

O RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR AS AÇÕES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA: UMA “VITÓRIA DE PIRRO”?*

José Laurindo de Souza Netto **

Cassiana Rufato Cardoso ***

Resumo: O presente artigo visa analisar criticamente a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu, com efeito de repercussão geral, a competência da Justiça Comum para processar e julgar as ações envolvendo previdência complementar fechada. O exame do julgamento se justifica porque, em que pese a decisão tenha sido celebrada, a fixação da competência da Justiça Comum para resolver esses casos pode revelar-se uma “vitória de pirro”. Os objetivos do trabalho são examinar as teses centrais do acórdão e demonstrar as consequências prejudiciais da fixação da competência na Justiça Comum para os seus próprios defensores, os fundos de pensão, decorrentes da morosidade e da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos previdenciários.

* Artigo inicialmente publicado nos Anais do Grupo de Trabalho de Processo e Jurisdição do XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE, ocorrido de 13 a 16 de novembro de 2013, na Universidade Nove de Julho – UNINOVE / São Paulo – SP. Referência bibliográfica: Processo e jurisdição II[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Fabricio Muraro Novais, Francisco Cardozo Oliveira, Marlene Kempfer. – Florianópolis: FUNJAB, 2014. Acesso em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=198>.

** Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do curso de Mestrado da Universidade Paranaense (UNIPAR). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ/PR).

*** Pós-Graduada em Direito pela EMAP - Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Palavras-Chave: Previdência Privada Fechada; Competência; Supremo Tribunal Federal; Repercussão Geral; Justiça do Trabalho; Jurisdição Constitucional.

THE RECOGNITION OF STATE COURTS JURISDICTION FOR CASES EVOLVING PENSION FUNDS: PYRRHIC VICTORY?

Abstract: This article aims at analyzing critically the Brazilian Supreme Court's decision that recognized the State Courts jurisdiction for the cases evolving private pension funds, with recognition of public importance, as in the writ of certiorary. The case's analysis is relevant because, even as the decision was celebrated, fixing the states courts jurisdiction can reveal itself as a Pyrrhic victory. The goals are to examine the decision's main theses, as well as demonstrate the harmful consequences of the jurisdiction definition to the pension funds, due to tardiness and the possibility of the application of the consumer protection law to pension contracts.

Keywords: Pension Funds; Jurisdiction; Brazilian Supreme Court; Public Importance; Labor Justice; Constitutional Jurisdiction.

1. INTRODUÇÃO



“vitória de pirro” é aquela obtida a tão alto custo que se assemelha a uma derrota. Pode parecer benéfica em princípio, mas o ônus que proporciona vai de encontro à sensação de proveito ou vantagem.

É com este paradoxo em mente que se analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal que estabeleceu a competência da Justiça Comum para processar e julgar os casos relaciona-

dos à previdência complementar fechada.

Embora a doutrina especializada em previdência privada tenha comemorado a decisão, vislumbra-se que a nova configuração da matéria pode se apresentar como prejudicial para os fundos de pensão.

Neste ambiente, o presente trabalho problematiza os fundamentos e os efeitos da referida decisão do Supremo, para identificar os conceitos jurídicos e os contextos subjacentes que levaram os Ministros a concluírem pela competência da Justiça comum.

Primeiramente contextualiza-se o julgamento com o papel do Supremo Tribunal Federal no atual Estado Democrático de Direito, destacando a preocupação com a segurança jurídica e a uniformização das decisões.

Em seguida, realiza-se uma avaliação dos argumentos utilizados pelos Ministros para chegar à decisão, com vistas a identificar as teses centrais e opostas do julgamento e extrair os fundamentos de cada uma delas.

E por fim, propõe-se uma análise crítica da decisão final, apontando os prováveis efeitos negativos que pode acarretar para fundos de pensão, em virtude da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de previdência.

2. O JULGAMENTO: DUAS TESES CONFLITANTES.

Trata-se do Recurso Extraordinário nº 586.453/SE, em que era recorrente a Fundação Petrobrás de Seguridade Social - Petros, e recorrido Mercenas Santos. O acórdão questionado era do Tribunal Superior do Trabalho, que havia reconhecido a competência da Justiça do Trabalho para julgar o feito. Visavam os recorrentes a fixação da competência da Justiça Comum no caso.

A lide foi decidida em conjunto com o RE nº583050/RS no plenário do dia 20/02/2013, em que, por maioria de votos -

seis votos a três – sedimentou-se a competência da Justiça Comum para processar e julgar os feitos relacionados com a previdência complementar fechada, com efeito de repercussão geral.¹

O julgamento iniciou-se em 17/08/2009, com a relatoria da Ministra Ellen Gracie, que reconheceu divergência existente no Supremo em relação à matéria, e propôs a superação do paradigma da corte, o RE 175.673 de relatoria do Min. Moreira Alves, que trazia como critério para fixação da competência a

¹ Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda - Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13). 1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta. 2. Quando, como ocorre no presente caso, o intérprete está diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível, deve ele optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e racionalidade ao sistema. 3. Recurso extraordinário de que se conhece e ao qual se dá provimento para firmar a competência da Justiça comum para o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência buscando-se o complemento de aposentadoria. 4. Modulação dos efeitos da decisão para reconhecer a competência da Justiça Federal do Trabalho para processar e julgar, até o trânsito em julgado e a correspondente execução, todas as causas da espécie em que houver sido proferida sentença de mérito até a data da conclusão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do julgamento do presente recurso (20/2/2013). 5. Reconhecimento, ainda, da inexistência de repercussão geral quanto ao alcance da prescrição de ação tendente a questionar as parcelas referentes à aludida complementação, bem como quanto à extensão de vantagem a aposentados que tenham obtido a complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada sem que tenha havido o respectivo custeio. (RE 586453, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013 EMENT VOL-02693-01 PP-00001)

determinação da origem da complementação da aposentadoria. Ela ponderou que a relação autônoma com a previdência privada está disciplinada no regulamento das instituições, conforme art. 202, §2º, da Constituição Federal, e, com base nisso, reconheceu a competência da Justiça Comum, e propôs que a decisão, tendo em vista os inúmeros feitos em que a discussão se punha de forma semelhante, tivesse efeito de repercussão geral.

