

Por João Marcelo dos Santos[1] e Larissa Antunes Leite de Araujo[2]

Críticas ao Entendimento do STJ.

Nesse artigo, trataremos da frequente desconsideração, pelo Poder Judiciário, da natureza securitária do VBGL e previdenciária do PGBL. Essa desconsideração tem ocorrido especialmente em demandas que tratam de efeitos no respeito ao regime matrimonial, escolha de beneficiários e herança.

Como referência, utilizaremos decisão de Relatoria para Acórdão da Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1.695.687/SP.

A decisão da Ministra foi escolhida não por ser o precedente mais recente, inaugural ou pacificador, mas por trazer de forma clara e didática o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça. Segue abaixo a Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO E PARTILHA DE BENS. PARTILHA DE COTAS DE EMPRESA. ACÓRDÃO ASSENTADO EM DETERMINADAS PREMISSAS FÁTICAS IMUTÁVEIS NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA. REGIME MARCADO PELA LIBERDADE DO INVESTIDOR. CONTRIBUIÇÃO, DEPÓSITOS, APORTES E RESGATES FLEXÍVEIS. NATUREZA JURÍDICA MULTIFACETADA. SEGURO PREVIDENCIÁRIO. INVESTIMENTO OU APLICAÇÃO FINANCEIRA. DESSEMELHANÇAS ENTRE OS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA E FECHADA, ESTE ÚLTIMO INSUSCETÍVEL DE PARTILHA. NATUREZA SECURITÁRIA E PREVIDENCIÁRIA DOS PLANOS PRIVADOS ABERTOS VERIFICADA APÓS O RECEBIMENTO DOS VALORES ACUMULADOS, FUTURAMENTE E EM PRESTAÇÕES, COMO COMPLEMENTAÇÃO DE RENDA. NATUREZA JURÍDICA DE INVESTIMENTO E APLICAÇÃO FINANCEIRA ANTES DA CONVERSÃO EM RENDA E PENSIONAMENTO AO TITULAR. PARTILHA POR OCASIÃO DO VÍNCULO CONJUGAL. NECESSIDADE. ART. 1.659, VII, DO CC/2002 INAPLICÁVEL À HIPÓTESE. IRRELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO TRAVADA NA 2ª SEÇÃO SOBRE A INDISPONIBILIDADE E PENHORA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA EM VIRTUDE DE INTERVENÇÃO, LIQUIDAÇÃO OU FALÊNCIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. QUESTÕES DISTINTAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMUNICABILIDADE DE BENS E PROPÓSITO DE CONSTRUÇÃO CONJUNTA DA RELAÇÃO NA PERSPECTIVA PATRIMONIAL. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS EXCEÇÕES. PREVIDÊNCIA PRIVADA CONSTITUÍDA FORMALMENTE EM NOME DE UM DOS CÔNJUGES A PARTIR DO DESLOCAMENTO DAS RESERVAS COMUNS. IRRELEVÂNCIA DOS PRECEDENTES DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO SOBRE NÃO INCIDÊNCIA DO ITCMD SOBRE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA. QUESTÃO EXAMINADA SOB DIFERENTES ÓTICAS. RELAÇÃO JURÍDICA DA ENTIDADE FAMILIAR PERANTE O FISCO. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PARA A INCIDÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO.

1- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se devem ser partilhadas com o cônjuge as cotas sociais de empresa alegadamente obtidas pela outra parte mediante cessão gratuita de sua genitora; (ii) se o valor existente em previdência complementar privada aberta nas modalidades VGBL/PGBL deve ser partilhado por ocasião da dissolução do vínculo conjugal.

2- Ao determinar a partilha das cotas sociais de empresa entre os cônjuges, o acórdão recorrido estabeleceu determinadas premissas fáticas imutáveis incompatíveis com a alegação de que a partilha seria inviável por terem sido as cotas cedidas gratuitamente pela genitora da parte, de modo que, para infirmar essas premissas, seria indispensável o reexame do acervo fático-probatório, circunstância vedada pela Súmula 7/STJ.

3- Os planos de previdência privada aberta, operados por seguradoras autorizadas pela SUSEP, podem ser objeto de contratação por qualquer pessoa física e jurídica, tratando-se de regime de capitalização no qual cabe ao investidor, com amplíssima liberdade e flexibilidade, deliberar sobre os valores de contribuição, depósitos adicionais, resgates

antecipados ou parceladamente até o fim da vida, razão pela qual a sua natureza jurídica ora se assemelha a um seguro previdenciário adicional, ora se assemelha a um investimento ou aplicação financeira.

4- Considerando que os planos de previdência privada aberta, de que são exemplos o VGBL e o PGBL, não apresentam os mesmos entraves de natureza financeira e atuarial que são verificados nos planos de previdência fechada, a eles não se aplicam os óbices à partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal apontados em precedente da 3ª Turma desta Corte (REsp 1.477.937/MG).

