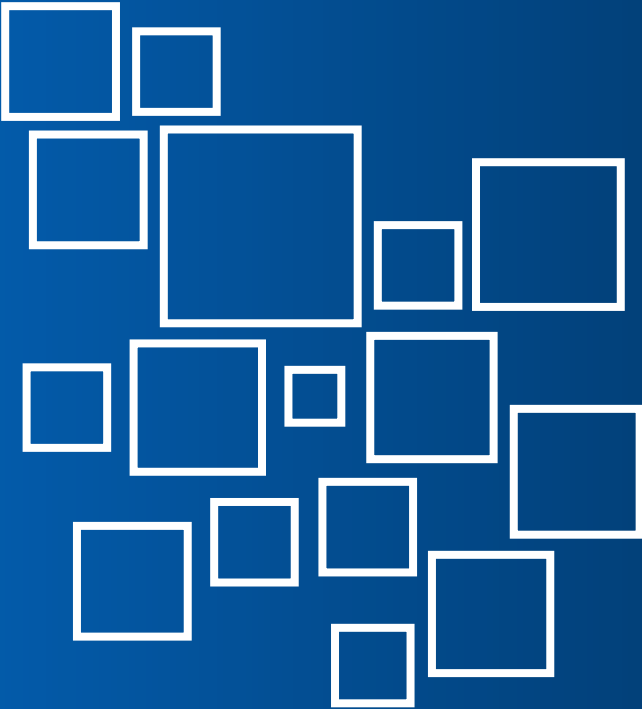


ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Impacto do Passivo Judicial no Equilíbrio Atuarial dos Planos de Previdência Complementar

Otávio de Paoli Balbino¹

Faculdade de Direito Milton Campos / MG

RESUMO

O regime de previdência privada no Brasil é composto por entidades abertas e fechadas de previdência complementar. Estas entidades são responsáveis pela instituição de planos de benefícios que são mantidos por meio de contribuições de participantes que a eles aderem voluntariamente. Estas relações, não raras vezes, são objeto de demandas judiciais, cujo resultado pode gerar prejuízo ao patrimônio do plano. Diante dessa possibilidade, o gestor do plano terá de contingenciar o valor esperado da demanda e terá menos recursos para investir. A redução de capital investido pode levar à necessidade de aumento das contribuições ou redução dos benefícios esperados e, no caso das entidades abertas, à menor remessa de lucros aos acionistas. O presente trabalho explora o custo de oportunidade da litigância por tais entidades.

Palavras-chave: Previdência Complementar; Contingenciamento, Contribuições, Benefícios; Retorno.

JEL: K41.

ABSTRACT

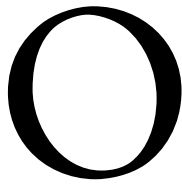
Brazilian Complementary Welfare System encompasses closed and opened pension funds that are responsible for setting up plans which are financed by contributions. From time to time a legal dispute arises and may result in substantial liabilities. This situation requires managers to set apart the expected value of the potential liabilities, reducing the capital available for investment. The investment reduction may lead to a contribution increase or a reduction in expected benefits and, in the case of opened pension funds, lower profits for shareholders. This paper explores the opportunity cost involved in such litigation.

Key words: Complementary Welfare System, Contingency, Contribution, Benefits, Proceeding.

R: 19/6/10 **A:** 14/7/11 **P:** 16/11/11

¹ O autor pode ser contactado no e-mail: otaviodepaoli@gmail.com. O autor agradece a Marcelo Magnavacca Barros pelos comentários e sugestões ao presente trabalho.

1. O Sistema Previdenciário Brasileiro



s sistemas previdenciários, de maneira geral, têm por escopo principal a proteção dos trabalhadores, mormente pela real possibilidade de fatores como a idade, doença, invalidez ou acidente interferirem no auferimento de renda pelo indivíduo.

Sempre foi preocupação das civilizações desenvolver mecanismos de proteção para trabalhadores inativos. Nas civilizações primitivas, era latente o sistema da proteção familiar, segundo o qual o grupo comprometia-se a prestar assistência aos que não mais detinham capacidade laboral, fosse em razão de idade avançada, ou até mesmo em razão de encontrarem-se enfermos ou inválidos.

Embora ainda subsistam resquícios provenientes deste vetusto modelo, em razão das constantes alterações nos padrões de comportamento social e consequente substituição do grupo amplo por famílias nucleares, na sociedade moderna, os vínculos provenientes das relações laborais revelam-se fatores justificadores do modelo previdenciário atual. Em outras palavras, o aludido vínculo passou a ter menor relevância, enquanto as relações interpessoais provenientes do habitual labor se fortaleceram, não mais se justificando o modelo segundo o qual o grupo familiar se incumbia dos ônus gerados por familiares inativos.

Grande parte dos sistemas previdenciários são originários de setores profissionais, *v.g.*, dos bancários que, pioneiramente, fez surgir, em 16 de abril 1904, a “Caixa Montepio dos Funcionários do Banco da República do Brasil”, marco na previdência complementar brasileira. Contudo, categorias com pouca ou sem qualquer representatividade ficaram à margem desta tendência natural, ao menos num primeiro momento.

Face à necessidade de resguardar interesse coletivo, o Estado passou a desempenhar o papel de principal guardião dos inativos.

No Brasil, através da Lei 3.807/60, Lei Orgânica da Previdência Social, unificou-se toda a prévia legislação relativa aos institutos de aposentadorias e pensões. Em seguida, a Lei 6.435/77 regulamentou a previdência complementar no país como consequência da expansão das grandes estatais. Posteriormente, por meio dos arts. 201 e 202, a Constituição da República de 1988 reconheceu três regimes distintos, passando a ser possível segmentar o Sistema de Previdência no Brasil, com objetivo metodológico.

O primeiro, Regime Geral de Previdência Social – RGPS, possui natureza pública e é de adesão obrigatória para os trabalhadores regidos pela CLT, sendo operado pelo INSS. O segundo, Regime Próprio de Servidores Públicos – RPSP, é também de natureza pública e filiação obrigatória para servidores sendo, da mesma forma que o Regime Geral, operado por órgãos estatais. Em ambos os casos, ocorre o “regime de caixa”, ou seja, há simultaneidade e equivalência entre os valores recolhidos e os pagos aos assistidos. Juntos são os chamados regimes de base.

Por fim, dê-se o devido destaque ao Regime de Previdência Complementar – RPC que, por sua vez, possui natureza privada, contratual e caráter facultativo, cujo objetivo é proporcionar aos assistidos o conforto previdenciário que melhor lhe convier, razão pela qual existem inúmeros planos de benefícios passíveis de contratação. Não possui nenhuma vinculação com os demais Regimes, podendo haver cumulação entre eles (diferentemente do que prescreve o §5º do art. 201 da Constituição da República de 1988, onde restou consignada a impossibilidade de filiação aos dois regimes de base concomitantemente). Na Previdência Complementar, as entidades administradoras são as responsáveis por aplicar as contribuições e pagar os benefícios contratados, através, em sua

grande maioria, do chamado Regime de Capitalização, onde “os recursos das contribuições são aplicados e capitalizados, criando-se um fundo financeiro que garanta o pagamento das aposentadorias” (Montoro Filho, 1982:54).

2. Previdência Complementar: Regulamentação e Características Gerais

O art. 202 da Constituição Federal de 1988 foi alterado pela Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998. Anteriormente, tratava do direito à aposentadoria quando preenchidos os requisitos necessários para tanto. A nova redação “*determina que o Regime de Previdência Privada deve ser instituído de maneira autônoma ao Regime Geral da Previdência Social, de forma facultativa e baseado na constituição de reservas satisfatórias para sua manutenção*” (Amaral Filho, 2005:143). Alguns autores afirmam que a Emenda Constitucional nº 20, embora polêmica, “*teve o inegável mérito de constitucionalizar o financiamento da previdência via regime de capitalização*” (Rodrigues, 2002:14). Verifica-se que a Emenda nº 20 representa importante marco legislativo para a atual compreensão do que representa o Sistema de Previdência Privada que, inclusive, passou a fazer *jus* à denominação “Previdência Complementar”, tendo em vista determinação expressa de que tal regime terá caráter complementar ao da Previdência Social.

Interessa-nos, no presente trabalho, analisar justamente alguns aspectos do Regime de Previdência Complementar.

A matéria possui ampla regulamentação, principalmente quando se adentra às nuances do sistema, *v.g.* no que tange ao investimento de recursos dos fundos constituídos, ato cuja competência para traçar diretrizes é do Conselho Monetário Nacional – CMN. Contudo, apontam-se como de maior importância as Leis Complementares nº 108 e 109, ambas de 29 de maio de 2001, mormente pela superioridade hierárquica quando comparadas às Leis Ordinárias, Resoluções e Instruções Normativas que regem a matéria.

A Lei Complementar nº 108 dispõe sobre a relação entre entes federativos e suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas, enquanto patrocinadores de Entidades Fechadas de Previdência Complementar (art. 1º). Por sua vez, a Lei Complementar nº 109 trata tanto das Entidades Fechadas quanto das Abertas, regulando a matéria de forma ampla (art. 1º). Deve ser, no que couber, aplicada subsidiariamente às hipóteses disciplinadas pela Lei Complementar nº 108 (art. 2º). Na segunda, restou consignado por meio do art. 4º que o Regime de Previdência Privada se subdivide em dois segmentos: a) Previdência Fechada e; b) Previdência Aberta.

Assim, o Regime de Previdência Complementar é composto por **Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC** e por **Entidades Abertas de Previdência Complementar – EAPC**. As primeiras, comumente denominadas “fundos de pensão”², são fiscalizadas pelo Conselho

² Neste ponto, importante informar que a legislação sobre previdência privada no Brasil foi inspirada na experiência norte-americana consolidada no *Employment Retirement Income Security Act – ERISA*, datado de 1974. De acordo com o United States Code, documento oficial disponibilizado pela *U.S. House of Representatives*, restou consignado no *Title 29 – Labor, Chapter 18 – Employee Retirement Income Security Program, Subchapter I – Protection of Employee Benefit Rights, Subtitle A – General Provisions, § 1002*: “For the purpose of this subchapter: (A) Except as provided in subparagraph (B), the terms “employee pension benefit plan” and “pension plan” mean any plan, fund, or program which was heretofore or is hereafter established or maintained by an employer or by an employee organization, or by both, to the extent that by its express terms or as a result of surrounding circumstances such plan, fund, or program: (i) provides retirement income to employees, or (ii) results in a deferral of income by employees for periods extending to the termination of covered employment EALR, V. 2, nº 2, p. 297-320, Jul-Dez, 2011

de Gestão da Previdência Complementar – CGPC e pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, que incorporou as competências da Secretaria de Previdência Complementar – SPC a partir da vigência da Lei 12.154/09. Por sua vez, as segundas contam como órgãos fiscalizadores o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e a Superintendência de Seguros Privado – SUSEP (art. 74 da LC nº 109).

