**COMPETÊNCIA JURISDICIONAL EM MATÉRIA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR: JUSTIÇA COMUM *VS.* JUSTIÇA DO TRABALHO. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 202, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.**

**Ementa:** *1. A previdência privada complementar distingue-se da previdência pública por sua natureza contratual, facultativa e adicional. A previdência privada oferece benefícios previdenciários adicionais aos valores básicos garantidos pelo sistema público. 2. A EC nº 20/1998 prevê que o serviço privado de previdência complementar deve ter um regime jurídico próprio e diferenciado. O objetivo da emenda é fomentar a atividade e ampliar a proteção social previdenciária disponível no mercado. 3. O § 2º do art. 202 da Constituição exclui as condições relativas à previdência privada do contrato de trabalho de seus eventuais participantes. Trata-se de norma cogente e não facultativa. 4. Assim, nos termos do art. 202, § 2º da Constituição, a competência jurisdicional em matéria de previdência complementar – aberta ou fechada – é da Justiça Comum, e não da Justiça do Trabalho. Com maior razão ainda, a Justiça do Trabalho não será a competente para apreciar questões envolvendo contratos firmados com entidades abertas de previdência complementar.*

I. HISTÓRICO E CONSULTA

II. NOTAS GERAIS SOBRE O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL

III. REGIME JURÍDICO ESPECÍFICO DA PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR E A SEGREGAÇÃO EM RELAÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO

III.1. A Emenda Constitucional nº 20/98

III.2. A Lei Complementar nº 109/2001

IV. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM EM MATÉRIA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR

IV.1. O art. 202, § 2º da Constituição de 1988

IV.2. O art. 114 da Constituição de 1988

V. CONCLUSÃO: RESPOSTA AOS QUESITOS DA CONSULENTE

## I. HISTÓRICO E CONSULTA

1. Consultam-me o Itaú Fundo Multipatrocinado e o Bradesco Multipensions Fundo Multipatrocinado de Previdência Privada, entidades fechadas de previdência complementar, por seus ilustres representantes, acerca da controvérsia envolvendo a definição da Justiça competente para processar e julgar controvérsias oriundas de contratos de previdência privada complementar, firmados tanto com entidades abertas quanto com entidades fechadas de previdência.

2. O tema da competência jurisdicional em matéria de previdência privada complementar – especialmente em se tratando de planos administrados por entidades fechadas – tem sido debatido na jurisprudência e até o momento não foi pacificado, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ora as decisões do Supremo Tribunal Federal entendem que a competência é da Justiça Estadual comum, ora que seria da Justiça do Trabalho. Há, igualmente, inúmeras decisões tanto da Justiça Estadual quanto da Justiça do Trabalho declarando-se competentes na matéria. Segundo a consulente, a controvérsia teria sido reavivada após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou a redação ao art. 114 da Constituição de 1988 para ampliar a competência material da Justiça do Trabalho.

3. A consulta foi motivada de forma específica pela circunstância de se encontrarem atualmente em curso no Supremo Tribunal Federal dois recursos extraordinários (RE nº 586.453/SE, relatora Min. Ellen Gracie; e RE nº 583.050/RS, relator Min. Cézar Peluso), aos quais foi atribuída repercussão geral e nos quais se discute qual seria a Justiça competente para processar e julgar controvérsia relacionada à complementação de benefício de aposentadoria concedida por entidade fechada de previdência complementar: se a Justiça Estadual comum ou a Justiça do trabalho.

4. O julgamento dos recursos extraordinários referidos iniciou-se em março de 2010 e foi suspenso por pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa, após votos dos Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, José Dias Toffoli e Carmen Lúcia. De acordo com os votos já proferidos[1], é possível identificar, em síntese, duas teses principais em discussão. A primeira, inaugurada pelo voto da Ministra Ellen Gracie e defendida mais analiticamente pelo Ministro José Dias Toffoli, concluiu pela competência da Justiça Estadual comum para o julgamento de controvérsias oriundas de contratos de previdência privada complementar – inclusive em se tratando de entidades fechadas, patrocinadas pelo empregador. A tese funda-se, de modo geral, na independência e autonomia do Direito Previdenciário – notadamente, em relação ao Direito do Trabalho e ao Direito Administrativo –, garantidas expressamente no art. 202, § 2º da Constituição de 1988[2], com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, e na legislação pertinente.

5. A segunda tese, defendida no voto do Ministro Cezar Peluso, e seguida pela Ministra Carmen Lúcia, é a de que o tema só poderia ser decidido caso a caso, perante os quais o STF elegeria uma dentre três conclusões possíveis: (i) a competência seria da Justiça do Trabalho nas hipóteses em que a instância *a quo* houvesse decidido, à luz da prova produzida, que as condições da previdência privada na hipótese integram o contrato de trabalho; (ii) a competência seria da Justiça Estadual comum toda vez que a instância ordinária haja reconhecido que tais condições não integram o contrato de trabalho; ou, (iii) quando não for possível extrair do acórdão recorrido se as condições da previdência privada, no caso, integram ou não o contrato de trabalho, o recurso

[1] A consulente forneceu DVD com áudio e vídeo da sessão de julgamento no STF, que também está disponível em http://www.youtube.com/user/stf?blend=2&ob=4#p/search/5/NjGuMBFs-_A.

[2] Como se verá detalhadamente adiante, o § 2º do art. 202 da CF/88 prevê que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais relativos à previdência privada não integram o contrato de trabalho ou a remuneração dos participantes.

extraordinário não poderia ser conhecido, por incidência das Súmulas nºs 279[3] e 454[4] do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o Ministro Peluso, o art. 202, §2º, da Constituição de 1988 seria norma de caráter *dispositivo*, de modo que empregados e empregadores poderiam acordar em sentido diverso.

6. Nesse contexto, considerando a discussão posta perante o Supremo Tribunal Federal, a consulente indaga, objetivamente:

(i) Qual o sentido do § 2º do art. 202 da Constituição Federal?

(ii) A norma por ele veiculada é cogente ou dispositiva?

(iii) O art. 202, §2º da Constituição se aplica indistintamente a planos administrados por entidades abertas e fechadas de previdência complementar?

(iv) Os acordos e convenções coletivas, contratos individuais de trabalho ou outros ajustes que por acaso prevejam que as prestações e demais condições relativas à previdência complementar integram o contrato de trabalho afastariam a incidência do disposto no art. 202, §2º da Constituição? O regime jurídico aplicável seria diverso nessa hipótese (*e.g.*: aplicar-se-ia a CLT e legislação trabalhista correlata)?

(v) Qual a Justiça competente para processar e julgar controvérsias decorrentes da relação de previdência complementar (envolvendo participante, entidade de previdência complementar e patrocinador)? A resposta se altera caso:

a) entre o empregador e o empregado houver acordo dispondo que as condições da previdência privada integram o contrato de trabalho?

[3] Súmula nº 279 do STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

[4] Súmula nº 454 do STF: "Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário".

b) trate-se de pleito formulado por participante *ativo* – isto é: ainda empregado do patrocinador – ou *aposentado*, cujo vínculo empregatício já tenha sido encerrado?

c) a controvérsia seja oriunda de plano coletivo instituído pelo empregador em favor de seus empregados perante uma entidade aberta de previdência complementar ou seguradora autorizada a operar exclusivamente no ramo vida (cf. LC nº 109/2001, art. 36, par. único)?

7. A resposta às indagações da consulente demanda uma breve descrição do sistema previdenciário no Brasil, bem como o exame das disposições constitucionais e legais relativas à previdência complementar privada. A conclusão, já se adianta, é a de que compete à Justiça Estadual comum o julgamento de controvérsias relativas a contratos de previdência complementar, sejam eles firmados com entidades abertas ou fechadas de previdência privada, independentemente de previsão no sentido de que as prestações e demais condições relativas à previdência complementar integrariam o contrato de trabalho. Por ainda maiores razões a Justiça do Trabalho não será a competente para apreciar questões envolvendo contratos firmados com entidades abertas de previdência complementar. A exposição seguirá o roteiro inicialmente apresentado.

## II. NOTAS GERAIS SOBRE O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL

8. O sistema constitucional de previdência no Brasil comporta uma primeira grande divisão em público e privado. O sistema *público* de previdência, também chamado apenas de *Previdência Social*, corresponde ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS). Trata-se de um sistema de caráter institucional (não contratual), de filiação compulsória e financiamento mediante contribuições sociais e recursos orçamentários. O RGPS congrega obrigatoriamente todos os *trabalhadores da iniciativa privada* (bem como outras

pessoas que podem voluntariamente filiar-se ao sistema), e é gerido pelo INSS, uma autarquia federal.

9. À parte do RGPS, as entidades estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – podem manter, cada qual, um regime previdenciário próprio para seus servidores titulares de cargos efetivos, nos termos do art. 40 da Constituição de 1988. Não havendo a instituição de um sistema próprio pelo ente da Federação, seus servidores serão protegidos pelo regime geral e considerados como empregados (Lei n° 8.213/91). A Lei n° 9.717/98 dispõe sobre as regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios da previdência social dos servidores públicos dos entes federativos. Embora os regimes previdenciários próprios dos servidores públicos possam ser incluídos também no *sistema público* da Previdência Social – já que mantidos pelas entidades estatais em benefício de servidores públicos –, eles são privativos dessas categorias e não se destinam à população como um todo. Nesse sentido, portanto, não são propriamente *públicos* e não serão objeto específico de exame neste estudo. Feito o registro, volte-se à narrativa acerca do Regime Geral da Previdência Social.

