



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1964067 - ES (2017/0245384-2)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : PREVIDÊNCIA USIMINAS
ADVOGADOS : SÉRGIO LUIZ AKAOUI MARCONDES - SP040922
MARIA INES CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL - MG064029
LARA CORRÊA SABINO BRESCIANI E OUTRO(S) - DF024162
RAFAEL ALESSANDRO VIGGIANO DE BRITO TORRES - SP173805
SABRINA COUTINHO BARBOSA - ES017380
IZABELLA LUIZA ALVES SARAIVA - DF039755
ELIANA CALMON ALVES - DF046625
RECORRIDO : -----
ADVOGADOS : DANIELA RIBEIRO PIMENTA VALBÃO - ES007322
BRUNO CASTELLO MIGUEL - ES016106

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA:

Trata-se de recurso especial interposto pela FUNDAÇÃO COSIPA DE SEGURIDADE SOCIAL (FEMCO), incorporada pela PREVIDÊNCIA USIMINAS, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (fls. 1.912/1.937) que negou provimento a recurso de apelação, mantendo sentença de procedência de ação de cobrança, a qual havia condenado a entidade previdenciária a pagar a complementação de aposentadoria a -----.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ALEGAÇÕES DE INCOMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE DA JUSTIÇA ESTADUAL, DE COISA JULGADA, DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA APELANTE, DE AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PLENA E DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADAS. MÉRITO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. OBRIGATORIEDADE DO PAGAMENTO. IRRELEVÂNCIA DA FALÊNCIA DA PATROCINADORA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

- 1. Não prospera alegação de incompetência ratione materiae da Justiça estadual na ação ajuizada por participante de plano de previdência privada em que se pleiteia pagamento de complementação de pensão ou de aposentadoria. Nesse sentido: STJ., CC. n. 101.144, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01-02-2010, Dje 04-02-2010. Alegação de incompetência absoluta do juízo rejeitada.*
- 2. Não há falar em coisa julgada porque na reclamação trabalhista a que alude a apelante Femco - Fundação Cosipa de Seguridade Social foi ela excluída da lide. Tendo a aludida demanda trabalhista sido julgada extinta sem resolução do mérito em relação à apelante, nada impediu que o autor pudesse ajuizar nova ação em face dela na Justiça comum estadual. Alegação de coisa julgada rejeitada.*

3. *A legitimidade das partes deve ser aferida, inicialmente, de acordo com o postulado na petição inicial. Comprovando-se ainda que o apelado adquiriu a qualidade de beneficiário por preenchidos os requisitos, e que à ré/apelante eram destinadas as contribuições descontadas dos empregados da patrocinadora, competindo-lhe a complementação de pensões e aposentadorias, não se evidencia ilegitimidade passiva.*
4. *O magistrado não precisa enfrentar, uma a uma, as disposições normativas suscitadas, bastando que a conclusão apresente-se lógica e motivada. A decisão judicial volta-se para a composição do litígio, não devendo ser teórica ou acadêmica (REsp n. 644.831/CE). Ausência de prestação jurisdicional plena não configurada.*
5. *Estando o magistrado convencido a respeito das alegações de fato da causa para que possa julgar imediatamente o processo, poderá, conforme dicção do art. 330, I, do CPC, conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, não havendo falar em cerceamento de defesa. Também não consubstancia cerceamento de defesa o indeferimento de produção de determinada prova, na hipótese do magistrado, destinatário desta, considerá-la despicienda para o deslinde da controvérsia. (STJ, 3ª Turma, REsp nº 1037819/MT, rel. Min. Massami Uyeda, j. 23-02-2010, Dje 10-032010).*
6. *Satisfazendo o autor, quando da decretação da falência da patrocinadora aderente todos os requisitos necessários para o recebimento de complementação de aposentadoria, não se mostra possível a cessação do pagamento.*
7. *Tendo a apelante (entidade de previdência privada) já habilitado o seu crédito decorrente de contribuições não repassadas pela patrocinadora do fundo no processo falimentar desta, não há como invocar referido inadimplemento para se abster do dever de manter os pagamentos dos benefícios aos assistidos que há tanto fazem jus, sopesando que o crédito habilitado, 'pertence àquela entidade de previdência privada, e não aos participantes e usuários do plano'. (ED-AI n. 24049002611, Rel. Desª Catharina Maria Novaes Barcellos, DJ 12-04-2009).*
8. *A falência de um patrocinador não é fato extraordinário e imprevisível hábil a isentar a entidade de previdência privada da obrigação de pagar complementação de pensão ou de aposentadoria aos associados que já satisfizeram todos os requisitos necessários para usufruírem do benefício. No caso, incidem os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos (TJES. Classe: Apelação Cível n. 24040173833. Relator: Des. Carlos Henrique Rios do Amaral. Órgão julgador: Primeira Câmara Cível. Data do julgamento: 10-11-2009. Data da publicação no Diário: 15-03-2010).*
9. *Recurso conhecido e desprovido" (fls. 1.917/1.920).*

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 1.979/1.990).

No recurso especial, a FEMCO aduz, inicialmente, a nulidade do acórdão dos embargos declaratórios por negativa de prestação jurisdicional, sobretudo porque não foi analisada a "(...) legislação especial de regência das entidades fechadas de previdência privada - Lei Complementar nº 109/2001, que revogou a Lei 6.435/77, bem como os termos do Convênio de Adesão celebrado entre a recorrente FEMCO e a COFAVI" (fl. 2.016).

Alega também que há interesse da União no feito, a provocar o deslocamento da causa para a Justiça Federal, já que a Secretaria de Previdência Complementar (SPC), órgão federal, homologou a retirada da patrocinadora do Convênio de Adesão.

Sustenta ser inviável a continuidade dos pagamentos do benefício,

porquanto não há fonte de custeio (impossibilidade jurídica e material) e inexistente solidariedade entre os Fundos FEMCO/COSIPA e FEMCO/COFAVI.

Argui que a patrocinadora COFAVI entrou em falência e não cumpriu com seus deveres previdenciários, inviabilizando "(...) o contido no artigo 46 da Lei 6435/77, impossibilitando até mesmo a constituição de uma reserva de contingência de benefícios" (fl. 2.037).

Acrescenta que não podem ser utilizados os recursos do FUNDO FEMCO/COSIPA para pagar os benefícios dos ex-empregados da COFAVI (massa falida), não só diante da falta de solidariedade, mas também porque as contabilidades são separadas por determinação legal.

Após a apresentação de contrarrazões, o recurso foi inadmitido na origem, mas, por ter sido provido agravo interno em agravo em recurso especial, foi determinada a reautuação do feito e submetido, pela Quarta Turma, o seu julgamento à Segunda Seção (fls. 2.485 e 2.642/2.643).

Na sessão do dia 23/3/2022, o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, negou provimento ao recurso especial, reportando-se ao julgamento do REsp nº 1.248.975/ES, realizado pela Segunda Seção desta Corte Superior, além de agregar outros fundamentos.

Na ocasião, tendo em vista o **juízo conjunto do presente feito com os EREsp nº 1.673.890/ES**, a Ministra Maria Isabel Gallotti abriu divergência, dando provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, assegurando-se, contudo, ao autor o direito ao benefício acumulado após o recebimento, pela entidade de previdência, do crédito habilitado na falência da COFAVI.

