



**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em  
Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**

**ANA CAROLINE MILHOMENS BARBOSA SANTANA**

O descompasso da Súmula 288 do Tribunal Superior do Trabalho frente aos princípios e regras que regem o Sistema de Previdência Complementar Brasileiro.

Brasília – DF

Agosto/2013

**ANA CAROLINE MILHOMENS BARBOSA SANTANA**

O descompasso da Súmula 288 do Tribunal Superior do Trabalho frente aos princípios e regras que regem o Sistema de Previdência Complementar Brasileiro.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Professor Luis André Lima.

Brasília – DF

Agosto/2013

**ANA CAROLINE MILHOMENS BARBOSA SANTANA**

O descompasso da Súmula 288 do Tribunal Superior do Trabalho frente aos princípios e regras que regem o Sistema de Previdência Complementar Brasileiro.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Professor Luis André Lima.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_, com

Menção \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

Agradeço ao Escritório Reis, Tôres e Florêncio Advocacia, na pessoa do Dr. Adacir Reis, pela oportunidade que me foi concedida de cursar a pós-graduação nesse Instituto.

Ao meu orientador, professor Luis André Lima, que aceitou prontamente o meu pedido de orientação.

## RESUMO

Análise da aplicação da Súmula 288 do Tribunal Superior do Trabalho aos contratos previdenciários privados firmados entre os participantes e as Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Os planos de benefícios administrados por Entidades Fechadas de Previdência Complementar são destinados a um público específico de pessoas, posto que oferecidos somente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas. Com isso, para que um participante possa aderir a um plano de benefícios, ele deve ser, necessariamente, empregado da empresa que patrocina esse plano. Portanto, o contrato de trabalho estabelecido entre o empregado e o empregador (patrocinador do plano) é um requisito de ingresso para que esse empregado, por ato de vontade sua, adira ou não ao plano previdenciário administrado por uma Entidade Fechada de Previdência Complementar. Contudo, em que pese haver a necessidade de um contrato de trabalho como condição de ingresso no plano de benefícios, o contrato previdenciário é totalmente autônomo e desvinculado daquele. Essa autonomia e desvinculação ocorrem, principalmente, pelo fato de que o Regime de Previdência Privada é regido por regras e princípios próprios, previstos na legislação específica de regência do Sistema de Previdência Complementar (Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001) e nos Regulamentos dos Planos (contrato civil). No entanto, apesar da autonomia do contrato previdenciário em relação ao contrato de trabalho, o Poder Judiciário tem aplicado dispositivos estranhos ao Sistema de Previdência Complementar quando entendem que as alterações promovidas nos contratos previdenciários causam prejuízos aos participantes/empregados. Assim, para impedir a ocorrência de alterações nos Regulamentos dos Planos de Benefícios, o Poder Judiciário tem invocado a Súmula 288 do TST, bem como o artigo 468 da CLT, aplicáveis somente ao contrato de trabalho, quando a Lei Complementar 109/2001 prevê expressamente a possibilidade de alteração do Regulamento do Plano. Entretanto, torna-se imprescindível que ao Regime de Previdência Complementar seja aplicado a legislação que lhe rege, sob pena de afronta ao artigo 202 da Constituição Federal e aos princípios que conduzem esse Sistema ainda pouco conhecido.

Palavras-chave: Súmula 288 do TST. Entidade Fechada de Previdência Complementar. Legislação civil específica. Autonomia do Contrato Previdenciário.

## **ASBTRACT**

Analysis of the application of the Precedent 288 of the Superior Court of Labor to the private pension contracts signed between the participants and the Closed Complementary Pension Entities. The plans of benefits administered by the Closed Complementary Pension Entities are designed for a specific group of people, once they are offered only to the employees of a company or group of companies. In this sense, for a participant to join a plan of benefits, they must necessarily be employed by the company which sponsors this plan. Therefore, the contract established between the employee and the employer (sponsor of the plan) is an admission requirement for this employee, by an act of their own will, to join or not the pension plan administered by the Closed Complementary Pension Entity. However, although there is need for a work contract as a condition to join the plan of benefits, the pension contract is totally autonomous and unlinked from the work one. This autonomy and untying occur mainly because of the fact that the Private Pension System is ruled by its own rules and principles, as determined in the specific law that governs the Complementary Pension System (Complementary Law 108 e 109, both from 2001) and in the rules of the Plans (civil contract). Nevertheless, despite the autonomy of the pension contract in relation to the work contract, the Justice has been applying rules which are different from the Complementary Pension System when they understand that the changes occurred in the pension contracts cause losses to the participants/ employees. In order to discourage the changes in the Rules of the Plans of Benefits, the Justice has evoked the Precedent 288 from the Superior Court of Labor, as well as the article 468 from the Consolidated Labor Laws (CLT), applicable only to the work contract, when the Complementary Law 109/2001 explicitly predicts the possibility of change of the Rules of the Plan. However, it has become crucial to apply the Complementary Pension Regime to the legislation it rules over, under the penalty of conflicting with the article 202 from the Federal Constitution and with the principles of this System which is still very little known.

Keywords: Precedent 288. Closed Complementary Pension Entities. Specific civil legislation. Autonomy of the Pension Contract.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	PANORAMA GERAL DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	11
3	CONTRATO DE TRABALHO <i>VERSUS</i> CONTRATO PREVIDENCIÁRIO PRIVADO	16
4	A SÚMULA 288 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	22
4.1	ANÁLISE DOS PRECEDENTES QUE DERAM ORIGEM À SÚMULA 288 DO TST	22
4.2	A REVISÃO DA SÚMULA 288 DO TST NO ANO DE 2003	30
5	A INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 288 DO TST FRENTE AO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR BRASILEIRO	32
6	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECIDE PELA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA PROCESSAR E JULGAR CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	43
7	CONCLUSÃO	51
8	REFERÊNCIAS	54

## 1 INTRODUÇÃO

A temática desenvolvida pelo presente trabalho indaga a aplicação da Súmula 288 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) aos contratos previdenciários privados firmados entre os participantes dos planos de benefícios e as Entidades Fechadas de Previdência Complementar.

Isso porque o regime de previdência complementar, também chamado de previdência privada, tem princípios e comandos específicos, pois com a Emenda Constitucional (EC) 20/1998, foi dada uma nova redação ao artigo 202 da Constituição Federal (CF), cujo *caput* passou a estabelecer que o regime de previdência privada será regulado por lei complementar.

Diante da nova redação do artigo 202 da Carta Magna, as atividades das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) passaram a ser regidas pela Lei Complementar (LC) 109/2001, que fixa as regras da previdência complementar, e pela Lei Complementar 108/2001, caso tais entidades de previdência tenham planos de benefícios patrocinados por empresas ou órgãos integrantes da Administração Pública Direta ou Indireta.

Assim, com o advento de uma legislação especial e específica que rege todo o Sistema de Previdência Complementar Brasileiro, os princípios e regras que o conduzem merecem atenção, respeito e correta aplicabilidade, uma vez não ser raro posicionamentos de Tribunais que desafiam a sua higidez.

Isso porque, mesmo diante da existência de uma legislação própria que disciplina o Sistema de Previdência Complementar, observa-se que o Poder Judiciário tem aplicado dispositivos e entendimentos estranhos às normas que regulam esse Regime de Previdência, como a Súmula 288 do TST.

Isso ocorre porque o Poder Judiciário Trabalhista pretende equiparar o contrato de trabalho ao contrato previdenciário. Todavia, por expresse mandamento constitucional, tal conduta se revela imprópria, uma vez que o parágrafo 2º do artigo 202 da Constituição Federal é claro ao consignar que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada “não

integram o contrato de trabalho dos participantes”, daí o desacerto em considerar a Súmula 288 do TST no âmbito dos contratos previdenciários privados. Com isso, não poderia o Poder Judiciário ignorar a legislação especial que rege a previdência privada em razão da Súmula 288 do TST, que se mostra na contramão da lei, pois não leva em consideração a existência da Lei Complementar 109/2001 e dos princípios que norteiam o Sistema de Previdência Complementar Brasileiro.

Verifica-se, portanto, que o tema possui relevância jurídica fundamental, posto que o Sistema de Previdência Complementar Brasileiro possui milhões de participantes e assistidos, bem como obrigações de natureza previdenciária que correspondem a bilhões de reais. Além disso, a relevância jurídica também se verifica na necessidade de se aplicar a correta legislação para as causas relativas às entidades fechadas de previdência complementar, posto que a aplicação de dispositivos estranhos ao conjunto normativo que disciplina as Entidades Fechadas de Previdência Complementar, tal como a Súmula 288 do TST, poderá gerar Fundos de Pensão inadimplentes, impedindo, assim, que eles cumpram aquilo que foi contratado.

O Sistema de Previdência Complementar Brasileiro também exerce importante papel social, na medida em que desonera a Previdência Oficial (Regime Geral de Previdência Social – INSS) da obrigação de, sozinha, arcar com toda a responsabilidade pela proteção social (pagamento de aposentadorias) de milhões de brasileiros<sup>1</sup>. Além desse aspecto, o papel social também se destaca na medida em que as entidades de previdência complementar asseguram uma melhor qualidade de vida e uma manutenção do padrão aquisitivo dos seus aposentados, já que aludidas entidades complementam a aposentadoria paga pelo Estado (INSS).

Ademais, importante esclarecer que o tema será enfrentado em cinco capítulos. O primeiro capítulo, de caráter geral e introdutório, tratará do panorama geral das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, conceituando-as, demonstrando sua natureza jurídica, o seu aspecto normativo e as suas características. Após, no segundo capítulo, será analisada as diferenças existentes

---

<sup>1</sup> O regime de previdência complementar brasileiro é composto hoje por 324 entidades fechadas de previdência complementar que administram 1.127 planos de benefícios. Esses planos são oferecidos por 2.542 patrocinadores, 478 instituidores e protegem aproximadamente seis milhões de brasileiros. Disponível em <<http://www.assprevisite.com.br/>> Acesso em 22 de ago. 2013.

entre o contrato de trabalho e o contrato previdenciário, bem como a autonomia e desvinculação que há entre eles, já que regidos por leis distintas.

No terceiro capítulo, será feita uma breve análise dos precedentes que deram origem à Súmula 288 do TST, a fim de demonstrar que a realidade fática da época em que a Súmula foi editada é bem diferente do cenário atual. Ainda, será abordada, sucintamente, a revisão da mencionada Súmula ocorrida no ano de 2003, cujo verbete foi mantido em sua integralidade.

Diante do que foi abordado nos capítulos anteriores e que ratificam a problemática do tema, no quarto capítulo o problema será enfrentado, primeiramente, pela análise da legislação existente sobre o tema (LC 108 e 109, de 2001), onde se verificará que o Sistema de Previdência Complementar Brasileiro tem comandos e princípios próprios, que não podem ceder lugar a dispositivos e entendimentos que se revelam impróprios e que estão na contramão da lei de regência da previdência privada, como a Súmula 288 do TST.

