simulações realizadas em cada um dos simuladores consultados por ocasião da elaboração do mencionado artigo, considerando-se os seguintes critérios: contratante – 25 anos de idade; projeto de recolhimento de 35 anos; contribuição mensal inicial de R\$ 500,00 e renda vitalícia.

Entre os simuladores analisados, o que se mostrou mais completo foi o da BRASILPREV³¹⁶, visto que compreendia informações sobre taxas e expressamente

³⁰⁹ YAMAMOTO, Lucas Zucoli; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. **Análise comparativa de simuladores de rentabilidade para previdência privada sob a ótica do consumidor**. Revista Jurídica Cesumar: Mestrado (online), v. 14, p. 119-142, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3246>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

³¹⁰ BRASILPREV. **Realize seus projetos de vida**. Disponível em: <http://www.brasilprev.com.br/realizeseusprojetosdevida_bp_html/Home.aspx>. Acesso em: 30 jun. 2013.

³¹¹ BRADESCO. **Simuladores**. Disponível em: <<http://www.bradescoprevidencia.com.br/PF/Ferramentas/Simuladores>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

³¹² CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Simule e compre**. Disponível em: <<http://www.caixaseguros.com.br/portal/site/LojaOnline/menuitem.35a501cfd84cd0a884f941b7661010a0/?vgnnextoid=ca7a85045968f310VgnVCM1000006601010aRCRD&origem=Portal>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

³¹³ FUNPRESP. **Simulador de adesão**. Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal. Disponível em: <<https://www8.dataprev.gov.br/simuladorfunprespe/publico/jsf/simuladorPublico.xhtml>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

³¹⁴ HSBC. **Simulador de Previdência**. Disponível em: <<http://www.hsbc.com.br/1/2/simuladores/para-voce/previdencia/simulador-de-previdencia>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

³¹⁵ ITAÚ. **Simulador projeto de vida**. Disponível em: <<http://www.itaubank.com.br/investimentos-previdencia/assessoria-financeira/projeto-vida/simulador-aposentadoria>>. Acesso em: 26 jun. 2013.

declarava que considerava a inflação e, ainda, aplicava a tabela atuarial do plano, a fim de que o consumidor tenha uma ideia da importância “real” da rentabilidade do plano simulado.

Note-se que o simulador do HSBC apresentava simulação intermediária sob a rubrica “meta”, transpassando a informação clara de que aquele é o objetivo da instituição³¹⁷.

Não se pode olvidar que o contrato previdenciário, à medida que envolve uma série de expectativas de longo prazo, não permite que todos os seus elementos sejam completamente definidos por elementos monetizáveis, pois com frequência envolve uma relação de confiança na empresa na qual trabalha ou na empresa administradora do plano³¹⁸.

Entretanto, a existência de elementos não monetizáveis não implica na inexistência de elementos que tornem possível e desejável a aferição em moeda dos valores contratados e estimados. Na verdade, Macedo Júnior³¹⁹ explica que a ciência atuarial é o que vai tornar economicamente possível o surgimento dos contratos de seguro e contratos previdenciários na medida em que cria uma técnica de determinação de equivalentes que confere a flexibilidade necessária aos contratos de longo prazo de caráter relacional, sendo que com a ciência atuarial flexibiliza-se o âmbito das renegociações à medida em que se cria um padrão de equivalência.

Estes esclarecimentos, longe de prejudicar a hipótese de que os simuladores integrem o contrato de previdência, acabam por confirmá-la, pois os consumidores presumivelmente têm menos domínio das informações técnicas e atuariais do plano quando comparados às instituições financeiras.

Tabela 01: Consulta aos Simuladores das Principais Entidades Brasileiras de Previdência – 2013³²⁰

³¹⁶ BRASILPREV. **Realize seus projetos de vida.** Disponível em: <http://www.brasilprev.com.br/realizeseusprojetosdevida_bp_html/Home.aspx>. Acesso em: 30 jun. 2013.

³¹⁷ HSBC. **Simulador de Previdência.** Disponível em: <<http://www.hsbc.com.br/1/2/simuladores/para-voce/previdencia/simulador-de-previdencia>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

³¹⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 258.

³¹⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 259.

³²⁰ YAMAMOTO, Lucas Zucoli; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. **Análise comparativa de simuladores de rentabilidade para previdência privada sob a ótica do consumidor.** Revista Jurídica Cesumar: Mestrado (online), v. 14, p. 119-142, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3246>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

Instituição	Anúncio	Informações veiculadas no Site/Simulador	TAXAS/TRIBUTAÇÃO	RENTABILIDADE (anual líquida) / RESULTADOS
BRASILPREV V (BRASILPREV, 2013)	"realize seus projetos de vida"	Os cálculos e as hipóteses financeiras aqui apresentadas são meras estimativas, não se constituindo em garantia ou obrigação da BRASILPREV SEGUROS E PREVIDÊNCIA S.A. As rendas serão corrigidas anualmente pelo IPCA. Caso a rentabilidade líquida do fundo exceda o IPCA você terá direito a 20% deste excedente. O saldo acumulado, projetado na data de saída, considera algumas hipóteses de rentabilidade real, ou seja, estão descontadas as perdas com a inflação, para que você perceba a importância do rendimento no longo prazo.	Não informada aplicação ou não de taxa de administração. Taxa de carregamento anunciada para a simulação é de 0%. Há advertência de que na hipótese de resgate ou recebimento da renda, haverá incidência do Imposto de Renda de acordo com a opção de tributação escolhida no momento da contratação e conforme legislação vigente à época do recebimento.	Média (8%): valor total acumulado de R\$ 981.240,16; renda vitalícia de R\$ 4.907,45. Alta (12%): valor total acumulado de R\$ 2.430.872,96; renda vitalícia: R\$ 12.157,46. Baixa (4%): valor total acumulado de R\$ 422.662,61; renda vitalícia: R\$ 2.113,85. Sem diferença de rendimento entre VGBL e PGDL. Na seção "Rentabilidade" há a menção de que "os planos PGDL e VGBL repassam 100% da rentabilidade líquida obtida a aplicação dos recursos ao plano do participante, o que pode significar mais retorno". Porém, no simulador há menção de que o participante terá direito a 20% do que exceder o IPCA.
BRDESCO (BRDESCO, 2013)	"ferramenta para ajudar você a planejar o seu futuro"	As hipóteses de rentabilidade são apenas simulações, não se constituindo, portanto em garantia ou promessa de rentabilidade futura. Para efeito da conversão da reserva em renda foi utilizada, a título de simulação, a taxa de juros de 0% ao ano, tábuas atuariais BR-EMSB - v2010 e 12 (doze) rendas ao ano.	Taxa de carregamento escalonado. Não informada aplicação ou não de taxa de administração. Não informada possibilidade de tributação da renda.	Média (8%): valor total acumulado de R\$ 677.258,99. Alta (12%): valor total acumulado de R\$ 1.057.047,21. Baixa (4%): valor total acumulado de R\$ 443.444,61. <i>Renda mensal vitalícia projetada em apenas um valor, mas com diferenças para tributação: Bruta R\$ 2.218,23; Progressiva R\$ 2.218,23; e Regressiva R\$ 2.054,10.</i>
CEF (CEF, 2013)	"faça agora e tenha 100% do que a vida pede" / "simule e compre"	Simule e compre. Agora está mais fácil e rápido simular a previdência da CAIXA. Basta movimentar as peças de acordo com o seu perfil investidor. Em uma única tela você poderá visualizar os detalhes do plano e alterar sempre que desejar. IMPORTANTE: A rentabilidade apresentada é apenas ilustrativa, não representando garantia ou obrigação da CAIXA PREVIDÊNCIA. Os valores apresentados estão sujeitos a tributação no momento do resgate ou do recebimento da renda.	Não informada taxa de administração, tampouco de carregamento. Informada sujeição a tributação no momento do resgate ou recebimento da renda.	Média (9%): valor total acumulado de R\$ 1.366.736,29; renda vitalícia de R\$ 4.476,48. Baixa (6%): valor total acumulado de R\$ 693.988,07; renda vitalícia de R\$ 2.273,02. Alta (12%): valor total acumulado de R\$ 2.781.815,37; renda vitalícia de R\$ 9.111,30.
FUNPRESP (FUNPRESP, 2013)	"Simulador de adesão"	Os resultados apurados para fins de simulação com base nas informações fornecidas pelo usuário, nas premissas atuariais adotadas pelo Plano Executivo Federal, na data da simulação, e nas condições previstas no Regulamento do Plano, estão sujeitos à confirmação na data efetiva da concessão do benefício. [...] Todos os valores aqui informados são meras expectativas, não se constituindo em garantia ou obrigação por parte da Funpresp-Exe, e estão sujeitos a alterações que podem impactar o Plano, conforme "condições de simulação" aceitas pelo participante.	Taxa de administração atual de 0%, taxa de carregamento atual de 7%.	O simulador possibilita escolha pelo usuário do sistema de qual percentual de rentabilidade deseja utilizar, possibilitando a simulação com rentabilidade de 3% a 7%. A simulação com 7% e contribuição com alíquota de 8,5% sobre o Salário de Participação (com valor inicial de R\$ 496,49 por mês), resultou em montante total de R\$ 1.315.771,81, e renda bruta projetada de R\$ 6.316,96.
HSBC (HSBC, 2013)	"Bem-vindo ao futuro da sua aposentadoria. O Poder do Planejamento"	Nota de Metodologia: O objetivo do simulador de aposentadoria é prover um cálculo que simule um montante suficiente para sua aposentadoria. [...] O resultado do cálculo não é uma consultoria de investimentos, nem uma decisão para o plano que você deseja adquirir, portanto sugerimos que procure um dos nossos consultores para entender todos os detalhes que envolvem a aquisição de um Plano de Previdência Privada. O simulador é ajustado para um cenário econômico baseado nas estatísticas de mercado que temos até hoje, com um cenário conservador, ou seja, abaixo da média. [...] Os dados incluídos neste simulador não serão armazenados para a simulação de compra ou	Na simulação não foram consideradas a taxa de carregamento e taxa de administração.	Conservador: a) cenário pessimista (4,5%): R\$ 488.979,00; b) meta: R\$ 1.310.615,00; c) cenário otimista (6%): R\$ 668.608,00. Moderado: a) cenário pessimista (6%): R\$ 668.608; b) meta: R\$ 1.310.615,00; c) cenário otimista (8%): R\$ 1.033.900,00. Agressivo: a) cenário pessimista (5%): R\$ 541.921,00; b) meta: R\$ 1.310.615,00; c) cenário otimista (10%): R\$ 1.626.146,00. Muito agressivo: a) cenário pessimista (4%): R\$ 441.913,00; b) meta: R\$ 1.310.615,00; c) cenário otimista (12%): 2.589.980,00.

		aquisição do Plano de Previdência HSBC. (destacou-se)		
ITAÚ (ITAÚ, 2013)	"Simulador projeto de vida"	Saiba quanto você deve investir para atingir seus objetivos. [...] Resultados desconsiderados os impostos devidos. Os resultados do simulador são hipotéticos, podendo não condizer com a realidade futura. Rentabilidade passada não é garantia de resultado futuro. Rentabilidade real anual estimada utilizada no cálculo foi de 3% ao ano.	Não informada taxa de administração, tampouco de carregamento. Informado que simulação não considera tributação.	Simulador não projeta resultado baseado no aporte mensal de R\$ 500,00, simulando valor maior de aporte mensal para atingir a renda mensal desejada.

A disponibilização de simuladores deixa evidente, pelas notas e avisos, por exemplo, da BRASILPREV³²¹ e da metodologia do HSBC³²², que as instituições têm domínio extremamente avançado das variáveis econômicas e estatísticas, as quais dão coerência financeira às previsões traçadas, assim como o têm para a própria constituição dos planos de previdência privada, os quais são constituídos sob a égide de nota técnica atuarialmente constantemente estudada.

Com efeito, não é difícil concluir que os simuladores afetam o campo das expectativas dos contratantes, pois são essencialmente voltados à demonstração de possibilidades futuras. Com isso, verifica-se que ao possibilitar a simulação de rendimentos pelos consumidores por meio de tal ferramenta eletrônica, a instituição está se obrigando não só a realizar o que for possível dentro de suas possibilidades, mas de atender substancialmente às expectativas do consumidor criadas a partir do uso do simulador pelo contratante, ora consumidor.

Resta saber então se os cálculos do simulador vinculam a instituição. Nesse sentido, calha a transcrição do artigo 30 do CDC:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a

³²¹ BRASILPREV. **Realize seus projetos de vida.** Disponível em: <http://www.brasilprev.com.br/realizeseusprojetosdevida_bp_html/Home.aspx>. Acesso em: 30 jun. 2013.

³²² HSBC. **Simulador de Previdência.** Disponível em: <<http://www.hsbc.com.br/1/2/simuladores/para-voce/previdencia/simulador-de-previdencia>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Efing³²³ esclarece que oferta é declaração unilateral de vontade que visa à propositura de um negócio, dirigida a todos os indivíduos enquanto coletividade, sendo que, *“havendo manifestação da parte interessada, tem início a formação do contrato”*.

Assim, considerando que o simulador é instrumento de oferta de planos de previdência, entende-se evidenciada a sua integração ao contrato.

De acordo com Grinover³²⁴, o controle da publicidade pelo Direito tem fundamentos econômicos, jurídicos e éticos, visto que a publicidade é parte de um universo amplo de fenômenos de mercado que são regrados, uma vez que afetam sujeitos vulneráveis e que, por sua própria natureza, tendem à insubordinação contra os parâmetros de confiança, transparência e boa-fé, exigências da vida civilizada.

Marques³²⁵ assinala que a boa-fé é o princípio máximo orientador do Código de Defesa do Consumidor, tendo como reflexo a exigência de transparência nas relações contratuais.

Com efeito, uma das funções da boa-fé objetiva é de embasar a concreção e interpretação dos contratos, possibilitando uma visão total e real do contrato examinado, sendo a proteção da boa-fé e da confiança despertada a base de todas as vinculações jurídicas³²⁶.

A expectativa de rentabilidade e a confiança despertada no consumidor no uso dos simuladores de rentabilidade eletrônicos não está fora dos limites contratuais, os quais obrigam as instituições que oferecem este instrumento facilitador.

Os simuladores são disponibilizados para o público em geral, como forma de promover a contratação do serviço de previdência privada, constituindo meio de divulgação das características e performance dos planos oferecidos, possuindo todas as elementares da oferta prevista no artigo 30 do CDC.