Na mesma oportunidade, o Ministro Cezar Peluso apresentou tese diversa, qual seja, a de reafirmar a jurisprudência da corte fundada na origem do contrato previdenciário. Para o Ministro, há que se fazer a distinção entre três quadros, que se configuram conforme a prova apresentada perante o tribunal local. Caso o tribunal diga que a questão está relacionada com o contrato de trabalho, reconhece-se que a competência é da Justiça do Trabalho. Na hipótese em que a instância inferior conclua pela ausência de liame com relação trabalhista, afirma-se a competência da Justiça Comum. E, em última possibilidade, quando a matéria fosse controversa, sendo necessária a reapreciação das provas, não se conhece do recurso. Desta maneira, Peluso admitiu a possibilidade de que, em alguns casos, a competência é da Justiça do Trabalho, se ficar comprovada a relação com o contrato de trabalho, contrapondo-se à tese de Ellen Gracie que pregava pela autonomia.

Mesmo assim, a solução do caso ficou a cargo do Ministro Dias Toffoli, relator em virtude da aposentadoria da Ministra Ellen, que consignou que, apesar da ressonância constitucional das duas teses apresentadas até então, a proposta da Ministra “*vai trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema*” (STF, 2013, pág 20). Para ele, se impunha a necessidade de uma solução que não vinculasse a decisão da competência à origem da relação jurídica previdenciária: se decorrente do contrato de trabalho ou não. Dias Toffoli se apoiou, à semelhança de Ellen Gracie, no critério da independência do contrato previdenciário em relação ao contrato de trabalho, explícito

no art. 202, §2º, da Constituição Federal, com a interpretação dada pela EC nº20 de 1998, como critério de fixação da competência da Justiça Comum.

O Ministro Joaquim Barbosa pediu vistas do processo, e a votação só foi retomada em 20/02/2013. Contudo, as propostas que se seguiram apenas confirmaram uma ou outra posição já firmada, com algumas divergências pontuais, resolvendo-se a questão por maioria de seis votos a três² nesta ocasião, vencedora a tese de Ellen Gracie e Dias Toffoli.

3. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A PREOCUPAÇÃO COM A SEGURANÇA JURÍDICA E COM A UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES.

Para aprofundar a crítica que se faz ao acórdão, faz-se necessária uma análise não só do papel do Supremo Tribunal Federal nesta ordem constitucional, mas também da Jurisdição no Estado Democrático de Direito.

Como já tivemos a oportunidade de defender antes³, a concepção de jurisdição se conecta e se contextualiza com o modelo de Estado, sendo influenciada pelo pensamento jurídico de cada época, e evolui conforme se desenvolvem os paradigmas jurídicos vigentes. Na medida em que o Estado evoluiu de sua concepção Liberal, para a Social, depois Constitucional e, por último, para Estado Democrático de Direito, a jurisdição se transforma para se adaptar às demandas políticas que incorpora.

Neste percurso histórico, a jurisdição se adequa para ab-

² Restaram vencidos os Ministros Cesar Peluso, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa.

³ Para maior aprofundamento, SOUZA NETTO, José Laurindo de Souza. *A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade*. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1 (2012), nº5. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/>. Último acesso em 06/09/2013.

sorver uma nova dogmática de interpretação baseada em princípios e direitos fundamentais, com a função de constatar a adequação da lei aos comandos constitucionais, compreendendo e extraíndo o significado compatível com os valores, através das técnicas de controle de constitucionalidade. (SOUZA NETTO, 2012)

Na etapa atual, o Estado Democrático de Direito, verifica-se, por força dessa nova dogmática interpretativa, uma ampliação e densificação da atividade jurisdicional diante da importância das ponderações de princípios e argumentações jurídicas.⁴

O protagonismo deste fenômeno de expansão é exercido, no contexto da jurisdição brasileira, pelo Supremo Tribunal Federal, que guarda simultaneamente dois papéis no controle judicial: o de última instância do Poder Judiciário e o de guarda da Constituição, o que lhe permite alto grau de proeminência. Nesta posição, a Corte assume a função político-jurídica de guarda da Constituição, ou, mais precisamente, de garantir a sua unidade, e conseqüentemente, a todo o Direito no Estado Constitucional Brasileiro⁵, de modo que reflete as difi-

⁴ Vale destacar que neste cenário, o judiciário passa a necessariamente interferir nas opções do legislador e a proferir juízos políticos. Contudo, como explicita Lênio Streck, o problema se apresenta na medida em que a judicialização dos conflitos confundiu-se no Brasil com o “ativismo judiciário”, “*que é uma forma antidemocrática de substituição dos juízos morais, políticos e econômicos – que devem ser feitos pelos Poderes Executivo e Legislativo – pelos do Judiciário.*” (STRECK, 2013, pág. 121).