10. O regime geral (RGPS) tem seu perfil constitucional traçado no art. 201 da Carta de 1988[5] e foi regulamentado pela Lei n° 8.213/91. Como regra, a filiação ao sistema é obrigatória, e inclui todos os trabalhadores da iniciativa privada, urbanos e rurais, assim como os servidores que não possuem vínculo efetivo com a Administração. Como referido acima, há ainda hipóteses de filiação facultativa para os indivíduos que não exerçam atividade laboral reconhecida por lei e que optem por integrar o sistema. O regime geral da

[5] CF/88: "Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (...)".

previdência social está estruturado na fórmula da repartição simples[6] e, embora tenha caráter contributivo[7], é informado também pelo princípio da solidariedade[8]. Na realidade, o financiamento da Seguridade Social – que abarca a previdência social, a assistência social e os serviços de saúde – se dá mediante recursos orçamentários em geral e, em particular, contribuições sociais (receitas tributárias, note-se) recolhidas pelo empregador, pelo trabalhador e, em certos casos, por toda a sociedade. O valor da aposentadoria paga pelo regime geral da previdência social é definido, mas limitado a um mínimo e a um máximo[9].

11. De forma simples, portanto, a Previdência Social é um seguro público que visa a cobrir um conjunto amplo de riscos sociais, dentre os quais se inclui a perda da capacidade de trabalho em razão de doença, invalidez ou idade avançada. Em termos mais precisos, a Constituição descreve a previdência social como um direito social (art. 6º[10]). A Seguridade Social – e, dentro dela, a Previdência Social – está concebida de modo que cabe ao Estado, por meio do sistema público – que é custeado, como se viu, também por receitas

---

[6] Regimes de previdência, tradicionalmente, podem ser custeados por duas formas: pelo regime de repartição e pelo regime de capitalização. No regime de capitalização, dá-se a acumulação de valores pelo trabalhador durante sua fase ativa, como uma poupança individual ou coletiva. O investimento desses recursos irá financiar os benefícios devidos no futuro. O regime de repartição simples é um sistema de custeio em regime de caixa, pelo qual a arrecadação é imediatamente carreada para pagamento de benefícios já devidos, sem que haja, necessariamente, um processo de acumulação prévia. V. Flávio Martins Rodrigues, *Fundos de pensão de servidores públicos*, 2002, p. 9 e ss..

[7] V. CF, art. 195.

[8] Relativamente ao RGPS, a solidariedade é implícita, sem menção expressa no texto constitucional. Mas o regime geral tem assegurado benefícios tanto em situações de contribuição insuficiente – *e.g.*: segurado que fica inválido pouco após ingressar no sistema – como até àqueles que nunca contribuíram. Foi o que se passou, por exemplo, com a incorporação ao regime geral, em 1991, dos trabalhadores rurais, considerando-se gratuitamente o tempo desenvolvido na atividade até então.

[9] Marcelo Leonardo Tavares, *Previdência e assistência social – legitimação e fundamentação constitucional brasileira*, 2003, p. 227: "O Regime Geral é um sistema previdenciário básico, com benefícios pagos entre um patamar mínimo (quando se destinar a substituir a remuneração percebida pelo trabalhador em atividade – um salário mínimo) e máximo (que se tem mantido em torno de oito a dez salários mínimos, anualmente reajustados – art. 41, da Lei n° 8.213/91). São valores que não se destinam a suprir todas as necessidades humanas, mas sim as condições de uma existência digna".

[10] CF/88: "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".

tributárias –, garantir direitos básicos que minimizem os riscos referidos acima e impeçam situações de necessidade extrema ou mesmo de miserabilidade[11]. Trata-se, portanto, de uma relação entre o Estado e os indivíduos, regida pelo Direito Administrativo e, mais precisamente, pelo Direito Previdenciário.

12. A previdência *privada complementar*, por sua vez, distingue-se do sistema público por ser de natureza contratual, facultativa e, por isso mesmo, complementar. O Estado não participa da previdência privada de forma direta, salvo na sua condição eventual de empregador – quando então será entidade patrocinadora, em situação análoga à das empresas privadas. Cabe ao Estado apenas, e como se passa em qualquer outra atividade, expedir normas disciplinando o setor e garantir o respeito a essas normas. A previdência privada oferece justamente benefícios complementares àqueles que a Previdência Social garante, permitindo que o interessado contrate – no valor e nas condições que lhe pareçam próprios – um benefício previdenciário adicional, que frequentemente irá se somar àquele a ser pago pelo regime geral da previdência social[12].

13. Nos termos da regulamentação vigente, a que se fará referência adiante, o serviço de previdência privada pode ser prestado por entidades que serão consideradas *fechadas* ou *abertas* de acordo com a existência ou não de limitação subjetiva à participação nos respectivos planos de benefícios (arts. 31 e 36 da LC n° 109/2001). O segmento aberto é operado por sociedades anônimas, com ou sem fins lucrativos, que oferecem planos individuais e coletivos, concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único,

[11] João Carlos Espada, *Direitos sociais e cidadania*, 1999, p. 85-6: "(..) É também necessário garantir, como se defendeu, que todos tenham acesso àqueles bens essenciais que se considera constituírem as condições mínimas para que se possa agir como agente moral – por outras palavras, agir livremente, ou fazer uso da liberdade. (...) é verdade que a igualdade de cidadania restringiu as áreas em que os mercados operam. Ao estabelecer um chão comum abaixo do qual ninguém deverá recear cair, a cidadania social cria um estatuto comum a todos, que não depende dos caprichos do mercado. No entanto, este estatuto não pretende substituir os mercados por um padrão de distribuição comum que defina as recompensas a atribuir a cada um. Visa tão só fornecer a todos bilhetes de ingresso no mercado, ou, dito noutros termos, propõe-se evitar a exclusão do mercado".

[12] É certo que a concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social (LC nº 109/2001, art. 68, § 2º).

acessíveis a qualquer pessoa[13]. As entidades fechadas de previdência complementar[14], por seu turno, não são acessíveis a qualquer indivíduo. Elas são constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos, na forma estabelecida pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente em benefício dos empregados de uma empresa (ou grupo de empresas), dos servidores da União, Estados, Municípios e Distrito Federal ou dos membros e integrantes de associação instituidora. Seu objetivo é administrar e executar planos de benefícios de natureza previdenciária em proveito dos integrantes desses grupos específicos, tudo nos termos de seus estatutos[15].

14. Embora seja possível afirmar que as entidades de previdência complementar – abertas ou fechadas e independentemente da modalidade de plano oferecida – integram o Sistema de Seguridade Social, na medida em que complementam a proteção básica oferecida pelo Poder Público, é certo que tais entidades são instituições privadas. Trata-se de instituições privadas que desenvolvem atividade econômica de natureza contratual e facultativa, nos termos do art. 202 da Constituição e da lei complementar por ele

---

[13] LC nº 109/2001: "Art. 36. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas. Parágrafo único. As sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida poderão ser autorizadas a operar os planos de benefícios a que se refere o caput, a elas se aplicando as disposições desta Lei Complementar".

[14] LC nº 109/2001: "Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente: I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e II - aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores. § 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos. § 2º As entidades fechadas constituídas por instituidores referidos no inciso II do *caput* deste artigo deverão, cumulativamente: I - terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente; II - ofertar exclusivamente planos de benefícios na modalidade contribuição definida, na forma do parágrafo único do art. 7º desta Lei Complementar. § 3º Os responsáveis pela gestão dos recursos de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada. § 4º Na regulamentação de que trata o *caput* , o órgão regulador e fiscalizador estabelecerá o tempo mínimo de existência do instituidor e o seu número mínimo de associados".

[15] Maria Cibele de Oliveira Ramos, As entidades fechadas de previdência privada e os planos de benefícios, *Revista de Direito Social 7:*100, 2002.

prevista – que será examinada a seguir. Assim, ao contrário do que ocorre com a Previdência Social, de natureza eminentemente pública, prevalecem na previdência privada complementar, de modo geral, os princípios norteadores do Direito Privado. Não há dúvida, porém, que a importância social da atividade justifica uma disciplina jurídica própria.

15. Com efeito, o desenvolvimento, no Brasil, das entidades privadas de previdência complementar deu-se a partir da edição do Código Civil de 1916, na esteira da regulamentação prevista em seus arts. 1.466 e seguintes para o chamado *seguro mútuo*. Os dispositivos autorizavam que um grupo de pessoas ajustasse determinado seguro, dividindo entre si o prejuízo experimentado por qualquer delas, advindo do risco por todos corrido. O conjunto dos segurados constituiria a pessoa jurídica a quem deveriam pertencer as funções de segurador[16]. Em 1977 o tema recebeu tratamento específico, com a edição da Lei nº 6.435, de 15.jul.1977, que dispunha precisamente sobre as entidades de previdência privada.

16. Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15.dez.1998, o sistema privado de previdência ganhou matriz constitucional específica. Com efeito, o art. 202 da Constituição contempla algumas regras para o setor – que serão examinadas na sequência – e remete a disciplina da previdência privada a duas leis complementares. A uma delas caberia estabelecer as regras gerais na matéria; a outra se ocuparia de regular a situação de entes públicos e suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas, quando atuem como patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada[17].

---

[16] CC/1916: "Art. 1.466. Pode ajustar-se o seguro, pondo certo número de segurados em comum entre si o prejuízo, que a qualquer deles advenha, do risco por todos corrido. Em tal caso o conjunto dos segurados constituem a pessoa jurídica, a que pertençam as funções de segurador".