Em sequência, **pedi vista antecipada dos autos para melhor exame das questões acerca (i)** do direito adquirido dos participantes e assistidos do fundo FEMCO/COFAVI à complementação de aposentadoria; **(ii)** da existência de solidariedade entre fundos e entre submassas de plano de benefícios geridos pela entidade fechada de previdência complementar multipatrocinada e com multipiano (no caso, entre as submassas FEMCO/COFAVI e FEMCO/COSIPA do Plano de Benefício Definido no 1975.0002-18 - CNPB); **(iii)** da possibilidade de liquidação extrajudicial de fundo previdenciário, ou seja, de liquidação parcial de entidade fechada de previdência privada, e **(iv)** da insegurança jurídica causada pela solução adotada pela Segunda Seção quando do julgamento do REsp nº 1.248.975/ES (Rel. Ministro Raul Araújo, DJe 20/8/2015).

De início, cumpre assinalar que o julgamento do REsp nº 1.248.975/ES (Rel. Ministro Raul Araújo, DJe 20/8/2015) não solidificou o tema na Seção de Direito Privado desta Corte Superior, visto que **a submissão do feito pela Quarta Turma foi feita de forma precipitada**, tanto que o caráter repetitivo da controvérsia foi retirado no decurso da apreciação da causa, justamente porque **não estava amadurecido**,

sobretudo para os Ministros componentes da Terceira Turma que se depararam pela primeira vez com a matéria.

Assim, foram possibilitadas reflexões futuras e verticalizadas acerca da matéria, não sendo apropriado se falar em imutabilidade da jurisprudência não consolidada.

Por outro lado, como asseverado pelo *Parquet* Federal nos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES (julgamento conjunto), "(...) **a posição expressa pelo colegiado da 2ª Seção (...) não pacificou o conflito (...) não se colocou fim ao conflito porque o ponto fulcral à resolução da controvérsia fora deixado para uma análise casuísta, a cargo das instâncias ordinárias**" (fl. 1.991 dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES - grifou-se).

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.248.975/ES (Rel. Ministro Raul Araújo, DJe 20/8/2015), havia definido que a Fundação Cosipa de Seguridade Social - FEMCO -, atual PREVIDÊNCIA USIMINAS, é a responsável pelo pagamento dos benefícios do plano de benefícios dirigido aos exempregados da Companhia Ferro e Aço de Vitória - COFAVI -, aposentados em data anterior à denúncia do convênio de adesão, em março de 1996, até a liquidação extrajudicial do aludido plano de previdência privada, **observada, entretanto, a impossibilidade de se utilizar o patrimônio pertencente ao fundo FEMCO/COSIPA quando, na instância ordinária, for reconhecida a ausência de solidariedade entre os fundos.**

Noutros termos, conforme o Ministério Público Federal: "(...) essa Corte permitiu que o TJES modificasse o entendimento ao interpretar a lei, com base no contrato de adesão ao fundo, com **possibilidade de expressar solução dúbia** (...). Por isso, compreendo que para analisar o caso com base no precedente advindo da 2ª Seção, **há de se fazer um aditamento, para firmar posição assertiva sobre o tema**" (fl. 1.991 dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES - grifou-se).

Logo, é oportuna nova apreciação da controvérsia e, quiçá, aperfeiçoar-se o entendimento da Segunda Seção deste Tribunal Superior.

Após as considerações iniciais, para melhor elucidação da causa, passa-se a apreciar os pontos anteriormente destacados.

(i) - Da ausência de direito adquirido à suplementação de aposentadoria por falta de implemento de um dos requisitos: constituição da reserva garantidora

Quanto ao mérito da lide, cabe ressaltar que o participante somente possuirá direito adquirido ao benefício previdenciário complementar quando cumprir todos os requisitos exigidos para a sua percepção, tornando-o elegível (art. 17, parágrafo único, da Lei Complementar nº 109/2001). Antes disso, possuirá apenas expectativa de direito. De qualquer modo, deve sempre ser assegurado o direito acumulado, que, na previdência privada, possui sentido estritamente financeiro: reservas constituídas pelo

participante ou reserva matemática, o que lhe for mais favorável (art. 15, parágrafo único, da Lei Complementar nº 109/2001).

Ademais, consoante o art. 202 da Constituição Federal, o regime de previdência privada é baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, **ou seja, é pressuposto para a obtenção da aposentadoria complementar a formação de reservas garantidoras.** Pelo regime financeiro de capitalização, a constituição de reservas, em regra, deve ser feita mediante contribuições dos patrocinadores, participantes e assistidos, conforme o caso. Cabe às entidades de previdência complementar apenas o papel de criar e administrar fundos com a finalidade de gerir o patrimônio formado por bens e direitos destinados a financiar a futura concessão de benefícios previdenciários.

Na espécie, a Companhia de Ferro e Aço de Vitória S.A. (COFAVI) celebrou convênio de adesão com a Fundação Cosipa de Seguridade Social (FEMCO) em **27/12/1985**, possibilitando a seus empregados a complementação de aposentadoria. Ocorre que **desde março de 1990 a patrocinadora deixou de efetuar as contribuições patronais e de repassar à entidade de previdência privada os valores descontados dos empregados. Após diversas tentativas legais de solucionar o problema (administrativas e judiciárias), todas infrutíferas, a FEMCO postulou a rescisão do convênio de adesão na Secretaria de Previdência Complementar - SPC**, tendo sido homologada a retirada da patrocinadora COFAVI da submassa do Plano de Benefício Definido CNPB nº 1975.0002-18:

"(...)

Com base nos documentos apontados acima recomendamos que seja aprovada, do ponto de vista atuarial, a retirada da COFAVI - Companhia de Ferro e Aço de Vitória da FEMCO - Fundação Cosipa de Seguridade Social de forma que esta última possa requerer os direitos dos participantes ativos e assistidos, relativos ao seu plano de benefícios, na massa falida da COFAVI" (fl. 1.987 - Comissão Especial de Apoio para Análise de Retirada de Patrocinadora, dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES).

Entretanto, quanto à constituição da reserva garantidora do fundo previdenciário antes da retirada de patrocínio da ex-empregadora, **extrai-se das informações da PREVIC que não foram vertidos os valores a que ela se obrigara.** Ao contrário, o ativo líquido do plano, à época de sua saída, **supria somente cerca de metade das reservas de benefícios concedidos, havendo a obrigação "(...) de integralizar R\$ 8.525.657,30"** (fl. 1.983 dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES), **nunca cumprida.**

Confira-se o seguinte trecho da manifestação do órgão regulador, extraído dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES (julgamento conjunto):

"(...)

4.2. (...) em que é questionada a constituição da reserva garantidora e o pagamento de joia para os assistidos pela expatrocinadora COFAVI, quando da homologação pela então Secretaria de Previdência Complementar - SPC da retirada de

patrocínio, informamos que, tomando por base os registros em posse desta Previc atinentes ao processo em tela, não foram vertidos os referidos valores.

(...)