5- Embora, de acordo com a SUSEP, o PGBL seja um plano de previdência complementar aberta com cobertura por sobrevivência e o VGBL seja um plano de seguro de pessoa com cobertura por e sobrevivência, a natureza securitária e previdenciária complementar desses contratos é marcante no momento em que o investidor passa a receber, a partir de determinada data futura e em prestações periódicas, os valores que acumulou ao longo da vida, como forma de complementação do valor recebido da previdência pública e com o propósito de manter um determinado padrão de vida.

6- Todavia, no período que antecede a percepção dos valores, ou seja, durante as contribuições e formação do patrimônio, com múltiplas possibilidades de depósitos, de aportes diferenciados e de retiradas, inclusive antecipadas, a natureza preponderante do contrato de previdência complementar aberta é de investimento, razão pela qual o valor existente em plano de previdência complementar aberta, antes de sua conversão em renda e pensionamento ao titular, possui natureza de aplicação e investimento, devendo ser objeto de partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal por não estar abrangido pela regra do art. 1.659, VII, do CC/2002. Precedentes da 3ª e da 4ª Turma.

7- A atual jurisprudência das Turmas de Direito Privado não ofende anterior precedente da 2ª Seção, firmado no julgamento do REsp 1.121.719/SP, pois, no referido precedente, debateu-se a possibilidade de decretação da indisponibilidade e de penhora da previdência privada aberta de administrador em virtude de intervenção, liquidação ou falência da instituição financeira por ele dirigida, levando-se em consideração naquele julgamento, ademais, as particularidades daquela hipótese específica, ao passo que a questão relacionada à partilha da previdência privada aberta entre os cônjuges pressupõe o exame da titularidade e da propriedade do valor aportado, ainda na fase de acumulação, a partir da dinâmica própria da entidade familiar.

8- No regime da comunhão de bens, a regra é a comunicabilidade e a intenção de construir conjuntamente a relação, inclusive sob a perspectiva patrimonial, razão pela qual se deve interpretar restritivamente as exceções, especialmente porque as reservas existentes no plano de previdência privada aberta foram formadas a partir do deslocamento de valores de propriedade comum da família, não sendo a constituição de propriedade formalmente exclusiva sobre a previdência privada aberta, em fase de acumulação, óbice à partilha.

9- A atual jurisprudência das Turmas de Direito Privado, que prevê a partilha entre os cônjuges dos valores existentes em previdência privada aberta por ocasião da dissolução do vínculo conjugal, não é incompatível com os precedentes das Turmas de Direito Público que fixaram a tese que não incide ITCMD sobre a previdência privada aberta, pois, sob a ótica do direito de família, discute-se a copropriedade dos cônjuges e natureza preponderante de investimento financeiro da previdência privada aberta na perspectiva da entidade familiar, ao passo que, sob a perspectiva do direito tributário, examina-se a matéria à luz da relação jurídica dos cônjuges perante o Fisco, da prevalência da natureza securitária mais protetiva da entidade familiar e da presença dos requisitos para a incidência do fato gerador do tributo.

10- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não-provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos. Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, inaugurando a divergência, por maioria, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Paulo de Tarso Sanseverino. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília (DF), 05 de abril de 2022(Data do Julgamento) MINISTRA NANCY ANDRIGHI Relatora.

(STJ) - REsp: 1695687 SP 2017/0219619-0, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 05/04/2022, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/04/2022)(Grifamos)

Vamos aos nossos comentários.

Classificações são arbitrárias e devem ser estabelecidas e respeitadas em razão de sua relevância ou de elementos inafastáveis, como, por exemplo, normas gerais cogentes.

No caso, ao seguro aplicam-se regras diferentes da previdência complementar no que se refere à legislação cível, tributária e até, conseqüentemente, regulatória (embora nesse último caso as diferenças sejam mínimas). Por isso, nada obstante as semelhanças com o PGBL, o VGBL não é plano de previdência, mas, sim, seguro, e vice-versa.

Não se trata essa distinção entre seguros e previdência de questão complexa ou de investigação rigorosa quanto ao que deve decorrer de suas estruturas e desenvolvimentos históricos. Trata-se tão somente de distinção legal, a ser respeitada por quem pretenda interpretar e aplicar o ordenamento jurídico brasileiro adequadamente.

De qualquer modo, o E. STJ, ao decidir que, no período de acumulação ou diferimento, a natureza preponderante do contrato de previdência complementar aberta é de investimento, equivocou-se. Isso, especialmente, quando trata essa premissa como suficiente para desconsiderar alguns efeitos do VGBL e PGBL.