[17] Nesse sentido, v. desde logo a dicção do *caput* e § 4º do art. 202 da Constituição: "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**. (...) § 4º. **Lei**

17. Em 2001 foram editadas as leis complementares a que a Constituição faz referência, a saber: (i) a Lei Complementar nº 108, de 29.mai.2001, que dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar; e (ii) a Lei Complementar nº 109, também de 29.mai.2001, que dispõe sobre o regime de previdência complementar de forma geral – e que interessa mais especificamente ao tema da presente consulta[18]. Cabe agora examinar o regime jurídico próprio à previdência privada complementar – estabelecido tanto pela Constituição, quanto pela legislação complementar –, em particular no que diz respeito às relações do setor com o direito do trabalho.

## III. REGIME JURÍDICO ESPECÍFICO DA PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR E A SEGREGAÇÃO EM RELAÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO

### III.1. A Emenda Constitucional nº 20/98

18. Antes de examinar de forma particular as disposições constitucionais que tratam da previdência privada complementar, parece importante fazer alguns registros sobre a situação da previdência no Brasil antes das recentes reformas estruturais que afetaram o setor – implementadas com a Emenda Constitucional nº 20/1998 e ampliadas após as Emendas Constitucionais nºs 41/2003 e 47/2005. Como é corrente, o intérprete não pode tratar com indiferença, ao examinar um enunciado normativo, os fatos subjacentes, as

---

**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. (...)".

[18] A LC nº 109/01 revogou de forma expressa a Lei nº 6.435/77: "Art. 79. Revogam-se as Leis nº 6.435, de 15 de julho de 1977, e nº 6.462, de 9 de novembro de 1977."

finalidades pretendidas com sua edição e as consequências que a interpretação e a aplicação terão no mundo real[19].

19. Em todo o mundo, o tema previdenciário vem passando por mudanças e reformulações impostas, dentre outros fatores, pelo significativo aumento da expectativa de vida nas últimas décadas, associado à crescente redução das taxas de natalidade em diversas regiões. Como é intuitivo, tais circunstâncias dificultam a manutenção e a higidez de regimes previdenciários estruturados sob a fórmula da repartição, demandando a compatibilização das políticas públicas com a nova realidade social. O fenômeno também se verifica no Brasil, onde a expectativa média de vida experimentou expressiva ascensão, ultrapassando hoje os 73 anos[20], e a taxa de natalidade sofreu acelerada redução, atingindo o patamar médio de 1,9 filho por mulher[21].

20. Além dos fatores de alcance mundial, um conjunto de circunstâncias nacionais contribuíram para agravar a crise da Seguridade Social no Brasil por décadas. Problemas políticos e gerenciais (*e.g.*, alto índice de informalidade no mercado de trabalho, concessão de benefícios sem fonte de custeio, desvios de recursos, dentre outras vicissitudes), aliados a complexidades criadas pelo texto original da Constituição de 1988 (*e.g.*, a inexistência de contribuição dos servidores públicos para a aposentadoria, a transferência para o regime previdenciário próprio dos servidores públicos da massa de empregados públicos regidos pela CLT[22], a ausência de idade mínima para a aposentadoria voluntária, figuras como a contagem de "tempo ficto" por conta de férias e

---

[19] Sobre o papel dos fatos subjacentes e dos fins estabelecidos pelo enunciado normativo em sua interpretação e aplicação, v.: Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da* Constituição, 2009, p. 347 e ss.

[20] Fonte: "Tábua Completa de Mortalidade – Ambos os sexos – 2009", do IBGE. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2009/ambossexos.pdf (acesso em 14.jan.2011).

[21] Fonte: "Indicadores Sociodemográficos e de Saúde no Brasil - 2009", do IBGE. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indic_sociosaude/2009/indicsaude.pdf (acesso em 14.jan.2011).

[22] CF, art. 39 e Lei n° 8.112/90.

licenças computadas em dobro, período de estudos em escolas técnicas, etc.), são algumas causas dos desequilíbrios vividos pelo sistema brasileiro[23].

21. Embora a crise não fosse propriamente recente, somente em 1993 a discussão sobre o esgotamento do modelo previdenciário no Brasil resultou no primeiro conjunto de alterações, introduzidas com a Emenda Constitucional nº 3/1993, que imprimiu caráter contributivo ao regime específico dos servidores públicos[24]. A questão previdenciária ganhou maior atenção após a implantação do Plano Real. A estabilização da economia e o controle da inflação crônica tornaram mais evidente a dimensão do problema e mais difícil seu equacionamento a curto prazo[25]. A necessidade de reestruturação do sistema previdenciário tornou-se urgente afinal e, nessa esteira, foram criados mecanismos de recuperação do sistema público e optou-se, igualmente, por fortalecer o sistema privado de previdência complementar. Na realidade, de um extremo ao outro do espectro político, sempre predominou a crença de que o melhor modelo previdenciário deve combinar um sistema básico, estatal, em regime de repartição, com outro, de natureza privada, complementar, facultativo e em regime de capitalização[26]. A edição da EC nº 20/1998 insere-se justamente nesse contexto.

---

[23] Os problemas e circunstâncias referidos – alguns já sanados e outros que ainda persistem – foram extraídos de levantamentos feitos por outros autores, com destaque para Gilberto Guerzoni Filho, "O regime de aposentadoria e pensões dos servidores públicos e militares: diagnóstico e propostas de alteração", *Revista Brasileira de Direito Público 1*:67; e Paulo Modesto, "A reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos agentes públicos", *Revista Brasileira de Direito Público 2*:141.

[24] A EC n° 3/93 constitucionalizou, pela primeira vez, o conceito de que os servidores públicos deveriam participar do custeio de suas aposentadorias e pensões, dando nova redação ao art. 40, § 6° da Constituição, que passou a dispor: "§ 6°. As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei". Posteriormente, a EC n° 20/1998 alterou novamente a redação desse dispositivo e modificou amplamente o sistema de Previdência Social.

[25] Nesse sentido, v. Gilberto Guerzoni Filho, *Eficiência política, consistência atuarial e ajuste fiscal: comentários sbre a Emenda Constitucional nº 41, de 2003*, disponível em http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/NOVOS%20TEXTOS/texto2%20-%20Consist%EAncia%20Atuarial.pdf (acesso em 14.jan.2011). Com efeito, o autor registra que, nos períodos de inflação elevada, "era não apenas difícil, como dispensável a adoção de uma gestão responsável da despesa pública, uma vez que qualquer erro podia ser facilmente corrigido pela inflação dos meses seguintes".

[26] V., *e.g.*, Marcelo Leonardo Tavares, *Previdência e assistência social – legitimação e fundamentação constitucional brasileira*, 2003, p. 268.

22. No que toca ao regime geral da previdência social – a previdência social ou pública, portanto –, a EC nº 20/1998, dentre outras providências, suprimiu a regra constitucional de cálculo do benefício de aposentadoria sobre a média dos últimos 36 salários de contribuição[27] e permitiu a instituição do "fator previdenciário", que introduziu como variáveis para o cálculo do benefício a idade no momento da aposentadoria, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição[28]. O regime previdenciário próprio dos servidores públicos também sofreu várias alterações com a EC nº 20/1998, que incluíram a fixação de idade mínima para fins de aposentadoria, a vedação da contagem de tempo ficto e a extinção da aposentadoria proporcional, além de facultar a instituição de previdência complementar para os servidores públicos[29].

23. No que diz respeito à previdência privada complementar, a EC nº 20/1998 viabilizou uma completa reestruturação do setor, conferindo *status* constitucional ao tema e já estabelecendo, desde logo, determinadas regras. Essa a redação que a EC nº 20/98 deu ao art. 202 da Constituição:

---

[27] Com efeito, a redação original do art. 202 da Constituição previa: "É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições: I - aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal; II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei; III - após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de função de magistério. (...)".

Após a EC nº 20/1998, o § 7º do art. 201 veio substituir a previsão do art. 202 – que, por sua vez, passou a dispor sobre o regime da previdência complementar –, com a seguinte dicção: "§ 7º. É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal."

[28] O fator previdenciário foi instituído pela Lei nº 9.876/99, que deu nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, como incentivo ao segurado do RGPS a adiar sua aposentadoria, prolongando o período de contribuição.

[29] Tais inovações foram promovidas, notadamente, por alterações no art. 40 da Constituição.

> "*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.*
> *§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 entidades 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 de deliberação*".

24. Da dicção do dispositivo transcrito se extraem duas características básicas atribuídas pelo constituinte derivado ao regime da

previdência complementar privada. ***Em primeiro lugar***, ele será *facultativo* e, portanto, contratual, em clara oposição ao caráter obrigatório e solidário do regime público da Previdência Social. O princípio geral aplicável aqui, portanto, será o da *liberdade* entre as entidades previdenciárias – abertas ou fechadas – e os potenciais contratantes. Vale dizer: cada entidade oferece o plano que quiser, observada a legislação complementar referida no dispositivo constitucional, e o consumidor em geral (no caso das entidades abertas), bem como o empregado ou o associado (no caso de entidades fechadas), aceitam caso considerem o que lhe é oferecido conveniente em face de seus interesses.

25. No caso da previdência complementar fechada, note-se, o empregador e a associação não estão obrigados, por natural, a patrocinar ou instituir entidade fechada de previdência complementar em benefício de seus empregados ou associados. Podem fazê-lo, se assim o desejarem. A única exigência legal no particular é a de que, decidindo fazê-lo, os planos de benefícios devem ser obrigatoriamente oferecidos a todos os empregados e/ou associados. Empregados e associados, todavia, permanecem livres para aderir ou não aos planos eventualmente oferecidos (LC nº 109/2001, art. 16)[30].