4.5. Então, por meio do expediente DS-019/96, de 30 de abril de 1996, a FEMCO encaminhou Avaliação Atuarial elaborada pela Jessé Montello - Serviços Técnicos em Atuária e Economia Ltda., baseada em 29 de fevereiro de 1996, **que mensurou a reserva matemática de retirada da patrocinadora COFAVI em R\$ 16.643.811,96. A mesma avaliação informa que o ativo líquido do plano, na mesma data, foi avaliado em R\$ 8.118.154,66. Ressalte-se que, dos R\$ 16,6 milhões de reserva matemática, R\$ 14,2 milhões eram referentes aos participantes já em gozo de benefício. Em outras palavras, o ativo líquido do plano, à época da retirada, cobria pouco mais da metade das reservas de benefícios concedidos.**

4.6. **Completa o atuário informando que a COFAVI, 'além de assumir todos os custos administrativos da sua retirada da FEMCO e quitar os débitos vencidos e não pagos ou repassados com o Plano, terá adicionalmente de integralizar ou assegurar aos participantes a integralização da diferença entre o referido Ativo Líquido estimado de R\$ 8.118.154,66 e o valor da Reserva de Retirada de R\$ 16.643.811,96 (...), ou seja, terá adicionalmente de integralizar R\$ 8.525.657,30'. (grifo nosso)**

4.7. Assim, e levando em consideração os registros junto a esta autarquia, não há qualquer indício de pagamento, por parte da patrocinadora COFAVI, dos valores necessários à constituição da reserva garantidora referente aos assistidos vinculados àquela. Some-se a isso, a proximidade das datas dos eventos subsequentes, quais sejam, declaração de falência da COFAVI em 30 de maio de 1996, com efeitos retroativos a 19 de fevereiro de 1995, e a homologação da retirada em 12 de julho de 1996" (fl. 1.983 - grifouse).

De igual maneira, a PREVIC esclarece que **não há nenhuma contradição entre os pareceres técnicos** da SPC de 1995 (Parecer n° 190 SPC/CGOF/COJ, de 20 de novembro de 1995, item "a" da parte final opinativa) e da própria PREVIC de 2004 (Parecer Técnico n° 27/CGTR/DITEC), sobretudo porque devem ser considerados os estudos atuariais realizados nos processos administrativos em momento posterior e os votos dos conselheiros de homologação de retirada de patrocínio: "(...) Ressalte-se que o voto [do Sr. Luiz Bernardo G. Montello], ao contrário daquele constante no Parecer n° 190/SPC/CGOF/COJ, não menciona a manutenção dos assistidos, nem a constituição da reserva desses" (fl. 1.984 dos autos dos EREsp n° 1.673.890/ES).

A propósito:

"(...)

4.9. Conforme mencionado anteriormente, a Resolução MPAS n° 6/88, previa uma Comissão Especial de Apoio, composta por 7 membros. **O Parecer n° 190/SPC/CGOF/COJ, de 20 de novembro de 1995, constitui posicionamento de apenas um de seus membros. Além disso, o voto não atesta a constituição das reservas, na medida que afirma que estas 'devem estar devidamente' constituídas. Ressalte-se que, restou consignado no parecer encaminhamento para análise atuarial. Ou seja, s.m.j., não poderia ter sido feito qualquer juízo acerca da constituição ou não das reservas matemáticas correspondentes aos assistidos.**

4.10. Ainda, conforme mencionado anteriormente, um dos membros da comissão, o Sr. Luiz Bernardo G. Montello, solicitou informações quanto ao aspecto atuarial de forma prévia ao seu voto. Além de toda a documentação disponível, quando do Parecer nº 190/SPC/CGOF/COJ, de 20 de novembro de 1995, foram levadas em consideração as avaliações encaminhadas pela FEMCO, com data de 31 de dezembro de 1994, a carta DS-008/96 em que FEMCO afirma que a COFAVI 'é a responsável pelo pagamento aos ativos e assistidos dos valores relativos à liquidação do Fundo por ela patrocinado (...)'

4.11. Seu voto foi proferido nos seguintes termos: 'Com base nos documentos apontados acima recomendamos que seja aprovada, do ponto de vista atuarial, a retirada da COFAVI - Companhia de Ferro e Aço de Vitória da FEMCO - Fundação Cosipa de Seguridade Social de forma que esta última possa requerer os direitos dos participantes ativos e assistidos, relativos ao seu plano de benefícios, na massa falida da COFAVI'. O referido voto data de 5 de julho de 1996, que antecede em exatamente uma semana a comunicação, por meio do Ofício nº 397 SPC/GAB, de 12 de julho de 1996, em que a FEMCO foi comunicada da homologação da retirada de patrocínio. **Ressalte-se que o voto, ao contrário daquele constante no Parecer nº 190/SPC/CGOF/COJ, não menciona a manutenção dos assistidos, nem a constituição da reserva desses.**

4.12. Assim, em que pese os termos em que foi proferido o voto constante no Parecer nº 190/SPC/CGOF/COJ, com base nas informações fornecidas posteriormente pela entidade e, especialmente, pelo atuário à época da homologação da retirada e tratadas nos subitens 4.5 a 4.8 da presente Nota, **não há qualquer evidência que aponte no sentido de que a reserva dos assistidos estivesse devidamente constituída**" (fl. 1.984 dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES - grifou-se).

Assim, **mesmo com a homologação da retirada, a COFAVI, mais uma vez, não cumpriu suas obrigações, o que impossibilitou a liquidação do plano.** Além disso, **as reservas dos assistidos não foram constituídas e nem o poderiam, pois a patrocinadora foi adimplente por apenas pouco mais de 4 (quatro) anos!**

Vale ressaltar também que, **devido às peculiaridades do plano de benefícios sob exame, a alguns participantes foi concedida a complementação de aposentadoria antes de constituídas as reservas necessárias para a garantia do benefício.**

Logo, para os participantes que começaram a receber a complementação de aposentadoria antes de implementado o requisito da constituição da reserva garantidora, a patrocinadora iria compensar o tempo de carência com uma contribuição adicional periódica (a joia), que perduraria por 15 (quinze) anos, isto é, somente no ano 2000 os recursos para esses assistidos seriam implementados.

Ainda no tocante à joia, conceituada como o custo que pode ser cobrado na adesão de novo participante quando esta adesão incorrer em idade superior a média relativa aos parâmetros da massa atual, tanto o patrocinador quanto o participante deveriam recolhê-la mensalmente.

Isso porque, no caso, foi considerado para a concessão do benefício complementar o tempo de serviço prestado pelo participante em data

anterior à inscrição na FEMCO, de modo que **a contrapartida financeira desse lapso adviria da contribuição adicional.**

Cabe ressaltar que **a joia não se confunde com a dotação inicial**, esta paga pela COFAVI e entendida como o valor de aporte para cobrir os encargos acumulados dos benefícios, nos termos da nota técnica atuarial e do Regulamento do Plano de Benefícios, previsto no Convênio de Adesão.

Todavia, **a patrocinadora não integralizou o pagamento de toda a joia**, pois ficou inadimplente por vários anos antes de ser decretada a sua falência (iniciou os pagamentos em janeiro de 1986 e cessou em março de 1990, tendo falido em maio de 1996, com efeitos retroativos a fevereiro de 1995).

Em outras palavras, como a COFAVI teve decretada a falência em maio de 1996, com efeitos retroativos a fevereiro de 1995, a condição imposta no regulamento de formação do numerário garantidor do benefício, qual seja, a compensação financeira pelo tempo de carência dispensado, não foi cumprida, não alcançando o assistido, portanto, o direito adquirido de continuar a receber a complementação de aposentadoria. De fato, não foi implementado um dos requisitos essenciais para a benesse.

