ASPECTOS BÁSICOS DO MODERNO DIREITO DAS FUNDAÇÕES DE PREVIDÊNCIA SUPLEMENTAR

Sergio de Andréa Ferreira*

1. Há 10 anos deu-se o início da vigência da legislação específica sobre previdência privada.

A referida legislação compôs-se da Lei nº 6.435, que é de 15 de julho de 1977, mas que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1978, por força de alteração introduzida pela Lei nº 6.462, de 9 de novembro de 1977, a qual estabeleceu outras modificações – inclusive na parte que interessa ao presente trabalho –, tudo antes de começar a viger aquele primeiro diploma legal.

Esse, no concernente à previdência suplementar fechada (integrada pelas entidades acessíveis exclusivamente aos empregados – participantes – de uma só empresa ou de um grupo de empresas, denominadas patrocinadoras: Art. 4º, I, *a*, da Lei nº 6.435/77), veio a ser regulamentado pelo Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, que, ulteriormente, experimentou alterações prescritas pelos Decretos nºs 82.325, de 27 de setembro de 1978; 83.617, de 25 de junho de 1979; 85.237, de 7 de outubro de 1980; 86.492, de 22 de outubro de 1980; 87.091, de 12 de abril de 1982; 87.478, de 16 de agosto de 1982; 87.532, de 30 de agosto de 1982; e Decreto nº 93.293, de 8 de setembro de 1986.

2. As então chamadas fundações de seguridade social, quer instituídas por empresas particulares, quer por empresas governamentais e autarquias, eram, no regime anterior ao da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, entidades civis, particulares, submetidas às normas comuns às demais entidades fundacionais instituídas por pessoas físicas e jurídicas particulares.

Tais normas eram as do Código Civil (arts. 24 a 30) e do Código de Processo Civil (arts. 652 a 654 de 1939, e 1.199 a 1.204 do vigente), a par de eventuais disposições regulamentares expedidas pelos ministérios públicos locais, organismos que as fiscalizavam nos termos daquela mesma legislação geral sobre fundações.

* Professor titular de direito administrativo no Rio de Janeiro.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Como a maior parte das fundações de seguridade social tinha sua sede na cidade do Rio de Janeiro, o ministério público do respectivo estado é que aprovava os seus atos de instituição e por elas velava, chegando a constar da Portaria nº 3, de 7 de fevereiro de 1975, do procurador-geral da Justiça do antigo estado da Guanabara – acerca da provedoria sobre fundações – dispositivos específicos tratando das entidades fundacionais da espécie (cf. itens 3.2 e 5, *h*).

Inexistiam regras legais específicas sobre tais instituições de seguridade, e os órgãos públicos das áreas financeira e previdenciária não exerciam controle sobre as mesmas.

Houve, no entanto, desde cedo, manifestações de interesse, do Governo federal, pela criação dessas entidades particulares de seguridade social, tanto assim que suas empresas foram as pioneiras no setor. Por outro lado, incentivou sua instituição mercê da redução do imposto de renda em favor das empresas que as criassem (Portaria nº 41, de 11 de fevereiro de 1974, do Ministério da Fazenda, *DOU* de 15 de fevereiro de 1974, p. 1.787). O ato regulamentar em apreço considerou como despesas operacionais os gastos pertinentes.

3. A mencionada Lei nº 6.435/77, com suas ulteriores alterações e regulamentação, sem transmudar a natureza das entidades da espécie, quer as já existentes, quer aquelas que se criassem dali por diante, todas entes particulares, de direito civil, de direito privado, posicionou-as em nova situação em relação ao poder público.

Com efeito, os diplomas em apreço assinalaram o caráter complementar, ou suplementar, em relação aos benefícios da previdência social, oficial, dos pecúlios, rendas e outras vantagens asseguradas pelas entidades de previdência privada (art. 1º da Lei nº 6.435/77 e do Decreto nº 81.240/78), estabelecendo, expressamente, que as fechadas são consideradas "complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social" (arts. 34 da Lei nº 6.435/77 e 3º do Decreto nº 81.240/78).

Em verdade, dispondo que as patrocinadoras supervisionarão as atividades das entidades fechadas (arts. 34, § 1º, da Lei nº 6.435/77, e 5º do Decreto nº 81.240/78), a posição do poder público (agora federal, dada a derrogação, pelo art. 86 da Lei nº 6.435/77, dos arts. 26 a 30 do CC e 1.199 a 1.204 do CPC), em relação a elas, alterou-se substancialmente.

Aos instrumentos de provedoria (traduzidos pelo emprego do verbo velar pelo art. 86 da Lei nº 6.435/77), que passaram do Ministério Público para o Ministério da Previdência e Assistência Social, se somam, no novo regime, poderes de regulamentação, de controle e fiscalização e de ingerência e intromissão que fazem com que as fundações em questão se caracterizem, atualmente, como entes de colaboração da administração pública, dentro do processo de descentralização administrativa que os autores chamam, exatamente, de descentralização por colaboração, pelo qual o poder público, delegando, autorizando ou chancelando, apro-

veita a atuação de terceiros para complementar ou suplementar a atividade da administração direta e indireta.

Os arts. 3º, 34, e §§, e 35, e §§, da Lei nº 6.435/77 apresentam-nos o espectro amplo da teleologia e da instrumentação da ação do poder público no caso, identificando-se o poder de polícia e a participação social do Estado.