26. O ***segundo*** traço distintivo importante atribuído à previdência privada pelo constituinte derivado é a sua *autonomia* sob várias perspectivas. Em primeiro lugar, logo no *caput*, o art. 202 preconiza a autonomia do regime de previdência complementar em relação ao regime geral da Previdência Social. Em segundo lugar, o constituinte previu que o setor seria regulado por disciplina própria a ser veiculada por meio de legislação complementar específica. Na sequência, e em terceiro lugar, o § 2º do mesmo dispositivo determina expressamente que as "*contribuições do empregador, os*

[30] LC nº 109/2001: "Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores. §1º. Para os efeitos desta Lei Complementar, são equiparáveis aos empregados e associados a que se refere o *caput* os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores. §2º. É facultativa a adesão aos planos a que se refere o *caput* deste artigo. (...)".

*benefícios e as condições contratuais*" relativas à previdência privada **não integram o contrato de trabalho ou a remuneração dos participantes** (à exceção dos benefícios concedidos, que integram a remuneração), nos termos da lei. Também o § 3º veda o aporte de recursos, pelo Poder Público, a entidades de previdência privada – salvo na condição de patrocinador –, acentuando a autonomia e independência em relação ao regime jurídico estatal.

27. É fácil perceber que o constituinte derivado pretendeu segregar, do ponto de vista jurídico, as relações estabelecidas por conta do contrato de previdência privada complementar de outras relações e, em particular, daquelas vinculadas ao contrato de trabalho. Assim, nos termos do dispositivo constitucional, o contrato firmado entre a entidade de previdência privada e o participante será *sempre* um contrato separado, autônomo, especialmente em relação ao contrato de trabalho. Na mesma linha de raciocínio, estará sujeito a uma disciplina legal própria, também autônoma, seja em relação ao regime de Direito Administrativo aplicável à previdência social, seja em relação ao Direito do Trabalho ou a qualquer outro ramo específico de direito. Essa disciplina é a da lei complementar a que remeteu o constituinte derivado: no caso da previdência complementar privada, a LC nº 109/2001, como já referido.

28. A conclusão acima decorre, em primeiro lugar, e como resulta evidente, da própria literalidade do dispositivo constitucional. Como se sabe, as possibilidades semânticas do texto estabelecem os limites para a interpretação jurídica que deverá se situar dentro da moldura delineada pela norma. O elemento gramatical ou semântico, portanto, é o ponto de partida do intérprete. A esse primeiro elemento se juntam, como é corrente, os elementos histórico, sistemático e teleológico[31]. No caso, a autonomia do regime da previdência complementar, bem como a exclusão dos contratos, estatutos, regulamentos, planos, benefícios e contribuições do empregador – ou seja: tudo o quanto relativo à previdência privada

[31] Sobre os elementos clássicos de interpretação e sua aplicação ao texto constitucional, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 290 e ss..

– da relação trabalhista dos participantes estão expressos na norma constitucional, não sendo preciso maiores esforços interpretativos no particular. E, na realidade, a essa mesma conclusão conduzem os elementos histórico, sistemático e teleológico.

29. Como já referido, a EC nº 20/98 foi editada como resposta ao crescente agravamento da crise da Seguridade Social no Brasil e seus principais objetivos foram – e continuam a ser – recuperar o déficit do sistema público e estimular o desenvolvimento do sistema previdenciário privado, de caráter suplementar. Até porque, sem prejuízo de seu caráter privado[32], a relevância social da previdência privada complementar é evidente: há um interesse público na existência de serviços privados que possam oferecer outros benefícios previdenciários, afora aqueles garantidos pelo sistema público, proporcionando aos indivíduos opções para suprir suas necessidades adicionais de renda após a aposentadoria.

30. A reestruturação da previdência privada promovida pela EC nº 20/98 visava justamente a incentivar a adesão a esse setor econômico, fomentando seu desenvolvimento e aumentando, a um só tempo, a proteção social previdenciária e a poupança interna[33]. A instituição de um regime jurídico específico para o setor e a segregação no que diz respeito às relações trabalhistas tinha e tem propósitos óbvios. Em primeiro lugar, se pretende evitar a rigidez associada ao regime jurídico trabalhista que impede quaisquer alterações no contrato de trabalho, ainda que consensuais, que possam ser de alguma forma

[32] Como é corrente, alguns serviços de interesse público, nada obstante serem prestados pelo Estado, foram franqueados diretamente aos particulares pela própria Constituição. É o caso, além da previdência, da educação (art. 209) e da saúde (art. 199). A exploração desses serviços pela iniciativa privada dependerá apenas, se for o caso, de licença prévia da autoridade competente, afastada expressamente a incidência do art. 175 da Carta – aplicável aos serviços públicos, em geral monopolizados pelo Estado. A razão disso é o interesse público de que a oferta de tais serviços seja a maior possível, observados apenas os requisitos mínimos legais. Daí porque educação, saúde e previdência são consideradas, em verdade, atividades econômicas. V. Fernando Herren Aguillar, *Controle social de serviços públicos,* 1999, p. 139.

[33] Com efeito, até recentemente, a previdência privada complementar ainda desempenhava papel pouco expressivo, congregando o número reduzido de 2,2 milhões de pessoas e tendo um patrimônio de R$ 206 bilhões. Nesse sentido, Guilherme Lacerda, "Reforma previdenciária e fundos de pensão". In: Jornal *O Globo*, 21.8.2003, p. 7.

consideradas prejudiciais aos empregados[34]. Em segundo lugar, a segregação impede a incidência, sobre a previdência privada complementar, dos altos custos associados às relações trabalhistas. Como se sabe, o que venha a ser considerado "salário" do trabalhador funciona como base de cálculo não apenas para verbas acessórias como também passa a integrar a base de cálculo para o recolhimento da contribuição previdenciária. Nessa linha, é bem de ver que a própria Consolidação das Leis do Trabalho não considera como salário a previdência privada, entendida como uma utilidade concedida pelo empregador, nos termos do art. 458, § 2º, inciso VI (incluído pela Lei nº 10.243, de 19.jun.2001)[35].

31. Em terceiro lugar, se os contratos de previdência privada integrassem as relações trabalhistas – notadamente, no caso das entidades fechadas de previdência complementar[36] – a instituição de um regime jurídico próprio para o setor poderia se frustrar, já que o direito do trabalho terminaria sendo aplicável. Veja-se que os traços distintivos da previdência privada que se vem de referir, definidos no art. 202 da Carta, orientaram toda a disciplina legal específica da matéria, traçada na lei complementar que regulamentou o dispositivo constitucional no particular: a LC nº 109/2001. É sobre ela que se passa agora a tratar.

---

[34] CLT, art. 468: "Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia".

[35] CLT: "Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por fôrça do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. (...)§ 2º. Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: (...) VI – previdência privada;"

[36] Nesse sentido, v. Wagner Balera, *Competência jurisdicional na previdência privada*, 2006, p. 49-50: "As entidades de previdência privada fechada foram incumbidas de gerir prestações de benefícios complementares ou assemelhados aos de previdência social, enquanto que as de previdência privada aberta poderiam administrar planos de pecúlio ou renda cuja configuração não tivesse qualquer proximidade com os benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social. Qualquer pessoa poderia adquirir um plano oferecido pela previdência privada aberta. Mas, somente os trabalhadores vinculados a uma empresa ou grupo de empresas poderiam integrar um plano de previdência fechada. (...). As entidades abertas, cujo regime jurídico é mais próximo do seguro, ou ainda pertinente ao grupo das denominadas instituições financeiras, devem tomar a forma das sociedades anônimas".

## III.2. A Lei Complementar nº 109/2001

32. A LC nº 109/2001 instituiu de forma detalhada o regime jurídico próprio da previdência privada complementar, criando conceitos e mecanismos que aprimoraram e consolidaram o caráter contratual e facultativo da previdência complementar, bem como a especialização do tema previdenciário, constitucionalmente previstos[37].

33. Com efeito, o caráter contratual e facultativo foi corroborado pelo legislador logo no art. 1º da Lei Complementar, na esteira do art. 202 da Carta[38]. Ademais, diversos dispositivos da LC nº 109/2001 acentuaram a independência e a autonomia da previdência privada, especialmente quanto às relações trabalhistas do participante, no caso de entidades fechadas. A legislação regula, *e.g.*, o instituto da *portabilidade*, que vem a ser a possibilidade de migração para outro plano, de entidade diversa (inclusive aberta), portando-se o direito acumulado (art. 14, II). A lei complementar trata ainda do *benefício proporcional* para as hipóteses em que a relação de emprego com o patrocinador venha a cessar antes da aquisição do direito ao benefício pleno (art. 14, I). A lei prevê também a faculdade de o participante manter o valor da sua contribuição no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida (art. 14, IV)[39].

---

[37] Como já registrado, a LC nº 108/2001 também regulamentou o art. 202 da Constituição, especificamente, seus §§ 3º, 4º, 5º e 6º, dispondo sobre a relação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e entes públicos e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar. Seu art. 2º, todavia, prevê que as regras e os princípios gerais estabelecidos "na Lei Complementar que regula o caput do art. 202 da Constituição Federal" – isto é: a LC nº 109/2001 – aplicam-se às entidades por ela reguladas, ressalvadas as disposições específicas.

[38] LC nº 109/2001: "Art. 1º. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar".