A força obrigatória da mensagem publicitária está no reconhecimento pelo Direito do poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores, sendo que o princípio da vinculação publicitária é uma reação direta ao

³²³ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos das relações de consumo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 206.

³²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I. p. 277.

³²⁵ MARQUES, Claudia Lima [et. al.]. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 234/235.

³²⁶ MARQUES, Claudia Lima [et. al.]. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 234/235.

potencial persuasivo das técnicas de marketing, sendo natural que se reconheça seu valor contratual³²⁷.

Diferentemente da disciplina da oferta do Código Civil de 2002, que traz em seu artigo 427 a oferta ao público, atribuindo-lhe efeito vinculativo apenas quando encerrar os requisitos essenciais do contrato, a oferta de consumo, disciplinada no artigo 30 do CDC é independente da vontade manifestada pelo fornecedor, bastando que se verifique seu resultado, sendo que tal resultado consiste na geração e divulgação de informação ou publicidade suficientemente precisa, que se aproxima de um ato-fato jurídico, ou, ainda, de um contato social³²⁸.

A principal conclusão extraída desta análise no ano de 2013 foi a de que os simuladores, por apresentarem informações suficientemente claras, despertando no consumidor preferências e o início de uma relação de confiança no plano de previdência consultado, caracterizam oferta de consumo, estando sujeitos à disciplina do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, o que implica em sua integração ao contrato de previdência privada.

4.1.5 Equilíbrio contratual e taxas

Conforme analisado no subcapítulo relativo aos princípios contratuais contemporâneos incidentes, o princípio do equilíbrio contratual, a partir de uma visão *welfarista* de contrato, impõe que haja equilíbrio substantivo na relação contratual.

Por esta razão é que se retoma na contemporaneidade a ideia de justo preço, de origem medieval, com algumas atualizações necessárias para adaptá-la ao contexto pós-moderno³²⁹.

As entidades de previdência podem ter como fonte de remuneração para suas atividades duas taxas, a taxa de carregamento e a taxa de administração, pelas quais fazem o preço de seus serviços. Há entidades que não cobram taxa de carregamento (mais recorrente em planos de entidades abertas), e outras que não cobram taxa de administração, ou praticam taxas menores (mais recorrente em planos de entidades fechadas).

³²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I. p. 278.

³²⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 234.

³²⁹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

A taxa de carregamento incide sobre os aportes realizados pelo participante, sendo geralmente voltada para a cobertura de gastos da própria entidade com corretagem e administração, sendo que na maioria das vezes essa taxa não ultrapassa 5% sobre o valor de cada contribuição que o participante fizer³³⁰.

Já a taxa de administração é cobrada pela tarefa de administrar o dinheiro do fundo de investimento, podendo a variação da taxa ser justificada pela complexidade do tipo de investimento do fundo respectivo³³¹.

A taxa de administração se destina, portanto, à remuneração do gestor dos recursos pela atividade de aplicar o dinheiro da melhor forma possível³³².

Ao contrário da taxa de carregamento, que incide somente sobre os aportes realizados pelo participante, a taxa de administração incide diariamente sobre a totalidade do capital, sendo calculada com base em uma taxa anual – por exemplo, de 3%, dividida por 252, que é o número estimado de dias úteis em um ano³³³.

De acordo com Veiga, enquanto no Brasil a taxa de administração proposta pelas entidades abertas de previdência gira em torno de 3%, nos Estados Unidos da América este percentual varia de 0,41% a 1,54% em média, sendo que a taxa mais alta está relacionada a serviços de investimento mais complexos, como é o caso dos investimentos em ações – dados do ano de 2005 disponibilizados em relatório³³⁴.

O efeito da cobrança de taxa de administração de 3% sobre a totalidade do capital é significativo, pois com a prática de tal percentual uma parte considerável do capital é absorvida, deixando de compor a poupança do consumidor.

É o que mostra a projeção feita por Veiga para um período de acumulação de 35 anos, com contribuições mensais de R\$ 100,00 (cem reais) e rendimentos de 8,75% ao ano: a) sem a cobrança de taxa de administração, o montante acumulado

³³⁰ BRASILPREV. **Previdência sem mistério.** Disponível em: <<http://www2.brasilprev.com.br/ht/previdenciasemmisterio/considerar/paginas/taxas.aspx>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

³³¹ BRASILPREV. **Previdência sem mistério.** Disponível em: <<http://www2.brasilprev.com.br/ht/previdenciasemmisterio/considerar/paginas/taxas.aspx>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

³³² VEIGA, Luiz Humberto Cavalcante. **Taxas de administração dos planos de previdência complementar e os efeitos na reserva de poupança dos consumidores.** Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2489>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

³³³ VEIGA, Luiz Humberto Cavalcante. **Taxas de administração dos planos de previdência complementar e os efeitos na reserva de poupança dos consumidores.** Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2489>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

³³⁴ VEIGA, Luiz Humberto Cavalcante. **Taxas de administração dos planos de previdência complementar e os efeitos na reserva de poupança dos consumidores.** Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2489>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

atingiria R\$ 254.291,27; b) com a cobrança de taxa de 1% ao ano, o montante acumulado pelo participante seria de R\$ 198.714,38; e c) com a cobrança de taxa de administração de 3% ao ano, o capital final seria de apenas R\$ 124.053,46³³⁵.

Em outras palavras, a aplicação de taxa de administração de 3% ao ano num período de 35 anos, com aportes mensais uniformes, implica na situação desequilibrada de mais recursos terem sido revertidos em taxa de administração do que em reservas para o participante, já que o resultado final do capital acumulado é menor do que a metade do que teria sido acumulado no caso de não se cobrar nada a título de taxa de administração.

Existem planos de que preveem a redução gradual da taxa de administração, há outros que não.

De qualquer maneira, não há equilíbrio substantivo, pois não se trata de um contrato de sociedade, mas sim de serviço de investimento com finalidade previdenciária, não sendo possível conceber como o valor da remuneração do gestor possa custar mais que o próprio capital acumulado pelo participante, já que a origem dos recursos são os aportes deste, não havendo contribuições por parte do gestor.

Outra situação de desequilíbrio e iniquidade que pode ser enfrentada é a de tratamento diferenciado entre clientes das instituições de previdência, principalmente de bancos.

Alguns bancos ainda adotam a prática de oferecer taxas menores para clientes mais importantes financeiramente, que possam representar mais oportunidades de negócio para o banco. Há também aqueles que permitem certa negociação da taxa, quando instados a tanto por aqueles consumidores mais aguerridos.

Independentemente da razão que leve o banco a conceder uma taxa diferente para determinado cliente, o fato é que ao assim proceder a instituição está praticando um ato discriminatório e portanto ilícito.

No Brasil ainda se vive um momento em que os planos de previdência arrecadam mais do que pagam em benefícios.

Entretanto, é possível que quando houver crescimento do número de participantes em fase de recebimento dos benefícios, revelem-se distorções e desequilíbrios provocados pelas taxas praticadas e pelas estratégias de negócios das instituições no mercado, os quais deverão ser oportunamente sanados.

³³⁵ VEIGA, Luiz Humberto Cavalcante. **Taxas de administração dos planos de previdência complementar e os efeitos na reserva de poupança dos consumidores**. Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2489>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

4.1.6 Considerações finais sobre as características dos contratos previdenciários

O contrato de previdência privada não se resume à proposta de inscrição e ao regulamento do plano, sendo integrado por todos os atos que possam despertar a confiança do aderente, inclusive aqueles pré-contratuais, como a simulação de rentabilidade.

Vai além do ato da contratação, tratando-se de uma relação de longa duração, que envolve revisões devido à necessidade de manutenção do equilíbrio econômico e atuarial.

E justamente por se tratar de uma relação de longa duração é que exige das partes uma maior compreensão dos deveres de lealdade, diligência e abertura para repactuações.

Trata-se de um contrato relativamente novo para o ordenamento jurídico, cujas bases estão bastante arraigadas no próprio sistema de previdência privada edificado pela Constituição de 1988.

A seguir será abordada a questão dos direitos sociais e ambientais relacionados ao contrato de previdência privada, a fim de se investigar como o contrato previdenciário pode contribuir para a efetivação destes direitos.

4.2 OS DIREITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS APLICADOS AO CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

4.2.1 Direitos sociais

De acordo com Bobbio³³⁶, os direitos humanos são direitos históricos, que nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade, tornando-se um dos principais indicadores do progresso histórico.

Segundo o Autor³³⁷, a afirmação dos direitos do homem deriva de uma inversão de perspectiva na relação entre Estado e cidadão, relação que é encarada cada vez mais sobre a perspectiva dos direitos do cidadão e não do Estado.

³³⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13 reimpressão. p. 1/5.

Essa concepção mais individualista dos direitos do cidadão parte do pressuposto de que o homem tem o direito de não ser oprimido, sendo este um direito natural, que precede qualquer direito do soberano, daí a se falar em um jusnaturalismo³³⁸.

A evolução dos direitos do homem se iniciou no interior dos Estados e progrediu internacionalmente, sendo a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH)³³⁹, de 1948, um anúncio dos direitos dos cidadãos do mundo³⁴⁰.

A DUDH baseou-se principalmente no reconhecimento da liberdade de todos os seres humanos; no direito à vida livre; na proibição da tortura e crueldade; na cidadania esteja onde estiver; na proteção contra a discriminação; resguardo contra prisão injusta; garantia de defesa; privacidade, proteção da família, casa e honra; liberdade para mudar de país, de visitar outros países, tendo direito a uma nacionalidade; direito ao casamento; liberdade religiosa; liberdade de expressão; participação política; processo político baseado em eleições genuínas; segurança social e realização; garantia do direito ao trabalho; bem-estar e saúde; assistência à maternidade; educação e cultura.

Para tanto, estabeleceu também um dever de todos perante a comunidade, permitido o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo da maneira mais completa possível (artigo 29).

Desta disposição é possível extrair um dever de solidariedade de todas as pessoas perante a comunidade que integram, e perante a comunidade humana em geral.

Outros instrumentos internacionais de reconhecimento de direitos humanos se seguiram à DUDH, podendo ser mencionado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (incorporado ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 591 de 1992³⁴¹), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais (incorporado

³³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13 reimpressão. p. 1/5.

³³⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13 reimpressão. p. 1/5.

³³⁹ ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Resolução nº 217 A (III), Assembléia Geral da Nações Unidas em Paris, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: 09 jan. 2015.

³⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13 reimpressão. p. 1/5.

³⁴¹ BRASIL, Decreto do Executivo nº 591 de 06 de julho de 1992. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 09 jan. 2015.

ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 592 de 1992³⁴²), e o Pacto de San José da Costa Rica (incorporado ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 678 de 1992³⁴³).

Carvalho³⁴⁴ explica que “*adotando o sistema da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam com o fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais*”.

De acordo com Piovesan³⁴⁵, a DUDH concebe os direitos humanos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível, de modo que, mesmo classificando-os em gerações, não há substituição de uma geração de direitos humanos por outra, na medida em que se acolhe a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos consagrados:

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetiva liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si³⁴⁶.

À presente pesquisa interessa a análise dos direitos sociais, assim compreendidos os direitos cujo objetivo é o de proteger e avançar no exercício das necessidade humanas básicas e assegurar condições materiais para uma vida com dignidade³⁴⁷, os quais encontram fundamento no artigo 22 da DUDH:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade³⁴⁸.

³⁴² BRASIL, Decreto do Executivo nº 592 de 06 de julho de 1992. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 09 jan. 2015.

³⁴³ BRASIL, Decreto do Executivo nº 678 de 09 de novembro de 1992. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 09 jan. 2015.

³⁴⁴ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 124.

³⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54/55.

³⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55.

³⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 170.

³⁴⁸ ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Resolução nº 217 A (III), Assembléia Geral da Nações Unidas em Paris, 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

A Constituição de 1988 estabelece como direitos sociais, aqueles elencados no artigo 6º, bem como os direitos trabalhistas, para os quais dedica o artigo 7º e seguintes:

CAPÍTULO II
DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(*omissis*)

XXIV - aposentadoria;

(*omissis*)

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

(*omissis*)

Constitucionalmente a Previdência Social brasileira (Constituição de 1988, Título VIII – Da Ordem Social; Capítulo II – Da Seguridade Social; Seção III – Da Previdência Social) é composta pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de caráter contributivo e de filiação obrigatória (artigo 201), e do Regime de Previdência Privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma ao RGPS (artigo 202), sendo que o Regime de Previdência Privada serve de base para o Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos, a teor do que dispõe o artigo 40, § 15, da Constituição.

Em razão de estar posicionado na Seção III, Capítulo II, da Ordem Social, bem como de compor juntamente com o regime geral, a Previdência Social brasileira, infere-se que o Regime de Previdência Privada é também um direito social, pois constitui um dos dois pilares da Previdência Social, que está expressamente arrolada entre os direitos sociais estabelecidos pela Constituição (artigo 6º).

Mas o simples fato de estar posicionado no Capítulo da Ordem Social e compor a Previdência Social, faz do Regime de Previdência Privada um direito social?

<[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: 09 jan. 2015. Tradução: PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 170.

Deste questionamento pode-se extrair outro, tal seja: teria o constituinte incorrido em uma imprecisão terminológica ao estabelecer a previdência social como um direito social, sem distinguir regime de previdência geral de regime de previdência privada? Tudo indica que não.

A previdência social encontra-se prevista como direito social no artigo 6º da Constituição de 1988 desde a sua promulgação, sendo que a previdência privada somente foi inserida no texto constitucional, como um sistema de previdência, pela Emenda Constitucional nº 20 da 1998.

Embora a sua criação jurídica como um sistema de previdência seja posterior, a conformação deste sistema no seio da Constituição foi feita de maneira consciente na Seção III, do Capítulo II, sendo que não se utilizou da possibilidade de criação de uma seção própria, que não seria exagero, visto se tratar de uma sistematização de um ramo específico de previdência.

E mais, nota-se que o ordenamento foi resenhado para que a previdência privada constituísse verdadeiro pilar da previdência brasileira, repercutindo inclusive na previdência dos serviços públicos, com a criação do regime de previdência complementar que veio a limitar os vencimentos de aposentadoria dos servidores que ingressaram no serviço público após a sua criação ao teto do Regime Geral de Previdência Social.