Mas essa mudança de posicionamento – repetimos – não atingiu ontológica e essencialmente, as entidades de seguridade.

Segundo essa ótica é que as fundações de previdência privada têm de encarar seu relacionamento com o poder público federal, com seus participantes e sua patrocinadora, e posicionar-se, inclusive na análise da disciplina legal e da regulamentação a que agora estão submetidas.

Quanto à última, como parcela de uma atividade administrativa instrumental, tem os limites pertinentes à atividade-fim a que corresponde. Passou-se, *in casu*, de uma quase-ausência de legislação e regulamentação para um minucioso e abrangente conjunto de disposições normativas.

Cabe, por isso, desde logo, assinalar que, se é certo que a nova situação jurídica das entidades de seguridade privada enseja uma regulamentação mais compreensiva e profunda do que anteriormente, nem por isso é de se esquecerem os limites inerentes ao poder regulamentar (devendo ser lembrados os princípios da hierarquia das fontes normativas e da reserva legal), que não pode, com relação a entidades particulares, ainda que de colaboração, ter a mesma abrangência e profundidade daquele que disciplina as pessoas integrantes da administração pública.

Por outro lado, é de serem lembrados, neste passo, nessas múltiplas facetas relacionais, os direitos e garantias constitucionais (art. 153 da CF), como os da isonomia (§ 1º), da reserva legal (§ 2º), da irretroatividade normativa (§ 3º), e do direito de propriedade (garantia anticonfiscatória, § 22).

Pela primeira (isonomia), o tratamento jurídico das entidades fechadas, como pessoas jurídicas de direito privado, civis, tem de ser, essencialmente, idêntico ao das demais do mesmo gênero – salvo diferenças tópicas, não substanciais, como quanto a que órgão vela pelas fundações dessa ou daquela espécie, eis que a diferenciação está, *in casu*, no posicionamento frente ao poder público, na medida em que essas entidades têm uma atuação específica, aproveitada pelo Governo para complementar ou suplementar a sua própria. Por isso, se diz que a descentralização por colaboração é objetiva, eis que atinge a atividade, e não o agente.

Em razão da segunda (reserva legal), só a lei – e, assim mesmo, com respeito às limitações em seguida referidas – pode dispor sobre determinadas matérias.

Pela terceira (irretroatividade), são, como analisaremos, preservados o ato jurídico perfeito e o direito adquirido em face das mutações normativas, garantia essa que se entrosa com a última (garantia de propriedade), que corresponde à proteção de nosso patrimônio, como conjunto de direitos economicamente relevantes, contra as mudanças legislativas e dos atos da administração pública.

4. Em resumo, podemos afirmar que as fundações de seguridade são fundações

de direito privado, de direito civil, particulares: a) antes da legislação específica sobre elas, do Código Civil, inteiramente submetidas a esse e ao Código de Processo Civil, sob o velamento do Ministério Público; administradas, sujeitas, tão-somente, à provedoria daquela instituição e ao poder de polícia ordinário; b) após o advento da Lei nº 6.435/77, as entidades fundacionais fechadas de previdência complementar passaram a colaboradoras do poder público, mas sempre de direito privado, de direito civil, particulares, apenas com derrogação da incidência das disposições do Código Civil e do CPC, quando houver conflito daquelas leis com tais regras, tendo o respectivo velamento sido transferido para a responsabilidade do MPAS, nos termos do estatuído pelo art. 86 do citado diploma legal.

Mas, em sua essência, permaneceram as mesmas.

5. Segundo o regime do direito brasileiro (Código Civil, arts. 24 a 30; e Código de Processo Civil, arts. 1.199 a 1.204), a fundação é uma pessoa jurídica cujo substrato personalizado é um patrimônio afetado a um fim, em oposição às pessoas jurídicas corporativas, societárias e associativas, em cuja base fático-social personificada figura a reunião, a conjugação de pessoas, seus membros.

A fundação civil é a fundação-patrimônio, tanto que a insuficiência ou deficiência de bens dotados conduz ao diferimento ou à inviabilização da ultimação do processo criativo da entidade *in fieri* (art. 25 do Código Civil).

Podemos dizer que a fundação, nos termos em que está colocado seu regime no direito brasileiro, como espécie do gênero das pessoas jurídicas, tem atributos que a tornam o instrumento ideal para o atendimento de fins sociais.

A fundação não tem membros, ou seja, nem sócios, nem associados, eis que a membridade é requisito necessário e próprio das corporações (sociedades e associações), que, em conseqüência, ostentam, como órgão máximo e indispensável de sua estrutura, a assembléia geral, onde atuam os membros da entidade, e que podem alterá-la – inclusive quanto ao objeto social – e, até mesmo, extingui-la: é órgão dominante, que expressa a vontade imanente, interna superior, que comanda o destino corporativo.

A fundação conta, tão-somente, com órgãos de administração, integrados por gestores, pelos administradores do patrimônio fundacional, seu substrato, base que é personalizada; órgãos esses servientes, pois que sua atuação está comprometida, funcionalmente, com o fim fundacional, que não podem modificar, que é imutável, que já encontram preestabelecido no ato de instituição da entidade, cuja existência não podem eliminar *ad libitum*.