[39] LC nº 109/2001: "Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador: I - benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido

34. Na mesma linha, a lei determina a separação total entre entidades fechadas de previdência privada e patrocinadores/instituidores, que constituirão pessoas jurídicas distintas e terão patrimônios autônomos (arts. 31 e ss.)[40]. Por fim, o legislador complementar previu, nos termos do § 2º do art. 202 da Constituição, que as contribuições do empregador, benefícios e condições contratuais relativos à previdência complementar não integram o contrato de trabalho ou a remuneração dos participantes (art. 68)[41], além de isentar as contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar de quaisquer tributos ou contribuições (art. 69)[42]. Como é fácil perceber, todas essas previsões não apenas explicitam a segregação das relações oriundas da previdência privada complementar em face das relações trabalhistas por acaso existentes entre o

---

quando cumpridos os requisitos de elegibilidade; II - portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano; III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e IV - faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares. § 1º. Não será admitida a portabilidade na inexistência de cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador. § 2º. O órgão regulador e fiscalizador estabelecerá período de carência para o instituto de que trata o inciso II deste artigo. § 3º. Na regulamentação do instituto previsto no inciso II do caput deste artigo, o órgão regulador e fiscalizador observará, entre outros requisitos específicos, os seguintes: I - se o plano de benefícios foi instituído antes ou depois da publicação desta Lei Complementar; II - a modalidade do plano de benefícios. § 4º. O instituto de que trata o inciso II deste artigo, quando efetuado para entidade aberta, somente será admitido quando a integralidade dos recursos financeiros correspondentes ao direito acumulado do participante for utilizada para a contratação de renda mensal vitalícia ou por prazo determinado, cujo prazo mínimo não poderá ser inferior ao período em que a respectiva reserva foi constituída, limitado ao mínimo de quinze anos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador".

[40] Vide nota de rodapé nº 13.

[41] LC nº 109/2001: "Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes. § 1º. Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano. § 2º. A concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social".

[42] LC nº 109/2001: "Art. 69. As contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, são dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei. § 1º. Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza. § 2º. Sobre a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar, titulados pelo mesmo participante, não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza".

patrocinador e os beneficiários como também disciplinam justamente essa segregação, de modo que, mesmo com o fim eventual da relação de emprego, o contrato de previdência privada complementar poderá continuar.

35. Uma nota antes de concluir o ponto. O fato de a previdência complementar ter recebido disciplina voltada para o direito privado, destacando-se seu caráter contratual e facultativo e sua independência em relação ao regime público geral e às relações trabalhistas, não significa que essa seja uma seara onde impere a ausência de interferência e regulação estatal, muito ao contrário. As leis complementares que regulamentam o tema (LC's nº 108 e 109, de 2001) dispõem detalhadamente acerca da organização, funcionamento e estrutura interna das entidades, bem como prevêem mecanismos de controle, fiscalização e intervenção estatal, como reflexo do interesse público associado à atividade[43].

36. Em suma: o caráter contratual facultativo, a autonomia e a especialização do tema da previdência complementar – especialmente em relação ao regime geral, inserido no âmbito do Direito Administrativo, e às relações trabalhistas, nos termos do art. 202 da Constituição e da LC nº 109/2001 – são da essência da arquitetura atual da Seguridade Social no Brasil[44]. Essa conclusão, como se verá a seguir, vincula a definição da competência jurisdicional para o processamento e julgamento de controvérsias oriundas de contratos de previdência privada complementar.

---

[43] Sobre o ponto, v. Wagner Balera, *Competência jurisdicional na previdência privada*, 2006, p. 11: "Resulta da ordenação constitucional que a legislação complementar ao Estatuto Fundamental deve dispor a respeito da organização (*caput*), funcionamento (parágrafos 2º e 3º) e até mesmo da estruturação interna das entidades (parágrafos 5º e 6º). De comum, as entidades de previdência privada conservam a característica elementar de, na qualidade de componentes do sistema brasileiro de seguridade social, estarem sob a tutela do Poder Público. Tutela rígida essa, ainda que muito se diga a respeito da necessidade de redução da interferência do Estado no particular".

[44] Wagner Balera, *Competência jurisdicional na previdência privada*, 2006, p. 10 e ss..

## IV. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM EM MATÉRIA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR

### IV.1. O art. 202, § 2º da Constituição de 1988

37. Como registrado inicialmente, a jurisprudência diverge quanto à competência para o julgamento de controvérsias oriundas de contratos de previdência complementar, ora entendendo caber à Justiça Estadual comum, ora concluindo pela competência da Justiça do Trabalho. A divergência se coloca, especialmente, em se tratando de planos *fechados* de previdência, não havendo grandes conflitos no caso de contratos firmados com entidades *abertas* – que são, em geral, considerados matéria afeta à Justiça Estadual comum[45]. A razão é simples: as entidades fechadas podem ser patrocinadas por empresas e os planos, em tal hipótese, serão acessíveis somente aos seus empregados (LC nº 109/01, arts. 16, §1º e 31). Nesse caso, portanto, o surgimento do contrato de previdência privada complementar pressupõe a existência de um vínculo trabalhista. As entidades abertas, por seu turno, são sociedades anônimas que operam planos de benefícios acessíveis a quaisquer pessoas físicas, concedidos sob forma de renda continuada ou pagamento único (LC nº 109/01, art. 36). Assemelham-se, assim, às seguradoras ou instituições financeiras[46], firmando com os interessados típica relação de consumo. Aliás, a Súmula nº 321 do STJ reconhece a incidência do Código de Defesa do Consumidor a quaisquer contratos firmados com entidades de previdência privada, sem distinção entre abertas ou fechadas[47].

---

[45] Nessa linha, Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci, A organização institucional das entidades fechadas de previdência privada *Revista de Direito Social 8*:78, 2002: "No que tange à previdência privada aberta não há discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto, tendo em vista que em razão de seu caráter de contrato regido pelo princípio da autonomia da vontade e regido pelas regras de Direito privado, bem como pela Lei nº 6.435/77, a competência seria da Justiça Comum Estadual".

[46] Tanto assim que o § único do art. 36 da LC nº 109/01 dispõe que "as sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida poderão ser autorizadas a operar os planos de benefícios a que se refere o *caput*, a elas se aplicando as disposições desta Lei Complementar".

[47] STJ, Súmula 321, *DJ* 05.dez.2005: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes".

38. Em se tratando de hipótese envolvendo entidades fechadas, inúmeras decisões proferidas pela Justiça Estadual comum reconhecem sua própria competência na matéria, tanto por conta da natureza civil do tema relativo à previdência complementar, como por força da distinção em face da relação trabalhista mantida com o empregador determinada pelo art. 202 da Constituição[48]. De outro lado, as decisões proferidas pela Justiça do Trabalho que entendem ser sua a competência no caso argumentam que a relação de previdência complementar fechada decorreria do contrato de trabalho, incidindo a regra do art. 114 da Constituição, já que não se poderia ter acesso à primeira sem a existência do segundo[49]. A jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça sobre o ponto reconhece a competência da Justiça Estadual comum[50], ao passo que no STF prevalece a análise casuística, conforme se haja estabelecido a existência

[48] Veja-se, *e.g.*, TJRJ, *j.* 09.ago.2010, AI 0037012-97.2010.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho: "Ação de cobrança de benefício previdenciário. Declinação de competência em favor da Justiça do Trabalho. Entidade de previdência privada fechada. Patrocínio pelo antigo empregador dos agravantes. Distinção das relações jurídicas mantidas pelos recorrentes com seu antigo empregador, de cunho trabalhista, e aquela mantida com a gestora de seu fundo de pensão, que tem caráter previdenciário e portanto civil. Matéria cível, sujeita à competência do peculiar juízo da Justiça Comum, e não à Justiça Especializada". No mesmo sentido: TJRJ, *DJ* 29.out.2010, AI 0032377-73.2010.8.19.0000, Rel. Des. Monica Costa di Piero; TJRJ, *DJ* 22.out.2010, AI 0040301-38.2010.8.19.0000, Rel. Des. Celso Ferreira Filho; TJSP, *DJ* 01.out.2010, 990101677091, Rel. Des. Ricardo Feitosa; e TJSP, *DJ* 27.set.2010, AI 990101325217, Rel. Des. Leonel Costa, dentre outros.

[49] Exemplificativamente: TST, *DJ* 22.out.2010, AIRR 4674-23.2010.5.01.0000, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira: "Recorre de revista a segunda Reclamada, indicando ofensa aos arts. 114 e 202, § 2º, da Constituição Federal. Colaciona arestos. A complementação de aposentadoria decorre do contrato de trabalho, até porque não se evidencia que o Reclamante a ela pudesse ter acesso, se não fosse empregado da primeira Ré. A Justiça do Trabalho tem competência para conhecer e julgar ação proposta por empregado contra a ex-empregadora e instituição de previdência privada, que complementa proventos de aposentadoria, na forma pela empresa prometida". No mesmo sentido: TST, *DJ* 22.out.2010, AIRR 2046-61.2010.5.01.0000, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; TST, *DJ* 15.out.2010, RR 319900-19.2008.5.09.0654, Rel. Min. Dora Maria da Costa; TST, *DJ* 15.out.2010, RR 117100-06.2008.5.03.0060, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; TST, *DJ* 15.out.2010, AIRR 38740-95.2007.5.04.0761, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; e TST, *DJ* 10.set.2010, AIRR 181340-74.2007.5.08.0003, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, dentre outros.

[50] De modo geral, os acórdãos invocam o art. 202, § 2º, da CF/88, entendendo ser a matéria de natureza civil, envolvendo apenas de forma indireta aspectos da relação trabalhista do participante. Nesse sentido, dentre outros: STJ, *DJ* 25.ago.2010, AgRg no REsp 917085/RS, Rel. Min. Raul Araújo; STJ, *DJ* 17.mar.2010, AgRg no CC 109085/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti; STJ, *DJ* 23.nov.2009, CC 108195/MS, Rel. Min. Fernando Gonçalves; STJ, *DJ* 26.abr.2006, CC 58023/RS, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJ* 01.fev.2005, AgRg no Ag 621058/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; e STJ, *DJ* 21.ago.2000, CC 27509/AL, Rel. Min. Waldemar Zveiter.

ou não de relação com o contrato de trabalho na instância inferior, como descrito inicialmente[51].