Em contrapartida, tanto o participante quanto o assistido fazem jus ao direito acumulado, que deverá ser pago pela FEMCO quando do recebimento do valor relativo ao crédito habilitado no processo falimentar da COFAVI.

Nesse sentido, cabe transcrever a seguinte passagem da manifestação da ABRAPP, extraída dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES (julgamento conjunto):

"(...)

Apesar de a Autora já estar em gozo de benefício quando da falência da COFAVI, por se tratar de um plano constituído tardiamente (massa de participantes da COFAVI já se encontrava envelhecida no momento em que firmado o Convênio de Adesão com a então FEMCO, hoje Previdência Usiminas), o custeio foi definido de forma que as reservas garantidoras para a concessão dos benefícios fossem constituídas ao longo do tempo, inclusive depois que os participantes se aposentassem.

Como regra, a formação de reservas matemáticas precede o gozo do benefício. Contudo, tendo a COFAVI ingressado no plano administrado pela então FEMCO, em 1985, iniciando os pagamentos respectivos somente em janeiro/1986, as reservas garantidoras para a concessão dos benefícios aos seus empregados estaria constituída apenas no ano de 2009, conforme cálculos atuariais feitos à época.

Os pagamentos da COFAVI, portanto, tiveram início em 1986 e cessaram logo na sequência, ou seja, em março de 1990, quando ela parou de repassar à então FEMCO, hoje Previdência Usiminas, as contribuições de sua responsabilidade, bem como a contribuição dos participantes ativos, que eram descontadas em sua folha de pagamentos. Tal fato já foi reconhecido como incontroverso por essa Corte Superior quando do julgamento dos REsp 1.248.975/ES e REsp 1.673.367/ES.

Esse fato é crucial para a compreensão da questão jurídica objeto de debate neste processo, posto que, com apenas quatro anos de contribuição, por óbvio que a COFAVI não teria conseguido aportar a totalidade dos recursos financeiros necessários para a formação das reservas garantidoras dos benefícios de seus empregados.

Assim, o fato de a Autora, ora Recorrida, se apresentar nos presentes autos como pensionista (em gozo de benefício), isso não é capaz de eliminar a necessidade de que, para se manter o pagamento de sua pensão, as contribuições de responsabilidade da COFAVI deveriam ter ocorrido de forma regular e ininterruptamente desde o momento em que a aludida empresa firmou Convênio de Adesão com a Previdência Usiminas, entidade fechada de previdência complementar, e passou a contribuir para o custeio dos benefícios previdenciários de seus funcionários, sob pena de desequilíbrio financeiro e atuarial do fundo FEMCO-COFAVI (submassa).

Com a interrupção do repasse das contribuições de responsabilidade da COFAVI (as relativas à sua qualidade de patrocinadora e as de responsabilidade dos participantes, mas que eram descontadas diretamente em folha de pagamentos e deveriam ser repassadas à Previdência Usiminas), o fundo FEMCO-COFAVI (submassa) entrou em desequilíbrio financeiro e atuarial, até o total exaurimento completo de suas reservas, situação em que se encontra atualmente.

Assim, os recursos previdenciários hoje existentes no plano de benefícios administrado pela Previdência Usiminas são, inegavelmente, de titularidade do Fundo FEMCO/COSIPA, pelo que a Previdência Usiminas não poderá retirar qualquer valor do aludido fundo para arcar com as condenações objeto das ações ajuizadas pelos empregados da COFAVI, como a que originou o presente recurso especial" (fls. 1.925/1.926 dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES).

Impende assinalar que cabe à entidade fechada de previdência complementar o mero papel de gestora dos recursos arrecadados. O patrimônio coletivo pertence à massa de participantes. Na proporção em que é feito o aporte de valores, esse montante passa para o plano, que, por sua vez, é de propriedade do conjunto de participantes, conforme as contribuições alocadas em cada conta. É por isso que os recursos recolhidos ao fundo de pensão não deixam de ter a titularidade dos participantes, devendo lhes ser devolvidos no futuro, seja sob a forma de resgate, de benefício previdenciário continuado ou outro meio.

Desse modo, no caso sob exame, após a entidade de previdência privada receber o valor atinente ao crédito habilitado na falência da patrocinadora, deverá liquidar a submassa da FEMCO/COFAVI, distribuindo o numerário segundo o direito acumulado de cada participante, garantindo-se no mínimo a reserva de poupança de cada um, bem como a repartição do ativo remanescente por meio de cálculo atuarial.

(ii) - Da inexistência de solidariedade entre as submassas FEMCO/COFAVI e FEMCO/COSIPA

Como cediço, a FEMCO é uma entidade fechada de previdência complementar multipatrocinada e com multiplano. O art. 34 da Lei Complementar nº 109/2001 assim classifica essas entidades:

*"Art. 34. **As entidades fechadas podem ser qualificadas da seguinte forma**, além de outras que possam ser definidas pelo órgão regulador e fiscalizador:*

I - de acordo com os planos que administram:

a) de plano comum, quando administram plano ou conjunto de planos acessíveis ao universo de participantes; e

b) **com multiplano, quando administram plano ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial;**

II - de acordo com seus patrocinadores ou instituidores:

a) singulares, quando estiverem vinculadas a apenas um patrocinador ou instituidor; e

b) **multipatrocinadas, quando congregarem mais de um patrocinador ou instituidor.**" (grifou-se)

Cumpre assinalar que, para as entidades com multiplano, a contabilidade e a avaliação atuarial devem ser específicas em virtude justamente da independência patrimonial.

Efetivamente, a FEMCO administra plano de benefícios para dois grupos distintos de participantes ou submassas, que possuem também patrocinadores diferentes: a FEMCO/COFAVI e a FEMCO/COSIPA. Além disso, a contabilidade de cada qual é feita em separado.

Tanto no regime jurídico da Lei nº 6.435/1977 quanto no da Lei Complementar nº 109/2001, a solidariedade entre os patrocinadores deve vir expressa no convênio de adesão, sendo descabida a presunção (art. 896 do Código Civil de 1916; art. 265 do Código Civil de 2002).

Nesse sentido, eis a redação do art. 34, § 2º, da Lei nº 6.435/1977 bem como do art. 13, § 1º, da Lei Complementar nº 109/2001, respectivamente:

Lei nº 6.435/1977:

"Art. 34. As entidades fechadas consideram-se complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social.

(...)

§ 2º **No caso de várias patrocinadoras, será exigida a celebração de convênio de adesão entre estas e a entidade de previdência, no qual se estabeleçam, pormenorizadamente, as condições de solidariedade das partes, inclusive quanto ao fluxo de novas entradas anuais de patrocinadoras.**" (grifou-se)

Lei Complementar nº 109/2001:

"Art. 13. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.

§ 1º **Admitir-se-á solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos, desde que expressamente prevista no convênio de adesão.**" (grifou-se)

Sobre o tema, válida é a seguinte lição de Rogério Aguirre, baseada em estudos de Arnaldo Wald e de Miguel Reale Júnior:

"(...)

IV - Do Regime da Solidariedade dos Fundos Múltiplos Anterior à Edição da Lei n.º 109/01

A questão da solidariedade nos fundos múltiplos restou simplificada com a edição da Lei Complementar n.º 109/01, uma vez que esta não só determina, no parágrafo único do art. 13, que a solidariedade deve estar expressamente prevista no convênio de adesão, como também deixou clara a possibilidade de existência de entidades que administram planos de benefícios para diversos participantes com independência patrimonial, os chamados 'multiplanos', previsto no art. 34, I, b.