⁵ Neste sentido, Marinoni e Mitidiero lecionam que, com a mudança da natureza da jurisdição para uma função interpretativa e axiológica, a Corte Constitucional adquiriu nova função: a necessária uniformização da jurisprudência e, posteriormente, o controle sobre os casos decididos conforme precedentes (MARINONI, 2008, pág. 12-13). Para cumprir-se esse objetivo de simplificação da complexidade que o fenômeno jurídico assume, o ordenamento jurídico brasileiro tem recepcionado vários expedientes que visam à compatibilização vertical das decisões judiciais e a conseqüente racionalização da atividade judiciária, dentre eles a existência de repercussão geral da controvérsia debatida no recurso extraordinário. Esses institutos, inspirados na doutrina estrangeira do *stare decisis*, trazem consigo o imperativo de necessária observação das decisões prévias do tribunal pelo Poder Judiciário e pela

culdades da jurisdicionalização dos valores constitucionais e a consequente complexidade do fenômeno jurídico.

Partindo deste panorama da jurisdição no Estado Democrático e do papel do Supremo, observa-se que o caso em análise ilustra esse protagonismo alarmante do Tribunal Constitucional diante da judicialização dos conflitos, e a consequente preocupação com a uniformidade das decisões e a coerência sistêmica.

Observando o conteúdo do julgamento, evidencia-se que não houve propriamente uma definição da matéria, mas sim uma redefinição abstrata, abandonando-se a jurisprudência anterior de decisão “caso a caso” - em que se perquiria a origem da complementação da aposentadoria - para adotar-se uma definição de um critério único de para os casos futuros: a competência da Justiça Comum.

Além disso, o debate subjacente dos ministros se centrava na atuação do Supremo Tribunal Federal no estabelecimento de posições abstratas, e o imperativo de garantir a segurança jurídica. Deveras, em todos os votos vencedores se constata a preocupação com a indefinição que decisões conflitantes na matéria poderiam causar; igualmente, a tese oposta, a do Ministro Peluso, rebate exaustivamente a necessidade de unificar a jurisprudência do tribunal em homenagem àquele princípio constitucional.

Ao final, este viés se materializou na utilização do instituto da repercussão geral no caso, proporcionando a imposição verticalizada em caráter hierárquico do precedente elaborado, sob o fundamento da necessidade de unificação e racionalização da matéria. Reafirmou-se o argumento de que era a obrigação do Supremo de dar racionalidade ao sistema quando há dois critérios com ressonância constitucional incidindo sobre a mesma matéria, vedando o “caráter lotérico da competência”⁶.

Administração pública, mediante a criação de precedentes vinculantes.

⁶ Expressão utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes. (pág. 69).

Tanto é assim que, em seguida à decisão, o Tribunal se preocupou em modular os efeitos, no sentido de a aplicação do precedente que fosse limitada aos processos nos quais não houvesse sentença de mérito até aquela data. Considerou-se que a matéria nunca teria sido tratada de maneira uniforme no Supremo e que, em razão disso, muitos processos já julgados pela justiça do trabalho teriam de ser encaminhados à justiça comum para serem novamente sentenciados, em prejuízo à celeridade processual e à eficiência.

Em suma: para o Supremo tribunal Federal, a decisão mais acertada para o caso foi aquela que garantiu a previsibilidade para os litigantes e a expectativa normativa, repousada no dogma da estabilidade sistêmica e coerência do sistema jurídico.

Adiante, far-se-á uma análise pormenorizada das teses que se contrapuseram no acórdão – competência da Justiça Comum para todos os casos e competência da Justiça do Trabalho para a maioria – para investigar as fraquezas e potencialidades de cada uma delas.

4. A TESE DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM E A AUTONOMIA DO CONTRATO PREVIDENCIÁRIO.

A distribuição da competência entre os diversos órgãos que exercem a jurisdição é uma atividade necessária nos Estados de Direito, tendo em vista a possibilidade de surgirem conflitos das mais variadas ordens e a multiplicidade de órgãos com jurisdição.

A realização desta tarefa parte de três premissas lógicas básicas, conforme lição dos autores da Teoria Geral do Processo:

- “a) constituição diferenciada de órgãos judiciários; b) elaboração da massa de causas em grupos (levando em conta certas características da própria causa e do processo mediante o qual ela é apreciada pelo órgão judiciário); c) atribuição de

cada um dos diversos grupos de causas ao órgão mais idôneo para conhecer destas, segundo uma política legislativa que leve em conta aqueles caracteres e os caracteres do próprio órgão”. (DINAMARCO, GRINOVER, CINTRA, 2001. pág. 231)

Evidencia-se, portanto, que a operação de divisão da competência é uma espécie de política legislativa, em que o legislador se balisa em aspectos históricos, sociológicos, e políticos do ordenamento, estabelecendo critérios conforme o tecido social regulado. (DINAMARCO, GRINOVER, CINTRA, 2001, pág. 232)

Ressalta-se assim, na mesma esteira que se estabeleceu no capítulo 3, o caráter político da atividade jurisdicional que define a competência, vez que a interpretação dos critérios pré-definidos pelo legislador inevitavelmente trará maior ou menor juízo de conveniência e oportunidade de julgamento da causa em uma ou outra Justiça.

No caso da Justiça Comum, é noção elementar de Direito que a sua competência é definida por exclusão, ou seja, somente se verifica se o caso não se encaixar em nenhuma das Justiças Especializadas assim pré-definidas na legislação.