As EFPC são constituídas sob a forma de fundações ou sociedades civis sem fins lucrativos (art. 31, §1º da LC nº 109) e seus planos só contarão com a adesão de trabalhadores vinculados a determinado Patrocinador (empregadores ou entes da federação) ou Instituidor (entidades representativas de classe ou pessoas jurídicas de caráter profissional), conforme art. 12 e 31, I e II da LC nº 109. Exemplificando, o Banco do Brasil S/A patrocina a PREVI (Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil) e somente seus funcionários poderão dela participar. Os planos de benefícios devem ser ofertados a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores indistinta e obrigatoriamente, sem que isto lhe retire a facultatividade (art. 16 da LC nº 109). É também denominada Instituidora a sociedade que contrata plano de previdência aberta para seus empregados quando participa de sua manutenção e, Averbadora, a pessoa jurídica que, embora contrate o plano, não participe de seu custeio.

Conforme prescreve o art. 34 da LC nº 109, as Entidades Fechadas podem ser qualificadas de duas formas: a) de acordo com os planos que administram: de plano comum, quando administram planos acessíveis ao universo de participantes; ou multiplano, os administrando para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial e; b) de acordo com a quantidade de patrocinadores e instituidores: singular, hipótese em que se encontram vinculadas a único patrocinador ou instituidor, ou multipatrocinada, congregando diversos. Serão integradas por Conselho Deliberativo, Conselho Fiscal e Diretoria Executiva, estando nos primeiros presentes, inclusive, participantes e assistidos.

Por sua vez, as EAPC são constituídas sob a forma de Sociedade Anônima³, cujo objetivo é operar planos de benefícios previdenciários sob a forma de renda continuada ou pagamento único. É facultado às Sociedades Seguradoras que atuam exclusivamente no ramo de seguros de vida também operar nesta atividade (art. 36, da LC nº 109), sendo-lhes igualmente aplicada a Lei 6.404/76. Diferentemente das EFPC, comercializam planos de benefícios nas modalidades individuais (averbados) e coletivos (instituídos). Estes visam a garantir o pagamento de benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas direta ou indiretamente a certa pessoa jurídica que contrata o plano viabilizando a adesão (art. 26, da LC nº 109). Contudo, nos planos individuais o acesso é amplo e irrestrito a qualquer pessoa física, mesmo que ela não possua qualquer vínculo empregatício ou institucional.

Pode-se dizer, portanto, que os objetivos tanto das EAPC quanto das EFPC é de instituir e executar planos de benefícios previdenciários (art. 2º, da LC nº 109), evidentemente fazendo

or beyond (omissis).” Portanto, embora corrente o uso da terminologia “fundo de pensão” para denominar as EFPC, há quem sustente ser atécnica sua utilização já que derivaria de tradução errônea da expressão “*pension fund*”. Por pensão, entende-se o benefício pago aos beneficiários do participante do plano em caso de seu falecimento o que, na língua inglesa, corresponderia a “*survivor’s benefit*”. Portanto, “*pension fund*” seria mais bem traduzido para o português como “fundo de aposentadorias”.

³Destaque-se que, anteriormente, consoante Lei 6.435/77, as EAPC poderiam ou não ter fins lucrativos (art. 4º, II). Se os possuísse, deveriam ser constituídas sob a forma de Sociedades Anônimas (art. 5º, I), caso contrário, a forma própria seria de sociedade civil ou fundação (art. 5º, II). Contudo, a referida Lei restou revogada pela LC nº 109, onde, no art. 77, prescreveu que as EAPC sem fins lucrativos deveriam se adequar aos seus preceitos legais, salvo se já estivessem autorizadas a funcionar, hipótese em que poderiam manter sua estrutura de sociedade civil. Contudo, hodiernamente, toda nova EAPC constituída deverá ser Sociedade Anônima e, conseqüentemente, possuir finalidade lucrativa.

cumprir o respectivo regulamento, assegurando aos participantes e assistidos os benefícios contratados. Léo do Amaral Filho, no mesmo sentido, compreende as Entidades de Previdência Complementar como “*peças jurídicas destinadas a gerir e administrar planos, de maneira autônoma ao Regime Geral da Previdência Social*”, planos estes que têm por escopo “*complementar os benefícios de caráter previdenciário pagos pelo Estado*” (Amaral Filho, 2005:148).

Destaque-se, para melhor compreensão da terminologia utilizada, que participante é a pessoa física que adere a determinado plano e que assistido é o participante ou beneficiário em gozo do benefício de prestação continuada (ambos, em conjunto com a própria entidade contratada, nas palavras de Ernesto José Pereira dos Reis [2002:61], são as “*peças do ajuste*”). Por este motivo, é possível afirmar que os planos que garantam prestação continuada são integrados por duas fases distintas: a primeira, denominada de diferimento ou acumulação (momento em que o participante está contribuindo com prestações, constituindo capital que lhe assegurará o benefício contratado) e a segunda de gozo (quando o então assistido passa a receber o benefício). Por sua vez, as contribuições são os valores pagos pelos participantes, assistidos e patrocinadores (ou instituidores), em conformidade com o plano contratado, para cobrir-lhe as despesas operacionais e custear os benefícios. Assim, seu objetivo é formar capital hábil a garantir o pagamento dos benefícios devidos aos participantes, assegurando equilíbrio econômico e financeiro ao plano. Quando os planos são comercializados por Sociedades Seguradoras, a contribuição passa a ser denominada Prêmio.

Rompido o vínculo empregatício ou associativo antes de findo o período de diferimento, autorizado está o participante a se desligar do plano contratado e, por consequência, efetuar o Resgate de suas contribuições que serão, no mínimo, atualizadas monetariamente e das quais serão descontadas as parcelas de custeio administrativo e dos benefícios de risco contratados.

Embora não haja vedação expressamente consignada na Lei Complementar nº 109 a que as EAPC contribuam conjuntamente com os participantes para os planos, aparenta contraditório admitir que sociedades constituídas sob a forma de S/A e que, conseqüentemente, visam eminentemente ao lucro, dele dependendo para justificar sua existência (art. 2º e 206, I, “b”, da Lei 6.404/76), despendam parte de seus recursos a investimento sem qualquer retorno aparente.

No extremo oposto, constitui grande vantagem para os Patrocinadores e Instituidores, e até mesmo para os Averbadores e Instituidores de planos respectivamente geridos pelas EFPC e EAPC, contribuir conjuntamente com os participantes. É que, conforme prescrevem os arts. 174 e 404 do Decreto nº 3.000/99 – Regulamento do Imposto de Renda, além das EFPC estarem isentas de Imposto de Renda (até mesmo por não possuírem intuito lucrativo), é possível deduzir as contribuições do patrocinador da base de cálculo para fins de recolhimento de Imposto de Renda, tanto nestas quanto nas EAPC (art. 13, I, V, da Lei 9.249 de 1995)⁴.

Somam-se, ainda, as vantagens evidentes para os participantes, na medida em que poderão perceber benefício maior quando comparado ao que seria possível caso fossem os únicos contribuintes. É de se destacar que as contribuições realizadas podem ser deduzidas da declaração de Imposto de Renda até o limite de 12% da renda bruta anual. Contudo, embora aparente, não se trata de isenção fiscal, já que o Imposto de Renda que não fora adimplido durante o período de diferimento será recolhido quando o participante resgatar os recursos ou passar a perceber benefícios.

Neste contexto, saliente-se que o valor das contribuições é apurado através da Avaliação Atuarial mediante a utilização de Hipóteses Atuariais (nas EFPC). A primeira é o estudo realizado periodicamente de acordo com levantamentos estatísticos e bases técnicas atuariais relativas a

⁴ De se destacar, no entanto, que os rendimentos e ganhos auferidos a partir de investimentos realizados com os recursos dos planos não estão isentos de tributação nos termos do art. 174, § 2º do Decreto 3.000/99.

determinado grupo (Resolução CGPC nº 18 de 2006, Anexo 9), através do qual o atuário tem condições de avaliar o montante necessário a garantir a solvência e o equilíbrio do Plano de Benefícios (presente nas EFPC). Este nada mais é que o conjunto de regras que regem os benefícios contratados, direitos e obrigações inerentes às pessoas envolvidas nas relações jurídicas previdenciárias, estando sua estrutura delineada pela Resolução CGPC nº 18 de 2006. Por sua vez, hipóteses atuariais são premissas adotadas pelo atuário com o objetivo de elaborar a avaliação atuarial, quais sejam, fatores econômicos (reajuste dos benefícios, crescimento salarial, taxa de juros, indexador econômico, *etc.*), fatores biométricos (invalidez, mortalidade de ativos, inativos e inválidos, *etc.*), bem como outros fatores (composição familiar, diferença de idade entre cônjuges, *etc.*), tais como a supracitada Resolução. Mais ainda, considera-se Plano de Custeio (presente nas EFPC) o instrumento onde resta definida a forma pela qual as contribuições serão pagas.

Vale lembrar que os benefícios contratados não são custeados tão somente pelas contribuições. Conforme autoriza o art. 9º, §1º da Lei Complementar nº 109, os recursos correspondentes às reservas, provisões e fundos constituídos pela Entidade de Previdência Privada poderão ser objeto de investimento. As diretrizes destas operações são traçadas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN através da Resolução nº 3.308/05, para as Entidades Abertas, e da Resolução nº 3.792/09, para as Entidades Fechadas. Embora também destinados ao custeio dos benefícios, o fundamento destes investimentos varia de acordo com o tipo de entidade que os realiza, se Aberta ou Fechada.

Tanto nas Entidades Abertas quanto nas Fechadas, a diretoria-executiva será responsável pela nomeação do dirigente e respectiva comunicação ao órgão fiscalizador, a quem incumbe a aplicação dos recursos da entidade (art. 35 e §§ e 39 da LC nº 109).

Lado outro, dos investimentos realizados com as reservas, fundos e provisões constituídos a partir das contribuições efetuadas, é esperada rentabilidade mínima, denominada Meta Atuarial, que deverá ser aprovada pelo Conselho Deliberativo. Na maior parte dos casos, é definida a partir da variação mensal de determinado índice, geralmente o INPC, acrescido de Taxa de Juros fixados na avaliação atuarial, correspondente, não raras vezes, a 6% ao ano⁵.