Com efeito, fim e duração da fundação são elementos que cabem ao instituidor – aquele que pratica o ato deflagrador do procedimento de criação do ente, com a dotação patrimonial correspondente – estabelecer, e que, uma vez criada a instituição, nem ele próprio pode mudar.

Quanto ao aspecto finalístico da fundação, é relevante gizar que, no direito civil brasileiro, tem ele de ser de índole social, não podendo ser de caráter lucrativo, inclusive pelo excessivo apego à obtenção de resultados econômico-financeiros

positivos, em detrimento dos fins altruísticos, humanitários, cuja consecução tem de ser sua permanente meta.

5.1 Sendo a vida social – e, assim, a vida jurídica – eminentemente relacional, é claro que a criação da fundação; a dotação do patrimônio, que recebe o selo jurídico da personalização; sua estruturação orgânica e respectiva titularização; a gestão pelos administradores; e a fixação de fins altruísticos a serem alcançados, todo esse conjunto tem de ter como objetivo último o benefício de seres humanos, que são os destinatários da fundação, e que podem constituir um conjunto com maior ou menor número de elementos, toda uma comunidade, um segmento, uma classe dessa.

5.2 As fundações de seguridade são colaboradoras do poder público, e são fundações de auxílio e fomento à patrocinadora e respectivos empregados e dependentes.

A posição de instituição de auxílio e fomento à entidade criadora não desnatura a fundação-criatura, na medida em que essa colaboração tem por objetivo a empresa, a sociedade, associação ou fundação criadora, como instituição social, enquanto comunidade, visando o bem-estar e a proteção do futuro das pessoas físicas, dos empregados, sob os aspectos previdenciário e assistencial (assistência social, médica, financeira). Daí, nítido o sentido social (presente esse objetivo na própria expressão seguridade social) das entidades fundacionais criadas.

Os empregados são destinatários da fundação, e que passam a ser por elas assistidos.

E empregados assistidos trabalham melhor, produzem mais, e, com a perspectiva de uma complementação estipendial, animam-se a aposentar-se, o que gera a renovação dos quadros e da empresa e novos empregos para o mercado de trabalho.

Daí a ostensividade do sentido social, da função de auxílio e fomento, dentro, inclusive, do comprometimento finalístico da função social da empresa.

6. Os participantes de uma fundação de seguridade social podem, em resumo, ser assim caracterizados:

a) sob o aspecto estritamente fundacional, são destinatários seus;
b) interferem, direta ou indiretamente, de modo mais ou menos intenso, na administração fundacional;
c) aderem a planos de benefícios seus, com o que se identificam como segurados *lato sensu*.

6.1 Posicionemos os participantes das fundações de previdência complementar como seus destinatários.

Conforme já se salientou, elemento básico da existência fundacional são seus

destinatários, isto é, aqueles beneficiários da realização de seu fim.

Dominam o conceito de fundação, conforme sabemos, as noções de afetação, de destinação a um fim social; de administração serviente à consecução desse desiderato comunitário.

Mas esse não vale por si mesmo, e, sim, na medida em que se traduz no benefício de membros da comunidade em que atua a pessoa jurídica fundacional.

Surge, nesse tópico, a figura – que é a razão de ser da fundação – que são seus beneficiários ou destinatários.

É pela satisfação dos interesses deles, mercê da adequada gestão dos recursos fundacionais, que vela o poder público.

A legislação brasileira reconhece no destinatário a figura do interessado (CPC, arts. 1.200, 1.201, § 1º, e 1.204), que tem legitimação ativa para a propositura de ações e o requerimento de medidas ligadas à organização, fiscalização e extinção das fundações. É o que proclama Pontes de Miranda, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil.*[1]

Aliás, no caso de ação de extinção da entidade, os destinatários têm de ser citados.[2]

Cumpre sublinhar que os destinatários fundacionais, em qualquer de suas espécies, podem juridicamente situar-se em posição subjetiva, inclusive contratual; ou objetiva, estatutária regulamentar; e recebem benefícios gratuitos ou onerosos.

7. A previdência social, a seguridade oficial é necessariamente limitada, já que não garante, em caso de aposentadoria, por exemplo, a integralidade da renda do trabalhador. Nasceu, em conseqüência, a "idéia universal de seguridade total: a garantia do rendimento familiar nos casos de perda involuntária da capacidade laborativa dos trabalhadores", e a chamada seguridade complementar e supletiva, a cargo da iniciativa privada.

Estudo comparado traz-nos a figura dos fundos de pensão *(pension funds)*. Em nosso País, atendidas suas peculiaridades, evoluiu-se para as fundações de seguridade, com personalidade jurídica e de caráter eminentemente supletivo da previdência oficial. O fundo, neste caso, integra o patrimônio fundacional.

Esse é o objetivo da chamada previdência suplementar, e de suas fundações, e que se realiza mediante a instituição de planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares aos da previdência social (art. 1º da Lei nº 6.435/77).

No exercício da Curadoria de Fundações, tivemos ensejo de intervir no processo de criação das primeiras fundações de seguridade social, e, com referência a todas elas, esse *desideratum* esteve presente.

[1] Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro, Forense, 1977. v. 16, p. 429-30.

[2] Id. ibid. p. 439-40.