Por fim, no último capítulo, é relatado o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário (RE) 586.453/SE, ocorrido no dia 20.02.2013, que decidiu ser competente a Justiça Comum para julgar controvérsias que envolvem o Regime de Previdência Complementar Fechado. Tal julgamento, em que pese ter analisado apenas o tema “competência”, ratificou a autonomia do contrato previdenciário em relação ao contrato de trabalho, o que desse RE um divisor de águas para os processos que envolvem as Entidades Fechadas de Previdência Complementar, pois ele proclamou a natureza civil do contrato previdenciário.

## 2 PANORAMA GERAL DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

As Entidades Fechadas de Previdência Complementar, também conhecidas como Fundos de Pensão, são criadas com o objetivo de atender a um público específico de pessoas (empregados de uma empresa que manifestem tal ato de vontade), conforme artigo 31, inciso I da LC 109/01 e, por lei, não podem ter finalidade lucrativa:

Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores;

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.<sup>2</sup>

Destaque-se, ainda, que as entidades fechadas de previdência complementar têm nítida natureza privada, independente de seu patrocinador ser um ente estatal, já que elas não integram a Administração Pública. Assim, a título de exemplificação, em que pese a CAIXA ser uma empresa pública, a FUNCEF – Fundação dos Economiários Federais é, e sempre será, uma entidade previdenciária privada.

Quanto ao aspecto normativo, as Entidades são regidas pelo artigo 202 do Texto Constitucional e pela Lei Complementar 109, de 29.05.2001, que traz as normas gerais para o funcionamento das EFPC e dos Planos de Benefícios por elas administrados, além de outros diversos normativos infralegais. Registre-se, também, a existência da Lei Complementar 108, igualmente de 29.05.2001, que contempla algumas regras específicas para as EFPC administradoras de planos previdenciários patrocinados por entes e empresas públicas.

Dispõe o artigo 202 da Constituição Federal que:

---

<sup>2</sup> BRASIL. Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm)> Acesso em 10 de abr. 2013.

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

Assim, o Regime de Previdência Complementar, que engloba os fundos de pensão (e também as Entidades Abertas), submete-se a alguns princípios básicos, destacando-se os seguintes: a autonomia frente ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS; caráter complementar; a adesão facultativa; a constituição de reservas.

A previsão da autonomia frente ao Regime Geral (INSS) indica que o Regime de Previdência Complementar é regido por regras diferentes das existentes para aquele, até porque o campo de atuação dos dois Regimes é diverso. O Regime Geral representa a Previdência Pública (Básica), universal e compulsória, ao passo que o Regime de Previdência Complementar (Privada) tem caráter complementar, com adesão facultativa.

Quanto à questão da facultatividade, verifica-se que o Regime de Previdência Complementar assegura a opção do participante por aderir, permanecer ou sair do plano previdenciário a ele oferecido, de acordo com as regras previstas na legislação específica (artigo 16, § 2º LC 109/01):

Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

[...]

§ 2º É facultativa a adesão aos planos a que se refere o caput deste artigo.

A facultatividade não engloba, portanto, a opção pelo melhor reajuste, pois os reajustes das contribuições e dos benefícios são previstos nos Regulamento dos Planos de Benefícios, conforme determinação da LC 108/2001:

Art. 3º Observado o disposto no artigo anterior, os planos de benefícios das entidades de que trata esta Lei Complementar atenderão às seguintes regras:

[...]

Parágrafo único. Os reajustes dos benefícios em manutenção serão efetuados de acordo com critérios estabelecidos nos regulamentos dos planos de benefícios, vedado o repasse de ganhos de

produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para tais benefícios.<sup>3</sup>

Assim, o princípio da facultatividade somente se aplica quanto à adesão, permanência e saída do plano de previdência complementar, não podendo a sua aplicação ser estendida para outros temas.

Nesse prisma, sublinha Lygia Avena:

Como consagrado na Constituição Federal e reiterado no art. 1º da Lei Complementar 109/2001, o Regime de Previdência Privada, de caráter complementar, possui caráter facultativo não podendo ser imposto em decorrência de contrato de trabalho ou de vínculo associativo. A relação jurídica que se estabelece entre os participantes e as entidades fechadas de previdência complementar decorre de um ato de vontade, manifestado na sua adesão ao Regulamento do Plano de Benefícios por elas administrados.<sup>4</sup>

Já a constituição de reservas, obtida por meio da capitalização das contribuições patronais e individuais, constitui-se em meio necessário para a consecução da finalidade do Regime de Previdência Complementar, qual seja, o pagamento dos benefícios previdenciários previstos no Regulamento do plano de benefícios.

A necessidade de observância da “constituição de reservas” decorre de uma questão de lógica: só pode haver pagamento de benefício se tiver havido o respectivo custeio (contribuições) para tal pagamento, já que o custeio precede o benefício.

O nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras é previsto no plano de custeio que tem periodicidade anual, nos termos do artigo 18 da LC 109/01:

---

<sup>3</sup> BRASIL. Lei Complementar 108, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp108.htm)> Acesso em 13 de ago. 2013.

<sup>4</sup> AVENA, Lygia (Coord.). **Fundamentos jurídicos da previdência complementar fechada**. São Paulo: CEJUPREV, 2012. p. 13.

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.

§ 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

§ 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.<sup>5</sup>

Assim, verifica-se que a capitalização e a constituição de reservas são princípios aplicáveis a todo o Regime de Previdência Complementar. Desse modo, independente da modalidade de planos previdenciários adotada (Plano de Benefício Definido, Plano de Contribuição Variável ou Plano de Contribuição Definida), tais princípios básicos sempre se aplicam quando se estiver diante de uma relação previdenciária complementar fechada.

A característica típica de planos previdenciários organizados na modalidade “benefício definido” é o mutualismo. Justamente por força desse mutualismo é que há um vínculo solidário entre os participantes que garante que a contribuição de todos eles componha um patrimônio comum, que, por sua vez, irá garantir os benefícios de cada um.

Outro ponto que merece destaque é que para a fiscalização das Entidades Fechadas de Previdência Complementar e dos Planos de Benefícios, existe, atualmente, uma autarquia especial, a PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar, vinculada ao Ministério da Previdência Social, a quem compete “zelar pelas sociedades civis e fundações”, nos termos do artigo 77 da LC 109/01:

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm)> Acesso em 10 de abr. 2013.

Art. 72. Compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas zelar pelas sociedades civis e fundações, como definido no art. 31 desta Lei Complementar, não se aplicando a estas o disposto nos arts. 26 e 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário.<sup>6</sup>

Assim, se alguma demanda pode colocar em risco a solvência de algum plano previdenciário administrado por Entidade Fechada de Previdência Complementar deve, necessariamente, ser oportunizada a atuação do órgão fiscalizador para zelar por ele e por seus participantes.

Até porque, o Regulamento do plano de benefícios, contrato civil-previdenciário firmado entre participantes e as entidades fechadas de previdência complementar, foi objeto de prévia análise por esse órgão federal de supervisão, fato de que deve ser levado em consideração pelo Poder Judiciário no caso de um conflito.

Além da PREVIC como órgão de fiscalização, as Entidades Fechadas de Previdência Complementar também estão submetidas ao Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC), responsável pela regulação; à Secretaria de Políticas da Previdência Complementar (SPPC), responsável pela formulação de políticas para a previdência complementar; à Câmara de Recursos da Previdência Complementar (CRPC), responsável pela apreciação de recursos administrativos contra decisões da PREVIC relativas à aplicação de penalidades por infração à legislação. Todos esses órgãos estão vinculados ao Ministério da Previdência Social.

Por fim, registre-se que caso alguém pretenda ter um plano de previdência, mas não tem acesso à previdência complementar, poderá aderir a um plano individual de entidades abertas ou companhias seguradoras, normalmente atreladas a instituições financeiras bancárias.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm)> Acesso em 10 de abr. 2013.

### 3 CONTRATO DE TRABALHO *VERSUS* CONTRATO PREVIDENCIÁRIO PRIVADO

O caráter contratual do Regime de Previdência Complementar vem previsto expressamente no *caput* do artigo 202 do Texto Constitucional ao mencionar “benefício contratado”. O artigo 68 da Lei Complementar 109/2001 também reitera a contratualidade do vínculo estabelecido entre participantes, entidades e suas patrocinadoras.

Ainda, o § 2º do artigo 202, da Carta Magna, também consigna que “as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes...”.

Desse modo, verifica-se que o vínculo jurídico estabelecido entre os participantes e as entidades fechadas de previdência complementar é contratual, volitivo, de natureza civil-previdenciária e se aperfeiçoa quando da adesão dos participantes aos planos de benefícios das entidades, formando o denominado ato jurídico perfeito, constituído por meio de contratos privados.

Ilustrativas nessa diretriz as afirmações de Lygia Avena:

Tais contratos são consubstanciados nos regulamentos dos planos de benefícios aos quais os participantes aderem, de forma opcional, sendo observadas as regras dos estatutos das entidades, além da legislação específica aplicável ao Sistema de Previdência Complementar.

Tais contratos também podem ser classificados como contratos de adesão atípicos, uma vez que há representação legalmente assegurada aos participantes ativos (empregados) e assistidos (aposentados ou já em percepção de benefício) nos Conselhos Deliberativos e Fiscal das entidades, possuindo os Colegiados, dentre as suas atribuições, respectivamente, a apreciação e a aprovação dos regulamentos dos planos de benefícios (sua instituição e alteração) e sua fiscalização.

Estamos, portanto, no campo do direito privado, das relações jurídicas privadas estabelecidas entre participantes, entidades e patrocinadoras, no campo do direito civil, das obrigações. Tais contratos são efetivamente de natureza privada, sujeitos às normas de direito privado, independentemente se a entidade previdenciária

está ou não vinculada à patrocinadoras da administração pública, direta ou indireta.<sup>7</sup>

No mesmo sentido, oportunas as declarações de Adacir Reis:

Tendo em vista que a adesão, seja do participante, a do patrocinador ou a do instituidor, exige manifestação de vontade, a relação constituída no âmbito de uma entidade de previdência complementar é regida pelo Direito Civil, não se confundindo com o contrato de trabalho (CF, art. 202, § 2º).

[...]

Tanto as entidades fechadas como as entidades abertas são rigorosamente privadas, independentemente do perfil de seu patrocinador ou instituidor.

[...]

O regulamento do plano é o contrato entre as partes. Trata-se de um contrato civil, ao qual se vinculam os participantes e, se houver, os patrocinadores ou instituidores. Tal contrato, mesmo que conte com o patrocínio do empregador, não se confunde com o contrato de trabalho (art. 68, *caput*).<sup>8</sup>

Com isso, nota-se que a relação de trabalho não se confunde com a relação previdenciária, sendo certo que cada uma delas tem normas e princípios específicos, cuja diferenciação pode ser extraída, inclusive, do próprio texto constitucional.