Note-se que a taxa de juros é fator extremamente importante para se definir o Plano de Custeio, pois está envolvida em processo de capitalização de longo prazo, representando, no contexto ora analisado, à expectativa de retorno dos investimentos realizados a partir das contribuições, deduzidas despesas administrativas, comissões, corretagens e outros ônus. De maneira simplória e sem preocupação técnica, poder-se-ia dizer que o pagamento de contribuições (investimento) realizadas pelo participante resulta, em contrapartida, ao adimplemento de determinado benefício acrescidos de juros (remuneração do investimento), deduzidas as despesas operacionais.

Eventual redução da taxa de juros fixada pode implicar em redução dos benefícios futuros ou necessidade de majoração das contribuições para mantê-los no mesmo patamar, caso a entidade não disponha de sobra de caixa (superávit). Lado outro, majoração da taxa pode vir acompanhada de redução das contribuições. Portanto, o efeito de redução ou majoração da taxa de juros remunerada ao participante dependerá de análise da situação concreta.

Seja qual for o caso, alteração da remuneração paga aos participantes impacta diretamente na Reserva Matemática. Ela é composta pela soma da Reserva Matemática de Benefícios a Conceder (constituída com vistas ao pagamento de benefícios futuros) com a Reserva Matemática de

⁵ Tanto CNSP (Resolução CNSP nº 18 de 2006, Anexo, 4) quanto CGPC, fixam a taxa de juros máxima em 6% ao ano. Este, nas Resoluções que tratam das diversas coberturas e planos comercializados, possibilitando fixação em valor inferior.

Benefícios Concedidos (criada para garantir adimplemento de benefícios a assistidos), representando, portanto, o valor dos atuais compromissos da EFPC em relação àqueles que se encontram na fase de gozo, naturalmente deduzidos os valores de suas próprias contribuições e de seus patrocinadores.

Representando a Reserva Matemática todos os compromissos que a EFPC possui em relação aos participantes e assistidos expresso monetariamente, pode-se dizer que, “reserva”, no sentido atuarial, corresponde à parte do passivo, não do ativo, como o nome possa denotar.

Contudo, rememore-se que nas EFPC reside vedação ao auferimento de lucro. Por esta razão, quando os investimentos superam ou não atingem a meta atuarial, não se fala em lucro ou prejuízo, mas, sim, em superávit (excedente patrimonial de determinado exercício em relação a todos os compromissos do plano) ou déficit (caracterizado pela insuficiência de recursos para cobrir os compromissos do plano). Complementando, destaque-se serem princípios do sistema de previdência complementar fechado, conforme prescreve art. 7º, da LC nº 109, a transparência e o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial (art. 1º, §1º da Resolução CGPC nº 13 de 2004). Sendo o equilíbrio princípio basilar que rege as EFPC, tanto superávit quanto déficit são considerados situações de desequilíbrio do plano de benefícios, que de maneira alguma poderá gerar lucros ou ter prejuízos sucessivos (Balera, 2005:149). Por esta razão, o superávit tem destinação específica consignada em lei e o déficit será equacionado, conforme se demonstrará.

Neste contexto, o plano em equilíbrio sempre, em seu Demonstrativo dos Resultados da Avaliação Atuarial – DRAA⁶, apresentará o Ativo Total do plano correspondendo à soma exata dos Exigíveis Operacional, Contingencial e Atuarial, sem que haja superávit ou déficit. O Ativo Total também representa o patrimônio líquido de cobertura que, por sua vez, se maior que o passivo, representará situação superavitária e, se for menor, deficitária.

A compreensão do lucro fica clara quando se analisa a distinção entre a estrutura das Entidades de Previdência Complementar. As EAPC serão sempre Sociedades Anônimas e possuirão seu capital social dividido em ações (art. 11 da Lei 6.404/76), dando direito aos respectivos acionistas, sócios, de participar dos lucros sociais (art. 109 da Lei 6.404/76), sem que haja distribuição de dividendos aos participantes⁷. As EFPC, por sua vez, podem ser constituídas sob a forma de Fundações, conjunto de bens dotados de personalidade jurídica, destacados do patrimônio de seu instituidor, vertidos a finalidade específica que não a obtenção de lucros (art. 62 e parágrafo único, do Código Civil de 2002), ou de Sociedades Civis (leia-se Associações⁸) sem fins lucrativos, razão pela qual todo e qualquer superávit aproveitará ao próprio objetivo da entidade.

⁶ Conforme conceituado pela ABRAPP, é o documento elaborado pelo atuário responsável pelo plano, assinado por ele e por representantes da EFPC e dos patrocinadores/instituidores, que deve ser enviado anualmente pela EFPC à SPC, ou sempre que houver alteração que justifique nova avaliação atuarial, contendo informações relativas à avaliação atuarial do Plano de Benefícios, possibilitando análise e acompanhamento da situação do plano pelo órgão fiscalizador.

⁷ Conforme notícia Oliveira et al. (2000), esta máxima tem sido mitigada face à nova postura que tem sido adotada pelas EAPC no sentido de assegurar percentual do excedente aos participantes dos planos. Contudo, destaque-se que esta possibilidade é denominada **reversão** e possui caráter facultativo nas EAPC, não se confundindo, em absoluto, com distribuição de dividendos. Atualmente, nestas entidades, a maioria dos planos prevê a possibilidade de reversão de valores quando há excedente financeiro, em geral, no percentual de 50%, visando a atrair novos aderentes aos planos de previdência aberta que, notadamente, possuem grande desvantagem em comparação aos planos de previdência fechada por não contarem com contribuição dos patrocinadores e instituidores.

⁸ Rodrigo José Kuhl de Carvalho, em palestra proferida no II Fórum Nacional de Seguro de Vida e Previdência, analisando o art. 77, §1º da LC nº 109 (o *caput* prescreve a obrigatoriedade de as antigas EAPC sem fins lucrativos se adequarem aos moldes da LC nº 109 e o §1º prescreve a prerrogativa de manterem-se como sociedades civis), destaca ter surgido divergência quanto à compreensão do termo “sociedades civis” (Oliveira et al., 2000).

É que, conforme previamente explicitado, as EFPC não possuem sócios nem associados (Reale, 2006) e, participante, conforme prescreve art. 8º, I, da LC nº 109, é apenas a pessoa física que adere aos planos de benefícios. Note-se que o Corpo Social, órgão previsto nos estatutos das EFPC, é composto pelo conjunto de participantes e assistidos dos planos, cuja competência, dentre outras, é eleger membros dos Conselhos Deliberativo e Fiscal, bem como da Diretoria Executiva e deliberar sobre o Relatório Anual e Demonstrações Contábeis, não podendo ser considerado sócio, mas órgão da entidade.

Inexistindo sócios para partilhar resultados nas EFPC, o superávit dos planos, conforme prescreve a Resolução CGPC nº 26/2008, deverá ser destinado à constituição de Reserva de Contingência, que garantirá pagamento de benefícios contratados caso ocorra evento futuro e incerto que reduza a capacidade do plano de solver suas obrigações (art. 7º).

A Reserva de Contingência corresponderá a 25% do valor total das obrigações do plano perante assistidos e participantes (Reserva Matemática).

Constituída a Reserva de Contingência no montante exigido, os recursos excedentes serão utilizados para constituição de Reserva Especial, destinada à Revisão do Plano de Benefícios (art. 8º), que pode ocorrer de forma voluntária, hipótese em que a reserva poderá ser parcialmente destinada à revisão (art. 12 e 13), ou obrigatória, após o decurso de três exercícios, hipótese em que o valor deverá ser integralmente destinado à revisão (art. 12 e 14).

Ivy Cassa (2009:194) aparenta ter dado interpretação idêntica à legislação, em sua obra, quando trata do superávit e das inovações introduzidas pela Resolução de 2008, no que tange às Entidades Fechadas:

O superávit é o resultado positivo verificado no plano de benefícios. Uma vez constatado resultado positivo, este valor excedente é aproveitado para melhorar o plano, ou para a constituição de reservas, mas nunca fica para a entidade como um “lucro”, até porque, como frisamos anteriormente, as entidades fechadas não possuem finalidade lucrativa.

Em 208 o CGPC aprovou a Resolução nº 26, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados no equacionamento de déficit e na destinação e utilização de superávit no âmbito das entidades fechadas.

Uma vez apurado o superávit, primeiramente será constituída uma reserva de contingência, até o limite de 25% do valor das reservas matemáticas, para a garantia do benefício contratado.

Em seguida, os recursos excedentes (se houver) serão utilizados para a formação de reserva especial. A partir da constituição de tal reserva e verificadas as causas que deram origem ao superávit, poderá haver a revisão do plano.

A Revisão do Plano de Benefícios realizar-se-á conforme decidir o Conselho Deliberativo, que possui, como alternativas, determinar: a) redução parcial, integral ou suspensão das contribuições (art. 20, I e II e art. 22) ou; b) melhoria de benefícios (art. 20, III), que poderá ou não ser cumulada com devolução de valores aos participantes, assistidos e patrocinadores no caso de planos em extinção⁹ (art. 20, III e art. 25), naturalmente observando-se os critérios delineados para cada hipótese.

⁹ Quanto à possibilidade de reversão de superávit aos participantes, assistidos e patrocinadores, consignada nos art. 20, III e 25 da Resolução CGPC nº 26/2008, destaque-se só ser aplicável às EFPC caso o plano superavitário esteja **em extinção**, o que significa que está fechado para novas adesões e, conseqüentemente, encerrar-se-á assim que pagos todos os benefícios já previstos. Ricardo Só de Castro, em palestra proferida perante o X Congresso Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão, sustentou a imprecisão técnica da criação desta prerrogativa, existindo diversos fatores que pesam para esta conclusão. Inicialmente, a Resolução estaria inovando em matéria que a LC nº 109 não previu, ocorrendo violação ao princípio da hierarquia das leis. Em segundo lugar, afirma que, conforme art. 19 da LC nº 109, as contribuições se prestam a tão somente garantir o pagamento de benefícios previdenciários e que sua reversão através da

No período compreendido entre 2003 e 2007, as metas atuariais foram superadas em muito pelas EFPC, contudo, nem sempre é possível sequer atingir os níveis mínimos fixados.

Segundo notícia a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, enquanto em 2002 os fundos de pensão alocavam, em média, 27,7% de seus ativos em investimentos de renda variável, até maio de 2008 este número cresceu substancialmente e chegou a atingir o patamar de 37,7%.