Conforme lição de Silva³⁴⁹, não é fácil distinguir direitos sociais de direitos econômicos, bastando para se comprovar tal assertiva verificar que muitos autores colocam os direitos dos trabalhadores entre os direitos econômicos, visto que o trabalho é um componente das relações de produção, possuindo uma dimensão econômica indiscutível.

A este respeito, a Constituição de 1988 optou por incluir o direito dos trabalhadores como espécie de direito social, e o trabalho como primado básico da ordem social (artigos 7º e 193 – “*Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais*”), sendo essa, segundo o Autor, uma opção correta³⁵⁰.

Isso porque o direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. Partindo deste pressuposto, o Autor assim conceitua os direitos sociais:

³⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 286.

³⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 286.

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade³⁵¹.

A previdência privada, enquanto direito social, está sujeita às regras de eficácia própria dos direitos sociais, que são demonstradas por Barcellos³⁵² da seguinte forma:

- a) *Simétrica ou positiva* – quando a norma gera direito subjetivo para o indivíduo, podendo este direito ser exigido pela via judicial – existe, pois, identidade entre os efeitos pretendidos pela norma e aquilo que se pode exigir judicialmente;
- b) *Nulidade* – que se manifesta somente em juízo mediante declaração de invalidade dos atos praticados em contrariedade à descrição contida na norma;
- c) *Ineficácia* – permite que sejam ignorados os atos praticados em desconformidade com a norma, desconsiderando-se os efeitos que tal ato pretendesse produzir (como ocorre, por exemplo, com as normas que dispõem sobre a fraude à execução);
- d) *Anulabilidade* – espécie de invalidade que também depende do reconhecimento judicial, mas possui, em geral, restrição temporal para tanto e está sempre condicionada à provocação de quem seja legitimado para suscitá-la, não podendo ser decretada de ofício;
- e) *Negativa* – modalidade mais relacionada com as normas-princípios constitucionais. Autoriza a declaração de invalidade de todas as normas e de todos os atos contrários à finalidade pretendida pela norma em questão;
- f) *Penalidade* – é a aplicação de uma penalidade ao agente que viola o comando normativo. Conquanto seja incapaz de produzir o efeito pretendido pela norma, pode influenciar o indivíduo para que, diante da possibilidade de sofrer sanção, motive-se a obedecer à norma;
- g) *Interpretativa* – significa que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. E mais, a norma assume o papel de vetor hermenêutico para compreensão do sentido e alcance das demais normas;
- h) *Outras* – por exemplo, intervenção federal.

³⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 286/287.

³⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 59 ss. *Apud*: CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 221/222.

Feitas estas observações acerca dos direitos sociais, cabe agora analisar como o contrato de previdência privada interage com alguns dos principais institutos jurídicos do direito social brasileiro pertinentes à temática.

4.2.1.1 Princípios da Seguridade Social

O parágrafo único do artigo 194 da Constituição de 1988 estabelece os objetivos da Seguridade Social:

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.
- VIII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998](#))

Objetivos como a uniformidade e equivalência de benefícios às populações urbanas e rurais não fazem sentido no contexto da previdência privada. Porém, outros objetivos, como o da universalidade da cobertura e do atendimento e da irredutibilidade dos benefícios, merecem análise.

Por universalidade da cobertura entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite.

A universalidade do atendimento significa, por seu turno, a entrega das ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem, tanto em termos de previdência social – obedecido o princípio contributivo – como no caso de saúde e da assistência social³⁵³.

³⁵³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário** / Carlos Alberto Pereira de Castro; João Batista Lazzari – 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 99.

Com relação à universalidade da cobertura do contrato, há que se ter em conta que o plano de benefício pode não prever benefícios de risco, sendo necessário ser contratados à parte em alguns casos, conforme as contingências previstas no Regulamento. Portanto, o princípio pode ter sua aplicação limitada no caso da previdência privada.

Com relação à universalidade de atendimento, a incidência do princípio é peculiar, pois pode ser acessível a qualquer pessoa (especialmente no caso dos planos individuais das entidades abertas) ou, de forma mais restrita, a qualquer pessoa física que possua vínculo estabelecido em lei com alguma pessoa jurídica contratante³⁵⁴.

Já o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios é equivalente ao da intangibilidade do salário dos empregados e dos vencimentos dos servidores, significando que o benefício legalmente concedido não pode ter seu valor nominal reduzido. Dentro da mesma ideia, o § 2º do artigo 201 da Constituição de 1988 estabelece o reajustamento periódico dos benefícios, para preservá-los, em caráter permanente, o seu valor real³⁵⁵.

De acordo com Cassa³⁵⁶ este princípio não se aplica à previdência privada, pois apesar de se tratar de um regime complementar ao da Seguridade Social, é um regime autônomo, regido por regras próprias. Assim, por exemplo, num plano de contribuição definida de uma entidade fechada de previdência privada o valor do benefício do participante oscila conforme a reserva matemática formada. Se em determinado mês se obtiver resultados financeiros negativos o valor do benefício poderá sofrer redução sem que com isso ele possa responsabilizar a entidade, pois teria assumido o risco da operação. Segundo a Autora, a jurisprudência dominante sobre a questão é pela inaplicabilidade do princípio da irredutibilidade.

Com a devida vênia, a questão da irredutibilidade não pode ser considerada inaplicável de antemão sem que seja analisado o contexto financeiro e atuarial do plano, bem como as causas do comportamento deficitário deste.

Isso porque, a possibilidade de redução dos benefícios oriundos de planos de previdência privada em razão de desequilíbrios financeiros ou atuariais não pode balizar a má gestão dos recursos, devendo a entidade e o gestor do fundo ter como objetivo não só a irredutibilidade, como a melhoria dos resultados do plano para fazer frente aos desafios inflacionários.

³⁵⁴ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 62.

³⁵⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário** / Carlos Alberto Pereira de Castro; João Batista Lazzari – 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 103.

³⁵⁶ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 65.

Nesse sentido, o princípio da irredutibilidade deve servir como uma norma de objetivo para o plano de benefício, visto que ao se reduzir o valor real dos benefícios se estará comprometendo os rendimentos do beneficiário, colocando-o em situação de risco.

Outra hipótese de aplicação do princípio da irredutibilidade dos benefícios diz respeito à má política de investimento do Conselho Monetário Nacional (CMN), ou à falta na fiscalização do cumprimento das diretrizes de prudência do CMN pelos órgãos fiscalizadores (SUSEP – abertas; PREVIC – fechadas), em prejuízo do participante. Nesta situação, constada a relação direta de causalidade entre a falha administrativa e o prejuízo, pode-se estar diante de um caso de responsabilidade do Estado.

4.2.1.2 Código de Defesa do Consumidor

De acordo com Miragem³⁵⁷, o direito do consumidor constitui uma espécie de direito fundamental, que encontra fundamento na Constituição de 1988 (artigo 5º, inciso XXXII), e se caracteriza por ser um direito de proteção, pelo qual o consumidor encontra respaldo no Estado na proteção contra ação de terceiros.

Essa proteção tem o aspecto da proteção contra a ação de terceiros e também, apesar de em menor grau, contra a ação do próprio Estado. Além disso, não se limita a uma perspectiva de ação mediante provocação do Estado, pois estabelece um dever do Estado de promoção da defesa do consumidor³⁵⁸.

A identificação do contrato de previdência privada como um contrato de consumo permite o tratamento da questão da vulnerabilidade do participante, inserido em uma relação contratual de longa duração, a tutelar um bem da vida essencial que é a aposentadoria ou sua complementação, e opcionalmente a cobertura de outros riscos sociais.

Trata-se de uma forma de equilibrar a disparidade de força e conhecimento acerca das peculiaridades financeiras e atuariais existente entre o participante e a entidade.

Conforme analisado no subcapítulo relativo aos princípios contratuais contemporâneos incidentes, o advento do CDC provocou um processo amplo de

³⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 48/49.

³⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 49.

mudanças no direito contratual brasileiro, positivando valores importantíssimos como o da boa-fé objetiva.

O CDC estabelece diversos direitos e garantias que se relacionam com o contrato de previdência privada, podendo ser mencionados, a título de exemplificação, os seguintes:

Os direitos básicos do consumidor previstos no Capítulo III (proteção contra riscos, informação adequada, modificação de cláusulas contratuais desequilibradas, prevenção e reparação contra danos, facilitação de defesa de seus direitos, etc.).

A exigência de qualidade para produtos serviços, o sistema de reparação de danos e responsabilidade objetiva do prestador (Capítulo IV).

O regime diferenciado da oferta de consumo (Capítulo V, Seção III), que permitiu a análise no subcapítulo anterior acerca dos simuladores de rentabilidade para a previdência privada.

A proteção contratual reforçada (Capítulo VI), com imposição de interpretação de maneira mais favorável ao consumidor e seu sistema de cláusulas abusivas.

Enfim, são tantas as contribuições do Código de Defesa do Consumidor para o tratamento do contrato previdenciário, que a sua incidência parece garantir solução para qualquer situação de desequilíbrio contratual ou abuso.

Nesse sentido, Efing³⁵⁹ explica que apenas com a plena absorção do CDC pela sociedade brasileira, e com sua eficácia devidamente garantida pelo Judiciário, é que se estará sendo cumprida a mudança de pensamento e atitude contratual almejada pelo legislador.

4.2.1.3 Estatuto do Idoso

Em capítulo de livro elaborado para publicação de obra coletiva sobre a Tutela Jurídica dos Idosos no Brasil³⁶⁰, foi possível compreender que o envelhecimento pode trazer grandes desafios para o ser humano, sendo que o desafio da sobrevivência material é um dos mais importantes.

³⁵⁹ EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 48.

³⁶⁰ EFING, Antônio Carlos. **Direito dos Idosos**. Tutela Jurídica do Idoso no Brasil. São Paulo: LTr, 2014.

O aumento da população idosa motiva a sociedade para a discussão de como devemos nos capacitar para acolher esse significativo contingente de pessoas, devendo serem pensadas medidas que propiciem plena inserção³⁶¹.

Se para alguns a renda na velhice já está garantida por grandes fortunas, a maioria depende de prestações previdenciárias, as quais, no Brasil de hoje, ainda são predominantemente públicas.

No entanto, verifica-se que a previdência privada ganha importância, seja no mercado aberto, seja com relação às entidades fechadas, sendo que, em alguns casos, constitui principal opção de renda para o participante na terceira idade.

Por se tratar da fonte futura de renda na velhice para uma parcela cada vez maior de brasileiros, o tema deve ser tratado com a maior seriedade possível, a fim de que estas pessoas possam gozar de tranquilidade e bem-estar, sentindo-se realizados com as opções de investimento que tomaram no passado.

Assim como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, criado pela Lei nº 10.741 de 2003³⁶², volta-se à proteção de uma classe de pessoas em posição de maior vulnerabilidade.

Ao participante idoso, assim considerado aquele com mais de sessenta anos, deve ser assegurado o atendimento preferencial (artigo 3º, parágrafo único, inciso I), e a tramitação preferencial de processos e procedimentos em geral (artigo 71).

Para a defesa de interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, assegura-se a representação dos idosos pelo Ministério Público, pelos entes federados, pela Ordem dos Advogados do Brasil e por associações legalmente constituídas a pelo menos 1 (um) ano e que inclua entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa (artigo 81); admitindo-se todas as espécies de ações pertinentes (artigo 82).

4.2.1.4 Direitos trabalhistas

Em razão de expressa disposição da Constituição de 1988, as contribuições do empregador, bem como os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefício não integram o contrato de trabalho dos participantes:

³⁶¹ VEIGA JÚNIOR, Celso Leal da. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. Celso Leal da Veiga Júnior, Marcelo Henrique Pereira. São Paulo: LTr, 2005. p. 15.

³⁶² BRASIL, Lei Ordinária nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

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)

(*omissis*)

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

A opção por segregar o contrato de previdência privada do contrato de trabalho possui razões que podem ser facilmente compreendidas.

Isso porque o contrato de trabalho possui tratamento legal específico, que se inicia com a previsão na Constituição de 1988 de direitos trabalhistas básicos, tais como o da garantia de emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, inciso I), que prevê indenização por despedida injusta articulada com o sistema de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, e a irredutibilidade salarial (artigo 7º, inciso VI).

A Consolidação das Leis do Trabalho³⁶³ estabelece uma disciplina contratual própria dos contratos de trabalho com vínculo empregatício, com propósito protetivo. Tanto é assim, que nos contratos individuais de trabalho somente se admite a alteração das condições por mútuo consentimento e desde que não resulte em prejuízos ao empregado (artigo 468).

A construção dogmática do contrato do trabalho é bastante peculiar, sendo que no Direito do Trabalho vigem princípios especiais, tais como o Princípio da Proteção; Princípio da Norma Mais Favorável; Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas; Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas; Princípio da Condição Mais Benéfica³⁶⁴.

Com efeito, muitas vezes o contrato previdenciário tem origem em uma relação de trabalho pré-existente, ou se inicia juntamente com ela, principalmente nos

³⁶³ BRASIL, Decreto nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, RJ, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 08 fev. 2015.

³⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008. P. 196/205.

casos de empresas ou entes públicos que contam com planos de benefício estabelecidos.

Com isso, podem ocorrer pontos de convergência entre as duas relações contratuais, sendo possível que destes pontos surjam conflitos, seja em razão de abuso de direito pelo empregado – como é o caso, por exemplo, do uso do contrato de previdência para retenção do colaborador por meio de cláusulas inseridas em estatuto que vedam o resgate total das contribuições do colaborador³⁶⁵, ou de situações mais específicas, como, por exemplo, a ausência de recolhimento de valores devidos a título de patrocínio para o plano do funcionário.

Os direitos trabalhistas são considerados irrenunciáveis, sendo que aqueles relativos a normas de ordem pública não podem sequer ser negociados coletivamente. O fundamento de irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas reside no fato de se tratarem de direitos sociais básicos.

E o mesmo se dá com relação aos direitos dos participantes de planos de previdência privada, visto que estes direitos são fruto da previdência social articulada pela Constituição de 1988, possuindo o mesmo status jurídico dos direitos trabalhistas.

Daí a poder se questionar, por exemplo, a validade de alterações contratuais propostas pelos empregadores para os planos de benefício que impliquem em redução de direitos e garantias, visto que muitas das vezes estas negociações se dão no âmbito da relação de trabalho, em contextos de crise ou insegurança quanto ao futuro.