Percebe-se, portanto, que a natureza civil-previdenciária, contratual, da relação jurídica firmada entre os participantes e as entidades de previdência privada complementar, regida pelo direito privado, além de reiterar a sua desvinculação com o Direito do Trabalho, “acarreta ainda na aplicação de princípios fundamentais do Código Civil nesses contratos, tais como o princípio da autonomia de vontade e da liberdade de contratar”<sup>9</sup>, ainda que em caráter subsidiário à legislação específica da previdência complementar.

Ainda nesse enfoque, como bem pontuou Lygia Avena:

Todas essas manifestações de vontade exercidas, traduzidas em contratos consubstanciados em Termos de inscrição ou de adesão

---

<sup>7</sup> AVENA, Lygia (Coord.). **Fundamentos jurídicos da previdência complementar fechada**. São Paulo: CEJUPREV, 2012. p. 16-17.

<sup>8</sup> REIS, Adacir (Coord.). **Fundos de pensão em debate**. Brasília: Brasília jurídica, 2002. p. 17-18.

<sup>9</sup> AVENA, Lygia (Coord.). **Fundamentos jurídicos da previdência complementar fechada**. São Paulo: CEJUPREV, 2012. p. 17.

ao plano, Termos de migração, Termos de opção aos perfis de investimento, dentre outras, independentemente da denominação destes são plenamente válidas e devem ser preservadas à luz da Constituição Federal, da Lei Complementar 109 e da Legislação Civil, sob o enfoque de contratos privados, no quais a liberdade de contratar deve prevalecer em prol da própria segurança jurídica que se impõe a esses contratos e a todos que dele participam.<sup>10</sup>

Outro fator que corrobora a dissociação entre o contrato previdenciário e o contrato de trabalho é a possibilidade, prevista nos Regulamentos dos Planos de Benefícios, de o participante manter-se vinculado à entidade previdenciária, ainda que não haja mais vínculo empregatício entre ele e o Patrocinador, pela opção ao Benefício Proporcional Diferido, Portabilidade, Resgate ou Autopatrocínio, institutos previstos na Lei Complementar 109/2001:

Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

I - benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido quando cumpridos os requisitos de elegibilidade;

II - portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano;

III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e

IV - faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares.<sup>11</sup>

As previsões constitucional e legal acima apontadas demonstram a independência existente entre o contrato previdenciário e o contrato de trabalho.

Ora, se o contrato de trabalho entre o empregado e seu empregador pode ser rescindido sem que isso afete o contrato previdenciário existente entre o participante e o fundo de pensão, resta incontestemente a autonomia de cada um deles,

<sup>10</sup> AVENA, Lygia (Coord.). **Fundamentos jurídicos da previdência complementar fechada**. São Paulo: CEJUPREV, 2012. p. 32-33.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm)> Acesso em 10 de abr. 2013.

sendo certo que a discussão de qualquer controvérsia decorrente desse último deve sim, portanto, ser dirimida perante a Justiça Comum.

O fato de o Patrocinador concorrer para o financiamento da Entidade Fechada de Previdência Complementar em nada descaracteriza a autonomia de cada um deles. Os direitos e obrigações de cada participante junto a sua entidade de previdência estão regulados por instrumento próprio (Regulamento do Plano de Benefícios), que não se confunde com o contrato de trabalho.

Em que pese as nítidas especificidades aplicáveis ao contrato previdenciário, tais características próprias, na maioria das vezes, não são levadas em consideração quando dos julgamentos dos conflitos pela Justiça do Trabalho, motivo pelo qual a validade das regras contidas nos contratos previdenciários tem sido objeto de muitos embates judiciais, que culminam, em muitos casos, com a quebra do disposto no instrumento contratual em nome de princípios que não se aplicam a esse tipo de relação, especialmente o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, previsto no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Um exemplo de como as partes “trabalhador” e “participante” eram constantemente confundidas pode ser extraído de casos em que o autor questionava a legalidade de determinada alteração do Regulamento do Plano de Benefícios. Não raras vezes, ao julgar tais ações, os magistrados acabavam por afastar a aplicação do disposto na legislação de regência específica (Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001) e entender pela ilegalidade de tais alterações contratuais, invocando como fundamento o disposto no artigo 468 da CLT, que traz a inalterabilidade do contrato no caso de prejuízo ao empregado, em que pese o referido dispositivo trazer literalmente que ele se aplica aos “contratos individuais de trabalho” do “empregado”:

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único. Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado

reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.<sup>12</sup>

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no Recurso Ordinário 0027800-68.2008.5.15.0005, adotou essa postura:

Vigora no Direito do Trabalho o princípio da inalterabilidade lesiva das condições contratuais, que vem consubstanciado no artigo 468 da CLT e na Súmula 51 do C.TST, *in verbis*:

SUM-51 NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

Assim qualquer alteração lesiva é nula de pleno direito, sendo certo que a alteração da norma regulamentar somente alcança os empregados admitidos após essa alteração.<sup>13</sup>

No âmbito do processo judicial trabalhista, além das dificuldades decorrentes dos procedimentos específicos exigidos pela Justiça do Trabalho, como, por exemplo, o comparecimento obrigatório do preposto das entidades nas audiências, o recolhimento de altos valores a título de depósitos recursais e a impossibilidade de recurso imediato em face de decisões interlocutórias, nota-se que havia (a ainda haverá) enorme dificuldade de fazer com que a Justiça do Trabalho aplicasse, em atenção ao disposto no artigo 202 da Carta Magna, as disposições específicas previstas nas Leis Complementares 108 e 109, de 2001, quando dos julgamentos de ações questionando o contrato previdenciário perante aquela Justiça Laboral.

Somavam-se a isso os entendimentos já consolidados nas Súmulas 51, 288, 326 e 327 e o princípio da inalterabilidade lesiva (do contrato de trabalho individual) previsto no artigo 468 da CLT, fato que conduzia a uma apreciação equivocada da temática da previdência complementar fechada por aquela justiça especializada.

<sup>12</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n.º 5.452, De 1º de Maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em 10 de abr. 2013.

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RO 0027800-68.2008.5.15.0005, da 11ª Câmara do TRT 15. Relator: Juiz Hélio Grasseli. DJ de 29/01/2010. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&pidproc=15111062&pdblink=>>> Acesso em 10 abr. 2013.

Todo o acima exposto permite concluir que o reconhecimento da competência da Justiça Comum para processar e julgar causas relativas à previdência privada (Decisão do STF, em 20.02.2013, no julgamento do RE 586.453/SE, conforme se verá adiante) contribuiu para o fortalecimento do Sistema Previdenciário enquanto ramo autônomo do Direito do Trabalho, posto que o julgamento realizado pela Suprema Corte evidenciou que os conflitos envolvendo o contrato previdenciário não guardam relação com aqueles atinentes ao contrato de trabalho, devendo cada um deles ser apreciado de acordo com os seus princípios e regras próprias e, agora, por justiças próprias, sendo certo que a defesa do contrato previdenciário e da legislação específica de regência tende a ser feita com mais facilidade perante a Justiça Comum, que não deve “importar” para os seus julgamentos normas próprias do Direito do Trabalho, como vinha sendo feito, em muitos casos, por aquela Justiça.

## 4 A SÚMULA 288 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

### 4.1 Análise dos precedentes que deram origem à Súmula 288 do TST

Inicialmente, importante consignar que foram dezoito precedentes que deram origem à Súmula 288 do TST e de todas as decisões neles proferidas, quinze são dos anos de 1985, uma é do ano de 1986 e duas decisões são do ano de 1987.

Dentre os dezoito precedentes, podem-se citar os seguintes:

ERR 3863/1980, Ac. TP 1013/1985 - Min. Hélio Regato  
 DJ 14.06.9185 - Decisão por maioria  
 RR 1828/1984, Ac. 1ªT 2536/1985 - Red. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello  
 DJ 13.06.9186 - Decisão por maioria  
 ERR 4113/1981, Ac. TP 2877/1986 - Min. Hélio Regato  
 DJ 20.02.1987 - Decisão por maioria<sup>14</sup>

Ainda, saliente-se que todos os precedentes foram originados em ações movidas por empregados, em face do Banco do Brasil, que pleitearam a concessão integral da complementação da aposentadoria diante das diversas alterações, feitas pelo Banco, referentes aos requisitos necessários à percepção da integralidade da referida verba, promovidas por atos baixados pela administração do Banco.

Nesse contexto, o precedente ERR 3863/1980 bem ilustra as situações fático-normativas que originaram a referida súmula:

Tratam os autos de complementação de aposentadoria de empregados do Banco do Brasil, cujo pedido foi julgado parcialmente procedente pela MM. Junta, fls. 150/154, e complementado pelo acórdão regional, de fls. 191/194.

[...]

A matéria debatida nos embargos ocasionou acalorados debates neste Tribunal, decorrentes do grande número de atos baixados pela administração do reclamado, uns conflitantes com outros.

No entanto, a dispensa dos requisitos tempo de serviço prestado ao Banco e idade mínima, acabou sendo reconhecida, fundada, principalmente, na Circular FUNCI 398, de 1.08.61, que não exige aquelas condições.

Este foi o fundamento central em que se embasaram as instâncias ordinárias, na concessão integral da complementação de aposentadoria, pleiteada neste processo.

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-288](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-288)> Acesso em 11 de abr. 2013.

A Portaria nº 966/47 foi ultrapassada por outras posteriores – Circular 966/47 e 398/61 – que modificaram, acentuatadamente, as normas preexistentes e se aplicam ao Autor, pois editadas durante a vigência do contrato de trabalho.<sup>15</sup>

O precedente ERR 4113/1981 também mostra as peculiaridades da época, com menção, inclusive, à Súmula 51 do TST:

A E. 3ª Turma, pelo v. acórdão de fls. 538/538 v., na fundamentação deste, deu provimento, em parte, à revista do reclamante para assegurar-lhe, por força da Súmula 51, as vantagens da complementação de aposentadoria, contidas na Portaria 966, em sua redação original e, por isso, julgou prejudicada a revista da reclamada, mas, na conclusão proclamou-se que se conheceu da revista do reclamante apenas quanto ao teto da complementação e, no mérito, deu-lhe provimento, para determinar que seja observado o teto fixado na Portaria 966/47, prejudicado o exame do recurso do reclamado.<sup>16</sup>

Como se pode extrair dos julgados acima, o contexto em que as decisões que deram origem à redação da Súmula 288, editada em 1988, era completamente diferente do cenário atual.

Isso porque o próprio Banco do Brasil, empregador, era quem administrava e normatizava, a seu critério, a complementação de aposentadoria por ele oferecida. Nesse contexto, mostrava-se razoável o entendimento de que “a complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito”, já que havia a necessidade de “proteger” o empregado/participante das alterações unilaterais constantemente realizadas pelo Banco do Brasil/empregador, especialmente quanto aos critérios para percepção da complementação de aposentadoria por ele paga.

Todavia, atualmente, não há mais razão para que o entendimento firmado em decorrência dessa situação peculiar (baseada em fatos específicos ocorridos há mais de quinze anos e sob a égide de outra legislação), continue a ser aplicado às relações previdenciárias agora existentes, especialmente porque não existem mais,

---

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ERR 3863/1980. DJ 14.06.1985. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-288](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-288)> Acesso em 11 de abr. 2013.