A recente crise econômica mundial, cuja franca expansão iniciou-se no final de 2007 e culminou, em meados de 2008, na falência de diversas empresas sólidas norte-americanas, atingiu não só os mercados financeiros estrangeiros, mas também o brasileiro, chegando o IBOVESPA a ser cotado abaixo dos 30.000 pontos:



Neste contexto econômico, levando-se em consideração que os fundos de pensão investiam, em média, 37,7% de seus recursos em renda variável, em meados de 2008, inúmeros planos apresentaram déficit, não conseguindo atingir a meta estabelecida para o período, já que os investimentos não apresentaram os resultados esperados:

devolução sob a forma de superávit ocasionaria a remessa de lucro por vias transversas, o que é expressamente vedado às EFPC. Por fim, colaciona análise sistêmica da LC nº 109, apontando o resgate (art. 14, III) pelo participante e a devolução de valores ao patrocinador (no caso de apuração de responsabilidade em ação regressiva proposta em face de terceiros e dirigentes que ocasionaram déficit, conforme prescreve o art. 21, §3º), como únicas formas de retorno de recursos previstas. Conclui, portanto, ser ilegal a reversão de valores nos termos delineados pela Resolução CGPC nº 26/2008. Note-se haver ações ajuizadas por algumas entidades representativas de classes (ANAPAR, AAFBB, FAABB, FNA CEF, *etc.*) no sentido de obter tanto a suspensão da aplicabilidade e final decretação de nulidade dos referidos artigos, quanto o sobrestamento de qualquer pedido concernente à aprovação de reversão de valores pela SPC (consoante o que prescreve o art. 26 da Resolução). Contudo, até a presente data, apenas o Sindicato dos Bancários de Brasília – SEEB foi bem sucedido e, através do Mandado de Segurança Coletivo nº 2008.34.00.034081-3, embora indeferida em pelo juízo da 8ª Vara da Justiça Federal de Brasília, foi possível obter, em grau recursal, a suspensão dos efeitos da referida Resolução. Com a decisão, fica suspensa qualquer devolução de valores relativos a superávit para patrocinadores, assistidos e participantes de planos dos quais façam parte filiados do sindicato. Portanto, tal medida engloba planos patrocinados pelo Banco do Brasil (PREVI), Caixa Econômica Federal (Funcef), Banco Itaú (Fundação Itaúbanco), entre outros.

RENTABILIDADE DOS FUNDOS DE PENSÃO						
	2003	2004	2005	2006	2007	2008*
Carteira	30,01%	21,07%	19,05%	23,45%	25,88%	4,71%
Renda fixa	24,55%	17,95%	15,60%	16,03%	14,73%	6,84%
Renda variável	50,88%	30,40%	28,46%	40,74%	49,82%	1,08%
Outros	14,98%	13,74%	13,42%	15,35%	15,73%	8,03%
CDI	23,29%	16,20%	19,00%	15,03%	11,87%	5,39%
IBX-50	76,17%	26,69%	38,07%	33,74%	51,22%	0,42%
INPC+6%	17,01%	12,50%	11,35%	8,98%	11,47%	7,35%

*Até Junho

Fontes: ABRAPPI/IC-SS/SINDAPP

Quanto maior a alocação de recursos no segmento de renda variável, mais exposto a riscos encontra-se o plano. Grande exemplo desta máxima é o fundo de pensão dos funcionários do Banco do Brasil – PREVI, que chegou a alocar em torno de 65% dos ativos do chamado “Plano 1” em renda variável (hodiernamente, tal montante foi reduzido para 60,4%¹⁰), principal motivo pela qual, em 2008, amargou resultado negativo superior a R\$ 26 bilhões¹¹, causando preocupação entre os especialistas, mesmo considerando os resultados superavitários acumulados¹²:

	2008	R\$ mil 2007
Contribuições	2.033.403	1.949.422
Benefícios	(6.864.328)	(8.223.537)
Rendimentos das Aplicações	(15.267.498)	37.093.170
Renda Fixa	4.844.406	5.899.707
Renda Variável	(21.074.374)	30.464.346
Investimentos Imobiliários	608.340	468.781
Empréstimos e Financiamentos	356.486	272.265
Relacionados com Tributos e Outros	(2.355)	(11.929)
Despesas Administrativas Líquidas	(132.942)	(111.279)
Conta CAPA – Atualizações	(1.417.968)	(1.247.761)
Contingências	(574.316)	(193.640)
Provisões Matemáticas	(4.139.732)	(5.024.311)
Variação de Fundos	(262.248)	(6.110.610)
Resultado do Exercício 2008	(26.625.629)	18.131.454
Resultado de Exercícios Anteriores	52.937.840	34.806.386
Resultado Acumulado	26.312.212	52.937.840

Fonte: Relatório Anual referente ao exercício de 2008 da PREVI

¹⁰ Conforme consta da Política e Diretrizes de Investimento para 2010, referente ao Plano de Benefícios 1, divulgada no site da PREVIC naquele ano.

¹¹ Conforme consta do Relatório Anual da PREVIC do ano de 2008, referente ao Plano de Benefícios 1.

¹² A partir deste Relatório, é possível perceber que na contabilidade do plano, superávits consecutivos impactam positivamente no campo de **Resultado Acumulado**, gerando excedente que terá a destinação legal. Ao revés, sucessivos déficits impactam negativamente no Resultado Acumulado.

Abra-se pequeno parêntese para informar que, conforme art. 43 e 44 da Lei Complementar nº 109 de 2001, existe a possibilidade de se decretar intervenção na EPP em caso de insolvência ou indícios de irregularidade, não havendo se falar em decretação de falência ou recuperação judicial, inclusive a teor do art. 2º, II da Lei 11.101/05.

Note-se que em período muito anterior à crise de 2008, a doutrina já vinha alertando para os riscos de se manter o Sistema de Previdência Privada com poucos mecanismos hábeis a elidir eventual crise. Léo do Amaral Filho (2005:253) colacionou entendimento segundo o qual “*o ordenamento jurídico pátrio é pobre ao dispor acerca de mecanismos destinados a impedir a ineficácia futura do plano de previdência, por ocasião da insuficiência de reservas ou malversação dos recursos investidos*”. Ainda segundo o autor, além de os mecanismos criados pelos órgãos do poder público não impedirem a ocorrência de fatos alheios e externos, em razão da natureza complementar e independente do Sistema de Previdência Complementar, o Estado brasileiro não figura no sistema como garantidor da relação jurídica existente entre as EPPs e os participantes e assistidos (Amaral Filho, 2005:253-254):

A LC 19/2001 prescreve a necessidade de transparência das informações fornecidas aos participantes, que com esses dados poderão encontrar maneiras de fazer valer seus direitos (art. 3º, inciso IV, e 24), dispõe sobre prestação de informações periódicas ao órgão fiscalizador (art. 40), prevê mecanismos de restrição em relação aos ativos das entidades (art. 28). Além disso, prescreve diversas atribuições aos órgãos regulador e fiscalizador. Todavia, esses mecanismos não impedem a ocorrência de fatos alheios e externos. Como exemplo, os riscos do mercado financeiro nacional e mundial e o risco político das nações pode ser determinantes no esvaziamento da capacidade de solvência de qualquer instituição financeira.

Não há, enfim, nenhum mecanismo legal que torne o Estado brasileiro garantidor das obrigações das entidades abertas de previdência privada, exatamente porque o sistema complementar de previdência foi desenvolvido de maneira autônoma, independente do regime geral. Portanto, a inexistência da adoção do conceito de um Estado garantidor das obrigações da previdência privada torna admissível a implantação do regime autônomo, cujos riscos sistêmicos sejam suportados por seus participantes. Contudo, essa concepção não abandona por completo a preocupação de proteger os participantes, ainda que se maneira restrita.

Muito embora não tenha o Estado brasileiro passado a assumir o ônus de garantir a solvência das reservas dos planos, a partir da pouco confortável experiência vivida em 2008 e, também, levando-se em conta a nova realidade econômica de juros mais baixos da qual o Brasil passou a fazer parte (o que ocasionou um menor rendimento também nos segmentos de renda fixa), foi possível notar duas importantes providências tomadas pelos agentes econômicos: a) adoção de políticas legislativas objetivando maior diversificação e segurança nos investimentos e; b) promoção de equacionamentos mediante a revisão de planos de benefícios ou de custeio.

No que tange às novas políticas legislativas, saliente-se que, anteriormente, competia à Resolução CMN nº 3.456 de 2007 traçar diretrizes quanto à aplicação dos recursos garantidores dos planos de benefícios administrados pelas EFPC. No entanto, tal legislação restou revogada pela Resolução CMN nº 3.792 de 2009, cuja grande inovação foi autorizar que as EFPC alocassem maior percentual global de seus recursos garantidores em segmentos de renda variável, proporcionalmente ao suposto risco que o investimento representa. Assim, passou a ser possível maior destinação de recursos em segmentos do Novo Mercado, e menor alocação em investimentos com maior grau de incerteza, como no Nível 1 da BM&F Bovespa (art. 36).

A Resolução também inovou no sentido de exigir certificação do administrador estatutário e dos demais participantes do processo decisório de investimentos (art. 8º), objetivando profissionalizar a gestão das EFPC. Verifica-se, portanto, que todas as alterações convergem no sentido de permitir às EFPC maior diversificação de investimentos visando a tornar menos árduo o cumprimento da meta atuarial, sem que os recursos investidos fiquem demasiadamente expostos às variações de mercado, como ocorreu na crise de 2008, através da criação de mecanismos que confirmam segurança a todo o procedimento.

Por sua vez, as regras de investimentos envolvendo recursos das EAPC permaneceram as mesmas, estando, hodiernamente, regidas pela Resolução CMN nº 3.308 de 2005. Tal fato parece refletir maior flexibilidade nas regras destinadas às entidades abertas.

No que tange à realização de equacionamento através da Revisão do Plano de Benefícios, trata-se de instrumento introduzido pela Resolução CGPC nº 26 de 2008, cujo objetivo é reequilibrar plano que eventualmente esteja em situação deficitária. A revisão do plano em tais hipóteses poderá ocorrer através de: a) aumento de contribuições; b) instituição de contribuição adicional; c) redução dos benefícios a conceder ou; d) outras formas previstas no plano (art. 30). Note-se que a redução de benefícios não é aplicável a assistidos (em razão do direito adquirido), razão pela qual somente poderá ser instituída contribuição extraordinária. Situação semelhante ocorre no âmbito da Previdência Social, onde impera o princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios, consubstanciado no art. 194, parágrafo único, IV da Constituição Federal de 1988, segundo a qual *“essa garantia será implementada de modo a impedir a modificação unilateral do objeto da relação entre segurado e gestor da seguridade social”* (Balera, 2000:21).

Apurado déficit, a EFPC promoverá o equacionamento, obrigatoriamente, em dois momentos distintos: a) no exercício subsequente se, cumulativamente, o déficit for conjuntural conforme apontar parecer atuarial, o valor da insuficiência for inferior a 10% do Exigível Atuarial (Reservas Matemáticas)¹³ e houver estudos concluindo que o fluxo financeiro é suficiente para honrar os compromissos (art. 28, §1º) ou; b) imediatamente, se for apurado déficit por dois exercícios consecutivos independente do valor e causa que o originaram (art. 28, §3º).