Na espécie, observa-se que a competência foi estabelecida por este critério, ou seja, pela rejeição do vínculo do benefício previdenciário com o contrato de trabalho, afastando-se a competência da Justiça Especializada do Trabalho. O fundamento utilizado foi a autonomia do contrato previdenciário em relação ao contrato de trabalho, deduzida a partir do art. 202, §2º da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20 de 1998.

O problema que se põe, contudo, é se efetivamente este critério de competência pode ser deduzido do art. 202, §2º da Constituição.

Para responder esta indagação, é importante conhecer primeiramente a *occasio legis* da EC nº 20/98, que deu nova redação ao art. 202 da Constituição Federal, e que regulamenta

a previdência complementar privada.

A Emenda foi editada como resposta ao crescente agravamento da crise da Seguridade Social no Brasil. Tal contexto se evidenciava na época pelo déficit público crescente, agravado pela percepção da insustentabilidade do sistema frente à explosão demográfica e envelhecimento da população. Como a demografia não se adaptava à Constituição, a Constituição teve que se adaptar á demografia.

Neste ínterim, a EC nº20/1998 realizou uma reforma estrutural na previdência, instituindo em sede Constitucional, ao lado do Regime geral, a previdência privada e a previdência dos servidores públicos.

A previdência complementar privada foi instituída em “*caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social*”.⁷ A autonomia

⁷ 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) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998). § 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos. (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) § 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998) § 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) § 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissioná-*

em relação ao regime geral é a característica central do sistema, que visa a incentivar a adesão a esse setor econômico, fomentando seu desenvolvimento e aumentando a proteção previdenciária e a poupança interna.

Contudo, é válido observar que a autonomia que consta expressamente no *caput* do art. 202 é colocada apenas em relação ao regime geral da previdência social, a cargo do Instituto Nacional de Seguridade Social. A referência que se faz ao contrato de trabalho no §2º não é suficiente para deduzir-se a desvinculação do contrato de trabalho apenas pela redação do dispositivo.

Não obstante, consagrou-se na doutrina⁸ a percepção de que há uma relação autônoma de direito material eminentemente civil-previdenciária entre o beneficiário e a entidade previdenciária, e que tal fato enseja uma segregação pragmática da relação de trabalho. Neste sentido igualmente se sedimentou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁹.

rias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

⁸ Por exemplo, BOCCHI JR, Hilário. Aspectos Gerais da Previdência Privada. Publicado na Síntese Trabalhista n. 175 – Jan. 2004. Disponível em: http://www.bocchiadvogados.com.br/upload/coluna_juridica/1d0edb068bbfaea111ced06812953fab.pdf. Último acesso em 06/09/2013.

⁹ CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PREVIDÊNCIA PRIVADA – ABONO – JUSTIÇA FEDERAL – JUSTIÇA DO TRABALHO – A ação proposta por servidores aposentados contra a Caixa Econômica Federal e a PREVHAB – Associação de Previdência Privada, com o escopo de obter complementação de aposentadoria, em razão de abono pago aos funcionários da ativa, refoge ao âmbito da Justiça do Trabalho. A relação jurídica entre os autores e as rés está fundamentada no regulamento da associação de previdência da qual fazem parte. Precedentes. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da Trigesima Primeira Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, suscitante. (STJ – CC 33033 – RJ – 2ª S. – Rel. Min. Castro Filho – DJU 07.10.2002)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PREVIDÊNCIA PRIVADA – COMPLE-

Para Luiz Roberto Barroso, defensor deste posicionamento, é possível inferir-se a segregação do regime trabalhista da interpretação teleológica da Emenda Constitucional, tendo em vista que se pretendia à época justamente evitar a rigidez associada ao regime jurídico trabalhista e a aplicação do direito do trabalho. Defende o Ministro que a autonomia do contrato é da essência arquitetural da Previdência Complementar no Brasil, e que as particularidades do regime de previdência privada fechada – facultatividade de adesão, portabilidade do benefício, separação da pessoa do empregador e do patrocinador - regulamentadas pelas Leis Complementares 108 e 109, ilustram esse traço. (BARROSO, 2011, pág. 11 e ss.)

Entretanto, impõe observar que concepção de que a relação previdenciária é eminentemente civil se mostra simplista quando confrontada com a realidade fática.

Neste sentido, pondera o Des. Federal José Marcos Lunardelli que há uma percepção equivocada da natureza desses contratos na doutrina e jurisprudência brasileiras, tendo em vista que *“a entidade fechada de previdência complementar envolve um feixe de contratos muito grandes desde o contrato do patrocinador, com a própria entidade, (...) entre o participante e a entidade e entre os outros participantes.”* (LUNARDELLI, 2011, pág. 104)

Valendo-se da denominação de Tulio Ascarelli, o Desembargador esclarece que essa realidade jurídica é melhor classificada como contrato plurilateral, pois há pluralidade de sujeitos – o conjunto de participantes, o patrocinador e a entidade - com direitos e deveres entre si. (LUNARDELLI, 2011, pág. 104)

MENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – JUSTIÇA COMUM – PRECEDENTES – Reiterada jurisprudência no sentido de que, em se tratando de reivindicação pertinente à previdência privada, como no caso de complementação de aposentadoria, é competente a Justiça Estadual. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo de Direito suscitado. (STJ – CC 33334 – MA – 2ª S. – Rel. Min. Castro Filho – DJU 20.05.2002)

Com efeito, tendo em vista que a relação se baseia na constituição de um fundo, é mais adequado afirmar que o contrato tem uma natureza plurilateral distributiva, característica que escapa aos olhos do Poder Judiciário e em cujo cerne se encontra a maior parte dos litígios envolvendo esses contratos (LUNARDELLI, 2011, pág. 105).