39. Sem embargo da controvérsia que se formou, e com a vênia devida, o ponto não parece especialmente complexo. De tudo o que se expôs no capítulo anterior, considerando a disposição expressa do art. 202, § 2º da Carta de 1988, bem como a legislação complementar que veicula o regime jurídico próprio da previdência complementar – a que remete o dispositivo constitucional –, parece natural concluir que a competência jurisdicional na matéria será da Justiça Estadual comum, e não da Justiça do Trabalho. Se o constituinte derivado e o legislador complementar decidiram expressamente segregar o contrato de previdência privada complementar e suas condições das relações de direito do trabalho por acaso também existentes entre o indivíduo e o patrocinador, o argumento de que a relação de previdência complementar fechada decorreria do contrato de trabalho, incidindo a regra do art. 114 da Constituição, não se sustenta: isso justamente o que vedou o art. 202, § 2º da Constituição.

40. Veja-se ainda que a norma contida no art. 202, § 2º da Carta de 1988 – *verbis: "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."* –, bem como aquelas que dispõem no mesmo sentido, previstas pelo legislador complementar, pretendem regular exatamente os contratos de previdência privada complementar firmados no âmbito de entidades fechadas de previdência, em que o risco de aproximação entre as duas relações jurídicas poderia existir. No caso das entidades abertas, esse risco

[51] V., por todos: STF, *DJ* 08.ago.2008, AI 713670 AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello: "A Justiça do Trabalho dispõe de competência para apreciar litígios instaurados contra entidades de previdência privada e relativos à complementação de aposentadoria, de pensão ou de outros benefícios previdenciários, desde que a controvérsia jurídica resulte de obrigação oriunda de contrato de trabalho. Precedentes. Competirá, no entanto, à Justiça Comum, processar e julgar controvérsias relativas à complementação de benefícios previdenciários pagos por entidade de previdência privada, se o direito vindicado não decorrer de contrato de trabalho".

inexiste em princípio – salvo na hipótese de plano *coletivo* contratado por pessoa jurídica em benefício de grupos de empregados, prevista na LC nº 109/2001, como se verá adiante – e, portanto, a previsão constitucional e legal faria pouco sentido.

41. Ora, se o contrato de previdência privada complementar e suas condições não integram o contrato de trabalho – e isso por decisão específica do constituinte derivado, para os fins já referidos acima –, por qual fundamento a Justiça do Trabalho, justiça especializada, como se sabe, seria competente na hipótese? O fundamento inexiste. E inexistindo fundamento que justifique a competência da justiça especializada no caso, aplica-se a regra geral que conduz a competência para a Justiça Estadual comum[52].

42. A propósito, cumpre fazer uma observação acerca do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no julgamento (ainda em curso) dos RE's nºs 586.453/SE e 583.050/RS, que versam o tema objeto da consulta e aos quais foi atribuída repercussão geral. Como narrado na descrição da consulta, a proposta do Ministro Peluso é de que a questão permaneça sujeita à análise caso a caso, uma vez que, nos termos de seu voto, o art. 202, § 2º, da Constituição seria norma de caráter *dispositivo*, podendo ser afastada pela vontade das partes. Isto é: empresas (patrocinadoras) e empregados (participantes) poderiam livremente ajustar que todas as obrigações relativas à previdência complementar integram o contrato de trabalho celebrado entre eles, hipótese em que incidiria o art. 114 da Constituição, recaindo a competência para o exame de controvérsias daí advindas sobre a Justiça do Trabalho nessas hipóteses[53]. Com o respeito devido e merecido, não parece ser

---

[52] Sérgio Bermudes, *A reforma do Judiciário,* 2005, p. 82: "Ramo especializado do Poder Judiciário, a sua competência [da Justiça do Trabalho] é matéria de interpretação restritiva".

[53] Confira-se trecho do voto proferido oralmente pelo Min. Cezar Peluso na sessão de julgamento: "O que me preocupa é que tal norma parece claramente dispositiva, no sentido tradicional da teoria geral do direito. Porque se trata de uma norma típica sobre negócio jurídico. O que não se pode negar é que o campo do direito do trabalho e dos negócios jurídicos ligados à previdência privada sejam campos típicos da liberdade negocial, portanto da chamada autonomia privada. Ora, nós todos sabemos que no caso da autonomia privada, salvo nas limitações legais expressas, as partes têm liberdade de criar normas que incidem e excluem, por conseguinte, normas do ordenamento jurídico que só incidem na hipótese de não existirem normas negociais

essa a melhor leitura da regra constitucional e da legislação aplicável à matéria. Confira-se a demonstração do argumento.

43. A técnica legislativa gradua a imperatividade das normas em dois níveis. Existem as chamadas *dispositivas* ou *supletivas*[54] que poderão ser afastadas pelas partes e que incidem caso as partes não hajam regulado a questão de forma expressa ou específica. Por outro lado, há as normas *cogentes* ou *mandatórias*[55] que, por conta do fim público que pretendem promover ou proteger, não poderão ser afastadas por convenção das partes envolvidas. Como é corrente, a maior parte das normas de direito público, inclusive, e particularmente, as normas constitucionais, são normas cogentes ou mandatórias[56]. Mesmo no âmbito do direito privado, as chamadas normas de ordem pública identificam, precisamente, aqueles preceitos que limitam a liberdade de contratar, em domínios como o casamento, a locação, o direito do consumidor e o direito do trabalho, dentre outros[57].

44. Com efeito, a progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal ao longo do século XX trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da

---

individuais. Noutras palavras, o caso é típico das chamadas normas de caráter dispositivo. (...) O que impede uma empresa qualquer de assumir as obrigações de plano de previdência complementar como elementos ou cláusulas de um contrato de trabalho? O que impede que as empresas e os seus empregados acordem que todas as obrigações concernentes a previdência privada integrem o contrato de trabalho? Isso faz parte da liberdade negocial, nada há que impeça, a meu ver, que as partes contraentes acordem desta maneira" (Transcrição livre a partir de gravação da sessão fornecida pela consulente).

[54] Por exemplo: o regime legal de bens no casamento é o da comunhão parcial, podendo os cônjuges, todavia, convencionarem em sentido diverso, adotando a comunhão total ou a separação total (CC, art. 1639); os pagamentos devem ser efetuados no domicílio do devedor, mas as partes podem contratar de maneira diversa (CC, art. 327); se os juros moratórios não forem convencionados, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (CC, art. 406).

[55] Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 191.

[56] Por exemplo: o Poder Público tem o dever de celebrar contratos mediante prévio processo de licitação (CF, art. 37, XXI), de admitir servidores públicos mediante concurso (CF, art. 37, I) e de prestar contas (CF, art. 70, parágrafo único). Nenhuma vontade pode dispensá-lo de tal conduta, salvo, eventualmente, a mudança da própria norma, por via de emenda constitucional, ou, excepcionalmente, uma dispensa prevista em lei.

[57] Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 191-2.

vontade, denominados *princípios de ordem pública*[58]. Nesse contexto, a proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, assinala a denominada *publicização* do direito privado. Já mais próximo da virada do século, esse processo se aprofunda, dando lugar a um novo desenvolvimento dogmático, referido pela doutrina como *constitucionalização do direito civil*[59]. As novas demandas da sociedade tecnológica e a crescente consciência social em relação aos direitos fundamentais promoveram a superposição entre o público e o privado, dando margem a fenômenos como o dirigismo contratual e a relativização do direito de propriedade. No quarto final do século, o Código Civil perde definitivamente o seu papel central no âmbito do próprio setor privado, cedendo passo para a crescente influência da Constituição[60].

45. Pois bem. As regras contidas no art. 202 e §§ da Constituição, com a redação que lhe deu a EC nº 20/98, foram instituídas, precisamente, em razão do interesse social no fomento e desenvolvimento da previdência complementar, para o qual a separação entre a matéria previdenciária e as relações trabalhistas do participante – que, lembre-se, opta *livremente* por contratar ou não o plano de previdência complementar – é especialmente estratégico. O ponto já foi destacado acima. Lembre-se que o § 2º do art. 202 não ignora que a previdência complementar do tipo *fechada* é firmada com entidade patrocinada pelo empregador – isto é, o constituinte não ignora a vinculação fática indireta com a relação trabalhista do participante –, muito ao contrário: o

---

[58] Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. 1, 1997, pp. 13-4: "(Os princípios de ordem pública) não chegam a constituir direito público, por faltar a participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, princípios de direito privado. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo, (...) inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia".

[59] Sobre o tema, v. Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997; Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, 1999; Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil 65*:23. 1993; e Luiz Edson Fachin (coord.), *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, 1998.

[60] Para uma descrição mais analítica da evolução da expansão do direito público e da Constituição sobre o direito privado, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 57 e ss..

dispositivo pressupõe essa circunstância, visando a regular justamente as hipóteses em que essa vinculação indireta exista, no sentido de impor a separação entre a relação previdenciária privada e a relação trabalhista – esteja esta ativa ou já encerrada pela aposentadoria – para todos os efeitos jurídicos.

46. Não há dúvida, portanto, de que se trata de norma *cogente* que, diante de seu *status* constitucional, não pode ser validamente afastada pela lei ou, menos ainda, pela vontade das partes. Somente uma alteração da própria norma constitucional por força de emenda à Constituição ou, eventualmente, um permissivo legal excepcional – já que a Constituição remete à *lei* no particular a disciplina da matéria – poderiam autorizar o afastamento da norma por vontade das partes. Não é o que se verifica no ordenamento atual, todavia. Como já referido, a LC nº 109/2001 reproduz integralmente a regra da exclusão das condições, planos, estatutos, remuneração e etc. relativos à previdência privada da relação trabalhista do participante, sem autorizar quaisquer exceções.