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ERR 4113/1981. DJ 20.02.1987. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-288](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-288)> Acesso em 11 de abr. 2013.

à luz da legislação de regência da previdência complementar, alterações unilaterais, na medida em que os participantes possuem assento nas instâncias decisórias das EFPC, conforme previsão do artigo 35 da LC 109, de 2001:

Art. 35. As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.

§ 1º O estatuto deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas.

§ 2º Na composição dos conselhos deliberativo e fiscal das entidades qualificadas como multipatrocinadas, deverá ser considerado o número de participantes vinculados a cada patrocinador ou instituidor, bem como o montante dos respectivos patrimônios.<sup>17</sup>

Nesse sentido, também é a Lei Complementar 108, de 2001:

Art. 11. A composição do conselho deliberativo, integrado por no máximo seis membros, será paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, cabendo a estes a indicação do conselheiro presidente, que terá, além do seu, o voto de qualidade.

§ 1º A escolha dos representantes dos participantes e assistidos dar-se-á por meio de eleição direta entre seus pares.

§ 2º Caso o estatuto da entidade fechada, respeitado o número máximo de conselheiros de que trata o caput e a participação paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, preveja outra composição, que tenha sido aprovada na forma prevista no seu estatuto, esta poderá ser aplicada, mediante autorização do órgão regulador e fiscalizador.

[...]

Art. 15. A composição do conselho fiscal, integrado por no máximo quatro membros, será paritária entre representantes de patrocinadores e de participantes e assistidos, cabendo a estes a indicação do conselheiro presidente, que terá, além do seu, o voto de qualidade.

Parágrafo único. Caso o estatuto da entidade fechada, respeitado o número máximo de conselheiros de que trata o caput e a participação paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, preveja outra composição, que tenha sido aprovada na forma prevista no seu estatuto, esta poderá ser aplicada, mediante autorização do órgão regulador e fiscalizador.

<sup>18</sup>

<sup>17</sup> BRASIL. Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm)> Acesso em 19 de ago. 2013.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei Complementar 108, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp108.htm)> Acesso em 19 de ago. 2013.

Além disso, na época da edição da Súmula 288 do TST não havia a figura da Entidade Fechada de Previdência Complementar, entidade financeira e administrativamente autônoma da empresa patrocinadora, e que hoje é a responsável pela gestão e pelo pagamento do benefício contratado. Na época da criação da Súmula, o pagamento e a normatização dos benefícios complementares era feito pela própria empresa, que no caso do precedente acima exemplificado era o Banco do Brasil.

Ainda, quando da edição da Súmula 288 do TST, também não havia contrato de previdência complementar, autônomo em relação ao contrato de trabalho, pois as cláusulas que disciplinavam a complementação de aposentadoria constavam do próprio contrato de trabalho e/ou decorriam “de atos baixados pela administração do reclamado”<sup>19</sup>, sendo “editadas durante a vigência do contrato de trabalho”<sup>20</sup>, sem qualquer participação dos empregados (unilateralmente) e sem qualquer participação de órgão estatal que as aprovasse previamente.

Desse modo, percebe-se que o contexto fático na época da edição da referida Súmula era totalmente diverso do cenário atual, que hoje revela características específicas. Veja-se.

A administração e o pagamento dos benefícios são de responsabilidade das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), entidades sem fins lucrativos que tem como objeto exclusivo a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, conforme preceitua o artigo 32 da LC 109/01:

Art. 32. As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.  
Parágrafo único. É vedada às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76.<sup>21</sup>

Outro ponto que merece destaque é que as Entidades Fechadas de Previdência Privada, ou Fundos de Pensão, e as empresas

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ERR 3863/1980. DJ 14.06.9185. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-288](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-288)> Acesso em 11 de abr. 2013.

<sup>20</sup> Idem

<sup>21</sup> BRASIL. Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm)> Acesso em 11 de abr. 2013.

empregadoras/patrocinadoras, são pessoas jurídicas diversas que não se confundem entre si, tendo, cada uma, sua independência patrimonial, administrativa e financeira.

Ainda, as regras que disciplinam a relação civil-previdenciária encontram previsão em instrumento próprio: contrato previdenciário/Regulamento do Plano de Benefícios, que é totalmente autônomo em relação ao contrato de trabalho e que exige a observância de um rito específico para ser alterado.

A independência entre contrato de trabalho e contrato previdenciário possui *status* constitucional (artigo 202, da Constituição Federal, inserido com a Emenda Constitucional 20/1998).

Há legislação específica de regência da relação jurídica previdenciária complementar, conforme determinado pela própria Carta Magna (artigo 202), a saber: Leis Complementares 108 e 109, ambas de maio de 2001.

Referida legislação especial admite a alteração dos Regulamentos dos Planos Previdenciários (artigo 17 da LC 109/01), tendo em vista a necessidade de sua adequação às condições presentes no momento da possibilidade de concessão de algum benefício complementar, condições essas que naturalmente se alteram ao longo dos anos decorridos entre a contratação inicial e o momento da percepção do benefício:

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

Parágrafo único. Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria.<sup>22</sup>

Adicionalmente, o mesmo dispositivo acima resguarda o direito adquirido à aplicação das normas regulamentares vigentes na data em que o participante se

---

<sup>22</sup> BRASIL. Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm)> Acesso em 19 de ago. 2013.

tornou elegível a um benefício (preencheu os requisitos necessários para a percepção de algum benefício).

Também merece destaque o fato de que a mencionada legislação exige a aprovação de todas as alterações dos regulamentos pelo órgão federal de regulação e fiscalização das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (artigo 33 da LC 109/01), bem como assegura a inserção de representantes dos participantes nos órgãos deliberativos e fiscalizatórios dos Fundos de Pensão (artigos 35 da LC 109/01 e 11 e 15 da LC 108/01, todos acima transcritos), possibilitando, assim, que os participantes também façam parte do processo de alteração dos regulamentos dos planos de benefícios.

Nota-se, portanto, que quando do julgamento dos precedentes da Súmula 288, o próprio empregador (Banco do Brasil) era quem administrava e normatizava, a seu critério, a complementação de aposentadoria por ele oferecida.

Por isso, mostrava-se razoável o entendimento de que “a complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito”, já que havia a necessidade de “proteger” o empregado/participante das alterações unilaterais constantemente realizadas pelo Banco do Brasil/empregador, especialmente quanto aos critérios para percepção da complementação de aposentadoria por ele paga.

Todavia, atualmente, não há mais razão para que o entendimento firmado no verbete da Súmula 288 do TST, que foi baseado em fatos específicos ocorridos há mais de quinze anos e sob a égide de outra legislação, continue a ser aplicado às relações previdenciárias agora existentes, especialmente porque não existem mais, à luz da legislação de regência da previdência complementar, alterações unilaterais, na medida em que os participantes possuem assento nas instâncias decisórias das Entidades Fechadas de Previdência Complementar.

Além da disciplina constante das Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001, o Regulamento do Plano de Benefícios (contrato previdenciário) também contém normas claras e específicas que disciplinam toda a relação civil-

previdenciária tripartite existente entre participantes, patrocinadora e o Fundo de Pensão, prevendo, inclusive, os critérios de elegibilidade a determinado benefício complementar.

Contudo, não é razoável que tais contratos permaneçam congelados durante os longos anos que tendem a perdurar, especialmente diante da dinamicidade dos fatores envolvidos na relação civil-previdenciária.

Assim, as cláusulas contratuais devem se adequar, quando for o caso, à situação fática atual. Isso porque, muitas vezes, o panorama existente no momento da contratação pode não mais se mostrar compatível com o cenário da época da concessão do benefício suplementar.

Exatamente por esse motivo é que a Lei Complementar 109/2001, em seu artigo 17, acolheu expressamente a hipótese de alterações do contrato previdenciário, determinando que “as alterações processadas nos regulamentos” aplicam-se a “todos os participantes”<sup>23</sup>.

Adicionalmente, e de maneira clara, transparente e objetiva, a Lei Complementar 109/2001 escolheu como data de “corte” para aferição de direitos, o momento da elegibilidade ao benefício, e não o do ingresso no plano, daí ter excluído das alterações regulamentares aplicáveis “a todos os participantes” apenas os assistidos (já em gozo de benefícios) e os elegíveis (que já tem condições de se aposentarem, mas ainda não o fizeram).

Vê-se de tal disposição legal que podem ser opostas apenas duas limitações à faculdade de implementar modificações à relação jurídica de previdência complementar. A primeira diz respeito à preservação dos direitos já adquiridos: por aqueles já elegíveis, de acordo com as regras então vigentes, a um benefício oferecido pelo regulamento; ou adquiridos pela sua fruição, no caso dos participantes já assistidos, na forma do parágrafo único, do já mencionado artigo 17, coerente com prescrição de igual natureza constante do § 1º do artigo 68 da mesma Lei Complementar:

---

<sup>23</sup> BRASIL. Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm)> Acesso em 11 de abr. 2013.

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

§ 1º Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.

A segunda limitação, constante do *caput* do artigo 17, admite a alteração das condições antecedentes, mas preserva-lhes os efeitos até a implementação das novas disposições regulamentares, proporcionalizando os efeitos daquelas condições contratuais alteradas, denominando, portanto, o benefício de “direito acumulado”.

Por tal razão, os regulamentos dos planos de benefícios (e seu correspondente custeio) podem ser alterados a qualquer momento, impondo-se a todos os participantes, salvo os assistidos e já os elegíveis, os efeitos das novas disposições regulamentares, e não daquelas presentes no momento inicial da contratação, tão logo aprovadas pelo órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, que é a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC.

Em síntese, pode-se afirmar que, de acordo com a legislação específica, na previdência privada não existe direito adquirido na fase de acumulação. O direito adquirido somente se verifica na fase de percepção do benefício, ou seja, quando o participante se torna elegível ao benefício complementar, conforme dicção do parágrafo único, do artigo 17, LC 109/01.

Além disso, é importante registrar novamente que, em que pese a legislação admitir expressamente as alterações dos Regulamentos dos Planos de Benefícios, também se verifica que, para que referida alteração seja levada a efeito é preciso contar com a aprovação do Conselho Deliberativo da Entidade Fechada de Previdência Complementar (composto por representantes dos participantes), bem como com a aprovação da Superintendência Nacional da Previdência Complementar (PREVIC).

Por esses motivos, não se mostra mais consentâneo com o atual contexto normativo o entendimento consubstanciado na Súmula 288 do TST, devendo ele ceder lugar ao entendimento consubstanciado no artigo 17 combinado com o artigo 68, § 1º, ambos da Lei Complementar 109, de 2001, os quais determinam que o Regulamento a ser aplicável é aquele vigente ao tempo em que o participante reuniu os requisitos para a concessão do benefício suplementar.

