Por Ophir Cavalcante Júnior e Maria da Graça Meira Abnader (*)

O Tribunal Superior do Trabalho iniciou, a partir do julgamento do Processo TST-E-ED-RR-235-20.2010.5.20.0006, o processo de revisão da Súmula 288, item I. O parecer apresentado pela Comissão de Revisão, constituída dos ministros Renato de Lacerda Paiva, Lélio Bentes Corrêa e Walmir Oliveira da Costa, propõe a seguinte redação:

"Súmula 288 – COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA (conversão do item II em item III e dada nova redação ao item III).

I – A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.

II – Após a entrada em vigor das Leis Complementares n.s 108 e 109, de 29/05/2001, reger-se-á a complementação de proventos de aposentadoria pelas normas vigentes na data da implementação dos requisitos para obtenção do benefício.

III – Na hipótese de coexistência de dois regulamentos de planos de previdência complementar, instituídos pelo empregador ou por entidade de previdência privada, a opção do beneficiário por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do outro."

A proposta, com o devido respeito ao estudo apresentado, continua a tratar a matéria como se fora trabalhista, quando o próprio STF ao julgar os Processos RE 586.453 e RE 583.050, em repercussão geral, decidiu que, em face do artigo 202, parágrafo 2º, da Constituição Federal, a competência para julgar as causas decorrentes de contrato de previdência complementar privada, em razão da inexistência de relação de trabalho entre o beneficiário e a entidade de previdência, era da Justiça Comum, devendo permanecer na Justiça do Trabalho somente as causas que tiverem sentença de mérito proferida em data anterior a 20 de fevereiro de 2013.

Com efeito, os planos de benefícios operados pelas entidades fechadas de previdência privada eram, até a edição da Lei 6.435/77, regulamentados livremente por norma interna das entidades.

Com o advento da referida lei, ficou patente o dirigismo estatal e a necessidade de adaptação dessas normas às diretrizes e regras gerais nela estabelecidas.

Assim dispôs o artigo 81 da Lei 6.435/77: "As entidades que, na data de início da vigência desta Lei, estiverem atuando como entidades de previdência privada, terão o prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da expedição das normas pelo Órgão Executivo do Sistema, para requererem as autorizações exigidas, apresentando planos de adaptação às disposições desta Lei."

A mesma lei, no artigo 42, estabeleceu os parâmetros para elaboração e adaptação dos regulamentos dos planos operados por entidades fechadas de previdência privada, dispondo, nos parágrafos 5º, 6º e 10, na redação dada pela Lei 6.462/77, o seguinte:

"§ 5º - Não será admitida a concessão de benefícios sob a forma de renda vitalícia que, adicionada à aposentadoria concedida pela previdência social, exceda a média das remunerações sobre as quais incidirem as contribuições para a previdência privada nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores a data da concessão, ressalvadas as hipóteses dos §§ 6º e 7º seguintes.

§ 6º - Observada a vedação do parágrafo anterior, é permitida a fixação, a título complementar, de um percentual, desde que não supere 25% (vinte e cinco por cento) do valor correspondente ao teto do salário de contribuição para a previdência social, a ser adicionado ao benefício concedido.
.....

§ 10 – Se os planos de benefícios das entidades de previdência privada, vigentes à data da entrada em vigor desta Lei, previrem a concessão de complemento à aposentadoria da previdência social excedente do limite previsto nos §§ 5º e 6º, fica assegurada essa complementação aos participantes daqueles planos, *nas condições vigentes, desde que tenham preenchido os requisitos necessários ao gozo do benefício*, cujo direito poderá ser exercido a qualquer tempo.” (grifamos)

Como se vê, a lei, ao mesmo tempo em que determinou a adaptação dos planos às diretrizes e às regras básicas por ela estabelecidas, ou seja, estabeleceu a sua aplicação imediata às situações em curso, ainda dispôs, com todas as letras, que *o benefício complementar é regido pelas normas vigentes na época em que implementadas todas as condições para o seu pleno exercício*.

Seguiu, assim, a mesma linha da orientação jurisprudencial do STF consagrada pela Súmula 359, com relação aos proventos de aposentadoria dos servidores públicos.

Direito adquirido, como definido na Lei de Introdução ao Código Civil, é aquele que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Pois bem, diante das normas expressas da Lei 6.435/77, qualquer alteração que eventualmente tenha ocorrido nas normas originárias dos diversos planos de benefícios, não foi criada ao arbítrio das entidades e/ou de seus patrocinadores. As alterações foram, sim, determinadas por lei de ordem pública, de caráter cogente, e que, portanto, teve aplicação imediata, alcançando as situações em curso.

Não deixou, contudo, de resguardar o direito daqueles que já haviam, na época de sua entrada em vigor, implementado todas as condições para fazer jus ao benefício na forma da regulamentação preexistente.