No entanto, o grau de dificuldade aumenta por demasiado quando deparamos com a situação anterior à nova lei, ou seja, aquela compreendida pelo período em que vigorava a Lei n.º 6.435/77.

Sobre os efeitos da solidariedade neste período, destacamos dois pensamentos que, muito embora partam do mesmo princípio de que solidariedade nunca se presume e resultem no entendimento pela não solidariedade entre patrocinadoras de fundos múltiplos, percorrem caminhos distintos para tal conclusão.

O primeiro pensamento retirado do parecer exarado em 1998 pelo professor Arnaldo Wald sobre solidariedade e segregação de carteiras nos fundos de pensão multipatrocinados, a pedido do CCF Fundo de Pensão, baseia-se no art. 34 da Lei n.º 6.435/77 e na intenção do legislador em deixar a critério exclusivo das partes a previsão ou não de solidariedade.

(...)

Denota-se, assim, que o legislador impunha, no caso dos fundos de pensão, a celebração de convênio de adesão, no qual os patrocinadores e a entidade fechada de previdência privada estabelecessem, pormenorizadamente, as condições de solidariedade entre eles, o que não significa dizer que o legislador impunha aos patrocinadores a assunção de obrigações solidárias. Ao contrário, deixava a critério exclusivo das partes a previsão ou não de solidariedade entre elas. Ou seja, as partes poderiam, se quisessem, afastar a solidariedade relativa às obrigações assumidas por cada um dos patrocinadores do fundo de pensão, devendo, nesse caso, estipular expressamente no convênio de adesão a inexistência de solidariedade.

Por fim, Wald conclui que, 'se as partes estabelecerem que são responsáveis única e exclusivamente pelas obrigações decorrentes do plano de benefícios que cada uma delas patrocina, esta convenção será plenamente válida e eficaz, devendo ser por todos respeitada, pois, como se viu, vigoram, no presente caso, pelo menos no que se refere à solidariedade, os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos'.

O segundo pensamento, defendido por Miguel Reale Júnior em parecer citado, parte da idéia de que a legislação pretérita não abrangia os fundos múltiplos na forma em que se constituem, posto que foram uma criação de fonte negocial, formalizando-se mediante negócios jurídicos acolhidos pelos órgãos fiscalizadores do Poder Executivo (...)

(...)

Na visão de Reale Júnior, no regime anterior ao da Lei Complementar n.º 109/01 não havia a previsão legal nem, portanto, a regulamentação dos fundos múltiplos. Estes nasceram da prática, formalizando-se mediante negócios jurídicos (contratos, convênios e regulamentos, básicos e complementares) acolhidos pelos órgãos fiscalizadores do Poder Executivo, aos quais deviam ser previamente

submetidos. Esses mesmos órgãos oficiais foram, progressivamente, expedindo normas, notadamente em matéria contábil, que reconheciam a sua licitude e confirmavam a circunstância da independência patrimonial, inclusive de forma a exigir a apresentação de contabilidade em separado, relativamente aos diversos planos de benefícios integrantes de um mesmo fundo múltiplo.

Posto isso, conclui o eminente jurista:

'Portanto, não há que falar em extensão ou em presunção da solidariedade incidente em hipótese diversa repita-se, aquela prevista no § 2.º do art. 34 da Lei n.º 6.435/77. Isto é, a reunião de várias empresas patrocinadoras, a serem 'tratadas como se tivessem uma única patrocinadora' com a hipótese efetivamente verificada nos Fundos Múltiplos, vale dizer, a inserção de empresas individualmente consideradas num Fundo que administra os planos de benefícios de outras várias empresas, planos estes pactuados apartadamente em 'regulamentos complementares' atinentes a cada patrocinadora individualmente considerada, ou respeitantes a um grupo de patrocinadoras que adere a um plano de benefícios estabelecido em conjunto para várias empresas, as quais mantém, todavia, a sua individualidade.

Nestes casos, a lei não impunha a solidariedade, nem poderia fazê-lo, pois dos fundos múltiplos não cuidara. Incide, portanto, a regra geral do art. 896 do Código Civil. Relembre-se: a solidariedade não se presume, nem se estende por analogia'.

(...)

Como se infere, não decorrente da lei, solidariedade, portanto, só poderia haver se decorrente ex voluntate, se prevista no negócio, de forma expressa, sendo certo que os negócios jurídicos pelos quais foram estatuídos os regulamentos de alguns fundos múltiplos não previram a existência de solidariedade entre as empresas patrocinadoras. Ao contrário, em alguns casos existe cláusula expressa tanto em regulamentos como em convênios de adesão, afastando qualquer hipótese de solidariedade".

(AGUIRRE, Rogério. A Solidariedade nos Fundos Múltiplos. In: REIS, Adacir (org.). **Fundos de Pensão em Debate**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, págs. 85-89 - grifou-se)

No caso da FEMCO, da COFAVI e da COSIPA, o órgão governamental responsável pela fiscalização e supervisão das atividades das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), analisando os convênios de adesão e outros documentos, bem como o Ministério Público Federal **manifestaram-se, mais de uma vez, no sentido da ausência de solidariedade entre as patrocinadoras bem como entre os fundos**, havendo, na realidade, duas submassas distintas e segregadas dentro de um mesmo plano de benefícios, com independência patrimonial entre elas. **Assim, os recursos da submassa FEMCO/COSIPA não podem ser usados para arcar com obrigações decorrentes da submassa FEMCO/COFAVI, sob pena de afrontar o princípio do mutualismo e do prévio custeio, a causar desequilíbrio econômico-financeiro do "fundo doador" e a prejudicar a concessão e manutenção de futuros**

benefícios dos participantes daquela submassa, subvertendo o regime de capitalização, consubstanciador da Previdência Privada.

A propósito, cabe transcrever os seguintes trechos da manifestação do IBA, extraídos dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES (julgamento conjunto):

"(...)

Segundo as normas legais vigentes, uma Entidade Fechada de Previdência Complementar, como é o caso da Fundação COSIPA de Seguridade Social – FEMCO, incorporada pela Previdência USIMINAS, pode administrar diversos Planos de Previdência Complementar independentes um do outro.

Da mesma forma, com previsão na lei complementar n. 109/2001, pode administrar um único plano para diversas empresas patrocinadoras, observando sua independência em face da condição de não solidariedade estabelecida entre as mesmas.

Empresas interessadas em aderir a um plano de benefícios préexistente devem celebrar um convênio de adesão, firmado com a entidade e anuído pelas patrocinadoras, em especial na hipótese de solidariedade. Esse convênio deverá dispor, entre outros aspectos, as condições de solidariedade ou não entre as patrocinadoras, conforme previsto na legislação vigente.

Optando-se por um sistema não solidário, cada patrocinadora torna-se responsável exclusivamente pelo plano em relação aos seus empregados, participantes do referido plano, e assistidos.