#### **4.2A revisão da Súmula 288 do TST no ano de 2003**

Não se desconhece o fato de que o conteúdo da Súmula 288 foi mantido, após exame das propostas de revisão, cancelamento e restauração de enunciados da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em 2003, de acordo com a Resolução nº 121, de 28 de outubro de 2003.

Entretanto, parece que não houve uma nova análise aprofundada e necessária do seu conteúdo em face do atual contexto fático-normativo, uma vez que quando de sua revisão, datada de 2003, o sistema de previdência privada já era regido por legislação especial e específica (Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001).

Por esse motivo, certamente uma apreciação mais detida da questão conduziria ao entendimento pela necessidade de revisão do seu conteúdo, especialmente se o estudo levasse em consideração os precedentes que originaram o seu texto original, trazido ainda na década de 80.

Nesse diapasão, Francisco Mélega e Roberto Messina esclarecem que:

Desse modo, fica claro que, assim como a súmula nº 51, a súmula nº 288 não está apta a definir conflitos relativos à previdência complementar frente à Lei nº 6.435/77, quanto mais atualmente, ante a Lei Complementar nº 109/01 e a Constituição Federal de 1988, sobretudo após a introdução do tema com suas premissas no art. 202 da Carta Política, por força da Emenda Constitucional nº 20/98, as quais asseguram, inclusive, que os participantes e assistidos dos planos de benefícios (portanto, empregados e ex-empregados) sejam ouvidos nos foros em que discutidos seus interesses, integrando hoje e desde 2001 o processo de alteração dos regulamentos dos planos.

Ambas as diretrizes sumulares estão, portanto, claramente defasadas.<sup>24</sup>

Assim, a redação da Súmula 288 da mais alta Corte Trabalhista mostra-se contrária ao disposto na lei complementar de regência do regime de previdência complementar, especialmente ao parágrafo único do artigo 17 da LC 109/01, merecendo, portanto, ser reanalisada diante da existência dessas normas específicas e posteriores que disciplinam a matéria, normas essas que, inclusive, encontram o seu fundamento primeiro no Texto Constitucional (artigo 202).

Percebe-se, dessa maneira, que as Resoluções 129/2005 e 121/2003, ambas do TST, não enquadram a Súmula 288 dessa Corte Trabalhista à Lei Complementar 109/2001, pois, na essência, a mencionada súmula foi integralmente mantida.

Se a aludida súmula foi mantida, como, de fato, foi, conclui-se que ela não foi discutida. E o que não é discutido não é aprimorado. Necessário se faz, então, instituir um exercício de aperfeiçoamento a fim de que haja um evidente progresso do Poder Judiciário quando lhe interessar revisar seus entendimentos sumulados e consubstanciados por meio de orientação jurisprudencial, posto que a previdência complementar, como ferramenta fundamental de desenvolvimento econômico e social, não poderia ficar a mercê de súmulas que não se coadunam mais com a realidade.

---

<sup>24</sup> MÉLEGA, Francisco. MESSINA, Roberto. **Súmulas nºs 51 e 288 do TST: momento de discutir seu alcance diante da previdência complementar**. Fundos de Pensão, São Paulo, ano 32, n. 386, p. 74, maio/junho 2013.

## 5 A INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 288 DO TST FRENTE AO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR BRASILEIRO

O artigo 202, caput e seu § 2º, da Constituição Federal, assim asseveram:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Da parte final do transcrito artigo 202 nota-se que a previdência privada, composta também por Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), é regulada por lei complementar específica que, no caso, são as Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001.

A aludida Lei Complementar 109/2001, em seus artigos 17 e 68, estabelece que:

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

Parágrafo único. Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria.

[...]

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp109.htm)> Acesso em 29 de jan. 2013.

Se as “condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes”, ao participante “é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria” e ainda, “o regime de previdência privada ... será ... regulado por lei complementar”, deve-se aplicar justamente a referida lei complementar ao disciplinar a relação previdenciária, que é a Lei Complementar 109, de 2001. Entretanto, o Poder Judiciário Trabalhista, ao invés de aplicar a legislação que rege O Sistema de Previdência Complementar Brasileiro, tem aplicado a Súmula 288 do TST, que assim dispõe:

COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA  
(mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.<sup>26</sup>

Em que pese a mencionada Súmula afirmar que será aplicado o regulamento do plano vigente na data em que os participantes aderiram ao plano previdenciário, o artigo 17 da LC 109/2001, que regula as regras do regime de previdência privada, é elucidativo ao determinar que será aplicado aos participantes de determinado plano previdenciário administrado por Entidade Fechada de Previdência Complementar o regulamento vigente na data em que eles se tornarem elegíveis, isto é, na data em que reunirem todos os requisitos necessários para receber o benefício suplementar.

Depreende-se do conteúdo do verbete da Súmula 288 do TST a postura de vincular a complementação de aposentadoria ao contrato de trabalho – como se se tratasse de uma entre as demais parcelas que compõem o patrimônio individual do empregado.

Contudo, tal perspectiva se revela imprópria, em flagrante descuido à ordem constitucional hodierna, pois a referida Súmula coloca a complementação dos

---

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 288. Complementação dos proventos da aposentadoria (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.200. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-288](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-288)> Acesso em 29 de jan. 2013.

proventos atrelada ao contrato de trabalho, premissa fundamental a tornar o benefício complementar sujeito à cláusula da intangibilidade contratual prevista no artigo 468 da CLT.

Essa visão da matéria acontece porque há julgamentos de questões relativas à previdência complementar pela Justiça do Trabalho, embora a LC 109/2001 estabeleça que as condições contratuais previstas nos planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes.

É certo que a relação “empregado-empregador” se vincula à CLT na parte em que rege o direito individual do trabalho. Indaga-se, contudo, até que ponto poder-se-ia utilizar o princípio do paralelismo a fim de transpor as mesmas regras do contrato individual de trabalho, celebrado no âmbito obrigacional privado de dois sujeitos de direitos, à relação mais ampla submetida ao regime de previdência complementar, firmada em postulados próprios e diferenciados, que têm sede constitucional.

Note-se que a relação obrigacional existente entre a entidade fechada de previdência complementar e o participante de um de seus planos de benefícios não mais se situa no âmbito individual da relação empregado-empregador; antes, dela participam, de um lado, a entidade de previdência complementar e seu patrocinador ou instituidor, de outro está todo o grupo social constituído por participantes e assistidos.

Nesse contexto, Adacir Reis é enfático ao assinalar que “Outro problema é que ainda se confunde a relação trabalhista com a relação civil, embora cada uma tenha suas especificidades e suas regras próprias”<sup>27</sup>.

E continua:

Na Justiça do Trabalho há um princípio de que, na dúvida, a postulação do trabalhador deve ser acolhida, no pressuposto de que há um conflito do trabalhador – parte fraca – contra o empregador –

---

<sup>27</sup> REIS, Adacir. Atacar o contrato previdenciário é dar um tiro no pé. **Fundos de Pensão**, São Paulo, ano 28, n. 351 p. 6, abril 2009.

parte forte. Obviamente isso não se aplica à relação civil previdenciária.<sup>28</sup>

Nesse aspecto, Luis Fernando Brum pondera muito bem que:

Uma peculiaridade importante do contrato previdenciário no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar é a sua natureza associativa, o que faz com que as partes não figurem em pólos contrapostos na relação contratual, mas em parceria para atingir o fim comum.<sup>29</sup>

Assim, visando ao interesse conjunto do grupo social, a Constituição Federal, a partir da redação do artigo 202, § 2º, desvinculou do contrato de trabalho a relação de direito previdenciário, de modo à expressamente excluí-la dos princípios peculiares que informam o direito individual do trabalho.

Nessa diretriz, sublinha Sergio Luiz Akaoui Marcondes que “não se trata de alteração de contrato de trabalho, mas de revisão de regras específicas de contrato previdenciário e, portanto, a hipótese revela regimes jurídicos diversos (artigo 458, § 2º da CLT e artigo 202, §2º da Constituição Federal)”<sup>30</sup>.

Em relação à independência entre a relação trabalhista e o contrato previdenciário, Marcele Caroline Maciel de Alencar é didática ao explicar que:

Esta característica é decorrente do princípio da facultatividade adotado pelo sistema de previdência complementar. Poderá ocorrer de um participante não mais participar de plano previdenciário ao qual se tenha vinculado, ainda que nenhuma alteração tenha sofrido sua relação de trabalho; assim também poderá se verificar que o participante, cujo vínculo empregatício com a empresa patrocinadora tenha cessado, deseja continuar contribuindo para o plano, a fim de resguardar sua aposentadoria. Tais possibilidades dependerão das previsões constantes do regulamento a que se vinculou o participante. É da vontade do poder constituinte derivado que a relação jurídica formalizada no contrato previdenciário seja mantida com independência da relação trabalhista e, para isso, foram criados

---

<sup>28</sup> REIS, Adacir. Atacar o contrato previdenciário é dar um tiro no pé. **Fundos de Pensão**, São Paulo, ano 28, n. 351 p. 7, abril 2009.

<sup>29</sup> O JUDICIÁRIO E A COMPLEXIDADE DO NOVO DIREITO PREVIDENCIÁRIO. **Fundos de Pensão**, São Paulo, ano 28, n. 351, p. 11, abril 2009.

<sup>30</sup> MARCONDES, Sergio Luiz Akaoui. A súmula 288 do TST e sua inaplicabilidade no âmbito da previdência complementar. **Fundos de Pensão**, São Paulo, n. 376, p. 89-90, outubro 2011.

institutos específicos, a exemplo do autopatrocínio e da portabilidade.

<sup>31</sup>

Assim, a partir do entendimento mais consentâneo com o novo contexto, seriam aplicáveis as normas vigentes à data em que o participante/empregado adquiriu o direito de se aposentar (artigo 17 da LC 109/2001) – não mais vigorando o posicionamento de que a norma vigente seria a da contratação do empregado, observadas as posteriores somente se mais benéficas (Súmula 288 do TST).

De acordo com Sergio Luiz Akaoui Marcondes:

A regra do artigo 17 da LC refere-se a uma expectativa que, quando convertida em direito, encontra normas regulamentares próprias, e por isso inevitáveis e irreversíveis que delimitam a extensão, o alcance e o conteúdo daquele direito à suplementação de aposentadoria à época da concessão do benefício.<sup>32</sup>

Desse modo, pode-se concluir que o Texto Constitucional de 1988, a partir da Emenda Constitucional 20/98, não mais recepcionou a Súmula 288 do TST nas relações de direito previdenciário complementar.

Tem-se, assim, que caiu por terra o princípio da norma mais favorável, peculiar ao direito do trabalho, com base no direito adquirido. Isso porque já não está o trabalhador sob regime trabalhista, e sim previdenciário, no qual prevalece o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual o benefício deve ser regido pela norma vigente no momento da sua concessão, uma vez que em previdência privada não existe direito adquirido na fase de acumulação do benefício, mas somente na fase de percepção, ou seja, quando da aposentadoria, conforme previsto na Lei Complementar 109/2001.