47. Em resumo, tendo em conta a disposição expressa do art. 202, § 2º da Carta de 1988, bem como a legislação complementar que veicula o regime jurídico próprio da previdência complementar – a que remete o dispositivo constitucional –, a conclusão a que se chega é a de que competência para processar e julgar controvérsias envolvendo contrato de previdência privada complementar será da Justiça Estadual comum. Será ineficaz, para esse fim, o eventual ajuste das partes no sentido de que as condições do contrato de previdência privada complementar integram o contrato de trabalho, na medida em que o dispositivo constitucional – cuja incidência não pode ser afastada pelas partes – determina a segregação entre essas duas relações jurídicas.

**IV.2. O art. 114 da Constituição de 1988**

48. Antes de concluir, parece pertinente examinar de forma específica o art. 114 da Constituição, que define a competência da Justiça do Trabalho. Quando da edição da EC nº 20/98, que deu ao art. 202 a redação discutida acima, o art. 114 definia a competência da Justiça do Trabalho nos seguintes termos: "*Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.*". A EC nº 20/98 previu, no 202, § 2º, que o contrato de previdência privada complementar não integra o contrato de trabalho e, portanto, como se referiu acima, o art. 114 da Constituição não incide na hipótese, de modo que a competência jurisdicional na matéria será da Justiça Estadual comum.

49. Como se sabe, porém, a Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou o art. 114 da Constituição para ampliar as hipóteses de competência da Justiça do Trabalho. A questão a ser examinada então é a seguinte: a alteração promovida pela EC nº 45/2004 teria modificado a questão da competência jurisdicional para apreciar os conflitos por acaso emergentes dos contratos de previdência privada complementar? A resposta, já se adianta, é negativa. Na realidade, a EC nº 45/2004 não afetou o tema aqui em discussão. Aprofunde-se brevemente o ponto.

50. A Emenda Constitucional nº 45, de 2004 deu nova redação ao art. 114 que passou a enumerar as hipóteses de competência da Justiça do Trabalho nos seguintes termos, *verbis*:

"*Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:*

> *I - **as ações oriundas da relação de trabalho**, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*
> *II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;*
> *III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;*
> *IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;*
> *V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;*
> *VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;*
> *VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;*
> *VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;*
> *IX - **outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei***".

51. A doutrina e a própria justificativa apresentada, no curso dos trabalhos legislativos, para as alterações introduzidas no dispositivo constitucional, e em particular para a nova redação do inciso I, que trata agora de *ações oriundas de relações de trabalho*, tinham por objetivo esclarecer que a competência da Justiça do Trabalho abarcava não apenas as relações de emprego, mas, de forma mais geral, as relações de trabalho. Em geral entende-se que "relações de trabalho" é expressão mais genérica que abarca relações jurídicas decorrentes da prestação de serviço remunerado, independentemente do grau de subordinação ou de formalidade existente entre as partes. A relação de emprego, por seu turno, pressupõe de forma mais nítida a dependência e a subordinação do prestador de serviço em relação ao recebedor desse serviço, envolvendo, como regra um contrato formal[61].

[61] V. Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 2010, p. 265: "A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor

52. Não há dúvida de que a nova redação do art. 114 pretendeu ampliar a competência da Justiça do Trabalho, para submeter à sua jurisdição relações de trabalho clássicas (como, *e.g.*, o trabalho autônomo, eventual, avulso, etc.). A doutrina disputa, porém, a real extensão dessa competência já que praticamente qualquer ajuste com conteúdo patrimonial envolverá a prestação de serviços, não sendo razoável concluir, porém, que todas as controvérsias cíveis e comerciais serão agora submetidas à Justiça do Trabalho[62]. É certo, ademais, que a redação original do art. 114 já fazia referência a controvérsias oriundas das relações de trabalho, remetendo a disciplina do ponto à legislação. Na realidade, previsão similar, e idêntica remissão à lei continuam a constar do inciso IX do art. 114.

53. No que diz respeito às relações estabelecidas por conta do contrato de previdência privada complementar, não é desimportante observar que o novo art. 114 não faz qualquer menção ao assunto e nem tampouco introduziu qualquer alteração no art. 202, já vigente, embora, por natural, pudesse tê-lo feito. Os propósitos da alteração introduzida pela EC nº 45/2004, também, em

---

humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.)".Com relação à Emenda Constitucional nº 45/04, foi a emenda aglutinativa nº 46 que estabeleceu a redação aprovada, constando em sua justificativa que "[r]elação de trabalho encerra concepção mais ampla e genérica, envolvendo todas as relações jurídicas decorrentes da prestação de serviço remunerado, independentemente do grau de subordinação ou de formalidade existente entre as partes. Relação de emprego, ao contrário, pressupõe a dependência, a subordinação, do prestador em relação ao recebedor de serviços, referindo-se, apenas, àquela relação onde há contrato formal. Trata-se de conceituação mais limitante, que não alcança todas as relações laborais que não apresentam subordinação entre os seus participantes. Em prevalecendo a concepção esboçada no substitutivo adotado pela Comissão Especial, a conseqüência imediata será a tramitação da atuação da Justiça do Trabalho para apreciar as relações laborais não formalizadas e que não apresentam vínculos de subordinação".

[62] Nesse sentido, v. Athos Gusmão Carneiro, Da Justiça do Trabalho e outras questões sobre competência, *Revista Forense 382:*30, 2005: "Vale, no azo, sublinhar que quase todas as relações sociais de cunho patrimonial implicam ou estão vinculadas a uma relação de trabalho, de prestação de serviços, de forma que, atendendo o Princípio da Razoabilidade, será necessário, para atrair a competência da Justiça laboral, que a relação de trabalho seja predominante no contrato, sob pena de transformarmos a Justiça do Trabalho em Justiça comum, e esta em justiça especial".

momento algum envolviam o tema da previdência privada complementar. Nesse sentido, a mesma conclusão continua válida sem alterações: a expressa segregação das condições, contratos, planos, estatutos, benefícios, etc. relativos à previdência complementar em face do contrato de trabalho do participante afasta a eventual incidência dos incisos I e IX do art. 114 da Carta e, consequentemente, a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de controvérsias oriundas de relação de previdência privada. A doutrina especializada converge nesse sentido, valendo transcrever os registros de Fábio Zambitte Ibrahim, Hilário Bocchi Junior e Wagner Balera, respectivamente:

> "*No entanto, a problemática é aparente, pois a previdência complementar fechada pode até ser originária da relação de emprego, mas com ela não se confunde. A relação previdenciária do participante com a EFPC, dotada de personalidade jurídica própria, em nada se confunde com a relação de seu empregador. Assim, quanto à competência jurisdicional para eventual lide entre participante e entidade previdenciária, acredito que ainda há de permanecer a alçada da Justiça Comum Estadual, e não a Justiça do Trabalho, como entendem alguns. (...) Ainda que seja pré-requisito, para o ingresso na EFPC, a relação de emprego, ambas são independentes, pois a filiação é facultativa, podendo o participante deixá-la a qualquer tempo, ou mesmo não ingressar em seus planos. Ademais, a permanência na EFPC pode subsistir mesmo com o término da relação de emprego, como nas hipóteses de autopatrocínio e benefício proporcional diferido, expondo a autonomia do contrato previdenciário-complementar diante do contrato de emprego*"[63].

> "*A relação do empregado com o empregador, quando trasladada para a seara previdenciária, não traz em seu bojo as mesmas características, principalmente porque aqui a opção é meramente facultativa, e o empregador, embora patrocinador do plano, não mantém qualquer obrigação contratual ou mesmo de conceder benefícios. Também não aparecem no cenário como acessório (planos previdenciários) do principal (contrato de trabalho), visto ser possível a existência (início e término) daquele sem este,*

[63] Fábio Zambitte Ibrahim, *Curso de Direito Previdenciário*, 2010, p. 822.

> *de modo que não se pode utilizar este argumentar para sustentar a vinculação trabalhista. (...)*
> *Exsurge como competente (em razão da matéria), para resolver conflitos de interesse, a justiça comum dos Estados. Assim, nas reclamações trabalhistas (dissídios individuais ou coletivos) em relação às patrocinadoras não há espaço para discussões relativas aos planos de previdência privada, tampouco incluir no polo passivo a entidade previdenciária*"[64].

> "*Evidentemente, o teor expresso do art. 202, da Constituição de outubro de 1988, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, não deixa margem a qualquer dúvida: previdência complementar é assunto que diz respeito ao direito privado. Os atributos dessa relação jurídica, conforme resultou esclarecido na parte inicial deste trabalho, são a contratualidade e a facultatividade, signos elementares do negócio jurídico privado. (...)*
> *Forçoso concluir, portanto, que a competência jurisdicional para julgamento de questões de previdência privada será, sempre, a da Justiça Comum Estadual*"[65].

54. Em suma: não há qualquer fundamento constitucional ou legal que permita a incidência da jurisdição ou da legislação trabalhistas a controvérsias relativas a contratos de previdência privada. Ao contrário: o tema conta com regime jurídico próprio e detalhado, e sua natureza jurídica contratual, de direito privado, conduz à competência da Justiça Estadual comum para prestar jurisdição sobre lides oriundas de contratos de previdência privada, sejam firmados com entidades fechadas ou abertas de previdência complementar.

55. Cabe aqui apenas uma observação final. Toda a controvérsia examinada acima diz respeito, especialmente, às entidades fechadas de previdência complementar nas hipóteses em que o patrocinador seja o empregador dos beneficiários. É nesse contexto que a eventual aproximação

---

[64] Hilário Bocchi Junior, Aspectos Gerais da Previdência Privada, *Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas 3:*11, 2004.