7.1 Destarte, o sentido do seguro, na previdência complementar, é o de, no resguardo contra a álea correspondente, assegurar um determinado padrão de vida: mais exatamente, o mesmo padrão de vida do participante ao ingressar na inatividade.

7.2 Esse é o aspecto básico do elemento fundamental das fundações: a realização de seu fim em benefício de seus destinatários.

A manutenção do padrão de vida do participante é traduzida em termos de valor pecuniário, na aproximação, a maior possível, com referência à última remuneração na atividade, da chamada renda global inicial (RGI), que é o somatório do *quantum* do primeiro benefício do INPS com o da suplementação originária da fundação.

Todas as demais metas dessa; toda a sua normatividade; toda a sua atividade, inclusive econômico-financeira, têm de traduzir-se nessa realidade numérica, que há de refletir, adequadamente, esse comprometimento finalístico, essa função, enfim, das fundações da espécie.

8. As fundações – assim como as associações, as sociedades anônimas – têm estatutos, regulamentos, regimentos internos.

O próprio conceito de estatuto e a formação etimológica dos vocábulos regulamento e regimento (cognatos entre si, derivados de *reg*, que provém de *rex*; e com *regra*, do latim *regula, de regere, reger, regular)* evidenciam que estamos diante de atos jurídicos que contêm regras de direito, de atos-regra, portanto.

Mas distinção fundamental é aquela entre regras jurídicas estatais, normas jurídicas veiculadas pelas fontes formais do direito positivo, integrantes da normatividade, do regramento, do ordenamento jurídico, do direito estatal; e as demais regras, que são negociais.[3]

Essas últimas são as que estão em contratos normativos, em convênios, em estatutos, em regulamentos e regimentos de entidades privadas: em atos-regra particulares, negociais.

Se uma instituição privada edita regras, vincula-se a observá-las, através de negócio jurídico unilateral.

8.1 Os atos de instituição, os estatutos e os respectivos atos complementares de regulamentação são autovinculativos para a entidade fundacional.

Essa nota vinculativa se reforça, no tocante às fundações de seguridade, porque estamos no campo do direito das obrigações.

Há oferta, proposta de contrato, nos termos do direito privado: o art. 42 da Lei nº 6.435/77 fala de "propostas de inscrição".

[3] Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. 3 ed. 2 reimpr. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, v. 47, p. 354.

É espécie do gênero oferta ao público, a um grupo social, ao conjunto, no caso fechado, de empregados de uma empresa ou grupo empresarial.

O requerimento, do interessado, de admissão, de inscrição traduz a aceitação, selando o contrato, subjetivando a situação jurídica como participante.

Há sucessividade nas duas expressões de vontade, como, aliás, é comum, e a segunda bilateraliza o que, até então, era unilateral.

Está-se na área dos contratos de adesão, que supõem oferta a um conjunto de pessoas, cada uma delas aceitando, em cada caso, o que foi oferta a todos, ou, mais exatamente, a cada um.[4]

Pontes de Miranda[5] é incisivo em caracterizar o seguro como contrato, cuja natureza "é uma só para todas as espécies", inclusive o social, sendo sempre a mesma sua finalidade: "dar a alguém a tutela contra o sinistro, acontecimento futuro e incerto, que, por vezes, só tem de incerto o momento".[6]

Contrato, em princípio, de direito privado, salvo o inteiramente estatal, quando, publicizada a entidade estatal seguradora, também foi expressamente publicizada, pela legislação, a relação jurídica de seguro.

Mesmo no seguro estatal, compulsório, "é raro ocorrer que a figura do contrato não se componha".

8.2 Para a patrocinadora, seus compromissos unilaterais, formalizados no ato de instituição e em instrumentos ulteriores, são permanentes, só podendo mudar para beneficiar os destinatários, conforme salientaremos. Em nada importa que sejam os instrumentos citados os estatutos ou atos regulamentares, eis que, nesse contexto, o compromisso assumido tem sua identidade própria, fato gerador de obrigações: serão sempre negócios jurídicos unilaterais.

O negócio institutivo de fundação é típico negócio jurídico unilateral, bem assim o é o ato de dotação, a qual pode constituir, ter por objeto, promessas unilaterais (de pagamento, de dar, de fazer), como ensina Pontes de Miranda.[7]

8.3 Em suma, quer no relacionamento patrocinadora-fundação, quer no dessa com seus participantes, estamos no campo do direito das obrigações, das relações jurídicas fechadas de crédito e de débito.

Obrigação em sentido estrito, ou seja, a relação jurídica de que decorre a uma pessoa, ao debitor, ser exigida pela outra, creditor, a prestação.

Cada um dos relacionamentos citados tem, como salientado, causa diversa, eis que o primeiro decorre do negócio jurídico fundacional e de compromissos ulte-

[4] Id. ibid. v. 38, p. 34.

[5] Id. ibid. p. 271 e 283.

[6] Id. ibid. p. 271 e 283.

[7] Pontes de Miranda. *Tratado...* op. cit. v. 31, p. 12.

riores da instituidora, mantenedora, patrocinadora, por atos, inclusive unilaterais, constantes dos estatutos e dos atos regulamentares, que, aprovados internamente, lhe são apresentados e por ela chancelados; enquanto o segundo relacionamento é contratual, bilateral.