Tanto a fase de acumulação ou diferimento (com possibilidade de resgates) quanto a fase de benefício são inerentes a certos tipos de produtos de previdência e de seguro, usualmente aqueles que trazem cobertura por sobrevivência.

No Brasil, inclusive, o VGBL e o PGBL[3] trazem a especificidade, muito positiva, de incluírem a contratação do benefício, eventualmente renda, já de início, juntamente com a fase de acumulação ou diferimento, diferentemente do que normalmente ocorre em outras jurisdições com Estados Unidos, Reino Unido e Chile[4].

Portanto, entender que a possibilidade de resgate e de escolha de investimentos na fase de acumulação por si só resulta em natureza preponderante de investimento é ignorar as normas cogentes aplicáveis, a fase de benefícios já contratada, o carregamento, o tipo de risco assumido, o tipo de contratante (diferentemente do que sugere a ementa do Acórdão comentado, pessoas jurídicas jamais contratam planos de seguro ou previdência na condição de segurados ou participantes, somente como estipulantes, averbadores ou instituidores) e outros elementos.

Na realidade, essa parece ser uma fundamentação com viés essencialmente confirmatório (e não o resultado de análise cuidadosa), decorrente de uma intuição errada, construída a partir do senso comum (não bom senso e muito menos interpretação objetiva da lei e do contrato) sobre elementos caracterizadores de investimentos, seguros e previdência.

Nesse sentido, aliás, a comparação entre planos de previdência complementar aberta e fechada não resolve a falta de uma fundamentação adequada. Vale notar, a previdência complementar fechada não é referência necessária para o tipo “previdência complementar”.

De fato, há diferenças entre os subsistemas aberto e fechado de previdência complementar. Entretanto, as características específicas da previdência complementar fechada decorrem de questões históricas e de governança em que não nos aprofundaremos e que simplesmente não afetam a previdência complementar aberta. Assim, a previdência complementar fechada não serve como referência do que deve ser um plano de previdência ou com natureza efetivamente previdenciária (não porque não o seja ou tenha, ressalte-se, mas porque existem outras possibilidades, como é o caso dos produtos de previdência complementar aberta).

Aliás, mesmo a aparentemente implícita premissa de que a previdência deve servir à terceira fase da vida, em um sistema de fases sucessivas de 1-estudo, 2-trabalho e 3-descanso, está enormemente defasada. Na verdade, essa visão já é incompatível com a crescente tendência a um sistema muito mais complexo, de fases que se sucedem de forma quase aleatória, num esquema que pode ser 1-estudo, 2-trabalho, 3-sabático, 4-mais estudo, 5-trabalho em área diferente, 6-mais estudo, e 7-novas e reduzidas atividades[5].

De qualquer modo, duas questões trazem, a partir da análise da decisão judicial comentada, mais perplexidade.

Em primeiro lugar, não se pode afastar, no caso do VGBL e do PGBL, as regras aplicáveis a seguro e a previdência complementar aberta, por se entender que deveriam esses produtos serem tratados como investimento. Isso viola a lei. Simples assim.

Não podemos nos conformar com a aplicação de norma pelo Poder Judiciário que imponha, discricionariamente, interpretações explicitamente divergentes do ordenamento positivo. Isso, ainda que, como ocorre normalmente nesses casos, o fundamento sejam critérios de justiça, elementos tecnicamente discricionários ou política econômica ou de incentivos a determinados produtos.

Há, sim, a preocupação do E. STJ com o tratamento diferenciado entre os “investimentos” realizados em previdência privada complementar aberta (incomunicáveis) e os demais investimentos (comunicáveis), gerando uma aptidão para, por exemplo, frustrar a meação dos cônjuges. Essa preocupação, entretanto, não cabe em uma regra geral ilegal independente da análise do caso concreto e da identificação de nulidades, fraudes e simulações.

Diferentemente, em se tratando de entendimento indistintamente aplicável a qualquer caso independentemente da identificação de nulidades, fraudes e simulações, essa preocupação deve ser levada ao legislador, que estabeleceu as regras de produtos e respectivas (in)comunicabilidades.

O entendimento do E. STJ ora criticado equivaleria ao de considerar que arrendamento mercantil, para determinados efeitos, e contrariamente ao que diz a lei, é compra e venda, considerando elementos que compõem esses tipos contratuais.

Em outras palavras, no Brasil, VGBL é seguro e PGBL é previdência, podendo ambos terem fase de acumulação com ampla liberdade para realização de resgates e pagamentos de prêmios. O legislador assim decidiu de forma incontroversa, tendo editado, inclusive, regras específicas aplicáveis a resgates e benefícios. Pode até o Poder Judiciário, a quem cabe aplicar a lei, não gostar disso. Contudo, não pode ignorar nem deixar de respeitar, a não ser que a lei seja inconstitucional ou ilegal (por conflito com normas de hierarquia superior), do que, até onde sabemos, jamais se cogitou. Alternativamente, casos concretos podem ser tratados como fraudes e simulações, mas isso demandará a prova da ocorrência desses eventos.