Embora o contrato previdenciário não integre o contrato trabalhista como uma forma de remuneração ou salário, os direitos trabalhistas podem ser invocados, inclusive numa perspectiva de proteção contratual, para a solução de conflitos oriundos destas duas relações – a relação de trabalho e a relação previdenciária.

4.2.1.5 Penhorabilidade

De acordo com Berbel³⁶⁶, os direitos dos participantes e assistidos sobre uma quota ideal do plano de previdência privada não encontra definição em lei, sendo que a omissão legal implica na caracterização destes direitos como direitos de

³⁶⁵ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Ementa**. Diário da Justiça de 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=4417011&formato=PDF>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

³⁶⁶ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Teoria Geral da Previdência Privada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p.103/104.

propriedade, sobretudo porque a Lei Complementar nº 109/2001 estabelece obrigações do plano com os assistidos e os participantes por meio de direitos acumulados.

Sem se afastar desta concepção patrimonialista dos direitos dos participantes e beneficiários, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de tratar os valores depositados em fundo de previdência privada como impenhoráveis, caracterizando-os como recursos de natureza alimentar, na forma do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil³⁶⁷, que assim dispõe:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(*omissis*)

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Entretanto, esta jurisprudência ressalva que a situação deve ser analisada caso a caso, a fim de se verificar a necessidade de uso dos recursos para a subsistência do participante e de sua família:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS DETERMINADA À LUZ DO ART. 36 DA LEI 6.024/74. SALDO EM FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. PGBL. NATUREZA ALIMENTAR CARACTERIZADA NA ESPÉCIE. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. CONFIGURADA DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA IMPOSTA.

1. Ação civil pública distribuída em 06/09/2005, da qual foi extraído o presente recurso especial.

2. O regime de previdência privada complementar é, nos termos do art. 1º da LC 109/2001, "baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal", que, por sua vez, está inserido na seção que dispõe sobre a Previdência Social.

3. Embora não se negue que o PGBL permite o "resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante" (art. 14, III, da LC 109/2001), essa faculdade concedida ao participante de fundo de previdência privada complementar não tem o condão de afastar, de forma inexorável, a natureza essencialmente previdenciária e, portanto, alimentar, do saldo existente.

³⁶⁷ BRASIL, Lei Ordinária nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

4. Por isso, a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar, na forma do art. 649, IV, do CPC.

5. Outrossim, ante as peculiaridades da espécie (curto período em que o recorrente esteve à frente da instituição financeira, sem qualquer participação no respectivo capital social), não se mostra razoável impor ao recorrente tão grave medida, de ter decretada a indisponibilidade de todos os seus bens, inclusive do saldo existente em fundo de previdência privada complementar - PGBL.

6. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1121426/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 20/03/2014³⁶⁸)

Ao se encarar o contrato de previdência privada como um direito do participante de utilizar-se do sistema complementar para alcançar, mediante acumulação de reservas e direitos, renda na velhice e proteção contra determinados riscos sociais, direito este previsto na Constituição de 1988 como direito social (artigo 6º), a impenhorabilidade encontra fundamento não só no caráter alimentar que o plano tem para o participante, mas também na natureza do direito envolvido, que é a de um direito social básico.

A impenhorabilidade certamente não pode se aplicar a situações em que o plano é contratado com intuito de fraude contra credores ou à execução, ou mesmo naquelas situações em que a finalidade da contratação é de investimento e não previdenciária propriamente dita.

4.2.1.6 Considerações finais sobre os direitos sociais e o contrato previdenciário

Conforme lição de Berbel, a proteção privada não é um retrocesso liberal, mas sim um avanço do Estado Social, que convoca o privado às ações sociais:

A proteção privada não é retrocesso liberal, sequer um novo liberalismo. Trata-se de um avanço do Estado Social, que convoca o privado às ações sociais caracterizando-o como um novo protagonista das relações sociais. Esse equilíbrio dá-se por meio das técnicas da regulação, em que o Estado modela a ação privada, estabelecendo campos finitos de possibilidades. Dentro desse limite, a criatividade privada flutua de forma a maximizar a proteção social

³⁶⁸ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Ementa**. Diário da Justiça Eletrônico de 20 de março de 2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=plano+de+previdencia+e+impenhorabilidade&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em: 10 jan. 2015.

adequando-a dinamicamente aos anseios pragmáticos da sociedade³⁶⁹.

Em razão de tais características, não só a atuação das entidades e administradores de previdência é relevante, mas também do Estado na implementação das diretrizes de investimento para as entidades de previdência, diretrizes estas traçadas principalmente por regulamentação do Conselho Monetário Nacional.

Tanto é assim, que a Lei Complementar nº 109/2001 estabelece de forma expressa que a ação estatal será exercida para formular a política de previdência complementar (artigo 3º, inciso I), disciplinando, coordenando e supervisionando as atividades reguladas e compatibilizando-as com as políticas previdenciárias e de desenvolvimento social e econômico-financeiro (artigo 3º, inciso II), dentre outros objetivos.

O contrato previdenciário não pode ser pensado como um contrato alheio às normas de proteção dos segurados da Previdência Social, dos trabalhadores e dos consumidores, pois estes são os seus destinatários.

O papel das entidades é o de conduzir estes processos em observância à lei e às diretrizes governamentais, tendo em conta os valores sociais mais caros à sociedade brasileira.

A importância dos fundos de pensão na valorização de investimentos socialmente responsáveis é outro aspecto da responsabilidade do administrador de previdência que será analisado a seguir juntamente com a questão ambiental.

4.2.2 Questão ambiental

A proteção do ambiente em uma economia mundial apresenta-se cada vez mais difícil, sendo que os recursos naturais e os produtos de determinado país recebem demandas de variadas partes do mundo, sendo afetados por um sistema de pagamento internacional, que é o mercado de capitais.

Os avanços tecnológicos e o modelo econômico predominante permitiram ao homem dominar a natureza e terminou por ocasionar uma crise ambiental, com a degradação do ambiente e aumento incessante do consumo³⁷⁰.

³⁶⁹ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Teoria Geral da Previdência Privada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 87/88.

Conforme consignado no capítulo 4 da Agenda 21³⁷¹, as principais causas para deterioração ininterrupta do meio ambiente mundial são os padrões insustentáveis de consumo e produção, especialmente nos países industrializados, sendo que o aumento destes padrões de consumo são motivo de séria preocupação, pois provocam o agravamento da pobreza e do desequilíbrio.

Diminuir a dependência das economias nacionais do aumento do consumo é um desafio global, que envolve o repensar da sociedade de consumo, a qual está minando a capacidade de suporte da terra.

O desenvolvimento tecnológico e o avanço da produção industrial permitem ao homem desenvolver sua personalidade e gozar de muito conforto, sendo que hoje, com a liberdade encontrada para o trânsito das pessoas mundo afora, assim como das mercadorias, vive-se um esplendor do consumo.

O poder do indivíduo enquanto consumidor tem reflexos sociais e antropológicos interessantes. Enquanto possa consumir, o indivíduo integra determinado extrato social, sendo que o consumo está associado com ideais de felicidade e satisfação.

No Brasil do século XXI a economia experimentou uma fase de crescimento e transformação notável, a qual esteve muito associada à ascensão econômica dos mais pobres, que passaram a consumir mais.

Paralelamente a este fenômeno de aumento do consumo, mantém-se ainda em nosso país um modelo de exploração da terra por monocultura, extração de minérios e pecuária, com objetivo de exportação.

Nesse sentido, tem-se a fórmula perfeita para a destruição da natureza, pois a sustentação da economia associa-se ao estímulo ao consumo, enquanto a riqueza da terra é empregada para o comércio massivo de produtos primários e carne para outras localidades.

Para que nosso país possa deter maior controle de suas riquezas naturais, diminuindo as pressões predatórias sobre o meio ambiente, se faz necessário que o desenvolvimento tecnológico e científico ocupe-se de encontrar soluções de sustentabilidade, que possam construir alternativas para o modelo de consumo e exportação em voga.

³⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38/39.

³⁷¹ AGENDA 21, Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente. **Rio 92**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 06/02/2015.

Paralelamente a isso, urge que os consumidores acordem para a sua responsabilidade frente aos problemas ambientais e à questão da sustentabilidade, a fim que o consumo seja feito de maneira mais consciente, com a superação de conceitos individualistas³⁷².

4.2.2.1 Proteção do meio ambiente em uma economia globalizada

A propósito do fenômeno da globalização, o mercado de capitais é importante engrenagem econômica, possibilitando um sistema de pagamentos mundial que diminui os custos de transação, aumentando os ganhos de comércio decorrentes destas trocas³⁷³.

As possibilidades oferecidas pelo mercado internacional de capitais modificaram o funcionamento das relações comerciais, viabilizando a compra de ativos (produtos e serviços futuros), o manejo da aversão ao risco, a diversificação da carteira de investimentos para reduzir o risco de perdas, e o fomento da atividade empresarial com recursos provenientes da compra de ações³⁷⁴.

Por outro lado, a crescente internacionalização da atividade bancária torna mais difícil a regulamentação desta atividade, haja vista que no contexto internacional os bancos podem deslocar seus negócios entre jurisdições regulatórias diferentes, fazendo com que as normas de proteção locais percam efetividade³⁷⁵.

E não só a atividade bancária apresenta desafios de regulamentação. O mesmo ocorre com o trato das questões ambientais, que exige internacionalmente acordos multilaterais para regulamentação de determinados assuntos³⁷⁶.

De acordo com Figueiredo³⁷⁷, a crise ambiental enfrentada nos dias de hoje não é local nem regional, mas planetária, estando relacionada com o modelo econômico predominante que, além de gerar profunda desigualdade social, degrada terrivelmente os espaços territoriais e vê com ceticismo as denúncias acerca dos

³⁷² EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos das relações de consumo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011.p. 123.

³⁷³ KRUGMAN, Paul; OBSTFELD; Maurice. **Economia internacional**. [tradução Eliezer Martins Diniz]. 8 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, p. 453/456.

³⁷⁴ KRUGMAN, Paul; OBSTFELD; Maurice. **Economia internacional**. [tradução Eliezer Martins Diniz]. 8 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, p. 453/456.

³⁷⁵ KRUGMAN, Paul; OBSTFELD; Maurice. **Economia internacional**. [tradução Eliezer Martins Diniz]. 8 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, p. 461.

³⁷⁶ FONSECA, Fúlvio Eduardo. **A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292007000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 nov. 2013.

³⁷⁷ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 98.

riscos que a perda da biodiversidade e o aquecimento global trazem para a própria continuidade da vida.

Conforme assinala Sarlet³⁷⁸, a “situação-limite” a que chegamos com relação à crise ambiental está associada de forma direta à postura filosófica incorporada em nossas práticas cotidianas, de dominação do ser humano em face do mundo natural, adotada desde a ciência moderna, de inspiração cartesiana, principalmente pela cultura ocidental:

Os conhecimentos tecnológicos e científicos, que deveriam ter o desenvolvimento, o bem-estar social e a dignidade e qualidade da vida humana como suas finalidades maiores, passam a ser, em decorrência da sua instrumentalização inconsequente levada a cabo pelo ser humano, com todo o seu poder de criação e destruição, a principal ameaça à manutenção e à sobrevivência da espécie humana, assim como de todo o ecossistema planetário, caracterizando um modelo de *sociedade de risco*, como bem diagnosticou o sociólogo alemão Ulrich Beck³⁷⁹.

Nalini³⁸⁰ assinala que a história recente reflete o aprofundamento e intensificação do maltrato à natureza. A velocidade da destruição das matas, da poluição das águas, do solo, do ar, a extinção de espécies, enfim, tudo faz com que a ecologia passe a representar uma das maiores preocupações neste início de milênio. Por esta razão, quando se fala em ética ecológica se está a pensar numa postura mais consciente das criaturas em relação ao mundo físico.

Partindo do pressuposto de que a existência (e não apenas a dignidade) humana encontra-se ameaçada pela crise ambiental, Sarlet³⁸¹ expõe o princípio da responsabilidade de Hans Jonas, o qual coloca em cheque a civilização tecnológica.

Com este princípio, Hans Jonas propõe uma abordagem ética da ciência, em vista principalmente dos riscos existenciais trazidos pelas novas tecnologias desenvolvidas pelo homem, que expressam, numa dimensão sem precedentes, o triunfo do *homo faber* sobre a Natureza, e a vocação tecnológica da humanidade:

³⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37.

³⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37/38.

³⁸⁰ NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 417/420.

³⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

De acordo com Jonas, há que construir uma nova concepção ética a partir de uma adequada compreensão da ação humana em vista do atual estágio tecnológico e das suas consequências. Em razão de a ética estar diretamente relacionada à ação humana, com a alteração da natureza desta última, a compreensão ética também deve ser reformulada para o efeito de dar conta da complexidade da ação humana. O atual estágio do conhecimento humano alterou significativamente a relação de forças existentes entre ser humano e Natureza. Se há alguns séculos atrás o poder de intervenção do ser humano no meio natural era limitado, prevalecendo essa relação de forças em favor da Natureza, hoje a balança se inverteu de forma definitiva³⁸².

Os efeitos da ação humana sobre a natureza são cumulativos e projetam-se para o futuro. Nesse sentido, o princípio da precaução instituído constitucionalmente³⁸³ (artigo 225, § 1º, V), reforça a ideia de uma nova ética para a ação humana, que transcende a dimensão temporal presente, revelando o seu elo existencial e a interdependência entre as gerações presentes e futuras. Por isso é que, da ética da responsabilidade defendida por Hans Jonas, extraem-se deveres jurídicos, constitucionais, inclusive, de proteção ao ambiente, de forma a limitar a própria autonomia da vontade de demais direitos do ser humano, *“quando tal se fizer necessário para assegurar o desfrute de uma vida digna e saudável para as gerações presentes e futuras”*³⁸⁴.

Segundo Lipovetsky, a ideia de que a Terra está em risco de morte, impôs uma nova dimensão de responsabilidade, colocando as obrigações humanas além da ética tradicional:

A ideia de que ‘a Terra está em perigo de morte’ impôs uma nova dimensão de responsabilidade, uma concepção inédita das obrigações humanas que ultrapassa a ética tradicional, circunscrita às relações inter-humanas imediatas. A responsabilidade humana deve, agora, estender-se às coisas extra-humanas, englobar a dimensão da biosfera inteira, uma vez que o homem possui os meios para pôr em perigo a vida futura no Planeta. Segundo os ‘fundamentalistas’, temos que reconhecer, independentemente do bem humano, o valor da ecosfera em si, temos que redescobrir a dignidade intrínseca da natureza; segundo a maioria, temos que respeitá-la por nós, concebê-la como um patrimônio comum a transmitir às gerações futuras.

³⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38/39.

³⁸³ BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial**. Congresso Nacional, Brasília, DF, 05 out. 1988. p. 1 (anexo).

³⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

Qualquer que seja a profundidade desta clivagem, a Ética clássica, centrada no próximo e na proximidade dos fins, já não parece suficiente, a técnica moderna engendrou efeitos tão inéditos, tão potencialmente catastróficos, que é necessária uma 'transformação' dos princípios éticos. A civilização tecnicista tem necessidade de uma 'ética de futuro'³⁸⁵.

De acordo com Nalini³⁸⁶, o início trágico e turbulento deste milênio, está a reclamar um homem mais solidário com os demais, sendo solidariedade palavra de ordem, pois somente mediante o cultivo da solidariedade se atenuará a preocupação com as próprias atribuições, haja vista que não há ser vivente a elas imunes.

Segundo Sarlet³⁸⁷, por mais que no discurso ambientalista se defenda com entusiasmo posturas biocêntricas, tal entendimento não se reflete nas estruturas jurídicas que temos à disposição para a proteção do ambiente. Em outras palavras, os mesmos instrumentos jurídicos disponíveis para promover a proteção da vida e da dignidade do ser humano é que servirão para promover a proteção ecológica.

Por isso, a abordagem proposta por Sarlet³⁸⁸ é a jurídica antropocêntrica ecológica, ampliando o quadro de bem-estar do ser humano para inserir neste a variável ecológica, atribuindo valor intrínseco à Natureza.

Com base nesta proposta antropocêntrica ecológica é que buscaremos agora, na presente pesquisa, verificar como o contrato previdenciário pode contribuir para que sejam aliviadas as pressões das atividades econômicas sobre o meio ambiente.

Tal escolha por um viés antropocêntrico se justifica pelo fato de que o contrato previdenciário é um contrato essencialmente voltado para a satisfação de necessidades econômicas do homem, estando vinculado ao sistema financeiro brasileiro e mundial, estabelecendo uma relação entre investimentos e rentabilidade que por muitos pode ser considerada como inconciliável com a proteção ambiental.

A preocupação para a presente pesquisa é de saber como o contrato previdenciário pode estar relacionado a medidas que contribuam para atividades mais sustentáveis.

³⁸⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **O crepúsculo do dever: e ética indolor dos novos tempos democráticos**. Trad. Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994, p. 244. *Apud*: MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 148/149.

³⁸⁶ NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 425.

³⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 42/43.

³⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 42/43.

4.2.2.2 Dever de promover a defesa do meio ambiente pelo Poder Público

Conforme visto anteriormente, as entidades fechadas de previdência privada estão vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social e possuem como órgão regulador o Conselho de Gestão de Previdência Complementar (CGPC) e como órgão fiscalizador a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC)³⁸⁹.

As entidades abertas estão vinculadas ao Ministério da Fazenda e possuem como órgão regulador o Conselho Nacional de Seguro Privados (CNSP) e como órgão fiscalizador a Superintendência dos Seguros Privados (SUSEP)³⁹⁰.

Além disso, atuam como órgãos reguladores do sistema, tanto das entidades fechadas quanto das abertas, o Conselho Monetário Nacional (CMN), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Secretaria da Receita da Fazenda (SRF)³⁹¹.

Os órgãos normativos definem a política previdenciária que o mercado tem que seguir, bem como estabelecem a disciplina operacional e técnica em relação às entidades, a qual compreende desde a fixação de capitais sociais e fundos de constituição, definição das bases técnicas atuariais, limites de responsabilidade, até planos contábeis, servindo também como instância recursal para decisões dos órgãos executivos³⁹².

Por força do que dispõe o artigo 9º da lei complementar nº 109/01, as entidades de previdência complementar devem constituir reservas técnicas, provisões e fundos, sendo que a aplicação dos recursos da entidade deverá ser feita em observância das diretrizes do Conselho Monetário Nacional.

As resoluções nº 3.308/05³⁹³ (abertas) e 3.792/09³⁹⁴ (fechadas) estabelecem as diretrizes do Conselho Monetário Nacional na atualidade, transparecendo preocupação com a diversificação de investimentos e com a segurança dos fundos.

³⁸⁹ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 97.

³⁹⁰ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 97.

³⁹¹ CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 97.

³⁹² PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 153.

³⁹³ BRASIL, Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.308 de 31 de ago. de 2005. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2005&numero=3308>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

³⁹⁴ BRASIL, Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.792 de 24 de set. de 2009. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2009&numero=3792>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

A respeito da regulamentação dos investimentos dos fundos de pensão como limitadora da liberdade do gestor, Reis³⁹⁵ sustenta que esta somente pode se dar em nome da rentabilidade, segurança e liquidez.

Então como seria possível inserir a variável ecológica nas diretrizes de investimento sem que com isso sejam sacrificados os investimentos dos participantes?

Este problema não se restringe apenas ao aspecto financeiro, possuindo também um aspecto político, visto que o Conselho Monetário Nacional é composto pelo Ministro da Fazenda, Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e pelo Presidente do Banco Central do Brasil³⁹⁶.

Por isso, o CMN está comprometido com o desenvolvimento de estratégias governamentais que não necessariamente estão alinhadas com a preocupação ambiental.

A resolução nº 3.308/05³⁹⁷ voltadas às entidades abertas de previdência privada não traz nenhuma disposição a respeito de critérios sociais e ambientais de investimento.

Por outro lado, a resolução nº 3.792/09³⁹⁸, destinada às entidades fechadas de previdência, estabelece que a política de investimentos de cada plano de benefício deve conter os seguintes itens:

Capítulo V

POLÍTICA DE INVESTIMENTO

Art. 16. A EFPC deve definir a política de investimento para a aplicação dos recursos de cada plano por ela administrado.

§ 1º A política de investimento de cada plano deve ser elaborada pela Diretoria Executiva e aprovada pelo Conselho Deliberativo da EFPC antes do início do exercício a que se referir.

§ 2º As informações contidas na política de investimento de cada plano devem ser encaminhadas à SPC no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da respectiva aprovação pelo Conselho Deliberativo.

§ 3º A política de investimento de cada plano deve conter, no mínimo, os seguintes itens:

I - a alocação de recursos e os limites por segmento de aplicação;

II - os limites por modalidade de investimento, se estes forem mais restritivos que os estabelecidos nesta Resolução;

³⁹⁵ REIS, Adacir. **Fundos de pensão e mercados de capitais**. Aldacir Reis [organizador]. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 2008. p. 21.

³⁹⁶ CMN, Conselho Monetário Nacional. **Entenda o CMN**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?CMNENTENDA>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

³⁹⁷ BRASIL, Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.308 de 31 de ago. de 2005. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2005&numero=3308>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

³⁹⁸ BRASIL, Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.792 de 24 de set. de 2009. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2009&numero=3792>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

III - a utilização de instrumentos derivativos;
 IV - a taxa mínima atuarial ou os índices de referência, observado o regulamento de cada plano de benefícios;
 V - a meta de rentabilidade para cada segmento de aplicação;
 VI - a metodologia ou as fontes de referência adotadas para apuração dos ativos financeiros;
 VII - a metodologia e os critérios para avaliação dos riscos de crédito, de mercado, de liquidez, operacional, legal e sistêmico; e
 VIII - **a observância ou não de princípios de responsabilidade socioambiental.** (destaquei).

O estabelecimento deste critério socioambiental para a política de investimentos dos planos das entidades fechadas está de acordo com a determinação da Constituição de 1988 de proteção do meio ambiente:

CAPÍTULO VI
 DO MEIO AMBIENTE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.** (destaquei).

De acordo com Sarlet³⁹⁹, a nova ordem constitucional estabeleceu um verdadeiro Estado Socioambiental de Direito, no qual tanto a ação estatal quanto a omissão podem implicar em práticas inconstitucionais ou antijurídicas.

Nesse sentido, a ausência de estabelecimento de critérios que levem em consideração a preservação do meio ambiente nas diretrizes de investimentos do Conselho Monetário Nacional para as entidades abertas constitui uma omissão do Poder Público neste particular.

Por outro lado, a simples menção à observância de princípios de responsabilidade socioambiental presente na resolução nº 3.792/09 do CMN não é o bastante em matéria de defesa do meio ambiente pelo Estado.

Há que se avançar em todos os setores possíveis. Um deles é o da educação ambiental dos participantes, a fim de que haja um despertar destes quanto à dimensão social e ambiental que os investimentos financeiros dos planos de benefício possui (artigo 225, § 1º, inc. VI).

Outra frente de defesa, também relacionada à educação, é a pesquisa científica, inclusive na área econômica, a fim de que sejam feitos estudos para os

³⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 56.

investimentos dos fundos de pensão que levem em consideração os direitos sociais e ambientais previstos no ordenamento jurídico.

Um outro setor que carece de avanços é o de certificação ambiental. Por mais que haja controvérsia acerca da necessidade da intervenção estatal neste setor, visto que a Associação Brasileira de Normas Técnicas já dispõem de processo de certificação de produtos e serviços⁴⁰⁰, o qual leva em conta as normas ISO série 14000⁴⁰¹, a certificação merece incentivos e investimentos estatais, pois confere maior confiança e visibilidade para as empresas social e ambientalmente mais responsáveis.

Um importante fórum para discussão do tema da certificação é o próprio Congresso Nacional, no qual já tramitou projeto para tornar público o procedimento da certificação, o qual foi arquivado⁴⁰²; e onde tramita outro projeto⁴⁰³, que visa instituir auditoria externa para entidades particulares que emitem certificados ambientais, selos e outros congêneres.

Com certeza há outras maneiras de se tratar a questão ambiental além destas citadas, sendo que somente com a exploração de todas as formas possíveis de defesa é que se poderá considerar efetivado o preceito do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, devendo esta persecução ser uma atividade perene do Poder Público.

4.2.2.3 Responsabilidade ambiental dos administradores de previdência privada

Conforme ensina Berbel, é no campo finito de possibilidades de investimento estabelecido pelas técnicas de regulação que o privado exercita sua criatividade de forma a maximizar a proteção social, adequando-a dinamicamente aos anseios pragmáticos da sociedade⁴⁰⁴.

O administrador de previdência é o responsável por gerir a aplicação dos recursos de entidade de previdência, o qual é indicado por membros da diretoria

⁴⁰⁰ ABNT. **O que é rótulo ecológico**. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/rotulo/>>. Acesso em: 09 de fev. 2014.

⁴⁰¹ ABNT. **PROCEDIMENTO GERAL DA MARCA ABNT – QUALIDADE AMBIENTAL**. Disponível em: <<http://rotulo.abnt.org.br/images/pdf/PG1107ProcedimentoGeraldaMarcaABNTQualidade%20Ambient al.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

⁴⁰² BRASIL, Projetos de Lei nº 707-B/2003 e 6.262/2005 (apensados). **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=110379&ord=11>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

⁴⁰³ BRASIL, Projeto de Lei nº 7700/2010. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484249>>. Acesso em 09 fev. 2014.

⁴⁰⁴ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Teoria Geral da Previdência Privada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 87/88.

executiva (solidariamente responsáveis); sendo que, quando se tratar de entidade constituída por associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, é obrigatória a contratação de instituição especializada, autorizada pelo Banco Central para operar com a administração de fundos de previdência, hipótese em que o administrador pertencerá à instituição prestadora de serviços financeiros (lei complementar nº 109/2001⁴⁰⁵, artigos 31, 35, 36, 37, e 39).

A resolução nº 3.792/09 (fechadas), ao contrário da resolução nº 3.308/05 que trata apenas das diretrizes de investimento, dedica capítulo específico para a conduta do administrador de previdência:

Capítulo II

DAS DIRETRIZES PARA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PELOS ADMINISTRADORES

Art. 4º Na aplicação dos recursos do plano, os administradores da EFPC devem:

I – observar os princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez e transparência;

II – exercer suas atividades com boa fé, lealdade e diligência;

III – zelar por elevados padrões éticos; e

IV – adotar práticas que garantam o cumprimento do seu dever fiduciário em relação aos participantes dos planos de benefícios.

Art. 5º A aplicação dos recursos deve observar a modalidade do plano de benefícios, suas especificidades e as características de suas obrigações, com o objetivo da manutenção do equilíbrio entre os seus ativos e passivos.

Art. 6º A gestão dos recursos de planos administrados por EFPC constituída por instituidor deve ser feita, nos termos do § 2º do art. 31, da Lei Complementar nº 109, de 2001, por meio de carteiras administradas ou de fundos de investimento.

Art. 7º A EFPC pode designar um administrador estatutário tecnicamente qualificado (AETQ) para cada segmento de aplicação previsto nesta Resolução.

Art. 8º A aplicação dos recursos dos planos da EFPC requer que seus administradores e demais participantes do processo decisório dos investimentos sejam certificados por entidade de reconhecido mérito pelo mercado financeiro nacional.

§ 1º O disposto no caput se aplica também aos empregados da EFPC que realizam operações com ativos financeiros.

[...]

Conforme lição de Póvoas⁴⁰⁶, é no campo das reservas técnicas que mais se lamenta a cisão que a norma fez entre entidades fechadas e abertas, pois ao receberem orientação doutrinária e técnica de dois diferentes órgãos normativos,

⁴⁰⁵ BRASIL, lei complementar nº 109, de 29 maio de 2001. **Diário Oficial Eletrônico**. Poder Legislativo. Brasília, DF, 30 maio 2001. p. 3.

⁴⁰⁶ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 178.

começam a afastar-se, mesmo naqueles pontos em que a técnica atuarial exigiria uniformidade terminológica e conceitual.

Com efeito, é compreensível que haja preocupação acentuada com o administrador de entidade fechada, em razão do risco de déficit do plano poder afetar os participantes de entidades fechadas - que não perseguem resultado de lucro; enquanto que no caso das entidades abertas - que visa resultados positivos, ainda que sem garantia de rentabilidade - a responsabilidade pela entrega satisfatória dos produtos previdenciários contratados é da instituição.

Entretanto, além de estabelecer princípios a serem observados na aplicação dos recursos, exigindo do administrador boa fé, lealdade e diligência, a resolução nº 3.792/09⁴⁰⁷ impõe ao administrador elevados padrões éticos (artigo 4º, inciso III).