Mas, em ambos, há direitos subjetivos e deveres jurídicos; pretensões, ações e obrigações.

8.4 No concernente às fundações de seguridade privada, o contraente é sempre o segurado, o participante, que é também o segurante, ainda que a patrocinadora pague uma parte ou tudo, nos termos do disposto no art. 1º, *in fine*, da Lei nº 6.435/77.

É que, como a designação indica, a patrocinadora paga – inclusive, sobre a folha de salários dos seus empregados, participantes ou não –, em razão de sua própria condição de patrocinadora-instituidora (originária) ou de patrocinadora-mantenedora (aderente, ulterior), que assumiu o compromisso, a obrigação de pagar a sua contribuição.

9. Identificado o contrato de seguridade social, caracterizadas as situações subjetivas em jogo, inclusive a da patrocinadora, fica fácil tirar as ilações conseqüentes.

Com a conclusão (ultimação, aperfeiçoamento) do negócio jurídico bilateral, mercê do consenso, e com o advento da vinculação, traduzida na irrevogabilidade, dá-se o surgimento da eficácia do contrato de seguridade social, que é aspecto que nos interessa no presente trabalho.

A vinculação é logo o primeiro efeito do negócio jurídico que se concluiu, o que se dá através da ocorrência do consenso, *in casu* pelo requerimento de admissão como participante.

Já há, em conseqüência, o nascimento do direito subjetivo e do dever jurídico. Tanto já existe o direito, que, se o segurador paga o seguro de vida aos beneficiários, por ter acreditado, erradamente, que o segurado morrera, não pode repetir o que foi pago: o direito existia (é certo que o segurado terá de continuar pagando o prêmio até morrer).

Com efeito, esse decorre automaticamente da vinculação. Em conseqüência, nasce o dever, co-respectivo do direito, cujos sujeitos virão a ser titulares da pretensão e da ação de direito material, respectivamente exigibilidade e possibilidade, em caso de inadimplência, de levar a cabo a exigência (através de ação processual) da prestação.

Aqui, o uso da distinção entre direito, de um lado, e pretensão e ação, de outro, é fundamental.

É – se titular do primeiro, a que corresponde o dever do sujeito que está no pólo passivo da relação jurídica. Mas ainda não há a obrigação em sentido estritíssimo, que é o reverso da medalha cujo anverso é a pretensão, isto é, o poder de exigir o cumprimento; nem a ação, que opera, quando, formulada a exigência (inclu-

sive, se for o caso, pela aplicação do princípio *dies interpellat pro homine*), se der o descumprimento da prestação, ação que se traduz pela tomada das medidas processuais cabíveis.

O direito previdenciário utiliza a expressão é devido para o benefício (cf. art. 33 da CLPS) já objeto de pretensão e ação.

O § 10 do art. 42 da Lei nº 6.435/77, acrescentado pela Lei nº 6.462/77, emprega a conhecida cláusula gozo do benefício.

A expressão é pertinente, porquanto já o Supremo Tribunal Federal (STF) distinguiu entre aquisição e exercício do direito.

Pontes de Miranda[8] é expresso: "exercício = pretensão e ação", concernentes a um direito já adquirido.

9.1 Em se tratando de situação jurídica contratual, a aquisição do direito e a assunção do dever jurídico têm lugar com a conclusão do contrato pelo consenso, com a vinculação, salvo se pender condição suspensiva.

Não é o caso, eis que a incerteza, inerente ao contrato de seguro, é próprio da álea, conforme já salientado.

Há, é claro, possibilidade de contrato de seguro sob condição suspensiva, mas é categoria diversa, como quando se segura o que eventualmente se vai comprar. Mas isso – insistimos – é algo bem diverso da álea ínsita ao seguro, seu elemento essencial, ao passo que a condição é elemento acidental.

No negócio condicional, a incerteza é quanto à eficácia (efeito final núcleo) respectiva: a álea diz respeito ao efeito correspondente à pretensão e à ação do direito à indenização, do benefício.

Os contratos de seguro são aleatórios típicos, em que a álea é elemento essencial do contrato, e não espécie de álea como cláusula acidentalmente inserta.

Pontes de Miranda[9] é incisivo em que "há álea nos contratos de que resultam as pensões vitalícias, quer de direito privado, quer de direito público".

A aleatoriedade existe, mesmo se o evento é inevitável, como a morte: a álea, aqui, é no tempo, refere-se a *quando*, e não a *se*.

9.2 A vinculação dos contratantes tem lugar com a conclusão do contrato.[10]

Esse é o momento da eficácia, com o nascimento do direito subjetivo, e do correlato dever jurídico, segundo o princípio da correlação entre direito e dever.

O direito nasce, quando a regra jurídica, incidindo sobre o suporte fático, tem por suficientes os fatos ou o fato, para a produção daquele.

O direito subjetivo é um dos tipos de efeitos da incidência da regra jurídica sobre o suporte fático.

[8] Id. ibid. v. 5, p. 189.

[9] Id. ibid. v. 38, p. 372.

[10] Id. ibid. v. 45, p. 323.