O documento que contém a descrição e forma pela qual se operará o equacionamento do plano é denominado Nota Técnica Atuarial, documento onde estarão contidas as hipóteses e métodos atuariais, bem como as expressões matemáticas de cálculo, inclusive dos benefícios.

Do que foi dito, é possível concluir que as EFPC investem para atingir a meta atuarial, revertendo o superávit em proveito dos próprios participantes e assistidos do plano, equacionando eventual déficit na forma da lei. Por sua vez, as EAPC investem para atingir a meta mínima atuarial, suficiente a garantir as obrigações do plano, remetendo os excedentes aos acionistas e, apurado prejuízo, este redundará em perdas tanto para os participantes quanto para os acionistas, até mesmo pelo fato de a legislação autorizar a reversão de excedentes financeiros facultativamente. Em outras palavras, a possibilidade de reversão de excedente financeiro a participantes e assistidos é liberalidade que poderá constar do plano, mas nunca estará nele inserido de forma obrigatória¹⁴. Constitui prerrogativa utilizada como forma de captação de clientela, que optará pelo plano que melhor lhe aprouver.

¹³ Conta contábil onde fica registrado o valor total das Reservas Matemáticas.

¹⁴ Tal afirmativa encontra fundamento na legislação própria que rege as relações, quais sejam, art. 3º da Circular SUSEP nº 338 de 2007, art. 10º da Circular SUSEP nº 219, art. 2º da Circular SUSEP nº 213 de 2002, art. 14 da Resolução CNSP nº 117 de 2004, entre outras normas.

Tais premissas justificam-se pela obrigação do plano de manter-se em equilíbrio, ou seja, o valor atual dos benefícios futuros deverá ser sempre igual ao valor das contribuições futuras. Neste contexto, tanto superávit quanto déficit são situações que denotam desequilíbrio, sendo necessário adotar medidas (equacionamento, distribuição de lucros, reversão, revisão do plano de benefícios e de custeio, *etc.*) em prol do reequilíbrio do plano.

Quanto ao intuito lucrativo, destaque-se ser fundamento de existência das sociedades empresárias, sem a qual se torna inócua sua existência. Portanto, necessário despir-se de qualquer preconceito proveniente de tempos remotos e trazer à baila da discussão o fato de que a remessa de lucros obtidos pela EAPC com o investimento dos recursos dos planos é perfeitamente possível, lícito e inerente à sua natureza de Sociedade Anônima.

Ademais, no que tange às Sociedades Anônimas (e Seguradoras por consequência), estudiosos (Cateb, 2009) da Análise Econômica do Direito, analisando o parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404/76, entendem que sua função social se confunde com a obtenção e distribuição de lucros aos acionistas. Apesar de tal máxima ser sustentável¹⁵, é inegável que emana da previdência privada enorme função social, razão pela qual é possível afirmar que as EAPC possuem dupla função social: a obtenção de lucros e a comercialização de planos de previdência.

3. Planos de Benefícios

Como demonstrado, todo e qualquer plano de benefícios tem suas reservas constituídas através de contribuições realizadas por participantes, assistidos e patrocinadores. Essas reservas são objeto de investimento para que se atinja a meta mínima atuarial, objetivando o cumprimento das obrigações pactuadas e, havendo excedente, a remessa aos acionistas (EAPC) e reversão aos patrocinadores, participantes e assistidos, sendo também possível sua utilização na revisão do plano de benefícios (EFPC). Portanto, os investimentos têm efeito direto na forma pela qual se processa o plano, estando ele exposto a riscos de natureza financeira, econômica e atuarial. Note-se que este risco é inerente aos planos de previdência privada, mormente quando submetidos ao Regime de Capitalização que “*incorpora por sua vez todos os riscos do mercado financeiro*” (Montoro Filho e Nogueira, 1982:54-55).

Contudo, é possível verificar outros efeitos que decorrem do resultado positivo ou negativo, que somente ficam evidentes quando se analisa a estrutura da modalidade de plano escolhida. Como efeito do resultado negativo, aponta-se a menor remessa de lucros aos acionistas nas EAPC e a possível majoração dos valores contidos no Plano de Custeio, criação de contribuições extraordinárias ou até mesmo a redução de benefícios nas EFPC.

Existem três modalidades básicas de planos disponibilizados aos interessados, quais sejam, Benefício Definido, Contribuição Definida e Contribuição Variável.

Por Benefício Definido – BD entende-se a modalidade de plano onde o benefício contratado é previamente conhecido pelo participante, o que lhe confere segurança, pois terá certeza quanto à percepção do benefício em valor predeterminado. Contudo, a tal modalidade associa-se custo variável de contribuições, ou seja, o plano de custeio é atualizado anualmente de acordo com o que a avaliação atuarial apontar ser necessário para garantir tanto a solvência do plano quanto a concessão

¹⁵ A abertura de capital e venda de ações por uma companhia é forma de aportar capital a ser utilizado em investimentos que trarão melhorias às atividades por ela desempenhadas. Obtendo a rentabilidade desejada, é possível que o investidor se sinta encorajado a reinvestir parte de seu patrimônio em novas ações, permitindo que outras companhias realizem investimentos, trazendo ganhos gerais para a sociedade.

de benefícios na forma estabelecida. Em outras palavras, o valor das contribuições é ajustado de modo a que os ativos a serem acumulados possam suportar o pagamento dos valores fixados para os benefícios. Com efeito, o participante tem ciência do benefício que irá receber sem, contudo, ter certeza do montante que deverá despendar para tanto.

O mutualismo é inerente a esta modalidade, já que os riscos do plano são distribuídos entre todos que dele participam, sejam participantes e assistidos, sejam instituidores e patrocinadores, tendo em vista que os investimentos impactam diretamente no resultado do plano que, por sua vez, dependendo da estratégia adotada pela entidade em conjunto com a patrocinadora, pode acarretar variações nas contribuições.

Portanto, a meta atuarial nestes planos é fundamental, estabelecendo patamares mínimos de rentabilidade desejada a partir dos investimentos realizados, sem os quais seria necessário rever o plano de maneira a majorar as contribuições, pois, sendo definidos os benefícios, não será possível reduzi-los. Assim, a ocorrência de superávit ou déficit¹⁶ norteará o plano.

No extremo oposto encontram-se os planos de Contribuição Definida – CD, cujo benefício é calculado a partir do montante constituído pelas contribuições do participante e da patrocinadora, bem como do retorno líquido dos investimentos. Nesta modalidade, é possível saber precisamente o *quantum* da contribuição, que poderá corresponder a percentual sobre salário ou outro valor escolhido. Logo, em tal categoria, os contratantes do plano têm conhecimento da soma que irão desembolsar, sem que seja possível saber com exatidão qual o valor do benefício.

Cada participante possui conta individual orientadora da concessão de benefícios, que somente são pagos quando houver saldo. As contribuições deverão ser adimplidas durante o período de acumulação e, entrando em gozo, o participante passará a perceber seu benefício, que cessará no momento em que esgotarem-se os recursos acumulados.

O fundo individual ou conta relaciona-se diretamente com a rentabilidade dos investimentos por meio da Cota Previdencial (ou Patrimonial), sendo ela constantemente atualizada consoante o retorno dos investimentos e aplicada sobre o valor que cada participante possui individualmente. Constitui, portanto, valioso instrumento necessário para apurar o percentual que cabe a cada um no patrimônio do plano. Havendo crescimento patrimonial em razão de rentabilidade positiva, o participante obterá ganhos, caso contrário, rentabilidade negativa representará perda.

Os benefícios desta modalidade são recalculados diária, semanal ou mensalmente. Com efeito, a cota funciona como taxa cambial (ou fator de atualização de moeda), mas, ao invés de representar o valor de determinada moeda, representa o valor do patrimônio individual do participante perante o plano.

Em suma, a conta individual é atualizada de acordo com o valor da cota que, por sua vez, é atrelada à rentabilidade do plano. Por este motivo, embora raro na prática, hipoteticamente o participante do plano pode vir a ser surpreendido com inexistência de saldo quando entrar em gozo, ocasionando o não pagamento de benefícios.

Infere-se, portanto, que esta modalidade de plano é desprovida de meta atuarial, razão pela qual não apresenta superávit ou déficit no correspondente DRAA¹⁷, encontrando-se sempre em equilíbrio. O resultado, seja ele qual for, será automaticamente agregado na Cota do participante e, portanto, não será utilizado para formação de Reserva de Contingência.

¹⁶ Como exemplo, vide DRAA de Plano na modalidade BD publicado pela FACEAL em anexo, onde fica evidente a existência de superávit e déficit, comprovando a presença da meta atuarial.

¹⁷ Como exemplo, vide DRAA de Plano na modalidade CD publicado pela FACEAL em anexo, comprovando a inexistência de superávit ou déficit, razão pela qual não existe meta atuarial.

Por sua vez, os planos de Contribuição Variável – CV comportam-se de duas formas distintas. Enquanto os participantes se encontrarem na fase de acumulação, inexistindo assistidos, se comporta como se fosse de Contribuição Definida, ou seja, sem meta atuarial e caracterizado pela existência de Cotas Patrimoniais, atualizadas de acordo com a rentabilidade dos investimentos. A partir do momento em que o participante se torna assistido, ou em benefícios de risco (aqueles cuja concessão depende de eventos não previsíveis, como a morte, invalidez, doença ou reclusão), o plano se comporta como de Benefício Definido, sendo necessário estabelecer meta atuarial mínima para continuar o adimplemento das obrigações, já que o saldo presente na conta do participante servirá de base para calcular apenas o benefício inicial. Por este motivo, é comumente denominado Plano Misto.

Com absoluta precisão, Adacir Reis (2002:20) bem sintetiza a distinção entre as três modalidades de Planos de Benefícios, demonstrando como o plano de custeio influencia nas contribuições e benefícios concedidos:

O plano na modalidade de benefício definido é aquele no qual o participante sabe de antemão o quanto receberá de benefício, embora não saiba exatamente o quanto vai pagar, já que esse valor poderá variar de acordo com o plano anual de custeio, podendo diminuir ou aumentar a contribuição a partir da constatação de superávit (art. 20) ou déficit (art. 21). Em outras palavras, no plano de benefício definido a contribuição é indefinida, mas o valor do benefício é previamente definido na data da vinculação do participante ao plano, calculado com base em regras estipuladas em regulamento e geralmente vinculadas ao salário da ativa ou à média extraída de um período de contribuição que antecede a aposentadoria. No plano BD os cálculos são feitos levando em conta o total da massa de participantes. Existe aqui o chamado mutualismo.