De acordo com Arnold⁴⁰⁸, os grandes investidores da história tinham algumas características em comum, sendo que uma delas era a de apresentarem ampla consciência social, econômica e política.

Sen⁴⁰⁹ ressalta que a economia teve duas origens bastante diferentes, a primeira relacionada à ética, referindo-se à Ética à Nicômaco de Aristóteles e ao fato de que Adam Smith, precursor da economia moderna, foi professor de filosofia moral na Universidade de Glasgow; e a segunda, uma concepção mais “engenheira” da economia, cujo início é atribuído a um livro escrito por Kautilya no século IV a.C., em que são feitas análises técnicas de estatística na Índia.

Segundo Sen⁴¹⁰, a natureza da economia moderna foi substancialmente empobrecida pelo distanciamento crescente entre economia e ética.

Apesar das contribuições de logística da abordagem “engenheira” da economia, Sen⁴¹¹ defende que uma reaproximação entre ética e economia pode trazer imensas vantagens.

Em tempos de crise ambiental, a preocupação com a natureza e o bem-estar coletivo, presente e futuro, turva as teorias econômicas relatadas por Sen⁴¹²,

⁴⁰⁷ BRASIL, Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.792 de 24 de set. de 2009. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2009&numero=3792>>.

Acesso em: 15 nov. 2013.

⁴⁰⁸ ARNOLD, Glen. **Os grandes investidores: as estratégias dos maiores mestres da arte de investir**. [tradução Marcelo Babão]. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 10.

⁴⁰⁹ SEN, Amartya Kumar. **Sobre Ética e Economia**. [tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes]. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 19.

⁴¹⁰ SEN, Amartya Kumar. **Sobre Ética e Economia**. [tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes]. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁴¹¹ SEN, Amartya Kumar. **Sobre Ética e Economia**. [tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes]. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

baseadas na ideia de maximização da utilidade, partindo de perspectiva autocentrada de consumo.

Para a construção de uma sociedade sustentável, Milaré⁴¹³ enumera nove grandes princípios, os quais foram resumidos nos termos seguintes com o objetivo reprodução no presente trabalho:

1. Respeitar a comunidade dos seres vivos e cuidar dela: princípio ético que reflete o dever de cuidar das outras pessoas e formas de vida.
2. Melhorar a qualidade de vida humana: acesso a coisas básicas para a sadia qualidade de vida e à paz.
3. Conservar a vitalidade e a diversidade de vida no Planeta: providências no sentido de proteger a estrutura, funções e diversidade dos sistemas.
4. Minimizar o esgotamento de recursos não renováveis.
5. Permanecer nos limites da capacidade de suporte do Planeta, respeitando o limite da capacidade de suporte dos ecossistemas.
6. Modificar atitudes e práticas pessoais.
7. Permitir que as comunidades cuidem de seu próprio ambiente.
8. Gerar uma estrutura nacional para integração e desenvolvimento e conservação.
9. Constituir uma aliança global para a sustentabilidade.

Verifica-se que o primeiro princípio enumerado por Milaré⁴¹⁴ tem fundamento ético, voltado ao âmbito do pensamento humano sobre as comunidades e sobre os seres vivos, impondo-lhe um dever de cuidado com outros e as outras formas de vida.

Santana⁴¹⁵ afirma que os fundos de pensão têm um papel importante no mercado de capitais que é o de trazer um capital mais “paciente” para o mercado, pois são uma categoria de investidores de grande porte e com comportamento de longo prazo, sendo que as responsabilidades legalmente atribuídas aos administradores fazem com que estes demandem padrões de excelência do mercado de capitais.

Nesse sentido, os fundos de pensão podem contribuir inclusive sob o aspecto da redução do risco dos investimentos, estimulando ou exigindo a prática de

⁴¹² SEN, Amartya Kumar. **Sobre Ética e Economia**. [tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes]. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁴¹³ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 72/77.

⁴¹⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 72/77.

⁴¹⁵ SANTANA, Maria Helena. Prefácio. In: REIS, Adacir. **Fundos de pensão e mercados de capitais**. Aldacir Reis [organizador]. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 2008. Prefácio.

responsabilidade social e ambiental por parte das companhias e instituições financeiras⁴¹⁶:

Organizações que identifiquem riscos à sustentabilidade de seu negócio, seja abrangendo sua própria gestão e governança, assim como no que diz respeito à sociedade e ao ambiente em que funcionem, poderão estabelecer estratégias com resultados mais previsíveis e obter mais chances de alcançar tais resultados, servindo assim melhor aos interesses das EFPCs como investidores⁴¹⁷.

Reis⁴¹⁸ assevera que os investimentos considerados socialmente responsáveis vêm ganhando maior atenção nas políticas de investimentos de grandes fundos de pensão, seja estimulando novos empreendimentos, como aqueles dedicados à produção de energia limpa, seja vedando aplicações em empresas das indústrias de cigarros, bebidas ou de armas; sendo que tal discussão evoluiu consideravelmente, já se falando em otimização de rentabilidade para investimentos com tais características.

A sustentabilidade, sob a perspectiva de continuação das atividades empresariais de forma mais harmônica com a natureza, já possui valor econômico para o mercado e para as próprias empresas, tal como se verifica de iniciativas como a da BM&FBOVESPA de implementar um indicador de sustentabilidade, o qual já comprova resultados positivos para as empresas integrantes⁴¹⁹.

Conforme visto acima, o Conselho Monetário Nacional exige dos administradores de previdência privada elevados padrões éticos, e a consciência social, política e econômica é um dos traços característicos dos grandes investidores da história.

Por outro lado, a liberdade de investimento do administrador de previdência não pode ser totalmente limitada por diretrizes que prejudiquem a rentabilidade e liquidez do fundo.

No entanto, na seara ética da tomada de decisão e da cobrança por padrões mais sustentáveis do mercado de capitais, não se verifica incompatibilidade na aplicação da ética ambiental e do objetivo da sustentabilidade.

⁴¹⁶ SANTANA, Maria Helena. Prefácio. *In*: REIS, Adacir. **Fundos de pensão e mercados de capitais**. Aldacir Reis [organizador]. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 2008. Prefácio.

⁴¹⁷ SANTANA, Maria Helena. Prefácio. *In*: REIS, Adacir. **Fundos de pensão e mercados de capitais**. Aldacir Reis [organizador]. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 2008. Prefácio.

⁴¹⁸ REIS, Adacir. **Fundos de pensão e mercados de capitais**. Aldacir Reis [organizador]. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 2008. p. 21.

⁴¹⁹ BM&FBOVESPA. **Guia de Sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/novo-valor/pt-br/download/guia-de-sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

4.2.2.4 Dever de promover a defesa do meio ambiente pelo participante

Ao longo desta pesquisa o princípio da solidariedade apareceu em diversos pontos do estudo, tendo sido verificada a sua presença nos princípios contratuais contemporâneos, na Constituição de 1988, e neste ponto ressurgiu quanto às questões ambientais.

Segundo Sarlet⁴²⁰, na construção do Estado de Direito Socioambiental, o princípio da solidariedade tem a função de conciliar os direitos liberais, os direitos sociais e os direitos ecológicos:

No compasso das promessas não cumpridas da modernidade, os princípios da liberdade e da igualdade, como os marcos normativos, respectivamente, do Estado Liberal e do Estado Social (de Direito), não deram conta de, por si só, assegurar uma vida digna e saudável a todos os integrantes da comunidade humana, deixando para os juristas contemporâneos uma obra normativa inacabada. O princípio da solidariedade aparece, nesse cenário, como mais uma tentativa histórica de realizar na integralidade o projeto da modernidade, concluindo o ciclo dos três princípios revolucionários. A solidariedade expressa a necessidade (e, na forma jurídica, o dever) fundamental de coexistência (e cooperação) do ser humano em um corpo social, formatando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal. Só que aqui, além de uma obrigação ou dever unicamente moral de solidariedade, há que se trazer para o plano jurídico-normativo tal compreensão. Na perspectiva ecológica, a solidariedade – e os deveres a ela inerentes – projeta-se também em face dos habitantes de outras nações, das futuras gerações e mesmo dos animais não humanos e da Natureza em geral, implicando um conjunto de deveres em matéria socioambiental, que, por sua vez, serão objeto de análise mais detida no Capítulo 3.

De acordo com Santos⁴²¹, o Estado democrático de direito, construtor do Estado ambiental, pressupõe uma participação democrática efetiva dos mais diversos atores sociais na tutela do meio ambiente, mediante ações conjuntas entre Estado e Sociedade, visando a formulação e implementação de políticas públicas ambientais e elaboração de leis e atos normativos sobre a matéria ambiental, sendo a cidadania participativa uma exigência da democracia ambiental:

⁴²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 58.

⁴²¹ SANTOS, Karina Alves Teixeira. **Função Social do Contrato & Direito Ambiental: aspectos contratuais civis, ambientais e hermenêuticos**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 140/141.

É justamente nesta cidadania participativa que se inclui a função socioambiental do contrato como forma de alcance ao desenvolvimento sustentável, devendo os contratantes agir de forma que a proteção ao meio ambiente signifique sua contribuição para a existência de uma sociedade sustentável⁴²².

O engajamento do participante com relação à destinação dos recursos é fundamental para o cumprimento do dever ambiental de defesa do meio ambiente.

Nesse aspecto, a participação do contratante envolve não só a cobrança por melhores resultados financeiros, mas também uma solidarização deste com as questões sociais e ambientais que gravitam em torno de seus investimentos.

Há mecanismos de ação à disposição do participante, que pode levar suas sugestões e reclamações para a PREVIC⁴²³ ou SUSEP⁴²⁴, conforme a espécie de plano de que seja participante. No caso do regime complementar dos servidores públicos federais, há ainda o direito à apresentação de propostas e sugestões quanto à gestão da entidade e sua política de investimentos e à situação financeira e atuarial dos respectivos planos de benefícios, bem como o direito de formular recomendações prudenciais a elas relacionadas (artigo 5º, § 11, Lei nº 12.618/2012).

O acesso ao Judiciário também é assegurado ao participante pela Constituição, sendo que a sua legitimidade é evidente, visto ser o titular dos recursos.

Não obstante, em matéria ambiental os mecanismos judiciais e a natureza dos direitos envolvidos não raro reclama a atuação do Ministério Público e de outras entidades legalmente legitimadas, podendo ser mencionados como instrumentos processuais mais abrangentes a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a ação popular ambiental e o mandado de injunção ambiental⁴²⁵.

4.2.3 Reflexos da incidência dos direitos sociais e ambientais no campo da obrigação e do adimplemento

⁴²² SANTOS, Karina Alves Teixeira. **Função Social do Contrato & Direito Ambiental**: aspectos contratuais civis, ambientais e hermenêuticos. Curitiba: Juruá, 2013. p. 141.

⁴²³ PREVIC, Superintendência Nacional de Previdência Complementar. **Carta de serviços ao cidadão**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/27_130906-142405-249.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2015.

⁴²⁴ SUSEP, Superintendência Nacional de Seguros Privados. **Carta de Serviços**: Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/Carta%20de%20Servicos%2023052013.pdf/view>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

⁴²⁵ SANTOS, Karina Alves Teixeira. **Função Social do Contrato & Direito Ambiental**: aspectos contratuais civis, ambientais e hermenêuticos. Curitiba: Juruá, 2013. p. 153/169.

A perspectiva do contrato previdenciário como um direito social, que deve observância a valores constitucionalmente estabelecidos, como a solidariedade e a igualdade, bem como à proteção do meio ambiente, torna mais complexa a obrigação da entidade e o próprio *design* do adimplemento.

É importante frisar, no entanto, que esta perspectiva do contrato previdenciário não é compatível com a visão de respeitáveis Autores que escrevem sobre este tipo contratual.

Basta lembrar que para Martinez vige no contrato previdenciário o princípio da autonomia da vontade, no sentido de que “*Observada a lei e o Regulamento básico, a vontade do participante é soberana; salvo quando afetada pela norma pública, ela é plena e deve ser respeitada*”⁴²⁶; e que, para Cassa⁴²⁷, a autonomia da vontade é uma pedra angular do sistema privado.

De acordo com Cassa, com o contrato de previdência privada a entidade de previdência obriga-se a executar plano de benefícios de natureza previdenciária ou a garantir a prestação de serviços previdenciários que possam assegurar o pagamento do benefício contratado, gerindo a reserva acumulada pelos participantes, prestando-lhes a assessoria necessária, com a finalidade de garantir o pagamento de um benefício assemelhado ao da previdência social, mediante o recolhimento de contribuições e dos valores que lhe são cabidos⁴²⁸.

Analisando o plano PGBL, sem garantia de rentabilidade, Cassa afirma que a obrigação no contrato previdenciário é uma obrigação de meio⁴²⁹:

Nesse aspecto, o PGBL assemelha-se a um contrato de poupança simples, sem promessa de rentabilidade. Juridicamente, pode-se afirmar que a obrigação da entidade com relação a este produto é de **meio**, pois se compromete a gerir diligentemente os recursos para que o participante atinja o seu fim (receber o benefício), mas não lhe garante nenhum resultado⁴³⁰.

A clássica distinção entre obrigação de meio e de resultado não se apresenta tão clara em uma análise mais ampla do contrato previdenciário.

⁴²⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras lições de previdência complementar**. São Paulo: LTr, 1996. p. 59.

⁴²⁷ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 69.

⁴²⁸ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 106.

⁴²⁹ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. p. 168/169.

⁴³⁰ CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP Ed., 2009. P. 168/169.

Conforme preceitua Carnacchioni⁴³¹, a obrigação vem sofrendo um processo intenso de mudanças, principalmente após a incorporação pela Constituição de 1988 de valores como dignidade humana, justiça social, solidariedade, igualdade substancial, função social, boa-fé objetiva, dentre outros:

A obrigação de dar não pode mais ser considerada apenas sob a perspectiva dos interesses econômicos do credor, como também o estatuto financeiro deste. Na atual dinâmica constitucional, a obrigação deve buscar atender, de forma igualitária, aos interesses de ambos os sujeitos, credor e devedor, **uma vez que tanto um quanto outro são titulares de direitos fundamentais**. A relação obrigacional não é mais uma relação de subordinação, mas sim de mútua cooperação, em função do princípio constitucional da solidariedade social que, como visto, passa a se incorporar no conteúdo desta relação jurídica material entre os sujeitos, credor e devedor. A cooperação, a assistência recíproca e o auxílio mútuo levam a uma análise diferenciada do processo obrigacional que, diante desta nossa perspectiva estrutural e funcional, impõem a tutela dos interesses econômicos do devedor no mesmo nível e grau da tutela dos interesses econômicos do credor. (destaquei)

É importante reconhecer que todos são titulares de direitos fundamentais, devendo ser respeitadas as prerrogativas da entidade, a qual tem o direito constitucional de empreender a atividade econômica relacionada à administração de fundos de previdência, podendo os seus fins variar conforme a sua natureza (entidades abertas, fechadas, fundações especialmente constituídas e etc.).