Nessa condição, as patrocinadoras de um mesmo plano de benefícios têm acordado que todo o plano é segregado e controlado separadamente, em que pese tratar-se de um único plano de benefícios. Concordam com a separação do custeio dos benefícios, na forma de taxas de contribuição calculadas separadamente, ou seja, definidas em função da massa de participantes a ela vinculados, bem como com a segregação do respectivo patrimônio do plano. A vantagem desse modelo é a otimização do custo administrativo!

O equilíbrio entre as obrigações assumidas e o patrimônio do plano é aferido anualmente, em cada reavaliação atuarial, analisando-se a situação econômica de cada plano de custeio estabelecido para cada empresa patrocinadora e respectivos participantes. Superávits e déficits são calculados separadamente e, em nenhuma hipótese, dada a condição de não solidariedade (que não pode ser presumida, pois resulta da vontade das partes) insuficiências patrimoniais da parcela do plano de benefícios atribuível a uma determinada patrocinadora podem ser compensadas ou mitigadas por folgas patrimoniais da parcela do plano correspondente a uma patrocinadora distinta. Não há vasos comunicantes entre os fundos garantidores de benefícios quando o regime eleito para a viabilização de um plano comum a um grupo de empresas tenha sido o de não solidariedade.

No Brasil, é comum deparar-se com planos de benefícios multipatrocinados em que as empresas patrocinadoras não guardam solidariedade entre elas, mesmo pertencentes a um mesmo plano econômico. Essa abordagem é essencial para o fomento da previdência complementar à medida que combina a economia de gastos administrativos com o bom gerenciamento de riscos.

No mercado de previdência complementar, como em diversos outros, manter uma mesma estrutura administrativa para várias empresas possibilita a cobrança de um menor custo por patrocinadora, especialmente se o desenho do plano previdenciário é o mesmo para todas.

Entretanto, para evitar que o perfil de empregados de uma Patrocinadora afete o custo de financiamento dos benefícios dos empregados de outra Patrocinadora, a definição de solidariedade de custeio fica estabelecida no Convênio de Adesão.

E foi justamente sob esse regime não solidário, que segrega as operações ativas e passivas do plano previdenciário entre as Patrocinadoras, que se deu adesão da COFAVI ao plano de benefícios da FEMCO, conforme

verificou-se no Convênio de Adesão assinado entre as partes em 27/12/1985:

(...)

2 – Cenário de Adesão da COFAVI ao Plano FEMCO:

No início dos anos 80 (1980), o Governo Federal com o objetivo de melhor analisar o Sistema de Previdência Complementar, através de Decreto, suspendeu a criação de novas entidades fechadas de previdência complementar na esfera federal e, por esse motivo, a única forma de empresas, então controladas pela União, criarem seus Planos Fechados de Previdência Complementar tinha de ser no âmbito das Entidades Fechadas de Previdência Complementar já existentes.

Assim, empresas então controladas pela União, do Setor Siderúrgico Brasileiro, como a PIRATINI, a USIBA, AÇOMINAS, SIDERBRÁS e a COFAVI, aderiram ao plano de benefícios da FEMCO - Fundação COSIPA de Seguridade Social (posteriormente incorporada pela Previdência USIMINAS), de forma totalmente independente entre si e independente do Plano de Benefício Definido que já era patrocinado pela COSIPA (incorporada pela Usiminas) no que tange ao plano de custeio, às obrigações e à formação dos ativos garantidores dos benefícios. Significa que cada uma das empresas citadas era exclusivamente responsável pelo plano de benefícios oferecido aos seus empregados. Essa prática ainda é adotada pelo sistema.

Nesse contexto, a Fundação COSIPA de Seguridade Social (posteriormente incorporada pela Previdência USIMINAS), passou a gerenciar o plano de benefícios, observando-se uma estrutura de não solidariedade entre as partes, com Patrimônio segregado e com controle contábil independente. Da mesma forma, na Avaliação Atuarial Inicial e nas Reavaliações Atuariais subsequentes a adesão, o plano de benefícios apresentava separadamente a situação financeira de cada uma de suas patrocinadoras. De forma segregada e por patrocinadora, apresentava-se a Situação Atuarial, apontava-se a existência de Déficit ou de Superávit, e elaborava-se um Plano de Custeio compatível com a sua Situação Atuarial de cada parte envolvida.

3 – Transferência de Gerenciamento e Retirada do Plano da FEMCO:

As patrocinadoras PIRATINI, USIBA e AÇOMINAS, através de Processos de Transferência de Gerenciamento, retiraram-se do âmbito da Fundação COSIPA de Seguridade Social – FEMCO (posteriormente incorporada pela Previdência USIMINAS) observando os princípios então estabelecidos pelos órgãos de supervisão e controle.

A patrocinadora SIDERBRÁS retirou-se do plano, mas sem a transferência de gerenciamento, observando estritamente as normas legais aplicáveis.

Permaneceram, então, no âmbito da FEMCO, como patrocinadoras do Plano de Benefício Definido, a COSIPA e a COFAVI, mantendo-se o sistema não solidário entre elas, tal como previsto no convênio de adesão original. E continuou-se assim a observar a segregação, por patrocinadora, dos planos de custeio totalmente independentes, com patrimônios segregados e controles contábeis separados.

(...)

Do ponto de vista legal e atuarial todos os requisitos previstos em norma para estabelecer a não solidariedade entre as empresas patrocinadoras do plano foram cumpridos.

Assim é de difícil compreensão condenar patrocinadoras, participantes e assistidos pertencentes a outro grupo de empresas a absorver passivos de terceiros. O que de fato empregados da Cosipa, participantes do plano, e mesmo seus assistidos teriam que honrar plano concedido por uma empresa que nunca foi sua empregadora?

(...)

A utilização de recursos de outros planos de benefícios para arcar com obrigações inerentes aos aposentados e pensionistas da COFAVI gerará

dano atuarial a esses outros planos de benefícios, podendo acarretar déficits e, via de consequência, necessidade de contribuições extraordinárias por empregados e ex-empregados de empresas que não têm qualquer relação com a COFAVI.

(...)

A questão é de alta relevância para o Sistema Fechado de Previdência Complementar, pois obrigar a solidariedade fere o princípio normativo brasileiro, afasta a segurança jurídica dos contratos existentes e suscita dúvidas em relação à higidez e sustentabilidade de nosso sistema privado de previdência, cujo sucesso se nos afigura primordial para viabilizar a imperiosa Reforma do Sistema de Previdência Social Brasileiro.

É importante assegurar a Participantes/Assistidos de um dado Plano de Previdência Complementar Fechado que os recursos por eles ou em seu nome acumulados por seus patrocinadores atenderão tão somente os compromissos previdenciários a eles prometidos e jamais serão drenados para cobrir déficits gerados pela inadimplência ou falência de terceiros" (fls. 1.680/1.688 dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES).

Nesse contexto, a PREVIC, no tocante à **solidariedade**, também assinala que "*(...) a patrocinadora Usiminas e a ex-patrocinadora COFAVI nunca foram solidárias*" (fl. 2.019 dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES). **Logo, não poderá haver transferência de recursos de fundo constituído por uma submassa para outro.**

Autorizar a comunicação das submassas equivaleria ao custeio, pelos participantes da FEMCO/COSIPA, de duas aposentadorias suplementares: a deles e a dos participantes da FEMCO/COFAVI. Deve-se atentar, contudo, para o fato de que isso implicaria violação do direito de propriedade daqueles que ajudaram a construir o seu próprio fundo garantidor, que seria desviado para terceiros.