A segunda questão, ventilada acima, é o entendimento de que a possibilidade de resgate na fase de acumulação pode implicar em fraude em desfavor de cônjuges e herdeiros.

Claro, fraudes podem ocorrer em diversos contextos, inclusive na contratação de um VGBL ou de um PGBL.

Ocorre que a possibilidade de resgate não se confunde com a fraude. Trata-se, como dito, de uma característica do VGBL e do PGBL, que, sendo legal, não pode ser tratada, por si só, como fraude.

Podemos até supor que, em um determinado caso concreto, com base na interpretação dos fatos, uma fraude tenha sido corretamente reconhecida pelo Poder Judiciário. Então, conforme o art. 166, inciso VI, do Código Civil[6], será nulo o negócio jurídico.

Se ele é nulo, não convalesce (art. 169 do Código Civil)[7]. Logo, não faz qualquer sentido o tratar como investimento para fins de invalidar seus efeitos perante cônjuge ou herdeiros e tratá-lo como seguro ou previdência para fins, por exemplo, tributários ou contratuais (perante a seguradora ou entidade aberta de previdência complementar).

Assim, a solução para situações de fraude deveria ser a nulidade do negócio jurídico, considerando inclusive que os efeitos do negócio declarado nulo são *ex tunc*, retroagindo até o momento de sua constituição.

Todo esse raciocínio não visa, obviamente, propor que mais negócios relativos à contratação de VGBL e PGBL sejam anulados, até porque os requisitos para isso vão muito além da “natureza previdenciária do VGBL e do PGBL”. Diferentemente, propõe-se o respeito à natureza do VGBL e do PGBL, a não ser em casos de fraude e simulação. E, nesses casos, será inevitável tratar como nula a contratação, como todos os efeitos disso decorrentes.

A solução intermediária proposta pelo E. STJ é confortável, porque elimina somente os efeitos do VGBL e do PGBL que a E. Corte parece não apreciar e/ou compreender no contexto mais amplo do que é um plano de natureza previdenciária ou securitária. Mas é errada e desrespeita as normas vigentes.

Em suma, o entendimento do E. STJ quanto à suposta natureza de investimento do PGBL e do VGBL durante a fase de acumulação, com as consequências que disso a E. Corte depreende, é um erro e viola o ordenamento jurídico. As regras que regem esse seguro e esse plano de previdência devem ser respeitadas, ressalvadas hipóteses de anulação do negócio jurídico.

[1] Sócio Fundador do Santos Bevilaqua Advogados Associados, ex-Diretor e Superintendente substituto da Susep, ex-Presidente da Diretoria e atual Vice-Presidente do Conselho Superior da Academia Nacional de Seguros e Previdência e Membro do *Executive Board* da *Global Insurance Law Connect*, rede mundial de escritórios de advocacia especializados em seguros.

[2] Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, certificada em contratos e técnicas de negociação pela London School of English, Inglaterra; certificada em mercados financeiros pela universidade de Yale.

[3] O VGBL e o PGBL destacam-se relativamente a uma família mais ampla de planos bastante semelhantes, que incluem o VGRP - Vida com Remuneração Garantida e Performance, do VAGP - Vida com Atualização Garantida e Performance, VRSA - Vida com Remuneração Garantida e Performance sem Atualização, VRI - Vida de Renda Imediata e as diversas formas dos planos Dotais e o PRGP, PAGP, PRSA e PDR).

[4] Essa estrutura inicialmente trazia um problema na desatualização das bases técnicas contratadas para os benefícios, que deixavam de ser adequadas ao longo da fase de acumulação, que pode levar décadas. Isso, no entanto, foi posteriormente resolvido pela tábua de mortalidade nacional atualizável.

O sistema brasileiro torna desnecessário ou muito menos relevante o debate, intenso no exterior, sobre a contratação de *annuities* e seus riscos e dilemas. Aliás, no exterior, os produtos de acumulação frequentemente, têm somente a fase de acumulação, e nem por isso são confundidos com investimentos. A esse respeito, a título de ilustração, ver “*The pension deals remaking the sector*”, de Ian Smith e Josephine Cumbo e Mary McDougall, Financial Times, Reino Unido,

10.07.2023, p. 17.

[5] Pode-se até apontar que esse esquema mais complexo não alcança a maioria da população, de extratos inferiores à classe média. Pode-se, no entanto, também apontar que o VGBL e o PGBL são produtos principalmente consumidos pela classe média e extratos superiores economicamente. Mas essa é uma discussão mercadológica e econômica, não jurídica.

[6] Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa.

[7] Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

(24.08.2024)