Neste mesmo sentido, Wagner Balera e Fábio Lopes Vilela Berbel lecionam que a Seguridade Social se organiza de forma sistêmica (BALERA, BERBEL, 2010, pág. 888), igualmente afastando a ideia de que há um contrato privado a estruturar estas relações:

A previdência e a saúde privadas não constituem relação jurídica eminentemente privada. Há um misto neoliberal de institucionalismo e contratualismo. Aquela característica imperativa dos subsistemas, alocando-os, inexoravelmente, na Seguridade Social. Os objetivos desse sistema são atribuídos a essas técnicas, que auxiliam as acepções sociais na amplitude e eficácia da proteção social. (BALERA, BERBEL, 2010, PÁG. 888)

Deste modo, a premissa da natureza civil dos contratos previdenciários se mostra demasiado rasa, inapta para embasar o critério de distribuição para a Justiça comum, sendo necessário um debate mais aprofundado sobre o tema para fixar-se um precedente sobre a matéria em sede de repercussão geral.

Impõe ainda considerar que, embora a tese vencedora capitaneada pelo Ministro Dias Toffoli tenha consagrado que “*a EC nº20, que deu nova redação aos parágrafos 2º e 3º do art. 202, teve o claro propósito de autonomizar o Direito Previdenciário complementar, seja quanto ao contrato de trabalho, §2º, seja quanto à Administração Pública, §3º*” (STF, 2013, pág. 61), tal interpretação do dispositivo constitucional não é a única.

Há, por exemplo, o entendimento diverso do Ministro Joaquim Barbosa, consignado no voto, que limita o alcance da interpretação do art. 202 da Constituição e conseqüentemente rejeita a possibilidade de ele funcionar como base para o afas-

tamento da competência da Justiça do Trabalho¹⁰. Na concepção de Barbosa, o referido dispositivo visa tão somente excluir o benefício previdenciário das verbas que constituem contrato de trabalho, evitando o acréscimo ao pacto laboral, tendo em vista a tendência da Justiça do Trabalho brasileira de incluir no contrato os valores pelo empregador com habitualidade (STF, 2013, pág. 60).

O Ministro Marco Aurélio igualmente discordou com o sentido dado ao art. 202, §2º, acrescentando que o dispositivo sequer se encontra no capítulo constitucional referente aos limites de atuação do judiciário.¹¹

Vale dizer, a tese da autonomia não é unânime, e apresenta certa miopia em relação à realidade fática dos contratos previdenciários.

5. A TESE DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E A VINCULAÇÃO INDIRETA COM O CONTRATO DE TRABALHO.

É sabido que os critérios de definição da competência da Justiça do Trabalho foram alterados pela Emenda Constitucional nº45. Se antes era limitada aos litígios envolvendo empregado e empregador, hoje a competência é definida em razão da matéria, a partir do conceito de relação de trabalho, constante do artigo 114 da Constituição Federal¹².

¹⁰ Nas palavras do Ministro: “*Não me apreça que o dispositivo constitucional mencionado tenha o alcance que se pretende lhe atribuir – isto é, o de segregar o contrato de previdência privada complementar das relações de direito do trabalho eventualmente existentes entre o indivíduo e o patrocinador, com repercussão no que tange à fixação da Justiça Comum para o julgamento dos conflitos do aludido ajuste.*” (STF, 2013, pág. 60).

¹¹ “*Uma coisa é proclamar-se que certas parcelas não integram o contrato de trabalho. Algo diverso é assentar-se a competência da Justiça Comum ou Trabalhista.*” (STF, 2013, pág. 74).

¹² 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*

É igualmente consenso que a Emenda Constitucional proporcionou uma ampliação da competência material desta Justiça, pois o critério abarcou os diversos tipos de conflitos decorrentes da relação de trabalho, uma vez que o conceito de “relação de trabalho” passou a fundamentar a fixação da competência.

Para a maioria da doutrina, não há conflito entre o disposto nos incisos I e IV da Constituição Federal, tendo em vista que o inciso I fala em “ações oriundas da relação de trabalho” e o inciso IX fala em “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”, ambos fazendo referência à relação de trabalho. Conforme esclarece Edilton Meirelles, não há incompatibilidade entre os dispositivos, uma vez que o inciso IX apresenta a possibilidade de “estabelecer-se essa mesma competência para outras controvérsias que tenham como pressuposto fático-jurídico uma relação de trabalho (litígio indiretamente vinculado à relação de trabalho)”. (Apud JORGE NETO, 2012, pág. 181, nota 8).