Noutros termos, um fundo superavitário e sadio seria contaminado e colocado em colapso ao se optar pela comunicação com fundo exaurido, não constituído adequadamente.

Como é de sabença, a entidade fechada de previdência privada não possui fins lucrativos e apenas gere recursos acumulados de terceiros. Permitir-se a ingerência em fundo diverso para pagar-se assistidos da FEMCO/COFAVI poderia, inclusive, provocar a responsabilização criminal dos gestores do ente, consoante alertado pelo Parquet Federal:

"(...)

39. Com isso, é de rigor concluir a inadequação de transferência de recursos entre fundos sustentados por patrocinadores diversos. A prática de tal ato importaria no crime de apropriação indébita pelo administrador do Fundo.

40. Em outras palavras, estar-se-ia a utilizar recursos de que se tem posse como se próprio fosse, dando ou emprestando-os a terceiro, desvirtuando o título em função do qual se o possui, dispondo-se da coisa de que se é possuidor para finalidade diversa da contratualmente fixada. E assim configurar-se-ia o tipo penal previsto no art. 168 do Código Penal.

(...)

42. Não havendo solidariedade entre as patrocinadoras, que formam planos de benefícios autônomos uns dos outros, com

contabilidade própria e características específicas, constituiria um abuso de poder, violador do direito de propriedade e da legítima expectativa das empresas e dos empregados participantes, que contribuíram, ao longo do tempo, para a formação do patrimônio, avançar-se sobre os ativos de um plano de benefícios independente para, em razão de sua higidez financeira, transferir sem causa este ativo com a finalidade de liquidar o passivo de plano de terceiro, com o qual não tem nenhuma relação" (fls. 3.141/3.142 dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES - grifou-se).

Apesar de haver um único número de CNPB, as submassas PBD/COSIPA e PBD/COFAVI estavam segregadas e apresentavam contabilidades separadas, sendo independentes os custeios de cada uma.

Por elucidativo, cumpre colacionar, mais uma vez, fragmento da manifestação do *Parquet* Federal, extraída dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES (julgamento conjunto):

"(...)

26. Colocadas essas premissas conceituais, é importante verificar em qual das modalidades se encaixa o plano de previdência privada gerido pela embargada.

27. Diante dos elementos constantes dos autos, observa-se que a Entidade Fechada ora embargada preexiste como um Fundo Múltiplo, com o qual várias empresas contratam individualmente a administração e o gerenciamento de planos de benefícios.

28. Esse Fundo múltiplo, por seu turno, abriga duas espécies: a) empresas individualmente consideradas que aderem a um plano específico para os seus empregados, totalmente autônomo relativamente aos demais planos também administrados pelo Fundo; b) empresas vinculadas por solidariedade pactuada expressamente com relação a um mesmo plano de benefícios adotado em conjunto, para a totalidade dos seus empregados, plano este também autônomo em relação aos demais planos administrados pelo Fundo, e atinentes às outras patrocinadoras.

29. Ainda no tocante à regulamentação, entende-se que a Lei Complementar nº 109/2001 solidificou, no plano legislativo regras negociais e costumeiras, em grande parte reconhecidas, ao longo do tempo, por normas regulamentares oficiais, notadamente no que respeita à contabilização. Por esse motivo, a Lei nº 6.435/77 e os Decretos regulamentadores que se lhe seguiram, em especial o Decreto nº 81.240/78, nada dispuseram a respeito dos Fundos Múltiplos de Pensão.

29. O que a Lei 6.435/77 regulamentou, isso sim, foi a constituição de grupos de empresas patrocinadoras, estabelecendo, no § 2º do art. 34 que, havendo várias patrocinadoras, isto é, a reunião de empresas, em grupo, numa mesma Entidade Fechada, deveria ser 'exigida a celebração de convênio de adesão entre estas e a entidade de previdência, no qual se estabeleçam, pormenorizadamente, as condições de solidariedade das partes, inclusive quanto ao fluxo de novas entradas anuais de patrocinadoras'.

30. Como se percebe, na hipótese da criação de uma Entidade por várias patrocinadoras reunidas, aí sim, havia a ficção de existência de uma única patrocinadora, estabelecendo a Lei a solidariedade entre 'as partes' para os fins de garantia das operações. O que importa é, pois, o grupo de

empresas patrocinadoras enquanto tal, formando uma das partes do negócio jurídico, a outra sendo a própria Sociedade ou Fundação.

31. Quanto ao mais estatuiu-se que as Entidades Fechadas -
formadas por uma única empresa, ou por várias - seriam reguladas pela legislação geral e pela legislação de previdência e assistência social, no que lhes for aplicável, e, em especial, pelas disposições da presente Lei' (Lei nº 6.435/77, art. 36).

32. Restou assim estabelecido um duplo sistema: ou as empresas criavam, individualmente, Entidade Fechada, ou várias empresas reunidas, conjuntamente o faziam.

33. **No último caso, dever-se-ia estabelecer, mediante 'convênio de adesão', de modo pormenorizado, os planos de benefícios de seus empregados e a pactuação de cláusula de solidariedade. A Entidade estaria adstrita, nos termos do citado convênio, a controlar o fluxo anual de entrada de novas patrocinadoras, evidentemente para o fim de manter um adequado equilíbrio atuarial, evitando-se assim o risco de, pelo fluxo desordenado, atingir os superiores interesses dos participantes (empregados), destinatários dos benefícios. (Artigo 34, § 2º, da Lei nº 6.435/1977)**

34. É exatamente em decorrência dessa regulamentação que interessa o convênio de adesão firmado entre a FEMCO, ora embargada, e a COFAVI. No referido instrumento, celebrado em 27 de dezembro de 1985, **constata-se a inexistência de solidariedade entre as patrocinadoras.**

35. Essa constatação também é verificada no PARECER Nº 027/CGTR/DITEC/PREVIC, elaborado pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar. Na referida consulta técnica, disponibilizada pela Senhora Advogada Lara Corrêa Sabino Bresciani, quando da entrega de memoriais escritos no gabinete, o órgão de regulamentação dos entes de previdência complementar taxativamente conclui que '[a] existência de duas sub-massas distintas e segregadas dentro de um mesmo plano de benefícios não prejudica o postulado da independência patrimonial de ambas.'

36. Pois bem, percorrido todo esse apanhado lógico da situação fática e jurídica, duas conclusões são possíveis neste momento. São elas: 1) a Entidade Fechada, ora embargada, preexiste como um Fundo Múltiplo, com o qual, várias empresas contratam individualmente a administração e o gerenciamento de planos de benefícios; 2) da avença firmada com a COFAVI não se constata a existência de solidariedade" (fls. 3.138/3.141 dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES).

(iii) - Da liquidação extrajudicial do fundo previdenciário

Os recursos da submassa FEMCO/COFAVI foram esgotados com o pagamento de benefícios a seus participantes/assistidos, dado que, apesar de o fundo ter sido constituído em 27/12/1985, com a assinatura do convênio de adesão entre a FEMCO e a COFAVI, as contribuições deixaram de ser pagas e repassadas após 4 (quatro) anos, em março de 1990, e somente em 29/2/1996 a entidade de previdência privada suspendeu o pagamento dos benefícios, **promovendo a denúncia do convênio** com efeitos a partir de 1º/3/1996.