O plano na modalidade contribuição definida é aquele no qual o participante não conhece o valor do benefício, mas apenas o valor da contribuição. Em tal tipo de plano, o benefício é indefinido, pois o benefício decorrerá diretamente do montante acumulado pelas contribuições vertidas e pela rentabilidade obtida. No plano CD os cálculos são feitos considerando isoladamente cada participante. Nesses planos não há um benefício previamente definido e não se poderá tecnicamente falar em déficit nem tampouco em superávit, mas apenas em saldo em conta.

O plano misto combina as características dessas duas modalidades de planos.

A maioria dos planos de previdência foi, no passado, concebida na modalidade BD em razão de cultura paternalista até então existente. Contudo, atualmente verifica-se redução na oferta por esta modalidade, cujo espaço tem sido preenchido pelos planos CD e CV¹⁸, em decorrência de diversos fatores, tais como: a) maior flexibilidade outorgada pela legislação nas outras modalidades; b) menor necessidade de revisão de contribuições face às variações de mercado e, dentre outros; c) mitigação da cultura paternalista.

Este movimento é perceptível, principalmente no que toca às EAPC, já que a maior parte dos planos por elas comercializados é de dois tipos específicos: Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL e Vida Garantidor de Benefício Livre – VGBL, ambos essencialmente estruturados na modalidade CD¹⁹.

Muito embora hodiernamente impere a máxima segundo a qual os planos CD sejam melhores que os planos BD mediante o frágil fundamento de que aquela modalidade tem sido a que

¹⁸ Segundo dados da ABRAPP, há uma década, a quantidade de planos na modalidade BD existente, representavam aproximadamente 50% do total. Atualmente tal percentual encontra-se próximo de 20%.

¹⁹ Não raras vezes, tais planos são estruturados sob a modalidade CV. Contudo, isso não lhes retira a natureza de CD, até mesmo porque o plano CV comporta-se como CD durante o período de diferimento.

mais cresce nos Estados Unidos, é de se destacar que, majoritariamente, tem-se utilizado o primeiro como complemento do segundo, não havendo se falar ser um melhor que o outro.

Note-se que tanto o crescimento dos planos CD quanto sua “natureza” complementar foram constatados antes mesmo da edição da Lei Complementar nº 109, pelo então Ministro da Previdência e Assistência Social, Paulo César dos Santos (2000:1-3), em artigo onde abordava a tendência dos planos de previdência complementar:

O crescimento vivido pelas EAPPs, principalmente depois do PGBL, se deve à quantidade de arranjos possíveis de serem implementados e que dão maior flexibilidade ao Sistema, por meio desse tipo de plano. [...]

Temos presenciado que vários segmentos do Sistema vêm promovendo a apologia da superioridade de determinados planos sobre outros. 'Planos de Contribuição definida – CD são melhores do que os do tipo benefício Definido – BD', é a máxima que se tem visto e ouvido nos últimos 5 anos. Mais uma vez, para justificarem essa postura, utilizam o crescimento desse tipo de plano no mercado dos Estados Unidos omitindo, porém, que esse tipo de plano, na grande maioria das vezes, tem a finalidade de proporcionar uma melhoria nos benefícios já oferecidos aos planos do tipo BD e não substituí-los.

Por fim, de se destacar que, seja qual for a modalidade que se estude, estabeleceu-se a obrigatoriedade de que todo plano elaborado pelas Entidades passe pelo crivo do respectivo órgão fiscalizador antes de ser comercializado.

4. Benefícios e Passivo Judicial

Embora seja possível ofertar planos que possuam apenas um único benefício, na maior parte das vezes as entidades de previdência disponibilizam leque de variadas opções passíveis de contratação cumulativa, de acordo com o interesse do participante.

Os tipos básicos de benefícios são: a) Renda por Sobrevivência: renda paga ao participante que sobreviver durante o período de diferimento contratado, sendo usualmente denominada aposentadoria; b) Renda por Invalidez: renda paga ao participante quando este é acometido por invalidez total e permanente ocorrida durante o período em que subsistir a cobertura, desde que transcorrido o prazo de carência previamente determinado; c) Pensão por Morte: renda paga ao beneficiário indicado pelo participante na proposta de adesão, em decorrência de seu óbito enquanto subsistia a cobertura, desde que transcorrido o prazo de carência predeterminado; d) Pecúlio por Morte: montante pago de uma só vez, em dinheiro, ao beneficiário indicado na proposta de inscrição, em decorrência do falecimento do participante durante o período que vigia a cobertura e desde que ultrapassado o período de carência; e) Pecúlio por Invalidez: montante pago de uma só vez, em dinheiro, ao próprio participante, por ter sido acometido de invalidez total e permanente durante o período que vigia a cobertura e desde que ultrapassado o período de carência.

Podem sofrer pequenas variações, sendo concedidos mediante satisfação de condições variadas, *v.g.*, a renda por sobrevivência, cujo pagamento pode estar condicionado ao cumprimento de determinado tempo de serviço (Aposentadoria por Tempo de Serviço) ou tempo de contribuição (Aposentadoria por Tempo de Contribuição) pelo participante. É possível encontrar, ainda, planos que garantam equiparação salarial com funcionários da ativa ou renda vitalícia em valor outro prefixado.

São usualmente classificados de duas maneiras: programados e de risco. É considerado programado o benefício cujo início da fruição pode ser conhecido, tais como as aposentadorias por idade ou tempo de contribuição. Lado outro, benefício de risco é aquele que tem como fato gerador

evento incerto, cuja probabilidade de ocorrer será calculada de acordo com experiências pretéritas, tais como aposentadoria por invalidez ou pensionamento por morte, doença ou reclusão. Contudo, a grande distinção entre eles reside no fato de que os benefícios de risco, independentemente da modalidade do plano em que se encontrem inseridos (Benefício ou Contribuição Definida), têm o início da fruição estimada através de probabilidades, não possuindo data predeterminada para concessão.

Hodiernamente, o judiciário é inundado por demandas judiciais iniciadas por participantes ou beneficiários de planos de Previdência Privada, contribuindo para o passivo judicial das Entidades Abertas e Fechadas. Contabilmente, o passivo judicial é alocado no passivo do Balanço Patrimonial, mais especificamente no campo do Exigível Contingencial, que representa o somatório dos valores decorrentes de questões previdenciárias, administrativas e de investimento, oriundas de interpretações divergentes e que, oportunamente, serão objeto de apreciação pelo judiciário, podendo ou não gerar desembolso pela Entidade. As questões previdenciárias, ressalte-se, englobam todas as demandas judiciais ajuizadas por participantes ou assistidos em decorrência do plano de benefícios contratado.

Segundo dados divulgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁰, o número de demandas judiciais envolvendo previdência privada tem aumentado nos últimos anos, representando, em comparação a todas as demandas ajuizadas, percentual cada vez maior:

- 2009 – 9.162 Ações Distribuídas: 1,64% do Total;
- 2008 – 6.928 Ações Distribuídas: 1,38% do Total;
- 2007 – 8.029 Ações Distribuídas: 1,94 % do Total;
- 2006 – 6.844 Ações Distribuídas: 1,73% do Total;
- 2005 – 4.769 Ações Distribuídas: 1,62% do Total;
- 2004 – 3.357 Ações Distribuídas: 1,36% do Total;
- 2003 – 2.668 Ações Distribuídas: 1,18% do Total.

Embora não seja objeto do presente estudo adentrar ao mérito das demandas existentes e, menos ainda, tecer comentários minuciosos quanto ao seu objeto, a mero título exemplificativo, de se destacar que tais ações envolvem, na maioria dos casos:

- pagamento de diferenças de expurgos inflacionários incidentes sobre o resgate das contribuições pagas ao plano de previdência contratado;
- planos que garantam complementação de aposentadoria da Previdência Social (equivalência salarial de aposentados com funcionários da ativa), pedidos de cesta alimentação e abono único (por produtividade), mediante o fundamento de que se trata de parcela salarial e; dentre outros
- pedido de pagamento de pecúlio sem cumprimento da carência.

Não raras vezes, o magistrado responsável pelo julgamento da controvérsia entende ser o caso de determinar o pagamento de pecúlio antes de findo o prazo de carência estabelecido contratualmente, ou de enquadrar a cesta alimentação e o abono único como parcelas salariais,

²⁰Dados disponíveis no site:

http://www1.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/index.html

hipóteses em que determina sua integração ao benefício pago. Entretanto, os planos de Previdência Complementar são cuidadosamente elaborados levando em consideração o risco da operação, com base em cálculos atuariais e, ao final, antes de ofertados aos potenciais participantes, são previamente analisados e aprovados pelos órgãos fiscalizadores (art. 7º da LC nº 109).

Levando-se em consideração que o número de ações judiciais já mencionadas atingem patamares extremamente elevados, é evidente que decisões contrárias ao estatuto do plano têm relevante impacto sobre o patrimônio das entidades. Por este motivo, os magistrados devem estar atentos aos reflexos de seus julgados e ter ciência que repercutem não apenas entre as partes, mas numa esfera macro.

É verdade que o exigível contingencial representa pequeno valor comparado ao patrimônio líquido de grandes fundos de pensão. Contudo, tem-se observado incremento substancial destes valores em decorrência do enorme número de demandas que têm sido ajuizadas. Impossível deixar de mencionar a PREVI, maior EFPC do Brasil, cujos números aparentam refletir tendência nacional de crescente índice de demandas judiciais envolvendo planos de previdência privada.

R\$ mil		
ATIVO	2007	2006
DISPONÍVEL	4.224	151
REALIZÁVEL	138.197.008	106.003.524
Programa Previdencial (nota 6)	116.091	113.710
Programa Administrativo	1.877	1.344
Programa de Investimentos (nota 7)	138.079.040	105.888.470
Renda Fixa (nota 8)	42.125.527	32.856.259
Renda Variável (nota 9)	90.224.332	67.450.843
Investimentos Imobiliários (nota 10)	2.936.859	2.866.699
Operações com Participantes (nota 11)	2.792.322	2.714.669
PERMANENTE	9.679	10.550
Imobilizado	9.679	10.550
TOTAL DO ATIVO	138.210.911	106.014.225

As Notas Explicativas fazem parte das Demonstrações Contábeis.