Portanto, no conflito de normas no tempo, não mais prevalecerá a que for mais favorável individualmente; antes a norma aplicável será aquela que, vigente ao tempo em que o participante reuniu os requisitos para a concessão do benefício, não

---

<sup>31</sup> MACIEL DE ALENCAR, Marcele Caroline. **A defesa do contrato previdenciário. Aspectos relevantes e proposições.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13166/a-defesa-do-contrato-previdenciario>> Acesso em 30 de jan. 2013.

<sup>32</sup> MARCONDES, Sergio Luiz Akaoui. **A súmula 288 do TST e sua inaplicabilidade no âmbito da previdência complementar.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137563,91041-A+sumula+288+do+TST+e+sua+inaplicabilidade+no+ambito+da+previdencia>> Acesso em 29 de jan. 2013.

comprometerá os interesses do grupo de participantes. Tal fato afasta a aplicação do disposto na Súmula 288 do TST, cujo entendimento merece ser revisto à luz da teoria material do direito previdenciário privado.

Nesse aspecto, a Ministra do TST, Maria de Assis Calsing, Relatora do Recurso de Revista 27800-68.2008.5.15.0005, cujo acórdão foi publicado após o julgamento do RE 586.453<sup>33</sup> que, em que pese ter tratado do tema “competência”, reafirmou o entendimento que já vinha sendo defendido pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar – sobre a independência dos contratos de trabalho e previdenciário – assim se pronunciou:

Com efeito, a aplicação do regime jurídico trabalhista ao presente caso, tal qual até então concebido por esta col. Corte, ainda que com reta intenção, é traiçoeira, conclamando mudança de rumo, porquanto, no mais das vezes, como já destacado, traduziria a própria falência de tais fundos, com inegável prejuízo para os seus beneficiários.<sup>34</sup>

Desta forma, e diante da imposição Constitucional e infraconstitucional, pode-se concluir que as regras que regem os contratos de previdência complementar são desvinculadas do contrato de trabalho.

Ademais, vale ressaltar que a Súmula 288, do Tribunal Superior do Trabalho, teve sua redação original em 22.03.88, muito antes da vigência das Leis Complementares 108 e 109, ambas do ano de 2001, legislação específica que regulamenta a previdência privada, conforme estabelece a Constituição Federal.

Os precedentes sobre os quais a mencionada Súmula foi construída, datados de 1980, 1983 e 1984 (anteriores à EC 20/98, que inseriu o disposto no § 2º do artigo 202 da CF e à LC 109/01, que igualmente prevê que as disposições previdenciárias não integram o contrato de trabalho), tratavam de casos em que as regras de complementação de aposentadoria eram editadas e alteradas pelos próprios Patrocinadores (Bancos, no caso dos precedentes), ou seja, não havia a

---

<sup>33</sup> Conforme será demonstrado adiante, por meio do julgamento do RE 586.453/SE, ocorrido em 20.02.2013, o STF decidiu que cabe à Justiça Comum processar e julgar conflitos envolvendo as Entidades Fechadas de Previdência Complementar.

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 27800-68.2008.5.15.0005, da 4ª Turma do TST. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. DJ: 17.05.2013.

inconteste independência entre os dois regimes (trabalhista e previdenciário) que hoje existe.

Portanto, a não aplicação da Súmula 288 do TST aos contratos previdenciários privados encontra fundamentos relevantes e que não merecem ser desconsiderados: as entidades fechadas de previdência complementar são regidas por legislação específica (LC 108 e 109, ambas de 2001); a LC 109/01 prevê expressamente que será aplicado ao participante o regulamento vigente na data em que se tornar elegível; a Súmula 288 do TST é um instrumento específico do contrato de trabalho, e não do contrato previdenciário; as regras que regem os contratos de previdência complementar são desvinculadas do contrato de trabalho; se ao participante, em razão da aplicação equivocada da Súmula 288/TST, for concedido benefício sem que tenha havido o seu prévio custeio, o plano de benefício poderá apresentar resultado deficitário que, necessariamente, deverá ser equacionado por todos, inclusive por aqueles que não deram origem ao déficit experimentado pelo plano, em atenção ao que determina o artigo 21 da LC 109/2001:

Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.<sup>35</sup>

A esse respeito, Luis Fernando Brum assim ministra:

Desse modo, verifica-se, sem despesas de maiores raciocínios, que a aplicação das Súmulas 51 e 288 do TST ensejaria dois efeitos nocivos e, muitas vezes, fatais para os planos de benefícios, uma vez que, além de determinar eventuais obrigações não previstas nos regulamentos, gerando prováveis déficits atuariais, impediria o seu obrigatório equacionamento na forma estabelecida pela Lei Complementar nº 109/01.<sup>36</sup>

Ademais, considerando o objeto da relação jurídica de previdência complementar, é inexorável concluir que se trata de relação jurídica que tem por característica essencial seu longo prazo de duração, vez que, via de regra, perpassa

<sup>35</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp109.htm)> Acesso em 29 de jan. 2013.

<sup>36</sup> AVENA, Lygia (Coord.). **Fundamentos jurídicos da previdência complementar fechada**. São Paulo: CEJUPREV, 2012. p. 60.

toda a vida laborativa do participante (fase de acumulação), se estende pela sua inatividade (aposentadoria por idade, por tempo de contribuição, por tempo de serviço, por invalidez, etc.) e, ainda, pode projetar seus efeitos sobre os dependentes do participante, após sua morte (pensão por morte paga ao cônjuge sobrevivente, aos filhos menores ou inválidos, etc.), sendo razoável inferir que dita relação pode, em relação a um único participante, produzir efeitos por mais de cinquenta anos.

Não por outra razão, cuidou o legislador, ciente da característica de longo prazo da relação de previdência complementar, e atento à necessidade de que se permitisse sua evolução e contínuo desenvolvimento, de estabelecer disposição específica acerca da possibilidade de se alterarem as condições contratuais constantes do regulamento do plano de benefícios, emprestando-lhe eficácia imediata e englobante. Daí o artigo 17 da Lei Complementar 109, de 2001.

Dessa forma, pode-se concluir que as alterações processadas nos regulamento dos planos de benefícios administrados pelas entidades de previdência complementar são válidas, lícitas e alcançam todos os participantes, conforme o que dispõe o artigo 17 da Lei Complementar 109/2001, o que também afasta a incidência do artigo 468 da CLT e da Súmula 288 do TST (além do já alegado fato de tal legislação não ser aplicável à relação previdenciária).

Outro aspecto que merece importante destaque e que corrobora para a não aplicação da Súmula 288 do TST nas causas que envolvem a previdência privada é o princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos de benefícios, uma vez que ele constitui o verdadeiro pilar do Sistema Fechado de Previdência Complementar.

Esse princípio, norteador da previdência complementar, vem consagrado na Constituição de 1988, na Lei Complementar 109 e em outros normativos infralegais, motivo pelo qual a sua observância é imprescindível para a solvabilidade, manutenção e segurança jurídica dos planos previdenciários, bem como para todo o Regime de Previdência Privada.

O Texto Constitucional de 1988 é claro ao determinar que a prévia constituição de reservas é que vai garantir o benefício contratado (artigo 202). Do mesmo modo, o artigo 18 da LC 109 preceitua que o plano de benefícios deve estar em permanente equilíbrio financeiro e atuarial.

Com isso, caso o plano previdenciário se apresente deficitário em razão da aplicação equivocada da Súmula 288 do TST em determinada demanda judicial, todos os participantes, inclusive os assistidos, serão chamados a equacionar o déficit em prol do reequilíbrio do plano, observando-se o contrato previdenciário.

Os ensinamentos de Adacir Reis são elucidativos:

Portanto, aqueles que concorrem para o financiamento do plano previdenciário (participantes e assistidos, de um lado, e patrocinador, de outro) devem, *no amor ou na dor*, sofrer os efeitos de tais desequilíbrios, levando-se em conta a proporção contributiva entre tais sujeitos.<sup>37</sup>

Assim, em caso de desequilíbrio econômico-financeiro e atuarial, todos os atores dessa relação previdenciária (participantes, assistidos e patrocinador) serão, necessariamente, chamados a suportar o déficit apresentado pelo plano de benefícios, motivo pelo qual, uma demanda judicial entre um participante e o Fundo de Pensão, na qual se conceda, em razão da aplicação da Súmula 288 do TST, determinado benefício para o qual não houve o prévio custeio, é, na verdade, um litígio entre esse participante e todos os demais participantes do Fundo de Pensão envolvido, que terão que arcar com o saldo negativo apresentado pelo plano de benefícios.

Ainda nesse contexto, Francisco Mélega e Roberto Messina explicam:

No entanto, a inapropriada aplicação das súmulas nº 51 e 288 gera indevido engessamento da possibilidade de revisão dos regulamentos previdenciários, que foram concebidos sem a previsão de aumento exponencial da expectativa de vida de seus participantes, inexoravelmente tornando os Fundos de Pensão deficitários e ineficientes em função de garantir assistência para infortúnios ou sobrevida digna a seus beneficiários.

---

<sup>37</sup> REIS, Adacir. **Curso básico de previdência complementar**. Brasília: Revista dos tribunais, 2013. p. 74.

Conseqüentemente, o risco é de observar-se a proliferação de fundos inadimplentes e gestores desesperados na tentativa de manter uma regulamentação irreal frente às novas premissas que se impõem naturalmente pela sua própria concepção. E tais dificuldades não serão ultrapassadas enquanto os tribunais reiteradamente aplicarem as súmulas nº 51 e 288 para os casos de revisão dos regulamentos da previdência complementar.<sup>38</sup>

Sobre a ocorrência de possíveis déficits atuariais, Adacir Reis é esclarecedor ao ponderar que:

Se o contrato define um determinado índice para a correção dos benefícios previdenciários, não se pode condenar o fundo de previdência, por exemplo, a aplicar a paridade entre ativos e inativos. Ou se observam as regras do regulamento do plano, ou a conta não vai fechar. O fundo de previdência complementar não tem como honrar aquilo que não foi contratado e, se for obrigado a fazê-lo, o plano apresentará desequilíbrio, o que poderá comprometer os benefícios futuros.<sup>39</sup>

Felinto Sernache afirma com propriedade que “uma tomada de decisão do magistrado que prejudique o equilíbrio do plano de previdência volta para afetar o próprio indivíduo que ganhou a ação”<sup>40</sup>.

A aplicação da Súmula 288 do TST pode se dar também em razão do desconhecimento que o Poder Judiciário tem em relação ao arcabouço legal que disciplina sobre o Sistema de Previdência Complementar. Nesse aspecto, Felinto Sernache ressalta:

Na Previdência Complementar fechada, o contrato é o regulamento do plano de benefícios, onde estão previstos os direitos e as obrigações das partes (entidades, patrocinadores e participantes). A quebra do contrato previdenciário implica em não cumprir ou entregar algo diferente daquilo que foi pactuado.

[...]

A última situação tem ocorrido com frequência e não raramente o participante tem seus pleitos atendidos pela Justiça devido à falta de compreensão generalizada sobre o universo dos fundos de pensão.