Entretanto, o fundo FEMCO/COFAVI ainda não foi extinto, pois o pedido feito pelo ente de previdência privada com base no art. 25 da Lei Complementar nº 109/2001 foi indeferido pela PREVIC (Ofício nº 4.969/CGTR/DITEC/PREVIC).

A Associação Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão (ANAPAR), por sua vez, nos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES, requereu que:

"(...)

a) *seja assegurada a possibilidade de manutenção de funcionamento da entidade fechada de previdência complementar para o cumprimento de seus compromissos junto aos participantes e assistidos, independentemente da falência ou extinção da pessoa jurídica do patrocinador, atestada a viabilidade técnica-financeira (sic) no caso concreto, inclusive com **a assunção de encargos pelos participantes e assistidos;***

b) *Sucessivamente, não sendo viável a manutenção nos termos do pedido principal, seja adotada a alternativa dada pela Resolução CNPC nº 11/2013, com a criação para **adesão facultativa dos participantes e assistidos, nos termos definidos naquele normativo;***

c) *Somente após comprovadamente esgotadas essas hipóteses, e admite a **liquidação extrajudicial** da entidade e plano de benefícios, nos termos da LC 109/2001;" (fl. 1.976 e-STJ dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES - grifou-se).*

Considerando, contudo, a ausência de solidariedade entre os fundos FEMCO/COFAVI e FEMCO/COSIPA, a retirada de patrocínio e a falência do próprio patrocinador, inadimplente por diversos anos, não há possibilidade concreta de recuperação do fundo previdenciário, restando a opção de liquidação extrajudicial parcial da entidade de previdência complementar nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 109/2001.

Ocorre que essa possibilidade já foi afastada pelo órgão governamental fiscalizador, que justificou a impropriedade de nomeação de administrador especial para sanear a questão enquanto não concluído o processo falimentar da COFAVI (REsp nº 1.248.975/ES - Parecer Técnico nº 27/CGTR/DITEC/PREVIC).

Verifica-se, assim, que a liquidação do fundo FEMCO/COFAVI deverá ser feita somente após o recebimento dos valores habilitados no processo de falência da patrocinadora, momento em que deverão ser apreciadas a adequação e a necessidade de aplicação do procedimento a que se refere o art. 48 da Lei Complementar nº 109/2001.

(iv) - Da insegurança jurídica causada pela solução prematura adotada pela Segunda Seção quando do julgamento do REsp nº 1.248.975/ES

Os efeitos jurídicos do exaurimento de recursos da submassa FEMCO/COFAVI e da falência da patrocinadora são praticamente os mesmos para todos os participantes desse fundo, sobretudo porque possuem origem fática comum: o convênio de adesão firmado entre o empregador e o ente de previdência privada.

Soluções casuísticas, portanto, além de anti-isonômicas, somente

privilegiam a insegurança jurídica, contrapondo-se à função do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional brasileiro.

Conforme alertado pelo MPF, em anterior parecer, extraído dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES (julgamento conjunto):

"(...)

45. **Com a devida vênia, diante da reiterada repetição do caso nesse Superior e perante o TJES, mesmo após a posição expressa pelo colegiado da 2ª Seção, conclui-se que a solução engendrada resolveu o tema, mas não pacificou o conflito.**

46. **Sem fazer crítica, mas instigando o pensamento, para enriquecer o debate, parece-me que não se colocou fim ao conflito porque o ponto fulcral à resolução da controvérsia fora deixado para uma análise casuística, a cargo das instâncias ordinárias.**

47. **Nesse contexto, tem-se que, não obstante ter se reconhecido a inexistência de solidariedade no pacto de adesão estabelecido entre a FEMCO e a COFAVI, essa Corte permitiu que o TJES modificasse o entendimento ao interpretar a lei, com base no contrato de adesão ao fundo, com possibilidade de expressar solução dúbia.**

48. **Por isso, compreendo que para analisar o caso com base no precedente advindo da 2ª Seção, há de se fazer um aditamento, para firmar posição assertiva sobre o tema. A assertiva, a fim de excluir a casuística conferida às instâncias ordinárias é estabelecer que não há solidariedade.**

49. *Não decorrente da lei, solidariedade, portanto, só poderia haver se decorrente ex voluntate, se prevista no negócio, de forma expressa. Quanto a isso não há posição dúbia a subsistir.*

Posição sugerida

50. *Como já se anotou, é a própria Lei a estatuir, como regra, a independência patrimonial, derivada da pluralidade de relações jurídicas que vincula cada empresa patrocinadora ao Fundo, verificando-se a solidariedade apenas quando assim previsto no 'convênio de adesão'.*

(...)

53. *Nessa direção, o entendimento expresso pela relatoria ao analisar recentemente o recurso especial nº 1.673.367 - ES (2017/00588156), para afastar a solidariedade e definir que após a entidade de previdência privada receber o valor atinente ao crédito habilitado na falência da patrocinadora, deverá liquidar a submassa da FEMCO/COFAVI, distribuindo o numerário segundo o direito acumulado de cada participante, garantindo-se no mínimo a reserva de poupança de cada um, bem como a repartição do ativo remanescente por meio de cálculo atuarial. Assim restou redigida a ementa:*

(...)

54. *Dessa forma, nas palavras da professora JUDITH MARTINSCOSTA, 'há em razão desta autonomia entre os planos de benefícios que integram um Fundo de Pensão Múltiplos, com ativos e passivos próprios, conseqüências obrigatórias e absolutamente lógicas no sentido de que a intervenção e a liquidação extrajudicial em razão de situação econômicofinanceira insuficiente à preservação da liquidez e solvência de cada um dos planos de benefícios, deve ser restrita ao plano que apresenta esta insuficiência. Não é de admitir-se a contaminação dos demais planos que integram a sociedade, que, sadios financeiramente têm ativos próprios constituídos com seus recursos''' (fls. 1.991/1.993 dos autos dos EREsp nº 1.673.890/ES - grifou-se).*

É incongruente em uma causa afirmar-se a inexistência de solidariedade

entre as submassas FEMCO/COFAVI e FEMCO/COSIPA e em outra reconhecer-se sua presença, examinando o mesmo documento (convênio de adesão firmado pela COFAVI), ainda mais se tal análise já passou pelo crivo tanto do órgão governamental regulador, por mais de uma vez, quanto do MPF.

Desse modo, é pertinente o aperfeiçoamento do entendimento fixado pela Segunda Seção deste Tribunal Superior, de modo a fixar uma tese jurídica mais consentânea com a segurança jurídica, aplicando adequadamente as normas jurídicas acerca da solidariedade na Previdência Complementar, como bem asseverado pela Ministra Relatora em seu voto:

"(...)

Não tendo sido formada a reserva matemática necessária à manutenção do pagamento dos proventos de complementação de aposentadoria dos ex-empregados da Companhia de Ferro e Aço de Vitória - COFAVI, os beneficiários do plano de previdência privada extinto farão jus ao valor do benefício acumulado após o recebimento, pela entidade de previdência, do crédito habilitado na falência da COFAVI."

Ante o exposto, acompanho a divergência inaugurada pela Ministra Maria Isabel Gallotti a fim de dar provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, devendo ser assegurado, todavia, ao autor o direito de receber o benefício acumulado após a arrecadação, pela entidade de previdência, do crédito habilitado na falência da COFAVI.

É o voto.