A Emenda Constitucional 20/98, por sua vez, ao elevar as normas disciplinadoras do Regime de Previdência Privada ao plano constitucional, determinou a regulamentação do regime por Lei Complementar.

Foram, assim, Editadas as Leis Complementares 108 e 109/2001.

Esta última, repetindo, em seu artigo 68, a mesma disposição do parágrafo 2º do artigo 202 da CF, estabeleceu, no parágrafo 1º, à semelhança da disposição legal anterior, o seguinte:

“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*.” (o destaque é nosso)

Já no artigo 17, dispôs:

“Art. 17 – As alterações processadas nos regulamentos dos planos, aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante.”

Essas são as normas de regência, que, por serem expressas, claras e dispostas em lei complementar, nos termos da Constituição Federal, não admitem a aplicação subsidiária de qualquer outra regra, principalmente as de hierarquia inferior.

O STF, em sede de repercussão geral, como já se viu, firmou entendimento a respeito da

inteligência do artigo 202, parágrafo 2º, da CF, concluindo no sentido de tratar-se de norma de direito previdenciário autônomo em relação ao direito do trabalho (vide ementa do Acórdão RE-586.453, publicado em 6.6.2013), sendo previdenciária a relação entre a entidade e o participante de plano do regime de previdência privada.

Naquela assentada, prevaleceu o voto da ministra Ellen Gracie, que, a certa altura, expressou:

No presente caso, a complementação de aposentadoria teve como origem um contrato de trabalho já extinto.

Embora a instituição ex-empregadora seja garantidora da entidade fechada de previdência, o beneficiário não mais mantém com ela relação de emprego. E, muito menos, com o fundo de previdência.

A relação entre o associado e a entidade de previdência privada não é trabalhista.

Ela está disciplinada no regulamento das instituições.

Nesse sentido, o artigo 202, § 2º, da Constituição Federal, regulamentado pelo artigo 68 da Lei Complementar 109/2001, determina que:...”

Importante também mencionar o seguinte trecho do voto do ministro Dias Toffoli a respeito:

“Ora, o que temos no artigo 202, § 2º, da Constituição? Que a previdência complementar não é tema de contrato de trabalho; é uma autonomia dada explicitamente pela Constituição na redação trazida pela Emenda Constitucional nº 20. É curioso verficarmos o que diz o § 3º do mesmo artigo 202, que é de extrema importância:

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

Ou seja, uma previdência complementar que seja autônoma e independente: autônoma e independente do Direito Administrativo, autônoma e independente do Direito do Trabalho. O art. 202, § 2º, autonomia em relação ao Direito do Trabalho; o § 3º, autonomia em relação ao Estado, ao patrocinador.” (grifamos)

De fato, diante da independência do direito previdenciário, e havendo imposição constitucional de que o regime de previdência privada é regulado por lei complementar, jamais poderia ser aplicada a norma do artigo 468 da CLT, em detrimento da norma específica do regime de previdência privada.

Sobre a interpretação do parágrafo 2º do artigo 202 da CF firmada pelo STF em sede de repercussão geral vale lembrar o seguinte trecho extraído do recentíssimo Acórdão TST-RR-88-86.2011.5.04.0011, da lavra do ministro Vieira de Mello Filho:

“Ao analisar, no bojo dos Recursos Extraordinários nºs RE 586453 e RE 583050, em sede de repercussão geral, a controvérsia alusiva à competência para julgamento de demandas relativas a complementação de aposentadoria paga por entidades de previdência complementar privada, o STF debruçou-se sobre os contornos constitucionais do sistema fechado de previdência complementar privada e fixou sua interpretação superior a respeito do art. 202, § 2º, do Texto Constitucional. *Estabeleceu, a partir daí, não apenas a competência da Justiça Comum para apreciar demandas envolvendo essa matéria, mas, sobretudo, um vetor interpretativo a respeito da natureza jurídica das entidades de previdência complementar privada, fechadas ou abertas, e das relações por elas firmadas com seus beneficiários e entidades instituidoras.*
.....

E a leitura instituída pelo Supremo Tribunal Federal, nesse aspecto, foi a de que as entidades de previdência complementar privada são pessoas jurídicas de direito privado e que as condições contratuais fixadas para os planos de previdência complementar privada ostentam natureza jurídica contratual privada e são regidas por legislação específica (primeiro pela Lei nº 6.435/77 e, posteriormente, pelas Leis Complementares nº 108 e 109 de 2001), de modo que, além de não integrarem o contrato trabalho, não se submetem à normatividade protetiva justrabalhista.

Para compreender essa interpretação e, sobretudo, os efeitos que ela irradia sobre as demandas concretas que versam complementação de aposentadoria paga por entidades privadas, é necessário observar o histórico que implicou a instituição do regime de previdência complementar no país, a partir da Emenda Constitucional nº 20/1998.