No entanto, não se pode perder de vista que no contrato previdenciário em geral se está diante de uma relação de consumo, sendo necessário o reconhecimento da vulnerabilidade do participante.

Nesse sentido, a cooperação entre as partes, como um desdobramento do princípio da solidariedade, deve ser buscada com mais diligência e aplicação pela entidade, visto que o participante, enquanto consumidor, pode não se comportar no sentido de defender seus próprios interesses, podendo estar ocupado com preocupações e afazeres que não permitam que volte sua atenção para o desenvolvimento do contrato previdenciário, notadamente de longa duração.

Por isso, constitui obrigação da entidade assegurar o mais amplo e facilitado acesso à informação quanto ao plano de previdência, suas condições, coberturas, benefícios, destino dos recursos e perspectivas de ganho futuro, de forma constante e ativa, independentemente de provocação.

⁴³¹ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 30.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe avanços também no que se refere à obrigação e adimplemento, passando a exigir um adimplemento com qualidade e adequação às expectativas legítimas das partes.

É preciso que a entidade ocupe-se de proteger os investimentos do participante contra perdas, maximizando as possibilidades de ganho e evitando riscos desnecessários.

Por se tratar de aplicações voltadas a proporcionar cobertura contra riscos sociais, o dever de proteção destas aplicações por parte da entidade é fundamental, pois a sua inobservância pode acarretar o comprometimento da renda (ou sua complementação).

A noção de performance e responsabilidade do administrador de previdência tem suas peculiaridades. Prova disso foi a ampla repercussão do princípio do administrador prudente na administração dos fundos norte-americanos.

Concebido originalmente no caso *Harvard College v. Amory*⁴³², sendo posteriormente incorporado na ERISA – Employee Retirement Income Security Act (1974) – diploma legal voltado à proteção de participantes de planos empresariais, o princípio é importante balizador da conduta dos fiduciários (administradores) norte-americanos:

All that can be required of a trustee to invest, is, that, he shall conduct himself faithfully and exercise a sound discretion. He is to observe how men of prudence, discretion and intelligence manage their own affairs, not in regard to speculation, but in regard to the permanent disposition of their funds, considering the probable income, as well as the probable safety of the capital to be invested⁴³³.

Tradução própria: Tudo que pode ser exigido de um fiduciário para investir, é que ele deve conduzir-se fiel e exercer seu poder discretamente. Ele deve observar como homens de prudência, discrição e inteligência lidam com seus próprios assuntos, não no que diz respeito à especulação, mas em consideração a uma disposição permanente de seus fundos, considerando renda provável, assim como segurança do capital investido.

⁴³² POZEN, Robert C. **The prudent person rule and ERISA: a Legal Perspective**. *Financial Analysts Journal*, Vol. 33, nº 2 (MAR.-ABR., 1977). p. 30-35. Disponível em: <http://www.jstor.org>. Acesso em: 05/08/2013.

⁴³³ POZEN, Robert C. **The prudent person rule and ERISA: a Legal Perspective**. *Financial Analysts Journal*, Vol. 33, nº 2 (MAR.-ABR., 1977). p. 30-35. Disponível em: <http://www.jstor.org>. Acesso em: 05/08/2013.

Fala-se no direito norte-americano em termos de liberação de responsabilidade. Ou seja, o administrador somente se libera de sua obrigação fiduciária se agir diligentemente, de acordo com o citado princípio.

É interessante notar que a regra do administrador prudente não libera o fiduciário de responsabilidade das decisões feitas pelo próprio agente (no nosso caso o participante). Em casos de planos que permitem ao participante fazer escolhas de investimento, o fiduciário somente se libera de sua responsabilidade se proporcionar ao participante as informações necessárias para que ele não tome uma decisão pobre, que implique em perdas ou baixos ganhos⁴³⁴.

Em outras palavras, a obrigação do administrador vai além de um dever de diligência com relação ao contrato, havendo um dever inclusive de orientação do participante para a melhor tomada de decisão quanto ao destino de seus recursos.

Em que pese as diretrizes de investimento para o administrador brasileiro ser traçadas, como visto, pelo Conselho Monetário Nacional, não se vislumbra incompatibilidade do princípio do administrador prudente para valoração de seu desempenho, pois no espaço de discricionariedade concedido pela regulamentação, as decisões da entidade impactam diretamente nos resultados do plano.

Aliás, a experiência dos planos de pensão norte-americanos, marcada por diversas perdas financeiras decorrentes da ausência de estruturação de planos constituídos no ambiente de trabalho, vem a comprovar que se faz necessário um mínimo de regulamentação para proteger os direitos dos participantes.

Por fim, e não menos importante, a proteção do meio ambiente, como um dever de todos, vincula os participantes, as entidades, os patrocinadores (se houver), bem como os órgãos reguladores e fiscalizadores, à escolha de investimentos em atividades menos agressivas, com base em critérios objetivos e idôneos de avaliação, cujo desenvolvimento deve ser estimulado pelo Estado brasileiro.

Esta proteção se insere no campo obrigacional e do adimplemento, visto que o contrato previdenciário, assim como todos os demais tipos contratuais, deve observância à função social e ambiental do contrato, como forma solidária de contribuição para as futuras gerações (artigo 225 da Constituição de 1988).

⁴³⁴ MCGILL, Dan; BROWN, Kyle; HALEY, John; SCHIEBER, Sylvester; WARSHAWSKY, Mark. **Fundamentals of Private Pensions**. 9 ed. Oxford: OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010. p. 543.

5 CONCLUSÃO

Ao iniciar a presente pesquisa indagava-se como a proteção jurídica oferecida pelo ordenamento ao participante de plano de previdência privada poderia contribuir para a efetivação dos direitos sociais e ambientais.

No capítulo dedicado à análise das Vertentes Históricas da Previdência Privada, pôde-se verificar que o sistema de previdência privada brasileiro evoluiu de entidades associativas e montepios para um sistema constitucionalmente estabelecido para complementação ou viabilização de renda na velhice, autônomo com relação aos demais sistemas previdenciários, mas a eles complementar.

Foi possível constatar que o risco financeiro e atuarial dos planos foi aos poucos sendo separado da responsabilidade das entidades por meio do desenvolvimento de planos de contribuição definida ou variável sem garantia de renda específica, ao mesmo tempo em que se desenvolveu uma política de regulamentação da atividade previdenciária com especial enfoque nas ciências financeiras e atuariais para conferir mais segurança ao sistema.

Por outro lado, a flexibilização dos planos de previdência e a diminuição de garantias, aliadas ao aumento crescente da massa de contratantes, bem como do substancial incremento recebido pelo sistema com a criação do Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos, impuseram a preocupação com o futuro dos participantes e da sociedade como um todo, levando à investigação acerca dos princípios contratuais contemporâneos.

Nesta análise, realizada no capítulo relativo aos Princípios Contratuais Contemporâneos Incidentes, constatou-se que o direito contratual vem passando por diversas transformações decorrentes da crise dos paradigmas contratuais liberais, baseados nos dogmas da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos.

Foram analisados novos princípios que surgem como resposta do direito contratual para os problemas decorrentes de desequilíbrios contratuais, como o princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

Nesta empreitada, analisou-se o trabalho de Macedo Júnior⁴³⁵, acerca das transformações contratuais, baseado em uma abordagem principiológica, tendo-se constatado que o contrato não pode ser compreendido de forma isolada de

⁴³⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 316 p.

determinada ordenação de mercado, e que esta ordenação sofreu muitas mudanças, principalmente a partir dos anos 1970.

Algumas alterações na forma de produzir e contratar forjaram o princípio da cooperação, o que fez com que o próprio direito contratual tivesse que mudar para se adequar aos novos ditames sociais.

Outra grande colaboração extraída do trabalho de Macedo Júnior⁴³⁶ foi a visão *welfarista* de contrato, pela qual se reconhece uma solidariedade intrínseca à relação contratual, que permite a efetivação do equilíbrio substantivo do contrato.

Na análise das características do contrato previdenciário realizada na primeira parte do capítulo dedicado aos direitos sociais e ambientais aplicados, pôde-se constatar que o contrato previdenciário não se resume à proposta de inscrição e ao regulamento do plano, tratando-se de uma relação integrada por todos os atos que possam despertar a confiança do aderente, inclusive aqueles pré-contratuais, como a simulação de rentabilidade.

Na segunda parte da análise do mencionado capítulo, relativa aos direitos sociais e ambientais propriamente ditos, constatou-se que a previdência privada não só serve de instrumento para a consecução de direitos sociais, como é por si mesma um direito social.

Essa constatação trouxe inúmeras contribuições, pois permitiu pensar no contrato previdenciário como um direito protegido de forma mais acentuada pelo ordenamento jurídico, impondo-se mais deveres ao Poder Público e aos agentes a quem são confiados estes contratos.

Evidentemente que tal constatação tem suas limitações, visto que a função primeira do contrato previdenciário é a de assegurar renda (ou sua complementação) na velhice, sendo que, para tanto, precisam ser respeitados critérios de liquidez, rentabilidade e segurança dos investimentos.

A respeito da solidariedade como um valor fundamental para os contratos, impondo uma superação do paradigma jurídico que considera que os indivíduos agem somente no sentido de maximizar suas vantagens individuais, pôde-se constatar no estudo dos direitos sociais e ambientais a sua presença inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no sentido de que todos têm deveres perante a comunidade que integram, bem como no dever de proteção ao meio ambiente.

Em vista de tais constatações, é possível afirmar que previdência privada é um direito social, exercido de forma facultativa pelos interessados, o qual, em razão de

⁴³⁶ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 316 p.

sua importância econômica e social, pode contribuir para a efetivação de direitos sociais e ambientais no Brasil, mediante a prática de boas diretrizes de investimento pelo governo, de exercício responsável e diligente das atividades pelos administradores e da participação e cooperação do contratante, principalmente nas decisões envolvendo os destinos dos recursos e nas adequações contratuais necessárias para o atingimento dos objetivos previdenciários do plano.

6 REFERÊNCIAS

- ABNT. **O que é rótulo ecológico.** Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/rotulo/>>. Acesso em: 09 de fev. 2014.
- ABNT. **PROCEDIMENTO GERAL DA MARCA ABNT – QUALIDADE AMBIENTAL.** Disponível em: <<http://rotulo.abnt.org.br/images/pdf/PG1107ProcedimentoGeraldaMarcaABNTQualidade%20Ambienta.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2014.
- AGENDA 21, Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente. Rio 92. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 06/02/2015.
- AMARAL FILHO, Léo do. **Previdência Privada Aberta.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ARNOLD, Glen. **Os grandes investidores: as estratégias dos maiores mestres da arte de investir.** [tradução Marcelo Babão]. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 10.
- ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência aberta como relação de consumo.** São Paulo: LTr, 2004.
- BALERA, Wagner. **Competência Jurisdicional na Previdência Privada.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BALERA, Wagner (Org.). **Comentários à Lei de Previdência Privada.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 59 ss. *Apud*: CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais.* 3 ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 221/222.
- BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Teoria Geral da Previdência Privada.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p.
- BM&FBOVESPA. **Guia de Sustentabilidade.** Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/novo-valor/pt-br/download/guia-de-sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013.
- BRDESCO. **Simuladores.** Disponível em: <<http://www.brdescoprevidencia.com.br/PF/Ferramentas/Simuladores>>. Acesso em: 30 jun. 2013.
- BRASIL, CONSTITUIÇÃO (1824). **Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824.** Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

- BRASIL. Lei do Império nº 556 de 25 de junho de 1850. **Coleção das Leis do Império do Brasil**. Poder Executivo, Rio de Janeiro/RJ, t. 11, p. 57/238, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.
- BRASIL. Decreto nº 2.679, de 3 de novembro de 1860. **Coleção de Leis do Império do Brasil**. Poder Executivo, 1860, p. 702, vol. 1, pt. II. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2679-3-novembro-1860-556786-publicacaooriginal-76916-pe.html>>. Acesso em: 18 out. 2014.
- BRASIL. Lei Ordinária nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Coleção de Leis do Brasil**. Ministério da Justiça. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.
- BRASIL. Decreto do Poder Legislativo nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923. **Coleção das Leis do Brasil**, 1923, v. 1, p. 126. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4682.htm>. Acesso em: 22 de out. 2014.
- BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, diário oficial de 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.
- BRASIL, Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, diário oficial de 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.
- BRASIL, Decreto nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, RJ, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 08 fev. 2015.
- BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, diário oficial de 19 set. 1946, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.
- BRASIL. Lei Ordinária nº 3.807 de 26 de agosto de 1960. **Diário Oficial**. Brasília, 05 set. 1960. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%203.807-1960?OpenDocument>. Acesso em: 25 out. 2014.
- BRASIL. Decreto-lei nº 72 de 21 de novembro de 1966. **Diário Oficial**. Brasília, 22 nov. 1966, RET. 01 dez. 1966, RET. 13 dez. 1966. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%2072-1966?OpenDocument>. Acesso em: 25 out. 2014.
- BRASIL. Decreto-lei nº 73 de 21 de novembro de 1966. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 22 nov. 1966, 13524. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0073.htm>. Acesso em: 08 nov. 2014.

BRASIL, Lei Ordinária nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 6.435 de 15 de julho de 1977. **Diário Oficial**. Legislativo, Brasília, 20 jul. 1977, p. 9193. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6435.htm>. Acesso em: 07/02/2015.

BRASIL. Decreto nº 81.240 de 20 de janeiro de 1978. **Diário Oficial**. Executivo, Brasília, 24 jan. 1978, p. 1337. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%2081.240-1978?OpenDocument>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Decreto nº 81.402 de 23 de fevereiro de 1978. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 24 fev. 1978, 002793 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D81402.htm>. Acesso em: 08 nov. 2014.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Legislativo, Brasília, DF, diário oficial da união de 05 out. 1988, p. 1 (anexo). Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed>>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Lei Ordinária nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial**. Poder Legislativo, Brasília/DF, 12 set. 1990, p. 1 (suplemento). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.