[65] Wagner Balera, *Competência Jurisdicional na Previdência Privada*, 2006, p. 113.

entre os contratos de emprego e de previdência privada complementar poderia se colocar e foi justamente para essas situações que o constituinte derivado estabeleceu a regra da segregação. No caso de entidades abertas de previdência complementar, ou mesmo de entidades fechadas instituídas por associações, e não por empregadores, não haveria qualquer pertinência em pretender aplicar o art. 114 da Carta de 1988 – salvo em uma única hipótese: quando se cuide de plano *coletivo* contratado por pessoa jurídica junto à entidade aberta em benefício de grupos de empregados, como faculta o art. 26, II e §§, da LC nº 109/01[66].

56. Como já referido, as entidades abertas são sociedades anônimas que operam planos de benefícios acessíveis a quaisquer pessoas físicas, nos termos do art. 36 da LC nº 109/01, não havendo em princípio qualquer correlação, direta ou indireta, com eventual vínculo empregatício do participante – que pode sequer existir, sem qualquer reflexo na sua faculdade de contratar um plano aberto de previdência privada. Nessas hipóteses, a contratação frequentemente assemelha-se ao seguro, caracterizando-se típica relação de consumo entre a entidade aberta e o participante, como também já registrado. Não por outra razão, a doutrina especializada, além de reconhecer a competência praticamente incontroversa da Justiça Estadual comum em matéria de previdência privada aberta, anota ainda a fixação da Comarca de residência do autor, como prevê o Código de Defesa do Consumidor[67].

---

[66] LC nº 109/2001: "Art. 26. Os planos de benefícios instituídos por entidades abertas poderão ser: (...) II - coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante. § 1º. O plano coletivo poderá ser contratado por uma ou várias pessoas jurídicas. § 2º. O vínculo indireto de que trata o inciso II deste artigo refere-se aos casos em que uma entidade representativa de pessoas jurídicas contrate plano previdenciário coletivo para grupos de pessoas físicas vinculadas a suas filiadas. § 3º. Os grupos de pessoas de que trata o parágrafo anterior poderão ser constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador, podendo abranger empresas coligadas, controladas ou subsidiárias, e por membros de associações legalmente constituídas, de caráter profissional ou classista, e seus cônjuges ou companheiros e dependentes econômicos. § 4º. Para efeito do disposto no parágrafo anterior, são equiparáveis aos empregados e associados os diretores, conselheiros ocupantes de cargos eletivos e outros dirigentes ou gerentes da pessoa jurídica contratante. (...)".

[67] V. Fábio Zambitte Ibrahim, *Curso de Direito Previdenciário*, 2010, p. 822: "Quando se trata de entidade aberta de previdência complementar, o tema não traz, na atualidade, maiores dúvidas, cabendo a competência da Justiça Comum Estadual e com todas as prerrogativas do Código de Defesa do Consumidor – CDC, inclusive quanto à comarca de residência do autor".

57. Note-se que, ainda quando se cuide do plano *coletivo* acima referido, contratado por pessoa jurídica em benefício de grupos de empregados, a conclusão não se altera: naturalmente, tudo o quanto exposto nos capítulos anteriores se aplica, e com maior razão, já que sequer há patrocínio ou instituição da entidade de previdência pela pessoa jurídica contratante do plano coletivo – como ocorre com a previdência complementar fechada. A situação aqui se assemelharia, *e.g.*, a um curso pago pelo empregador para seu empregado: por evidente que as relações entre o aluno e o curso não serão submetidas à Justiça do Trabalho.

## V. CONCLUSÃO: RESPOSTA AOS QUESITOS DA CONSULENTE

58. Já é possível aplicar as teses desenvolvidas ao longo do presente estudo às indagações específicas formuladas pela consulente, que serão respondidas objetivamente, tendo em conta as conclusões a que se chegou nos capítulos anteriores.

**(i)** Qual o sentido do § 2º do art. 202 da Constituição Federal?

**R**. O dispositivo foi incluído pela EC nº 20/1998, cujo escopo era promover reformas estruturais na Seguridade Social no Brasil, tanto no sistema público quanto no privado. Os objetivos principais da reforma, como se sabe, eram reduzir o déficit público e fortalecer o setor privado. Nessa linha, o § 2º do art. 202 determina a exclusão das contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais relativas à previdência privada do contrato de trabalho e da remuneração dos participantes (à exceção dos benefícios concedidos, que integram a remuneração), criando uma separação entre as duas relações – a previdenciária complementar e a trabalhista – para todos os efeitos jurídicos. A ideia é incentivar a iniciativa privada a desenvolver o setor, diante de sua

importância social estratégica, na medida em que o setor privado é capaz de fornecer às pessoas opções de renda adicionais, para além do benefício básico garantido pelo sistema público. Nesse contexto, a segregação era indispensável para que o setor pudesse ter um regime jurídico próprio e não fosse prejudicado pela rigidez do regime trabalhista, bem como pelos altos custos que incidem sobre a relação de emprego.

**(ii)** A norma por ele veiculada é cogente ou dispositiva?

**R.** A norma tem natureza cogente, não podendo ser validamente afastada pela lei ou pela vontade das partes.

**(iii)** O art. 202, §2º da Constituição se aplica indistintamente a planos administrados por entidades abertas e fechadas de previdência complementar?

**R**. Sim. Em rigor, o dispositivo se aplica às hipóteses em que haja uma relação, ainda que indireta, entre o plano de previdência complementar e o empregador do participante – seja mediante contribuições, seja como patrocinador da entidade previdenciária, etc. –, o que se verifica nos planos administrados por entidades fechadas ou nos planos coletivos contratados por pessoa jurídica junto a entidades abertas em benefício de grupos de empregados. É nesses casos que se justifica a necessidade de se impor a separação jurídica entre as relações previdenciária e trabalhista, a despeito da existência de uma relação fática subjacente. Assim, a questão sequer se coloca no caso dos planos administrados por entidades abertas de modo geral, onde inexiste a relação fática subjacente a demandar a normatização pretendida no § 2º do art. 202. De toda forma, a norma constitucional aplica-se à previdência complementar em geral, cujos elementos não integrarão, em qualquer caso, o contrato de trabalho do participante.

**(iv)** Os acordos e convenções coletivas, contratos individuais de trabalho ou outros ajustes que por acaso prevejam que as prestações e demais condições relativas à previdência complementar integram o contrato de trabalho afastariam a incidência do disposto no art. 202, §2º da Constituição? O regime jurídico aplicável seria diverso nessa hipótese (*e.g.*: aplicar-se-ia a CLT e legislação trabalhista correlata)?

**R.** Não. Como já respondido, a regra da separação jurídica entre a relação de previdência complementar e a relação trabalhista do participante tem caráter cogente e *status* constitucional, não podendo ser validamente afastada pela vontade das partes. Não por outra razão, a previdência complementar tem regime jurídico próprio, a que remete o próprio art. 202 da Constituição, atualmente previsto nas Leis Complementares nºs 108 e 109, de 2001, não havendo de se cogitar da aplicação da legislação trabalhista em seu lugar.

**(v)** Qual a Justiça competente para processamento e julgamento de controvérsias decorrentes da relação de previdência complementar (envolvendo participante, entidade de previdência complementar e patrocinador)?

**R.** Competente para o processamento e julgamento de controvérsias decorrentes da relação de previdência complementar é a Justiça Estadual comum**.**

A resposta se altera caso:

**a)** Entre o empregador e o empregado houver acordo dispondo que as condições da previdência privada integram o contrato de trabalho?

**R.** Não, uma vez que tal acordo não teria o condão de afastar validamente a regra cogente do art. 202, § 2º, da Carta de 1988, bem como a legislação complementar aplicável que a reproduz.

**b)** Trate-se de pleito formulado por participante *ativo* – isto é: ainda empregado do patrocinador – ou *aposentado*, cujo vínculo empregatício já tenha sido encerrado?

**R.** Não. Como já referido, a exclusão da relação previdenciária do contrato de trabalho visa, justamente, a tornar ambos os negócios jurídicos autônomos entre si. Tanto assim que a LC nº 109/2001, que regulamentou o art. 202 da Constituição, garantiu a manutenção do vínculo previdenciário ainda que o vínculo trabalhista que o viabilizou se encerre – e independentemente de aposentadoria –, prevendo institutos como a portabilidade, o benefício proporcional diferido e a faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida (art. 14, incisos I, II e IV). Não é o advento da aposentadoria a causa que leva à exclusão das condições da previdência privada do contrato de trabalho, mas sim as disposições constitucionais e legais nesse sentido.

**c)** A controvérsia seja oriunda de plano coletivo instituído pelo empregador em favor de seus empregados perante uma entidade aberta de previdência complementar ou seguradora autorizada a operar exclusivamente no ramo vida (cf. LC nº 109/2001, art. 36, par. único)?

**R.** Não. Na verdade, a conclusão acerca da competência da Justiça Estadual comum em matéria de previdência complementar se aplica com maior razão aos planos administrados por entidades abertas de previdência – ou seguradoras autorizadas a comercializá-los, nos termos do art. 36, par. único da LC º 109/2001 –, ainda que se trate de plano coletivo contratado por pessoa jurídica em favor de seus empregados, uma vez que neste caso sequer há patrocínio ou instituição da entidade de previdência pelo empregador do participante. De toda forma, prevalece também nessa hipótese a regra constitucional da exclusão das condições do plano previdenciário do contrato de

trabalho do participante, não havendo de se falar em incidência da competência da Justiça do Trabalho, prevista no art. 114 da Constituição.

É como me parece.

Brasília, 10 de março de 2011.

**Luís Roberto Barroso**