<sup>41</sup>

<sup>38</sup> MÉLEGA, Francisco. MESSINA, Roberto. **Súmulas nºs 51 e 288 do TST: momento de discutir seu alcance diante da previdência complementar**. Fundos de Pensão, São Paulo, ano 32, n. 386, p. 75, maio/junho 2013.

<sup>39</sup> REIS, Adacir. **Previdência complementar. Aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais**. ESMEC. Fortaleza, 2011. p. 20.

<sup>40</sup> A QUEBRA DO CONTRATO E A AMEAÇA AO EQUILÍBRIO ATUARIAL. São Paulo: Fundos de Pensão. Revista da Abrapp, n. 364, p. 47, maio 2010.

<sup>41</sup> A QUEBRA DO CONTRATO E A AMEAÇA AO EQUILÍBRIO ATUARIAL. São Paulo: Fundos de Pensão. Revista da Abrapp, n. 364, p. 46, maio 2010.

Por isso, o contrato previdenciário, que ampara as regras dos planos de benefícios, tem que estar orientado pelo permanente equilíbrio financeiro e atuarial, previsto no artigo 18 da Lei Complementar 109, de 2001, o que não ocorrerá nos casos em que o Poder Judiciário, ao não analisar adequadamente as demandas que envolvam o Sistema de Previdência Complementar Fechado, continuará a invocar súmulas que não se aplicam ao Sistema, como a Súmula 288 do TST, cuja inteligência está na contramão da lei.

## **6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECIDE PELA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA PROCESSAR E JULGAR CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

No dia 20.02.2013, o Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 586.453/SE, interposto pela PETROS – Entidade Fechada de Previdência Complementar -, no qual se discutiu, em sede de repercussão geral, a competência para apreciar conflitos envolvendo entidades fechadas de previdência complementar.

O julgamento havia se iniciado em 03 de março de 2010, quando a Ministra Relatora Ellen Grace proferiu o seu voto reconhecendo a competência da Justiça Comum para processar e julgar todos os casos em que se discute a complementação de aposentadoria paga por entidade fechada de previdência complementar:

A relatora entendeu que a competência não pode ser definida levando-se em consideração um contrato de trabalho já extinto. Por essa razão, a relação entre o associado e a entidade de previdência privada não é trabalhista, estando disciplinada no regulamento das instituições.<sup>42</sup>

A Ministra ainda propôs uma espécie de modulação dos efeitos da sua decisão para que as ações que já tivessem sido sentenciadas até aquela data (do julgamento) permanecessem na justiça laboral.

Já o Ministro Cezar Peluso votou no sentido de que a definição da competência para processar e julgar tais controvérsias dependeria do entendimento adotado pelo Tribunal *a quo*. Assim, se o acórdão entendesse que a relação jurídica previdenciária decorria do contrato de trabalho, a competência seria da Justiça do Trabalho. Por outro lado, caso o acórdão consignasse que a controvérsia não decorria do contrato de trabalho a competência seria da Justiça Comum.

---

<sup>42</sup> STF DECLARA A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. São Paulo: Fundos de Pensão. Revista da Abrapp, ano 32, n. 386, p. 60, maio/junho 2013.

Após os votos dos dois Ministros, iniciaram-se os debates e votações, tendo o Ministro Dias Toffoli acompanhado o entendimento da Ministra Ellen Gracie e a Ministra Cármen Lúcia votado com o Ministro Cezar Peluso.

Após, o Ministro Joaquim Barbosa pediu vista do processo, tendo o seu julgamento sido retomado na sessão de 20.02.2012, quando, então, ele proferiu seu voto no sentido de acompanhar o entendimento do Ministro Cezar Peluso.

Retomados os debates, após longa discussão, os Ministros Luis Fux, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello votaram pela competência da Justiça Comum, acompanhando, portanto, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Dias Toffoli. Ficaram vencidos os Ministros Cezar Peluso, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa.

Em seguida, por maioria (8x1), o Tribunal modulou os efeitos da decisão para reconhecer a competência da justiça trabalhista para processar e julgar, até o trânsito em julgado e correspondente execução, todas as causas da espécie em que haja sentença de mérito, até a data do julgamento, nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie, com ajuste para que seja considerada a data final do julgamento (20.02.2013).

O entendimento adotado pelo STF no referido julgamento mostra-se extremamente relevante na medida em que, ao definir que é a Justiça Comum a competente para processar e julgar ações que versem sobre complementação de aposentadoria paga por Entidade Fechada de Previdência Complementar, pôs fim a uma insegurança que pairava há décadas no sistema de previdência complementar, referente à definição da justiça que seria competente para processar e julgar as controvérsias atinentes ao sistema. Por isso:

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que consagra a Justiça Comum como foro competente para julgar processos decorrentes de contrato de previdência complementar dará maior segurança, transparência e estabilidade ao Sistema.<sup>43</sup>

Não eram raras as situações em que uma mesma questão jurídica era levada a ambas as justiças (Comum e do Trabalho), a título de experimentação,

---

<sup>43</sup> STF DECLARA A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. São Paulo: Fundos de Pensão. Revista da Abrapp, ano 32, n. 386, p. 59, maio/junho 2013.

optando-se, posteriormente, por prosseguir naquela justiça que proferisse decisão mais favorável aos interesses dos autores. Tal situação foi muito bem qualificada pelo Ministro Gilmar Mendes quando consignou, ao longo do debate ocorrido na sessão de julgamento do STF, que havia necessidade de se firmar um posicionamento definitivo acerca da competência de modo a coibir o “caráter lotérico” conferido ao ajuizamento de ações dessa natureza.

Esse clima de indefinição acentuou-se após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, eis que houve um alargamento da competência da Justiça do Trabalho, especialmente diante da nova redação do artigo 114 da Constituição Federal, a qual passou a se dar por competente para processar e julgar ações nas quais se discutia complementação de aposentadoria paga pelos chamados fundos de pensão:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:  
I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;  
II as ações que envolvam exercício do direito de greve;  
III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;  
IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;  
V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;  
VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;  
VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;  
VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;  
IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Os longos anos em que se admitiu a tramitação desse tipo de ação na Justiça do Trabalho originaram, inclusive, entendimentos sumulados daquela justiça especializada sobre situações específicas do sistema previdenciário complementar, dentre as quais podemos citar, além da Súmula 288 do TST, as seguintes Súmulas:

TST Enunciado nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973 - Incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Cláusula Regulamentar - Vantagem Anterior

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

[...]

TST Enunciado nº 288 - Res. 21/1988, DJ 18.03.1988 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Complementação dos Proventos da Aposentadoria

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

[...]

TST Enunciado nº 326 - Res. 18/1993, DJ 21.12.1993 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Complementação de Aposentadoria - Norma Regulamentar - Prescrição

Tratando-se de pedido de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar e jamais paga ao ex-empregado, a prescrição aplicável é a total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria.

[...]

TST Enunciado nº 327 - Res. 19/1993, DJ 21.12.1993 - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003

Diferença de Complementação de Aposentadoria - Norma Regulamentar - Prescrição

Tratando-se de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão somente, as parcelas anteriores ao quinquênio.<sup>44</sup>

Como se pode verificar dos enunciados acima, via de regra, o entendimento adotado pela Justiça do Trabalho, quanto aos assuntos atinentes à complementação de aposentadoria, vinha sendo extremamente prejudicial ao sistema de previdência complementar, especialmente por não considerar que tal sistema é regido por normas e princípio próprios, distintos daqueles relativos ao Direito do Trabalho.

Por isso, outro ponto favorável da decisão da Suprema Corte “é o reconhecimento de que o contrato da previdência complementar é autônomo em

<sup>44</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em 10 de abr. 2013.

relação ao contrato de trabalho”<sup>45</sup>, argumento esse que certamente conduzirá os novos julgamentos proferidos pela justiça trabalhista e que poderá contribuir para que às causas que permanecerão na Justiça do Trabalho não sejam aplicadas as Súmulas acima transcritas, especialmente a Súmula 288 do TST, objeto desse trabalho.

De acordo com as Súmulas 51, I e 288, as alterações regulamentares posteriores não poderiam ser aplicadas aos participantes ainda não elegíveis ao benefício contratado, em que pese o artigo 17 da Lei Complementar 109/01 admitir expressamente tais alterações, que se mostram, inclusive, necessárias tendo em vista a vocação à perenidade apresentada pela relação previdenciária que tende a durar longos anos e até décadas.

Além disso, de acordo com as Súmulas 326 e 327, não haveria prescrição total para complementação de aposentadoria, exceto quando a integralidade da complementação jamais tivesse sido paga, situação essa raríssima.

Tal entendimento acabou por criar, em enunciado de súmula, uma imprescritibilidade que foge à regra adotada nos demais ramos do direito nacional, que admitem a aplicação da prescrição total, já que o direito não socorre aos que dormem. Por isso, não se mostra razoável e tampouco compatível com o ordenamento jurídico pátrio e com o princípio da segurança jurídica permitir que uma Entidade Fechada de Previdência Complementar fique eternamente sujeita à possibilidade de responder por ações judiciais movidas por seus participantes ativos e assistidos, ou ainda, pelos beneficiários de tais participantes.

Certamente, os entendimentos contidos nos enunciados simulados acabaram por sofrer influência do “protecionismo” daquela justiça em favor dos empregados, tidos como fracos, em face dos empregadores, tido como fortes. Tal desigualdade de situação das partes exigiria, portanto, a atuação da justiça laboral de modo a promover a igualdade entre elas. Nessa mesma linha de raciocínio é que, ao se deparar com uma relação previdenciária complementar, o entendimento

---

<sup>45</sup> STF DECLARA A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. São Paulo: Fundos de Pensão. Revista da Abrapp, ano 32, n. 386, p. 60, maio/junho 2013.

predominante na Justiça do Trabalho tendia a favorecer o “participante” quando este se via em confronto litigioso com o “poderoso fundo de pensão”.

Todavia, tal entendimento não se mostra adequado, uma vez que diante do caráter mutualista<sup>46</sup> da relação previdenciária complementar fechada, uma ação ajuizada por um participante não representa um litígio entre ele e a sua respectiva entidade fechada de previdência complementar, mas sim um litígio entre ele e os demais participantes integrantes dessa EFPC, eis que o patrimônio que responderá pelas despesas decorrentes de tais conflitos é a soma de todas as poupanças individuais desses participantes que apenas estão sob a administração da entidade de previdência complementar.

O Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, abordou tal tema nos seguintes termos:

O artigo 34 da LC 109/2001 deixa límpido que as entidades de previdência privada fechada apenas administram os planos, isto é, não são as detentoras de seu patrimônio, de sorte que o acolhimento da tese dos recorrentes, que é contrária ao previsto quando aderiram ao plano, coloca em risco o custeio dos benefícios, resultando em prejuízo aos demais participantes e beneficiários, que são os verdadeiros detentores do patrimônio acumulado.<sup>47</sup>

Não se pode deixar de mencionar que antes da definição da competência da Justiça Comum para julgar e processar causas envolvendo as Entidades Fechadas de Previdência Complementar, parte da jurisprudência invocava, corretamente, o princípio da facultatividade para afastar a competência da Justiça do Trabalho.