Nesta linha, desde a Emenda Constitucional nº45, a controvérsia que se estabeleceu no âmbito da Justiça do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça refere-se basicamente à maior ou menor abrangência da acepção da expressão “relação de trabalho”, ou seja, concentrou-se em identificar, dentre as relações que tem por objeto o trabalho humano, aquelas que são afetadas à competência daquela justiça, sempre em tendência am-

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.

pliativa. Neste espírito, a jurisprudência da Justiça do Trabalho se desenvolveu no sentido de inserir na sua competência as relações de trabalho, mesmo aquelas que, em virtude do vínculo precário e informal, assumiam forma de pretensa autonomia, ou independência meramente nominal.¹³

Retornando ao caso, é possível argumentar que a questão discutida no acórdão se coloca neste viés de alargamento da

¹³ Veja-se neste sentido interessante precedente, de relatoria da Ministra Rosa Weber: RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DE COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Ao julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395-6/DF, o Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou balizas para que se dê interpretação conforme, sem redução de texto, ao inciso I do art. 114 da Constituição da República, com a finalidade de impedir que a expressão “relação de trabalho” seja tomada em sentido demasiado amplo. Nessa senda, partindo de uma interpretação sistemática e teleológica da modificação empreendida pela EC 45/2004, alcança-se o entendimento de que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho teve como finalidade acompanhar as alterações do mundo do trabalho, em que cada vez mais comum a precarização e a informalidade. Em suma, a modificação da competência da Justiça do Trabalho visou a permitir que este ramo especializado do Poder Judiciário pudesse continuar a mediar a relação de desigualdade entre o capital e o trabalho, mesmo diante dos desafios próprios de uma realidade em transformação, na qual o vínculo de emprego desponta como verdadeira raridade. Nessa esteira, tem-se que a expressão “relação de trabalho”, constante do inciso I do art. 114 da Magna Carta, deve ser interpretada como “relação de trabalho com objetivo econômico”, ou seja, contextualizada no sistema produtivo do tomador (OLIVEIRA, Francisco Antonio. Revista de Direito do Trabalho 119/76). Assim, além do requisito da prestação de serviço por pessoa física e intuito personae, a Justiça do Trabalho somente será competente para dirimir os conflitos individuais oriundos de relação de trabalho quando a causa de pedir estiver vinculada a prestação de serviços inserida em cadeia produtiva do tomador, pois é nesse contexto que se manifesta a inferioridade do trabalhador, seja pela ótica da subordinação, seja pela da dependência econômica. No caso em exame, o contrato de prestação de serviços advocatícios foi firmado, consoante narra o próprio demandante, para a execução de sentença, prolatada no âmbito da Justiça Federal, que reconheceu aos substituídos pelo Sindicato dos Trabalhadores da Universidade Federal de Santa Catarina, entre os quais a demandada, o direito aos índices inflacionários expurgados das respectivas contas vinculadas. Dessa forma, não havendo falar em inserção do trabalho em processo produtivo, nem em subordinação ou dependência econômica do autor em relação à ré, tem-se que a competência para dirimir a presente ação de cobrança de honorários advocatícios é da Justiça Comum Estadual. Recurso de revista não conhecido. (TST-RR-2455/2007-037-12-00.5, 3ª Turma, Ministra Relatora Rosa Weber, 30/08/2008)

nova competência, por força da existência da conexão indireta dos contratos previdenciários com o contrato de trabalho, inserindo-se na previsão do art. 114, inciso IX, como já vinha decidindo o Tribunal Superior do Trabalho e o próprio Supremo¹⁴.

Não se nega que a previdência complementar fechada pode se instituído tanto por empresas quanto por associações, e que neste último caso a discussão da competência da justiça do trabalho perde o sentido. Contudo, é de se ponderar que, nos casos da previdência complementar fechada em que a empresa é patrocinadora do fundo, sempre haverá conexão indireta com o contrato de trabalho, tendo em vista que a adesão a estes benefícios só é possível quando existe o prévio vínculo trabalhista com o patrocinador. Com efeito, neste contexto, a adesão ao plano de benefícios será ou por incentivo da empresa ou por força do próprio contrato de trabalho¹⁵, integrando a política de

¹⁴ RECURSO DE REVISTA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – Se a fonte da obrigação decorreu do contrato de trabalho, insere-se no âmbito da competência desta Justiça Especial conhecer e julgar a matéria. Ainda que se trate de obrigação de natureza previdenciária formalmente devida por entidade de previdência privada, não se pode deixar de reconhecer que a Fundação embargante foi instituída e mantida pelo ex-empregador, que se obrigou mediante o contrato de trabalho a complementar, por interposta pessoa, os proventos de aposentadoria. Inexistência de ofensa ao art. 114 da Constituição Federal, revelando-se, por outro lado, inespecífica a jurisprudência colacionada. Recurso desprovido. (TST – RR 38178 – 3ª T. – Rel. Min. Conv. Paulo Roberto Sifuentes Costa – DJU 18.10.2002) INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – Se a fonte da obrigação decorreu do contrato de trabalho, insere-se no âmbito da competência desta Justiça Especial conhecer e julgar a matéria. Ainda que se trate de obrigação de natureza previdenciária formalmente devida por entidade de previdência privada, não se pode deixar de reconhecer que a Fundação embargante foi instituída e mantida pelo ex-empregador, que se obrigou mediante o contrato de trabalho a complementar, por interposta pessoa, os proventos de aposentadoria. Inexistência de ofensa ao art. 114 da Constituição Federal, revelando-se, por outro lado, inespecífica a jurisprudência colacionada. Embargos não conhecidos. (TST – ERR 510040 – SBDI 1 – Rel. Min. Wagner Pimenta – DJU 16.08.2002)

¹⁵ Nesse sentido, Ministro Marco Aurélio ressalta acertadamente que, em última análise, sempre que houver previdência fechada a competência seria da Justiça do Trabalho, mas que a simples existência do contrato de trabalho não define a competência de uma ou outra Justiça. Nesta toada, afirmou que “*a pedra de toque definido-*

recursos humanos de grande parte dos empregadores.