R\$ mil		
PASSIVO	2007	2006
EXIGÍVEL OPERACIONAL (nota 14)	14.537.847	12.016.253
Programa Previdencial	14.505.766	12.002.835
Programa Administrativo	2.663	1.908
Programa de Investimentos	29.418	11.510
EXIGÍVEL CONTINGENCIAL (nota 15)	681.599	563.960
Programa Previdencial	357.666	240.661
Programa Administrativo	4.899	2.377
Programa de Investimentos	319.034	320.922
EXIGÍVEL ATUARIAL (nota 16)	62.915.438	57.656.843
PROVISÕES MATEMÁTICAS	62.915.438	57.656.843
Benefícios Concedidos	61.405.832	53.363.618
Benefícios a Conceder	13.418.752	14.628.719
(-) Provisões Matemáticas a Constituir	(11.909.146)	(10.335.494)
RESERVAS E FUNDOS	60.076.027	35.777.169
EQUILÍBRIO TÉCNICO (nota 19)	52.937.840	34.806.387
Resultados Realizados		
Superávit Técnico Acumulado	52.937.840	34.806.387
Reserva de Contingência	15.520.400	14.264.323
Reserva para Revisão de Plano	37.417.440	20.542.064
FUNDOS (nota 20)	7.138.187	970.782
Programa Previdencial	6.142.755	169.562
Programa Administrativo	644.872	485.551
Programa de Investimentos	350.560	315.669
TOTAL DO PASSIVO	138.210.911	106.014.225

Sérgio Ricardo Silva Rosa
Presidente
CPF: 003.580.198-00

Francisco Ferrelira Alexandre
Diretor de Administração
CPF: 301.479.484-87

Ronaldo Antonio Medeiros Ferrelira
Contador
CRC-RJ-071624-0

Cleide Barbosa da Rocha
Atuária
MBA 732

Fonte: Relatório Anual referente ao exercício de 2009 da PREVI²¹

²¹ A nota explicativa nº 15, referente ao Exigível Contingencial, no que tange o Programa Previdencial assim relata: “Fundada em parecer técnico da área jurídica e observada a classificação de risco apontada, a PREVI constituiu provisão para
314
EALR, V. 2, nº 2, p. 297-320, Jul-Dez, 2011

No ano de 2006, a PREVI contava com exigível contingencial referente a demandas judiciais no valor aproximado de R\$ 240 milhões, o que representava apenas 0,226 % do monstroso patrimônio de R\$ 106 bilhões.

Em 2007, o exigível contingencial referente a demandas judiciais aumentou para R\$ 357 milhões, o que representava aproximadamente 0,258 % do ainda maior patrimônio de R\$ 138 bilhões, que aumentou de maneira espantosa em decorrência de investimentos bem sucedidos.

Entretanto, em 2008, o cenário mudou abruptamente. Em razão da crise mundial, o patrimônio da PREVI sofreu retração de R\$ 22 bilhões, chegando a atingir o valor de R\$ 116 bilhões. Lado outro, o exigível contingencial decorrente de processos judiciais praticamente triplicou, chegando ao valor de R\$ 995 milhões. Percentualmente, tal montante representava exatos 0,857 % do patrimônio da PREVI em 2008.

Em 2009 o mercado financeiro superou a crise e a PREVI recuperou seu patrimônio, que continuou a ascensão de 2007 chegando a atingir R\$ 142 bilhões. Contudo, também continuou a crescer o passivo judicial, que chegou a R\$ 1.226 milhões, representando fatia de 0,875% do patrimônio.

ATIVO	R\$ mil		PASSIVO	R\$ mil	
	2009	2008		2009	2008
DISPONÍVEL	339	4.180	EXIGÍVEL OPERACIONAL (nota 11)	14.591.907	14.645.500
REALIZÁVEL	142.603.485	116.702.409	Programa Previdencial	14.569.883	14.616.268
Programa Previdencial (nota 5)	140.352	130.464	Programa Administrativo	2.481	4.863
Programa Administrativo	1.180	1.243	Programa de Investimentos	19.543	24.369
Programa de Investimentos (nota 6)	142.461.953	116.570.702	EXIGÍVEL CONTINGENCIAL (nota 12)	1.255.392	1.126.191
Renda Fixa (nota 7)	44.343.808	43.632.703	Programa Previdencial	1.226.871	995.415
Renda Variável (nota 8)	90.397.346	66.454.008	Programa Administrativo	2.586	1.380
Investimentos Imobiliários (nota 9)	3.879.621	3.251.747	Programa de Investimentos	25.935	129.396
Operações com Participantes (nota 10)	3.841.178	3.232.244	EXIGÍVEL ATUARIAL (nota 13)	74.519.785	67.246.647
PERMANENTE	14.043	10.113	Provisões Matemáticas	74.519.785	67.246.647
Imobilizado	11.448	9.204	Benefícios Concedidos	68.922.251	64.705.513
Diferido	2.595	909	Benefícios a Conceder	18.152.314	14.636.255
TOTAL DO ATIVO	142.617.867	116.716.702	(-) Provisões Matemáticas a Constituir	(12.554.780)	(12.095.121)
			RESERVAS E FUNDOS	52.250.783	33.698.364
			Equilíbrio Técnico (nota 16)	44.202.896	26.312.212
			Resultados Realizados	44.202.896	26.312.212
			Superávit Técnico Acumulado	44.202.896	26.312.212
			Reserva de Contingência	18.247.264	16.555.334
			Reserva para Revisão de Plano	25.955.632	9.756.878
			Fundos (nota 17)	8.047.887	7.386.152
			Programa Previdencial	6.915.427	6.433.136
			Programa Administrativo	693.849	552.505
			Programa de Investimentos	438.611	400.511
			TOTAL DO PASSIVO	142.617.867	116.716.702

Fonte: Relatório Anual referente ao exercício de 2009 da PREVI

fazer face às ações interpostas por ex-participantes. Em 2007, o valor atingiu R\$ 357.645 mil (R\$ 240.630 mil em 2006). A variação observada nas provisões relativas a processos judiciais, no valor de R\$ 117.015 mil, decorre do acréscimo do número de ações no exercício e da reclassificação do risco atribuído a ações já existentes". A partir de tais dizeres conclui-se pelo índice crescente de demandas judiciais.

De se destacar que, do Relatório de 2009 da PREVI constam as seguintes informações:

- O montante de R\$ 1.226 milhões referente a demandas judiciais representa apenas aquelas cuja área técnica jurídica imputou probabilidade de perda provável;
- As ações cuja chance de perda é possível envolvem montante de R\$ 677 milhões²²; e
- Além do valor do passivo judicial representado pelo exigível contingencial, encontra-se provisionado o valor de R\$ 504 milhões.

A partir destas informações, supõe-se que o patrimônio da PREVI era passível de sofrer impacto decorrente de demandas judiciais ajuizadas por participantes na ordem de R\$ 2.407 milhões. Tal valor correspondia a, aproximadamente, 1,719 % do patrimônio da PREVI em 2009.

De se destacar, ainda, que este percentual pode ser taxado como baixo, apenas e tão somente em razão dos constantes resultados superavitários obtidos pelo plano. Contudo, reduzido o patrimônio do plano em decorrência de possíveis oscilações de mercado e, mantendo-se a atual tendência de constante aumento do número de demandas, esta fração tende a se elevar. Acrescente-se que os valores registrados no exigível contingencial são estabelecidos em razão do valor da causa e, não, sobre o valor da condenação. Por este motivo, o montante despendido pela entidade quando do julgamento poderá não ser exatamente o contingenciado.

Além disso, em investimentos de longo prazo, mormente levando-se em consideração a capitalização de juros a eles inerente, tal montante tende a se multiplicar²³. Não obstante estar-se diante de EFPC, todo o raciocínio é extensível às EAPC, já que também investem os recursos dos planos para adimplir suas obrigações e, mais, para obter lucros e remetê-los aos acionistas.

É, portanto, possível observar os investimentos realizados pelas Entidades Abertas e Fechadas sob o prisma da Teoria dos Custos de Transação que, por meio de leitura do conceito formulado por Donald Wittman (2006), conclui-se serem as variáveis que envolvem todo e qualquer negócio jurídico, onde os agentes, certamente, observarão seus custos não aparentes.

5. Impacto do Passivo Judicial nos Planos BD e CD

Os números supracitados, em primeiro momento, podem induzir à conclusão de que os magistrados devem direcionar seus julgados no sentido de não causar reflexos econômicos negativos, em detrimento do reconhecimento de direitos individuais. Entretanto, não é o que se sustenta.

Segundo entendimento do Ministro Félix Fischer, constante da apresentação da recentíssima obra do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rogério Gesta Leal (2010:5) o qual ora se corrobora, *“em última análise, pode-se afirmar que conclama os Juízes à responsabilidade da toga – alertando sobre o risco de descrédito do próprio Poder Judiciário – ao desvendar as relações de tensão subjacentes à efetividade dos comandos constitucionais em contrapartida às possibilidades*

²² Embora tal montante se refira também a questões tributárias, trabalhistas, cíveis e outras, comparando o passivo de perda provável do Programa Previdencial (R\$ 1.226 milhões) com os passivos de perda provável dos Programas Administrativo e de Investimentos (respectivamente R\$ 2,5 e 25,9 milhões) acredita-se ser possível supor que mais de 90% do aludido valor de R\$ 677 milhões refere-se a demandas envolvendo participantes.

²³ Rememore-se o fato de que as Sociedades Seguradoras (EAPC) que atuam exclusivamente no ramo de vida estão autorizadas a comercializar planos de previdência (art. 36, parágrafo único da LC nº 109), e acrescente-se, como consequência da existência de passivo judicial, que estas sociedades são avaliadas por analistas de mercado financeiro, fazendo com que sejam consideradas mais ou menos confiáveis.

econômicas para a sua realização”. Desta forma, o que se pretende é demonstrar o alcance da atual avalanche de demandas judiciais ajuizadas em face das Entidades de Previdência Privada e sua repercussão econômica.

Embora o valor representado por ações judiciais seja pequeno comparado ao patrimônio de grandes entidades, é indiscutível que, sendo parte integrante do exigível contingencial e, mais, representando possível perda para as Entidades, podem gerar ou contribuir para eventual déficit. A existência de passivo judicial faz com que a Entidade disponha de menos recursos para realizar investimentos, gerando menor rentabilidade para os planos. A rentabilidade, por sua vez, é o fator que mais influencia no resultado do plano, e a existência de passivo judicial, além de implicar perda de rentabilidade, gera perda de valor agregado.

O déficit nas EFPC, conforme art. 28 da Resolução CGPC nº 26, pode gerar a necessidade de equacionamento do plano através de: a) aumento de contribuições; b) redução de benefícios a conceder; c) instituição de contribuição adicional ou; d) instituição de contribuição extraordinária para assistidos. Já no caso das EAPC, apurado prejuízo (déficit), poderá ocorrer, além das hipóteses descritas para as EFPC e, excetuada a instituição de contribuições além das ordinárias: a) não reversão de valores a participantes, assistidos e instituidores e; b) menor remessa de lucros aos acionistas.