Desde que, com a incidência da regra jurídica alguém deve, ou deve e é obrigado a prestar a outrem, há, da parte desse, direito, de crédito, ou direito de crédito e pretensão. Ao direito e ao dever chamam-se, respectivamente, crédito e débito (ou dívida). O poder de exigir a prestação é a pretensão; aquele a quem ela se dirige é o obrigado: de compromissos assumidos pela fundação de seguridade com os participantes fala o art. 34, § 1º, da Lei nº 6.435/77.

9.3 O segurador promete segurar, com o que se submete à contingência de, enquanto se mantiver vinculado, pagar a indenização ou entregar o benefício, ocorrendo o sinistro, o fato típico pertinente.

Sua promessa é cumprida, já ocorre a prestação básica, pelo mero fato de segurar: "prestou o seguro, isto é, prestou a suportação do risco. A prestação é o seguro".[11]

"A existência da álea perturba os incautos na análise da figura contratual; mais ainda os dois tempos: o da prestação, que é o seguro, e, se chegou o momento de indenizar ou de entregar o benefício, esse adimplemento após o adimplemento básico, que foi a vinculação do seguro. É pelas razões acima expostas que, mesmo se não se verifica o sinistro, o segurador adimpliu."

9.4 Pode-se afirmar, portanto, que, no momento da conclusão do contrato de seguro, surgem direito subjetivo do segurado X dever jurídico do segurador quanto à suportação, à cobertura do risco e à indenização ou benefício.

Também exsurge, desde logo, a pretensão do primeiro, a que corresponde a obrigação do segundo, no que concerne à referida suportação, à cobertura do risco.

No que tange à indenização, aos benefícios, surgem, desde então, igualmente, direito e dever: a pretensão e a ação ao respectivo adimplemento é que somente vêm a ser operativos, pela ocorrência do evento.

9.5 A espécie é de suporte fático "suficiente para formação da relação jurídica": "a suspensão só diz respeito à pretensão ou à ação, não ao direito mesmo", e, ainda assim, apenas no tocante à indenização ou ao benefício, pois que, quanto à cobertura, à suportação do risco, a eficácia plena é imediata, e não diferida. Quem, *A*, deve a *B* quantia que há de pagar a 15 de março, já "deve": já está na relação jurídica *A R B*. O direito subjetivo já existe; a 15 de março vence-se o prazo: a pretensão nasce; e a ação, se *A* não pagar.

Diversa é a hipótese de não ser o suporte fático "suficiente para a formação da relação jurídica", quando "a suspensão diz respeito a essa: a relação jurídica mesma talvez nunca se produza".

[11] Id. ibid. v. 45, p. 297.

9.6 Na hipótese em estudo, a pretensão e a ação, quanto à indenização e aos benefícios, são efeitos sustidos, e não suspensos, como ocorre na pendência da condição suspensiva, em que, na linguagem de Pontes de Miranda, há pendulação (pode ser ou não ser).

Aliás, quando se fala de falta de ação, o que está em mente é propriamente a ação de prestação, como a condenatória, mas já cabem as ações declaratórias e de prestação futura.

9.7 Básico é ver-se, nas chamadas "condições" para que o benefício "seja devido" pela fundação de seguridade social (por exemplo, aposentadoria pela previdência social, idade mínima), pressupostos de exigibilidade e de eventual acionamento, e não condições, *facti* ou *iuris*, de aquisição do direito.

Os elementos-pressupostos não dizem respeito ao aperfeiçoamento, à ultimação da gestação para o nascimento do direito – e do correspondente dever –, mas são elementos eficaciais, necessários à irradiação da plenitude dos efeitos.

Tais pressupostos não são condições, no sentido de modalidade dos atos jurídicos, de condições-cláusulas, que são *accidentalia negotii*, elementos não-necessários do suporte fático, nele postos voluntariamente pelos figurantes no *negotium*, já que o ato poderia ser sem qualquer condição.

Fazem tais pressupostos parte do que Pontes de Miranda chama de suporte lógico, dada a natureza aleatória do contrato de seguro.

Incide, em conseqüência, o prescrito pelo art. 117 do Código Civil: "Não se considera condição a cláusula, que não deriva exclusivamente da vontade das partes, mas decorre necessariamente da natureza do direito, a que acede." Daí, não incidirem os arts. 114 a 116 e 118 a 122, eis que já se adquirira o direito. A não-incidência do art. 118 é relevante, porquanto, segundo esse, a pendência de condição suspensiva impede a aquisição do direito.

Tendo os estatutos e os atos regulamentares a natureza de atos-regra, pode-se identificar, em parte, *dies* (termo) ou *condictiones iuris*, pressupostos que a regra jurídica estabeleceu para o nascimento, no caso, da pretensão e da ação.

Fundamental é a diferenciação entre pressupostos, requisitos e elementos do suporte fático, e elemento fático (fato jurídico *stricto sensu), condictio iuris* suscitadora da eficácia do negócio ou ato jurídico resultante da juridicização do suporte fático: "a morte do testador influi como fato que entra no mundo jurídico como fato jurídico *stricto sensu*; mas, no tocante ao testamento, que já existe como fato jurídico, apenas lhe faz irradiar eficácia. A morte do testador não é elemento do suporte fático do testamento: é suporte fático de fato jurídico, que, no plano da eficácia, suscita a eficácia do testamento: a morte é, aí, *condictio iuris*, que só diz respeito à irradiação de efeitos".