Mesmo que a discussão se ponha quando o contrato de trabalho já tenha sido extinto, é provável que estejam em pauta aspectos do benefício ocorridos enquanto havia vínculo empregatício, como por exemplo, os reajustes operados em períodos anteriores. Além disso, apesar de a figura do patrocinador e do empregador não se confundirem nessa nova sistemática trazida pela Emenda nº 20, é evidente que, enquanto mantenedor parcial do fundo, a empresa estará envolvida na discussão, sobretudo aquelas que versem sobre atualizações dos benefícios e o equilíbrio atuarial, mesmo após a extinção do contrato de trabalho subjacente. Assim, é salutar que a solução se dê no ambiente laboral, sobretudo para que a análise possa, quando necessário, envolver o empregador.

Contudo, é necessário ponderar que a decisão do Supremo acabou por se sustentar em tese frágil, deixando-se levar pela ilusão da racionalidade sistêmica, no afã de privilegiar a estabilidade, e desvalorizou a situação fática, ignorando completamente a realidade dessas relações, estritamente conectada com os contratos trabalhistas.

A ligação com o contrato de trabalho era elemento central a ser considerado, uma vez que a regra que atrai a competência especializada da Justiça Obreira está delineada pela existência de vínculo indireto, mas concreto, com o pacto laboral, conforme previsão constitucional expressa.

6. PORQUE O JULGAMENTO É UMA VITÓRIA DE PIRRO: A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS PREVIDENCIÁRIOS.

Foi alta a expectativa dos fundos de pensão em relação

ra da competência não é a existência de contrato de trabalho, mas saber se a adesão à previdência, à Fundação, é espontânea ou obrigatória em face desse contrato.” Seu entendimento minoritário não foi acolhido pelos Ministros. (STF, 2013, pág. 81).

aos efeitos da decisão do Supremo. A maioria dos escritórios de advocacia e revistas especializadas considerou à época a decisão uma vitória¹⁶, sob os mais diversos argumentos.

Destacou-se neste panorama a tese de que a proteção excessiva dos beneficiários, proporcionada pela interpretação dos contratos no âmbito da Justiça do Trabalho e a consequente confusão do benefício com o contrato trabalhista, inibia as empresas de oferecerem a previdência complementar para os seus empregados, e que o deslocamento para a Justiça Comum iria alterar esse panorama. (RAEFFRAY, 2013)

O aspecto da segurança jurídica e da pacificação da questão da competência também foi muito celebrado, porque se considerou que a previsibilidade das decisões e a celeridade processual aumentam o grau de *accountability* do sistema de previdência privada, criando um ambiente de estabilidade. Nesse sentido, o Des. Ney Wiendmann Neto argumenta que “*a insegurança jurídica pode inibir os interessados e elevar os custos de transação*”, uma vez que “*se as decisões dos tribunais foram instáveis ou díspares, tanto mais difícil será o acerto nesse cálculo atuarial*”, referindo-se ao cálculo atuarial dos planos. (WIEDEMANN NETO, 2010, pág. 41).

Contudo, é necessário ponderar que a decisão deslocou-se da análise das possíveis consequências do deslocamento da competência para a proteção dos beneficiários dos sistemas de previdência privada.

Deveras, é sabido que a identidade da Justiça do Trabalho está vocacionada à proteção do hipossuficiente em suas

¹⁶ Neste sentido ver, por todos, RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Análise: contrato de previdência complementar é independente do contrato de trabalho, decide STF*. 2013. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticias/carreira/analise-contrato-de-previdencia-complementar-e-independente-do-contrato-de-trabalho-decide-stf/74491/>. Último acesso em 06 de Setembro de 2013 e BOCCHI JR, Hilário. Aspectos Gerais da Previdência Privada. Publicado na Síntese Trabalhista n. 175 – Jan. 2004. Disponível em: http://www.bocchiadvogados.com.br/upload/coluna_juridica/1d0edb068bbfaea111ced06812953fab.pdf. Último acesso em 06/09/2013.

relações laborais, abarcando grupos carentes amparo em situações de vulnerabilidade.¹⁷ Deste modo, é possível concluir que a defesa aguerrida da autonomia do contrato previdenciário em relação ao contrato de trabalho para fins de alteração da competência, como alerta Sidnei Machado, esconde premissas políticas definidas, uma vez que visa retirar a cobertura que os princípios da Justiça do Trabalho conferiam ao beneficiário (MACHADO, 2013).

Neste sentido, não se pode deixar de perceber que a decisão apresenta-se como um exemplo clássico da interferência neoliberal no mundo jurídico. Não é coincidência que a Emenda Constitucional nº20 foi promulgada em época que os conceitos neoliberais informaram uma série de reformas constitucionais no Brasil nos anos noventa. A decisão do Supremo, na medida em que reafirma o que crê estar na essência da alteração constitucional, figura como uma espécie de “revival” anacrônico desses valores¹⁸.

Na medida em que esta tese da autonomia embasa a definição da competência, evidencia-se o propósito ideológico da defesa jurídica de *“afastar a matéria do controle da Justiça do Trabalho, cuja interpretação, a partir do princípio da proteção, que é a sua razão de ser, tende a aplicar a norma mais favorável ao participante e restringir as alterações de contratos que lhes são prejudiciais.”* (MACHADO, 2013)

Contudo, o sucesso dos fundos de pensão em retirar a competência da Justiça do Trabalho pode se revelar, em verdade, uma “vitória de pirro”.

¹⁷ Nesse sentido, por exemplo, se orientou a Súmula 392 do TST, e a Súmula Vinculante 22 do STF, que determinam a competência da Justiça obreira para julgamento de ação de indenização por dano moral quando decorrente da relação de trabalho.