Na modalidade BD, o plano de custeio é revisto anualmente de acordo com a avaliação atuarial, dependendo, o fiel cumprimento das obrigações contratadas, de obtenção de rentabilidade igual ou superior à meta atuarial. Os benefícios são definidos e, portanto, não poderão sofrer redução. O Plano de Benefícios é estático do ponto de vista metodológico, razão pela qual a única solução possível é o incremento nas contribuições ou a instituição de contribuição adicional. Esta é a principal característica dos planos regidos pelo mutualismo, princípio segundo o qual os riscos inerentes ao plano são distribuídos entre aqueles que dele participam. Investimentos impactam diretamente no resultado do plano e, de acordo com a estratégia adotada pela entidade em conjunto com a patrocinadora, é possível que ocorram variações nas contribuições.

A título exemplificativo, o fundo de pensão ECONOMUS vinha apresentando déficit desde 2006, tendo sido necessária a instituição de duas contribuições extraordinárias, uma em 2006 e outra em 2009, para equacionar a situação de desequilíbrio²⁴.

Por sua vez, os planos CD possuem as contribuições predefinidas, sendo estático o Plano de Custeio do ponto de vista metodológico, razão pela qual não poderão ser majoradas ou instituídas novas contribuições. Portanto, somente será lícito reduzir os benefícios. De se destacar que esta modalidade de plano é marcada pela existência de Cotas Patrimoniais e por Contas Individuais para cada participante, onde são depositadas as contribuições. Esgotados os recursos presentes na conta, cessa automaticamente o benefício. Por este motivo, independentemente de os investimentos serem ou não rentáveis, isso não alterará o valor das contribuições, mas, sim, o valor do benefício auferido ao final do prazo estabelecido. A taxa de valorização dos benefícios está diretamente ligada à rentabilidade dos investimentos, o que significa que, se em determinado momento o patrimônio auferir rentabilidade negativa, ela também será incluída no saldo do participante, ocasionando perda. Assim, o plano estará sempre em equilíbrio, fazendo com que o ativo líquido destinado às coberturas contratadas seja sempre igual ao passivo, não gerando resultado positivo ou negativo, sendo impossível a instituição de contribuição extraordinária decorrente de déficit.

²⁴ Conforme consta da Avaliação Atuarial Anual de 2009, referente ao Plano de Benefícios do Regulamento Geral disponível em www.economus.com.br.

De maneira sintética, julgadas procedentes as demandas geradoras de passivo judicial, a Entidade irá dispor de menos recursos para investir, afetando diretamente o resultado dos planos. O resultado, por sua vez, tem influência sobre planos que possuam meta atuarial, ocasionando déficit ou superávit (excedente). Assim, poderá ser necessário instituir contribuição adicional ou aumento das contribuições normais para viabilizar a inalterabilidade dos benefícios contratados. Lado outro, nos planos que não possuam meta atuarial, o resultado dos investimentos influencia na apuração do valor da Cota que, por sua vez, servirá de índice de atualização do montante contido na conta do participante, seja ele negativo ou positivo, gerando maior ou menor benefício futuro sem que isso altere as contribuições.

Contudo, não apenas os participantes dos planos sofrem prejuízos decorrentes de menos investimentos. Os acionistas das EAPC são frontalmente atingidos pela menor remessa de lucros que poderiam ser obtidos com maior destinação patrimonial vertida a políticas de investimento.

Fazendo uso do entendimento de alguns doutrinadores segundo o qual a função social das Sociedades Anônimas confunde-se com a obtenção e distribuição de lucros, em última análise, a menor quantidade de lucros remetidas aos sócios da S/A ocasionaria redução de função social.

Portanto, não apenas os magistrados devem estar atentos aos seus julgados. Sempre que possível, os participantes devem avaliar a situação patrimonial da Entidade com que contratam, levando em conta não apenas as condições ofertadas, mas também a possibilidade de perda patrimonial em face das ações ajuizadas.

6. Conclusão

Não se pode ser leviano ao ponto de afirmar que o passivo judicial das entidades de previdência privada pode acarretar sua insolvência, até mesmo porque tal afirmativa só seria possível mediante análises matemáticas, o que foge à competência dos juristas. Também não restam dúvidas quanto ao impacto negativo que causam no patrimônio, fazendo com que haja menos recursos disponíveis para investimento.

Por sua vez, a menor quantidade de recursos disponíveis para investimento, quebra ou, ao menos, reduz a intensidade com que se processa a espiral desejada pelas sociedades anônimas de capital aberto, que denota a captação de recursos com consequente investimento realizado visando à majoração de lucros para subsequente distribuição ao investidor que, então, se verá encorajado a novamente investir.

Em outras palavras, o passivo judicial, nas Entidades Abertas, tem o condão de reduzir a distribuição de lucros realizadas já que são realizadas contingências (que refletem no Exigível Contingencial) baseadas na probabilidade de perda (possível, provável ou remota – quanto maior a probabilidade de insucesso na demanda, maior o valor contingenciado), ficando o valor contingenciado indisponível para distribuição aos acionistas (já que, em última análise, o que se discute em demanda judicial envolvendo Entidades de Previdência Privada é, basicamente, a destinação do superávit ou lucro, se para os acionistas e beneficiários ou se em prol do interesse individual pleiteado). No caso das Entidades Fechadas, o passivo judicial pode influenciar diretamente no equilíbrio financeiro do plano, fazendo com que sejam necessários equacionamentos mediante aumento do valor das contribuições ou mesmo instituição de novas e, ainda, a redução dos benefícios.

A impossibilidade de se realizar distribuição de lucros aos acionistas para as EAPPs e o desejado equilíbrio financeiro-atuarial nas EFPCs são as maiores justificadoras da avidez com que têm as grandes demandadas diligenciado no sentido de encerrar os processos judiciais por meio de

acordo. Tal medida visa, essencialmente, a reduzir o Exigível Contingencial. Ainda que seja oneroso o acordo firmado, o dispêndio será seguramente mais vantajoso quando comparado com eventual condenação. Ademais, o custo operacional advindo de um processo ativo é reduzido.

O montante advindo da diferença entre o valor contingenciado e o efetivamente gasto para adimplir o acordo é a tão desejada economia, sendo ela destinada, nas sociedades anônimas, em última análise, aos acionistas e, nos fundos de pensão, aos próprios participantes e assistidos.

Muito embora tal medida se faça necessária tendo em vista as sucessivas (e muitas vezes questionáveis do ponto de vista técnico) condenações judiciais visando a minimizar prejuízos, questiona-se se seria a melhor postura a ser adotada em um cenário fictício onde não se fizesse presente o hoje arraigado preconceito que envolve a obtenção de lucro e o poderio econômico.

A composição amigável advém, na maior parte dos casos, da necessidade de se minimizar prejuízo antevisto com elevado grau de certeza, mas que, nem sempre, corresponde à norma que rege o tema em discussão. É que, muito embora sejam aplicáveis a litígios envolvendo previdência complementar diversos instrumentos normativos, o Código de Defesa do Consumidor emerge como principal fonte principiológica e normativa, mitigando-se normatização especial da SUSEP e CNSP, Código Civil e até mesmo Leis Complementares. Não se está afirmando que demandas ajuizadas em face de grandes instituições são fruto do capricho do demandante, mas que, em muitos casos, são claramente mitigadas regras contratuais lastreadas em instrumentos normativos utilizando-se de princípios consumeristas que militam em prol de interesses individuais.

Este movimento, como demonstrado, tem reflexo direto no patrimônio das Entidades, imobilizando valores, que ficam contingenciados, impedindo a realização de investimentos, o que, em princípio (e dentro de cenários econômicos favoráveis), acarreta rentabilidade aquém da desejada. Naturalmente que o resultado final deste processo é um montante menor de lucro remetido ao acionista e necessidade de maior dispêndio por parte dos participantes e assistidos, seja mediante majoração de contribuições ou até mesmo por meio de redução da Cota patrimonial.

Conclui-se indagando até que ponto revelam-se vantajosas, senão para o demandante individualmente considerado, decisões que mitigam preceitos contratuais e legalmente estabelecidos em normatização própria, decisões essas, muitas vezes fundamentadas em mitos, falsas premissas ou até mesmo em preconceitos já que, mediante análise sistêmica do funcionamento do Sistema de Previdência Complementar brasileiro, quem aparenta estar sendo prejudicada é a própria coletividade e, não, a Entidade de Previdência.

7. Referências

- Amaral Filho, L. do. (2005) *Previdência Privada Aberta*. São Paulo: Quartier Latin.
- Balera, W. (2005). *Comentários à lei de previdência privada*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin.
- _____. (2000), Wagner. *Sistema de seguridade social*. São Paulo: LTr.
- Cassa, I. (2009). *Contrato de Previdência Privada*. São Paulo: MP Editora.
- Cateb, A.B. (2009). *Análise Econômica da Lei de Sociedades Anônimas*. Âmbito Jurídico, v. 05/09, p. 3; *Meio de divulgação*: Digital; Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_caderno&revista_caderno=8.
- Leal, R.G. (2010). *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. ENFAM.
- Montoro Filho, A.F., & Nogueira, C.O. (1982). *Previdência social e previdência complementar*. São Paulo: Instituto de Pesquisas Econômicas da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo.

- Oliveira, F.E.B., Pasinato, M.T.M., & Peyneau, F.P.L. (2000) Evolução Recente do Sistema de Previdência Complementar no Brasil e Mercado Potencial. In: *XII Encontro da Associação Brasileira de Estudos Populacionais*, 2000, Caxambu. Anais do XII Encontro da Associação Brasileira de Estudos Populacionais. Caxambu: ABEP. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Evolução Recente do Sistema de Previdência Complementar....pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Evolução%20Recente%20do%20Sistema%20de%20Previdência%20Complementar....pdf)>.
- Reale, M. (2006). *As entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos e o Código Civil de 2002*: Revista dos Tribunais (São Paulo), v.95, nº 843, p. 115-120.
- Reis, Adacir. (2002) Temas Centrais da Nova Legislação. In: Fundos de Pensão em Debate (coordenação de A. Reis). Brasília: Brasília Jurídica.
- Reis, Ernesto. J. P. dos (2002). Previdência Privada Aberta. In: *Curso de direito previdenciário. Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira* (coord. W. Balera). 5ª ed., São Paulo: Editora LTr.
- Rodrigues, F. M. (2002). *Fundos de Pensão de Servidores Públicos*. São Paulo: Livraria e Editora Renovar.
- Santos, P. C. dos (2000). Tendências nos Desenhos de Planos de Previdência Complementar. In: *Boletim de previdência complementar. Brasília: publicação oficial da Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social*, v. 1, nº 5.
- Wittman, D. (2006). *Economic foundations of law and organization*. Cambridge University Press.