A propósito, a lição de Lygia Avena sobre o assunto:

Essa característica da facultatividade verificada na Previdência Complementar Fechada, constitucional e legalmente expressa, tem sido apontada com frequência na jurisprudência como um dos fundamentos que afastam a competência da Justiça do Trabalho para dirimir e julgar questões relativas aos planos de benefícios, uma vez que corrobora a natureza civil-previdenciária, contratual, do

---

<sup>46</sup> Na estruturação de planos de benefícios definidos (assim como nos seguros, em geral), adota-se o princípio do mutualismo, pelo qual os riscos inerentes ao Plano de Benefícios são avaliados em função da coletividade e não individualmente, gerando solidariedade entre os participantes.

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 814.465/MS, da 4ª Turma do STJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ 24.05.2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600200485&dt\\_publicacao=24/05/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600200485&dt_publicacao=24/05/2011)> Acesso em 10 de abr. 2013.

vínculo jurídico formado entre os participantes e os Fundos de Pensão, este sujeito à competência da Justiça Civil para dirimir e julgar os seus conflitos.

Nesse contexto, a desvinculação trabalhista dos planos de benefícios vem igualmente prevista na Constituição e em sede de Lei Complementar, respectivamente no art. 202, § 2º, e no art. 68 da LC 109.<sup>48</sup>

Ainda assim, oportuno observar que o julgamento proferido pela Suprema Corte não pôs fim imediato às discussões envolvendo complementação de aposentadoria paga por entidade fechada de previdência complementar na Justiça do Trabalho.

Com a modulação dos efeitos adotados pelo referido julgamento, o sistema de previdência complementar ainda terá que lidar com um “estoque” considerável de processos (de acordo com o Valor<sup>49</sup>, o TST ainda deve julgar 6,6 mil processos sobre previdência) que continuarão a exigir um trabalho constante de conscientização dos magistrados trabalhistas julgadores acerca da necessidade de aplicação da legislação federal específica de regência em detrimento de outras normas, chamando atenção para o fato de que a referida legislação, inclusive, é posterior à edição original das Súmulas 51 e 288, motivo pelo qual tais enunciados devem ceder lugar às disposições das Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001, as quais encontram fundamento no artigo 202 da Constituição Federal.

Nesse sentido:

Em relação ao estoque de processos cujo mérito já tenha sido julgado – e que, portanto, permanecerão na esfera da Justiça do Trabalho – a tônica em favor dos fundos de pensão será a mesma que já vem sendo adotada: mostrar que existe uma legislação especial que rege as entidades fechadas de previdência complementar, ou seja, as Leis Complementares 108 e 109. Não se pode julgar com base na CLT, como se fosse um contrato de trabalho. Há ainda normas do CNPC e da PREVIC. Aliás, nunca se pode esquecer que existe um órgão federal de supervisão que aprova regulamentos, estatutos e suas eventuais alterações.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> AVENA, Lygia (Coord.). **Fundamentos jurídicos da previdência complementar fechada**. São Paulo: CEJUPREV, 2012. p. 13.

<sup>49</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3019062/tst-julgara-66-mil-processos-sobre-previdencia-privada>> Acesso em 10 de abr. 2013.

<sup>50</sup> STF DECLARA A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. São Paulo: Fundos de Pensão. Revista da Abrapp, ano 32, n. 386, p. 60, maio/junho 2013.

Assim, em face do julgamento do Supremo Tribunal Federal muitos reflexos decorrentes desse julgamento serão verificados, uma vez que muitas situações mostrar-se-ão inusitadas, especialmente em decorrência da modulação dos efeitos da decisão.

Por fim, importante salientar que o primeiro e maior mérito da decisão do STF foi pacificar o tema, o segundo foi proclamar a natureza civil do contrato previdenciário.

## 7 CONCLUSÃO

Apesar das Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001, que disciplinam o Regime de Previdência Complementar, estarem em vigência há mais de uma década, alguns temas que envolvem a Previdência Privada Fechada necessitam de uma reafirmação de sua cogência e dos princípios que o informam. Isso porque, têm sido recorrentes posicionamentos que desafiam a lei, a racionalidade e a lógica desse Sistema ainda pouco conhecido pelos Julgadores.

Assim, considerando a complexidade e dinamismo verificados nas relações firmadas entre participantes, entidades e patrocinadores, ao Poder Judiciário cabe buscar a adequada informação, a fim de analisar e aprofundar as questões que lhe são apresentadas. E o primeiro passo para uma análise correta seria reconhecer que a Previdência Complementar Brasileira é regida por legislação específica, o que já foi feito pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 586.453/SE ocorrido em 20.02.2013.

Ocorre que mesmo com o reconhecimento pela Suprema Corte de que as Entidades Fechadas de Previdência Complementar são disciplinadas por legislação própria, por força da modulação dos efeitos da decisão do STF, todos os processos que tramitam na Justiça do Trabalho e que já foram sentenciados até o dia do julgamento do RE 586.453/SE (20.02.2013) permanecerão nessa Justiça Especializada.

Por isso, nesses casos permanece o desafio de fazer com que os julgadores trabalhistas apliquem as Leis Complementares 108 e 109, de 2001, bem como o Regulamento do Plano de Benefícios, que é o contrato civil-previdenciário firmado entre o participante do plano (empregado do patrocinador/empregador) e a Entidade Fechada de Previdência Complementar, posto que a Justiça do Trabalho tende a aplicar, nesses casos, o artigo 468 da CLT e a Súmula 288 do TST - aplicáveis somente aos contratos de trabalho - por entender que as alterações perpetradas no Regulamento do plano previdenciário (contrato civil) causam prejuízos aos empregados/participantes.

Todavia, os contratos previdenciário e de trabalho são totalmente autônomos entre si e regidos por leis absolutamente diferentes. O primeiro é disciplinado pelas LC 108 e 109, de 2001, enquanto o contrato de trabalho é regido pela CLT, motivo pelo qual é impraticável estender o entendimento consolidado na Súmula 288 do TST para os casos em que se discute previdência complementar paga por entidade fechada, pois as Leis Complementares que hoje regulamentam o Sistema de Previdência Complementar permitem que sejam promovidas alterações nos Regulamentos dos Planos de Benefícios – que em nada atingem o contrato de trabalho –, bem como dão prova de um regime de capitalização de reservas e adoção de premissas atuariais para equilíbrio econômico-financeiro contratual dos planos de benefícios.

Assim, percebe-se que a Súmula 288 do TST não está apta a definir conflitos relativos à previdência complementar frente à Lei Complementar 109, de 2001, e à Constituição Federal que, com as premissas estabelecidas em seu artigo 202, assegura que os participantes e assistidos dos planos previdenciários integram as instâncias decisórias dos Fundos de Pensão a fim de que sejam ouvidos nas discussões de seus interesses, integrando, desde 2001, o processo de alteração dos regulamentos dos planos de benefícios.

Portanto, a diretriz da Súmula 288 do TST encontra-se na contramão da lei, especialmente se for levado em consideração que a sua utilização significa a total inflexibilização e engessamento do Sistema de Previdência Complementar. E tal Sistema, amparado nos princípios do mutualismo e do equilíbrio atuarial, é dinâmico por natureza e necessita de dinamismo para enfrentar os mais diversos obstáculos que sua própria natureza impõe.

Por esses motivos não se mostra mais consentâneo com o atual contexto normativo o entendimento consubstanciado na Súmula 288 do TST – afirma que a complementação de aposentadoria será regida por normas vigentes à época de adesão ao plano –, que deve ceder lugar ao entendimento consubstanciado no art. 17 c/c art. 68, § 1º, ambos da LC 109/01, os quais determinam que o Regulamento a ser aplicável é aquele vigente ao tempo em que o participante reuniu os requisitos para a concessão do benefício.

Assim, verifica-se a impossibilidade de ignorar a legislação especial, como se ela não existisse no ordenamento jurídico, para prestigiar entendimentos completamente estranhos ao Sistema de Previdência Complementar Fechado.

## 8 REFERÊNCIAS

A QUEBRA DO CONTRATO E A AMEAÇA AO EQUILÍBRIO ATUARIAL. São Paulo: Fundos de Pensão. Revista da Abrapp, n. 364, p. 45-48, maio 2010.

AVENA, Lygia (Coord.). **Fundamentos jurídicos da previdência complementar fechada**. São Paulo: CEJUPREV, 2012.

MACIEL DE ALENCAR, Marcele Caroline. **A defesa do contrato previdenciário. Aspectos relevantes e proposições**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13166/a-defesa-do-contrato-previdenciario>> Acesso em 30 de jan. 2013.

MARCONDES, Sergio Luiz Akaoui. **A súmula 288 do TST e sua inaplicabilidade no âmbito da previdência complementar**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137563,91041-A+sumula+288+do+TST+e+sua+inaplicabilidade+no+ambito+da+previdencia>> Acesso em 29 de jan. 2013.

MARCONDES, Sergio Luiz Akaoui. A súmula 288 do TST e sua inaplicabilidade no âmbito da previdência complementar. **Fundos de Pensão**, São Paulo, n., p. 89-90, outubro 2011.

MÉLEGA, Francisco; MESSINA, Roberto. **Súmulas nºs 51 e 288 do TST: momento de discutir seu alcance diante da previdência complementar**. Fundos de Pensão, São Paulo, ano 32, n. 386, p. 71-76, maio/junho 2013.

O JUDICIÁRIO E A COMPLEXIDADE DO NOVO DIREITO PREVIDENCIÁRIO. São Paulo: Fundos de Pensão. Revista da Abrapp, ano 28, n. 351, p. 9-13, abril 2009.

REIS, Adacir. **Previdência complementar. Aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais**. ESMEC. Fortaleza, 2011.

REIS, Adacir (Coord.). **Fundos de pensão em debate**. Brasília: Brasília jurídica, 2002.

REIS, Adacir (Org.). **Fundos de pensão. Aspectos jurídicos fundamentais**. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2009.

REIS, Adacir. Atacar o contrato previdenciário é dar um tiro no pé. **Fundos de Pensão**, São Paulo, ano 28, n. 351, p. 5-8, abril 2009.

REIS, Adacir (Coord.), et al. **A inaplicabilidade do código de defesa do consumidor para as entidades fechadas de previdência complementar**. São Paulo, ABRAPP, 2013.

REIS, Adacir. **Curso básico de previdência complementar**. Brasília: Revista do tribunais, 2013.

STF DECLARA A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. São Paulo: Fundos de Pensão. Revista da Abrapp, ano 32, n. 386, p. 59-60, maio/junho 2013.

**REFERÊNCIAS VIRTUAIS:**

[www.assprevisite.com.br](http://www.assprevisite.com.br)

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

[www.trt15.jus.br](http://www.trt15.jus.br)

[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

[www.valor.com.br](http://www.valor.com.br)