9.8 Não se cuida – ao contrário do que parece a muitos – de suportes fáticos lineais no plano da existência: trata-se, efetivamente, de suportes fáticos punctuais.

A primeira espécie é, por exemplo, a das linhas que são lapsos de tempo, como no usucapião, na vitaliciedade.

Em tal hipótese, enquanto a relação jurídica não se estabelece, a lei nova pode intervir, sendo decisiva a lei do último momento, que é a do último elemento necessário.

No denominado suporte fático de formação sucessiva, "sobe-se, degrau a degrau, até o direito". Quanto maior o número de degraus galgados, mais próximo de obtermos o direito. Antes, "algo falta para que se adquira o direito".

Hipótese diversa é das relações jurídicas que somente se estabelecem mediante o concurso de dois fatos sucessivos, mais ou menos distantes um do outro (sucessão testamentária = testamento + morte do testador; casamento = celebração + publicação; promessa de recompensa = publicação + execução do ato a ser recompensado).

A sucessividade dos elementos – sucessividade descontínua, que se diferencia, por isso mesmo, da continuidade, a que antes aludimos – põe ao vivo que há dois ou mais momentos decisivos; donde ser de enunciar-se a regra *media tempora non nocent*.

É que nesse caso – como no do testamento – não incide a lei nova advinda entre o primeiro momento e o segundo. É que se entende que, nessa hipótese, há dois elementos de mesmo nível, ambos necessários à constituição de uma relação jurídica, mas independentes. O primeiro ato não é meramente preparatório. Em se caracterizando essa independência, a lei do último momento não prepondera, identificando-se, no entendimento oposto, retroatividade constitucionalmente vedada.

9.9 O fato de que o transcurso do tempo está presente em matéria de seguridade social leva a que muitos vejam, no caso, semelhanças com fenômenos como o do usucapião e da prescrição.

No usucapião, na prescrição, "há prazo para a composição do suporte fático para que algum fato jurídico exsurja".[12]

Prazo é trato de tempo, em que esse corre linealmente, para que algum fato se dê dentro daquele pedaço temporal, em algum de seus momentos, ou expirado seu último momento.

Tem-se que, se o legislador aumenta o prazo, a prescrição – extintiva ou aquisitiva – é da lei nova: não haveria, aí, efeito retroativo, ou qualquer ofensa ao direito adquirido.

Sustenta Pontes de Miranda[13] que "o cálculo da proporção dos dois prazos seria injusto, sobre ser artificial. O que ocorreu não foi suficiente para os efeitos decisivos, que só se produzem à expiração do tempo marcado pela lei. A exceção de prescrição somente nasce a partir da terminação do prazo prescricional".

[12] Id. ibid. v. 5, p. 201

[13] Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda . nº 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971. v. 5, p. 95.

10. A propósito desse ensinamento, analisemos as disposições contidas nos §§ 5º , 6º, 10 e 11 do art. 42, da Lei nº 6.435/77, já referidos, e que vieram a estabelecer tetos.

Reproduzamos o texto dos §§ 5º, 6º, 10 e 11 do art. 42:

"§ 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 meses imediatamente anteriores à 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 a 25% 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.

§ 11. Os participantes que ainda não tenham implementado as condições a que se refere o parágrafo anterior farão jus, quando se aposentarem, àquela complementação, de acordo com as normas do plano a que estejam vinculados, mas proporcionalmente aos anos completos computados pela entidade de previdência privada até o início da vigência desta lei."

Essas regras são repetidas nos arts. 23, e § 1º, e 24, e parágrafo único, do Decreto nº 81.240/78.

Mas do antes exposto conclui-se que o critério de proporcionalidade adotado pelo § 11 do art. 42 da Lei nº 6.435/77, acrescentado pela Lei nº 6.462/77, é apenas aparentemente legítimo, eis que não haveria prazo em curso, a preparar a ocorrência de um fato jurídico, mas fato já acontecido, com sustação, tão-somente, em termos eficaciais.

O direito e demais efeitos jurídicos que exsurgem de fatos jurídicos ainda não-aperfeiçoados são meras expectativas fáticas: assim, se se extinguiu o instituto do usucapião, o prazo já transcorrido, mas insuficiente para a ultimação do suporte fático, fica perdido, não sai do mundo dos fatos, não entra no mundo jurídico.

Nesses casos, o próprio suporte fático é que está em formação, sendo, ainda, expectativa de direito, meras possibilidades, que dizem respeito às próprias relações jurídicas, que ainda não existem, o que nos posiciona ainda no mundo fático, e não já no mundo jurídico.

O critério da proporcionalidade é, no caso, enganoso, pois que já havia, em favor do participante, direito adquirido. O número de anos para o "gozo do benefício", ou seja, para o surgimento da pretensão e da ação, não pode influir na aquisição do direito ao benefício, para o fim ilegítimo de castrar seu suporte fático.

Se o suporte fático fosse, efetivamente, linear, e não-punctual, e ainda não estivesse completo, a proporcionalidade teria sido uma liberalidade do legislador.

É, pois, inconstitucional o disposto no § 11 do art. 42 da Lei nº 6.435/77, acrescentado pela Lei nº 6.462/77, por afronta ao art. 153, § 3º, da Constituição federal.