A partir da referida Emenda Constitucional, a conformação do nosso sistema previdenciário, seguindo um contexto global de enxugamento dos pilares do Estado Social, foi alterada para atribuir ao Estado, por meio do Regime Geral de Previdência Social (art. 201 da CF/88), obrigatório e institucional (não contratual), apenas o pagamento das prestações previdenciárias alimentares, o que fica claramente afirmado com o estabelecimento de um teto para o pagamento dos benefícios, independentemente das condições de contribuição peculiares a cada segurado. Ou seja, a nova lógica do sistema previdenciário se afina com a cobertura de riscos sociais, mas sem compromisso com a manutenção dos rendimentos percebidos pelos segurados quando em atividade. Tal responsabilidade foi repassada ao sistema complementar de previdência social, sistema securitário privado e facultativo.

É que a seguridade social, em sua missão de cobrir um conjunto amplo de riscos sociais, amenizaria a sobrecarga dessa amplitude mediante o estabelecimento de valores máximos para os benefícios, assegurando o atendimento de demandas essenciais do segurados, mas deixando a cargo de cada sujeito autônomo a organização da relação de investimento-benefício em relação ao valor dos proventos de aposentadoria.

Regido pelo princípio da solidariedade e orientado pelo critério contributivo, o Regime Geral de Previdência Social se concentraria na garantia, a todos, daqueles valores máximos estabelecidos, transferindo ao Regime Complementar de Previdência as demandas por preservação de padrões financeiros de cada segurado. Nesse contexto, o primeiro regime se traduz, claramente, numa relação pública entre Estado e segurado, regida por normas de Direito Administrativo e Previdenciário, ao passo que o segundo (Regime de Previdência Complementar Privado) se encaminharia para a seara privada, destacadamente em razão do seu caráter facultativo e contratual.

Flávio Zambitte destaca que, antes da Emenda Constitucional, havia previsão na Carta de 1988 de que o próprio Estado criasse um sistema complementar, previsão que foi revogada pelo Constituinte Derivado (p. 254).

Saliente-se que convivem ainda com o Regime Geral da Previdência Social, gerido pelo INSS, os regimes próprios de previdência porventura instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para os seus servidores efetivos (art. 40 da CF/88), que não se confundem com os Regimes de Previdência Complementar privada dos quais entes da Administração Pública são patrocinadores, em favor de seus empregados.

No que toca ao regime de previdência privada complementar, composto por entidades abertas e fechadas (caso da maior parte das demandas que até então chegavam ao Judiciário trabalhista, por vincularem-se, via de regra, a grupos determinados de empregados de empresas instituidora da entidade de previdência complementar privada), embora fique claro que suas normas refogem ao âmbito da normatividade administrativa peculiar ao RGPS, eis que mantidos e administrados por pessoas jurídicas de direito privado, a vinculação estreita entre regimes previdenciários e contratos de trabalho, sobretudo quando os regimes de previdência são assegurados por entidades instituídas pelo empregador em favor de seus empregados, foi responsável por grande controvérsia jurisprudencial no âmbito da Justiça do Trabalho.

Na seara desta Justiça Especial, a identidade entre o empregador e a entidade instituidora do regime de previdência complementar privada acarretou a vinculação entre os dois contratos (de trabalho e de previdência complementar privada), com a comunicação da regência justrabalhista da relação de emprego à normatização dos planos de previdência, inclusive no que concerne às alterações contratuais e a eventuais manifestações de renúncia ou concessões recíprocas das partes em relação aos interesses objeto do contrato (arts. 9º e 468 da CLT).Nesse sentido a edição da Súmula nº 288 do TST e a própria aplicação,"por analogia", do entendimento contido na Súmula nº 51 do TST a respeito do regulamento empresarial (norma que se integra ao contrato de trabalho).

Entretanto, *após a decisão do Supremo a respeito da Competência para julgamento da matéria, não há duvidas de que são entidades privadas que administram e regem tais sistemas complementares de previdência, e que, embora sejam firmemente controladas pela regulação estatal (na medida em que investem sobre direitos e pretensões de natureza social), tais entidades privadas estariam submetidas ao regime contratual de direito privado.* É o que se extrai do voto vencedor do Relator do RE 586453:..."

Como se vê, portanto, o Regime de Previdência Privada é baseado na constituição das reservas garantidoras dos benefícios contratados, o que pressupõe a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos, premissa totalmente diferente das que norteiam o Direito do Trabalho.

Assim é que, neste momento em que o TST promove estudos para alteração da Súmula 288, entendemos que, ao invés de simples revisão, seja cancelada não só a Súmula 288 como o item I da Súmula 51, que, *data maxima venia*, não guardam compatibilidade com as normas de regência e com a decisão do STF.

(*) Ophir Cavalcante Júnior é advogado e ex-presidente do Conselho Federal da OAB (2010-2013)
(*) Maria da Graça Meira Abnader é advogada trabalhista.

Fonte: Consultor Jurídico, em 11.12.2014.