BRASIL. Lei Ordinária nº 8.177 de 01 de março de 1991. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 05 mar. 1991. p. 1.

BRASIL, Decreto do Executivo nº 591 de 06 de julho de 1992. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 09 jan. 2015.

BRASIL, Decreto do Executivo nº 592 de 06 de julho de 1992. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 09 jan. 2015.

BRASIL, Decreto do Executivo nº 678 de 09 de novembro de 1992. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 09 jan. 2015.

BRASIL. Lei Ordinária nº 9.477 de 24 de julho de 1997. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 25 jul. 1997. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.477-1997?OpenDocument>. Acesso em: 10 nov. 2014.

- BRASIL. Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998. **Diário Oficial**. Legislativo, Brasília, DF, 16 dez. 1998 (Caderno Eletrônico). Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/emc%2020-1998?OpenDocument>. Acesso em: 25 out. 2014.
- BRASIL. Lei Complementar nº 108 de 29 de maio de 2001. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, DF, 30 mai. 2001, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp108.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.
- BRASIL. Lei Complementar nº 109 de 29 de maio de 2001. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, DF, 30 mai. 2001, p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.
- BRASIL. Lei Ordinária nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.
- BRASIL. Lei Ordinária nº 10.741 de 01 de outubro de 2003. **Diário Oficial**. Poder Legislativo, Brasília/DF, p. 1, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.
- BRASIL, Projetos de Lei nº 707-B/2003 e 6.262/2005 (apensados). **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=110379&ord=1>>. Acesso em: 09 fev. 2014.
- BRASIL, Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.308 de 31 de ago. de 2005. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2005&numero=3308>>. Acesso em: 15 nov. 2013.
- BRASIL, Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.792 de 24 de set. de 2009. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2009&numero=3792>>. Acesso em: 15 nov. 2013.
- BRASIL. Lei nº 12.154 de 23 de dezembro de 2009. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 23 dez. 2009, p. 1 (edição extra). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/Lei/L12154.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.
- BRASIL, Projeto de Lei nº 7700/2010. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484249>>. Acesso em 09 fev. 2014.
- BRASIL. Lei Ordinária nº 12.618 de 30 de abril de 2012. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 02 maio 2012, p. 2.

- BRASILPREV. **Previdência sem mistério.** Disponível em: <<http://www2.brasilprev.com.br/ht/previdenciasemmisterio/considerar/paginas/taxas.aspx>>. Acesso em: 07 jan. 2015.
- BRASILPREV. **Realize seus projetos de vida.** Disponível em: <http://www.brasilprev.com.br/realizeseusprojetosdevida_bp_html/Home.aspx>. Acesso em: 30 jun. 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13 reimpressão.
- BOTREL, Sérgio. Principiologia Direito Obrigacional na Contemporaneidade. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos:** por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012.
- CABRAL, Érico de Pina. **A “Autonomia” no Direito Privado.** Revista de Direito Privado. RDPriv 19/83. Jul.-set. 2004. . In: *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).*
- CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Simule e compre.** Disponível em: <<http://www.caixaseguros.com.br/portal/site/LojaOnline/menuitem.35a501cfd84cd0a884f941b7661010a0/?vgnnextoid=ca7a85045968f310VgnVCM1000006601010aRCRD&origem=Portal>>. Acesso em: 24 nov. 2013.
- CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil:** teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais.** 3 ed. Curitiba: Juruá, 2014.
- CASSA, Ivy. **Contrato de Previdência Privada.** São Paulo: MP Ed., 2009.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- CMN, Conselho Monetário Nacional. **Entenda o CMN.** Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?CMNENTENDA>>. Acesso em: 11 jan. 2015.
- COUTO E SILVA, Clóvis. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 92. Apud: RIBEIRO, Milton Nassau. *O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002.* In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos:** por uma abordagem civil-constitucional. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012.
- DALMAU, Rúben M. **Los procesos constituyentes latino-americanos y el nuevo paradigma constitucional.** IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C., nº 25, 2010. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. México. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222977001>>. Acesso em: 28 out. 2014.

- DANIS-FANTÔME, Anne. **Apparecen et contrat**. Paris: LGDJ, 2004. p. 2 ss. *Apud*: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DURAND, Paul. La política contemporânea de seguridad social. Colección de Seguridad Social, tradução de José Vida Soria. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad de España, 1991. Edição do original em francês: *La politique contemporaine de securité sociale*. Paris: Dalloz, 1953. *Apud*: AMARAL FILHO, Léo do. **Previdência Privada Aberta**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 196.
- EFING, Antônio Carlos. **Direito dos Idosos: Tutela Jurídica do Idoso no Brasil**. São Paulo: LTr, 2014.
- EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos das relações de consumo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- FAIS, Juliana M. **Common law em relação ao Direito Brasileiro**. *In*: Iniciação Científica, CESUMAR, Jan./Jun. 2006, vol. 8, nº 01, p. 25/34. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/iccesumar/article/viewFile/120/58>>. Acesso em: 05 nov. 2014.
- FENAPREVI, Federação Nacional de Previdência Privada e Vida. **Previdência tem o maior crescimento em nove anos**. Disponível em: <<http://www.cnseg.org.br/fenaprevi/servicos-apoio/noticias/previdencia-tem-o-maior-crescimento-em-nove-anos.html>>. Acesso em: 01/04/2015.
- FENAPREVI. Federação Nacional de Previdência Privada e Vida. **Previdência complementar aberta acumula R\$ 18,9 bilhões no 1º trimestre**. Disponível em: <<http://www.cnseg.org.br/fenaprevi/servicos-apoio/noticias/previdencia-complementar-aberta-acumula-r-18-9-bilhoes-no-1-trimestre.html>>. Acesso em: 29 jun. 2013.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 98.
- FIÚZA, César. **Novo Direito Civil: curso completo de acordo com o Código Civil de 2002**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 318. *Apud*: RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. *In*: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos: por uma abordagem civil-constitucional**. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012.
- FOLHA, Folha de São Paulo. **Captação líquida da previdência privada cai 21% em 2013**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/02/1417473-captacao-liquida-da-previdencia-privada-cai-21-em-2013.shtml>>. Acesso em: 01/04/2015.
- FONSECA, Fúlvio Eduardo. **A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292007000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 nov. 2013.

- FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 109-111. *Apud*: SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos: (teoria e prática)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FUNPRESP. **Simulador de adesão**. Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal. Disponível em: <https://www8.dataprev.gov.br/simuladorfunprespe/publico/jsf/simuladorPublico.xhtml>. Acesso em: 24 nov. 2013.
- GAUDENZI, Patrícia B. L. **Tributação de Investimentos em Previdência Complementar Privada – Fundos de Pensão, PGBL, VGBL, FAPI e outros**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. *Apud*: ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A previdência aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr, 2004.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 36. *Apud*: RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I. p. 277
- HSBC. **Simulador de Previdência**. Disponível em: <http://www.hsbc.com.br/1/2/simuladores/para-voce/previdencia/simulador-de-previdencia>. Acesso em: 30 jun. 2013.
- INTERNACIONAL ORGANISATION OF PENSION SUPERVISORS. **Países**. Disponível em: <http://www.iopsweb.org/researchbycountry/>. Acesso em: 31 out. 2014.
- ITAÚ. **Simulador projeto de vida**. Disponível em: <http://www.itaub.com.br/investimentos-previdencia/assessoria-financeira/projeto-vida/simulador-aposentadoria/>. Acesso em: 26 jun. 2013.
- KRUGMAN, Paul; OBSTFELD; Maurice. **Economia internacional**. [tradução Eliezer Martins Diniz]. 8 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall.
- LIPOVETSKY, Gilles. **O crepúsculo do dever: e ética indolor dos novos tempos democráticos**. Trad. Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994, p. 244. *Apud*: MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 148/149.
- LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos**. Revista de Direito do Consumidor, RDC 25/19, jan.-mar./1998. In: Direito do Consumidor: contratos de consumo / Claudia Lima Marques, Bruno Miragem (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Claudia Lima [et. al.]. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MARQUES, Claudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. Claudia Lma Masques, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Previdência Complementar**. Wladimir Novaes Martinez, Ana Flávia Ribeiro Ferraz, Dirce Namie Kosugi. São Paulo: LTr, 2014.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: LTr, 1996.
- MACNEIL, Ian. **O novo contrato social**. [Trad. Alvamar Camparelli]. São Paulo: Campus. *Apud*: MIRAGEM, Bruno. Os contratos de previdência privada e o Código de Defesa do Consumidor na visão do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Direito do Consumidor, vol. 78, abr.-jun. 2011. p. 314/337.
- MCGILL, Dan; BROWN, Kyle; HALEY, John; SCHIEBER, Sylvester; WARSHAWSKY, Mark. **Fundamentals of Private Pensions**. 9 ed. Oxford: OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010.
- MELO, Ana Carolina de. **PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: Funpresp é aprovada pelo plenário do Senado**. Brasília, 2012. Disponível em <<http://www.mps.gov.br/vejaNoticia.php?id=45880>>. Acesso em: 18 nov. 2012.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 52.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MIRAGEM, Bruno. **Os Contratos de Previdência Privada e o Código de Defesa do Consumidor na Visão do Superior Tribunal de Justiça**. In: Revista de Direito do Consumidor, 2011, RDC 78, p. 315/337.
- NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **O princípio da boa-fé e a execução contratual**. Revista dos Tribunais, RT 794/56, dez. 2001. In: Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

- OLIVEIRA, Antonio Carlos de. **Direito do Trabalho e previdência social: estudos.** São Paulo, LTr, 1996.
- ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Resolução nº 217 A (III), Assembléia Geral da Nações Unidas em Paris, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: 09 jan. 2015.
- PAIXÃO, Leonardo. **A Previdência Associativa e o Capitalismo Social.** In Papel dos fundos de pensão na formação da economia brasileira: capitalismo social. São Paulo: Abrapp / ICSS / Sindapp, 2007, p. 53-80. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081013-161946-316.pdf>. Acesso em: 31 out. 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reforma do Direito Civil.** Revista de Direito Civil, RDCiv 58/7, out.-dez. 1991. In: Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- POVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- POZEN, Robert C. **The prudent person rule and ERISA: a Legal Perspective.** Financial Analysts Journal, Vol. 33, nº 2 (MAR.-ABR., 1977). p. 30-35. Disponível em: <http://www.jstor.org>. Acesso em: 05/08/2013.
- PREVIC, Superintendência Nacional de Previdência Complementar. **Carta de serviços ao cidadão.** Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/27_130906-142405-249.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2015.
- PULINO, Daniel. **Previdência Complementar: Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- REIS, Adacir. **Curso básico de previdência complementar.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- REIS, Adacir. **Fundos de pensão e mercados de capitais.** Aldacir Reis (Org.). São Paulo: Editora Peixoto Neto, 2008.
- RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. In: FIÚZA, César (Org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos: por uma abordagem civil-constitucional.** 1 ed. Curitiba: CRV, 2012.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

- SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos**: (teoria e prática). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SANTANA, Maria Helena. Prefácio. *In*: REIS, Adacir. **Fundos de pensão e mercados de capitais**. Aldacir Reis [organizador]. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 2008. Prefácio
- SANTOS, Karina Alves Teixeira. **Função Social do Contrato & Direito Ambiental**: aspectos contratuais civis, ambientais e hermenêuticos. Curitiba: Juruá, 2013.
- SARAIVA, Vicente de Paulo. **Expressões latinas jurídicas e forenses**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 705. *Apud*: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SEN, Amartya Kumar. **Sobre Ética e Economia**. [tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes]. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, 27 ed.
- STEA. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.stea.com.br/default.php>>. Acesso em: 25 out. 2014.
- STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 321**. Diário da Justiça, 05 dez. 2005, p. 410. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj- revista-sumulas-2011_26_capSumula321.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.
- STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Ementa**. Diário da Justiça de 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON &sequencial=4417011&formato=PDF>>. Acesso em: 07 jan. 2015.
- STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Ementa**. Diário da Justiça de 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON &sequencial=4417011&formato=PDF>>. Acesso em: 07 jan. 2015
- STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Ementa**. Diário da Justiça Eletrônico de 20 de março de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=pl ano+de+previdencia+e+impenhorabilidade&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em: 10 jan. 2015.
- SUSEP, Superintendência Nacional de Seguros Privados. **Carta de Serviços**: Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/Carta%20de%20Servicos%2023052013.pdf/view>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

- SUSEP, Superintendência de Seguros Privados. **Definições Básicas – Glossário**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>>. Acesso em: 09 nov. 2014.
- TEPEDINO, Maria Celina B. M. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista de Direito Civil, RDCiv 65/21, jul.-set.1993. *In*: Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática / Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).
- UNITED STATES, Department of Labor. **Employee Retirement Income Security Act – ERISA**. Disponível em: <<http://www.dol.gov/dol/topic/health-plans/erisa.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2014.
- VEIGA, Luiz Humberto Cavalcante. **Taxas de administração dos planos de previdência complementar e os efeitos na reserva de poupança dos consumidores**. Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2489>>. Acesso em: 07 jan. 2015.
- VEIGA JÚNIOR, Celso Leal da. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. Celso Leal da Veiga Júnior, Marcelo Henrique Pereira. São Paulo: LTr, 2005.
- WILHELMSSON, Thomas. **The philosophy of welfarism and its emergence in the modern scandinavian contract law**. *In*: BROWNSWORD, Roger; WOWELLS, Geraint; WILHELSSON, Thomas (ed.). Welfarism in contract law. Darmouth Publishing, 1994. *Apud*: MACEDO JR., Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- WORKING PARTY ON PRIVATE PENSIONS. **Private pensions**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/finance/private-pensions/privatepensionsoecdclassificationandglossary.htm>>. Acesso em: 31 out. 2014.
- YAMAMOTO, Lucas Zucoli; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. **Análise comparativa de simuladores de rentabilidade para previdência privada sob a ótica do consumidor**. Revista Jurídica Cesumar: Mestrado (online), v. 14, p. 119-142, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3246>>. Acesso em: 07 jan. 2015.
- ZOLA, Emílie. **Germinal**. 2 ed. São Paulo. CÍRCULO DO LIVRO S.A., 1976.