11. Na lição de Mozart Victor Russomano[14] "o período de carência pode ser definido como o prazo mínimo de filiação do segurado à previdência social para que se constitua, em seu proveito ou em proveito do dependente, direito ao gozo de determinada prestação".

Pontes de Miranda[15] qualifica o período de carência como objeto de cláusula de termo para a eficácia, "que suspende a eficácia, donde o período de ineficácia, chamado período de carência, tempo sucessivo à conclusão do contrato para que o risco fique coberto".

Assim, mesmo em tal hipótese, o que se tem é um termo suspensivo da eficácia, que, assim, à semelhança da condição suspensiva, já produz a expectância do direito, e não mera expectativa, o que assegura direito adquirido ao segurado.

Diante da longa exposição feita, podemos concluir, com facilidade, que a situação jurídica dos participantes, que é de índole contratual, tem por conteúdo o constante dos estatutos e regulamentos vigentes à época de sua inscrição.

Quaisquer alterações ulteriores na órbita legal, estatutária ou regulamentar, inclusive com o estabelecimento de tetos de contribuição ou de benefício, não os atingem. As exceções ficam por conta, tão-só, da regra *benigna amplianda* (aplicação, quando pertinente, das melhorias ulteriores), com ressalva dos aspectos que, expressamente, pelo próprio conteúdo originário, seriam modificáveis, como os relativos ao sistema de revisão dos valores de contribuições (custeio) e de benefícios, com as limitações cabíveis.

Identificam-se os benefícios como dívidas de valor, de caráter alimentar.

12. Dois termos que têm estado presentes na área da seguridade social, privada, entram agora em cena: complementação e suplementação.

O primeiro – e seus cognatos – são empregados pela legislação a partir da Lei nº 6.435/77, cujo art. 1º se refere a "benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social". O Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, criou

[14] Russomano, Mozart Victor. *Curso de previdência social*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983. p. 181.

[15] Pontes de Miranda. *Tratado...* op. cit. v. 46, p. 14.

(art. 14) o Conselho de Previdência Complementar e a Secretaria de Previdência Complementar.

12.1 O aspecto semântico é, no caso, de suma relevância.

Complementar é integrar, é tornar íntegro, inteiro, sem vazios, brancos ou lacunas.

Complementar é acrescentar, é aduzir, como o antigo complemento nacional em relação ao filme principal; é a lei complementar à Constituição, com referência a essa: complementa, mas não a completa, o que somente a emenda constitucional pode fazer.

Suplementar encerra as duas noções: suprir é complementar, na medida em que é preencher lacunas, mas também abarca o sentido de complementar, na medida em que o complementar, que acrescenta sem se confundir com aquilo a que se refere, pode complementar a unidade maior, constituída do referencial e do complemento. Assim, o "filme + complemento nacional" formavam a sessão cinematográfica.

Tratando-se da competência supletiva dos estados, em relação à federal, prevista no parágrafo único do art. 8º da Constituição federal, comenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho:[16]

"Entretanto, quem supre complementa. A norma que vem suprir um branco evidentemente complementa o ordenamento nacional. Por outro lado, quem complementa de certo modo supre, já que fecha um claro ao desdobrar a norma geral."

12.2 O acoplamento, ao benefício pago pelo INPS, da suplementação a cargo da entidade fechada de previdência privada forma uma unidade maior, a chamada renda global (RG), ou benefício global (cf. item 3 do Anexo à Resolução MPAS/CPC/nº 3/80, de 15 de maio de 1980), conjunto binário que tem a sua identidade e que, na realidade, substitui, no ingresso na inatividade, a remuneração do ativo participante fundacional.

Em outras palavras, a individualidade do instituto da renda global não diz respeito, tão-somente, ao momento da aposentação, mas acompanha toda a vida do aposentado.

E, tendo-se em vista tal instituto, é que se verifica que a obrigação da previdência privada é suplementar, pois que, apenas assim, é que se mantém, a integralidade da renda global.

Como a natureza do benefício é de suplementação, independentemente de regra expressa, e como piso – garantia em favor do participante – assistido e beneficiário, cabe à entidade de previdência complementar arcar permanentemente com a diferença entre a renda global, devidamente atualizada, e o benefício do INPS.

[16] Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1984. p. 49.

A adoção do critério da renda global preserva permanentemente a índole de suplementação do benefício previdenciário privado.

A noção de renda global tem, destarte, um sentido externo e um sentido interno, a saber:

a) externamente, um sentido relacional com o salário-real-de-benefício, que deve ser permanentemente corrigido, tidc, assim, como um elemento dinâmico, perene, e não instantâneo, que exaure sua função no instante da aposentação;
b) internamente, no intra-relacionamento do benefício do INPS com a suplementação da previdência complementar.

12.3 Se se trata de suplementar, é que há falta, é que há um branco a ser preenchido, a fim de formar um todo, uma individualidade, em conjunto constituído de dois elementos: o benefício da previdência social e o benefício da previdência privada.

Se não tivermos delineado, com precisão, o contorno, a fronteira dessa nova individualidade, não poderemos quantificar a suplementação.

Esse aspecto tem de ser considerado sob duas perspectivas:

a) a suplementação inicial; b) a da atualização da suplementação, em face do caráter endêmico da inflação brasileira, e tendo em vista a relação que tem de ser permanentemente mantida entre aquele benefício e seu parâmetro hábil.