¹⁸ Neste sentido, Wagner Balera e Fábio Lopes Vilela Berbel esclarecem que o *“neoliberalismo impôs, nos sistemas modernos de Seguridade Social a acentuada participação do privado”*, (BALERA, BERBEL, 2010, pág. 888) chamado a colaborar com o Estado na satisfação das garantias sociais. Na mesma linha, Edmundo coloca a privatização da previdência como uma parte da agenda neoliberal de desregulamentação e de esvaziamento de garantias. (ARRUDA JÚNIOR, 1997, pág. 67)

A expressão cunhada a partir de episódio da conquista do general Pirro na historiografia grega alude a um triunfo formal, esvaziado, devido às consequências danosas para os próprios vencedores.¹⁹

Adaptando-se a metáfora, destacam-se dois aspectos em que a decisão pode se apresentar prejudicial aos próprios defensores da competência da Justiça Comum: a morosidade e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Como aponta o Des. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Ney Wiedemann Neto, a judicialização dos conflitos nessa área é patente, (WIEDEMANN NETO, 2010, pág. 41), sendo expressivo o aumento do número de casos que versam sobre o tema, o que suscitou inclusive a problemática da uniformização do critério da competência.

Deveras, com a fixação da competência da Justiça Comum, mais morosa e custosa, a lentidão e a consequente “*difficuldade de se obter o reequilíbrio atuarial do contrato através do Poder Judiciário também podem funcionar como fatores de desestímulo ao sistema e ao ingresso de novos participantes.*” (WIEDEMANN NETO, 2010. 41).

Não obstante, o maior revés que a nova definição da competência pode proporcionar aos fundos de pensão é a perspectiva de aplicação do Código de Defesa do Consumidor a essas relações.

Com efeito, a Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que “*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência priva-*

¹⁹ A expressão foi cunhada a partir do nome do rei Pirro do Épiro, cujo exército havia sofrido prejuízos significativos após derrotar os romanos na Batalha de Hérculeia, em 280 a.C., e na Batalha de Ásculo, em 279 a.C., na Guerra Pírrica. Após a segunda batalha, diz-se que Pirro teria respondido a um indivíduo que lhe parabenizou pela vitória que “uma outra vitória como esta o aruinará completamente”. Esta expressão não se utiliza por analogia em ramos como a política e a justiça, dentre outros, para referir-se a batalha com efeitos negativos ao vencedor. Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Vit%C3%B3ria_p%C3%ADrrica.

da e seus participantes.”²⁰ Válido ressaltar que, em que pese haja divergência doutrinária a respeito²¹, a súmula não faz diferença entre previdência privada aberta e fechada, aplicando-se, portanto, até nova ordem, aos dois tipos de regime.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor propicia, talvez até com mais garantias, a proteção do beneficiário, caracterizado como consumidor em razão tanto da hipossuficiência em relação ao fundo quanto da posição de aderente ao plano de benefícios. No âmbito da Justiça Comum, o participante gozará da proteção das garantias processuais típicos daquele diploma legal, que podem apresentar-se como especialmente onerosos para seus adversários na lide.

Neste contexto, destaca-se a inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII) nos casos em que há necessidade de perícia atuarial, ficando a cargo do fundo de pensão demonstrar seu equilíbrio financeiro mesmo em casos em que o participante questiona o valor do benefício.

Com efeito, os magistrados têm considerado a perícia atuarial como imprescindível para o deslinde dos feitos previdenciários, pois essas provas trazem informações sobre o equilíbrio atuarial do plano, suas fontes de custeio e o aporte de contribuições para garantir os benefícios pleiteados (WIEDEMANN NETO, 2010, pág. 45).

Além disso, no que tange às cláusulas contratuais, o Código do Consumidor prevê ainda a possibilidade de alteração

²⁰ Súmula 321, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2005, DJ 05/12/2005 p. 410.

²¹ Neste sentido, LEITE, Mércia Lopes. *Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às entidades fechadas de previdência complementar*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/11_284.pdf. Último acesso em 11/09/2013. RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à previdência complementar*. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/54723/>. Último acesso em 11/09/2013. FRANCHINI, Roger. *Da inaplicabilidade do CDC entre as entidades fechadas de previdência complementar e seus membros*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11956/da-inaplicabilidade-do-cdc-entre-as-entidades-fechadas-de-previdencia-complementar-e-seus-membros#ixzz2ec2ghchS>. Último acesso em 11/09/2013.

ou revisão de cláusulas contratuais de prestações desproporcionais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas com fundamento na teoria da imprevisão (art. 6º inciso V), a garantia da interpretação mais favorável (art. 47) e de reconhecimento de nulidade de cláusula abusiva (art. 51).

É importante lembrar que o inciso X do artigo 51 permite a anulação de cláusula que preveja a variação unilateral de preços, que pode ser invocada na discussão de aumento de contribuições e eventual reequilíbrio do fundo contratual em favor do participante.

Não se olvide o expediente de responsabilização objetiva do fornecedor nos casos de informações insuficientes ou inadequadas sobre os riscos da contratação (art. 14), passíveis de aplicação nos contratos de adesão com o fundo, bem como a desconsideração da personalidade jurídica para atingir os dirigentes nos casos (art. 28). Com esse último instituto, abre-se a expectativa de inserção dos diretores do fundo na lide conjuntura tão ou mais severa que a que os fundos pretendiam evitar com a fuga da Justiça do Trabalho, onde o empregador não raras vezes integrava o polo passivo.

Portanto, com o Código de Defesa do Consumidor, o conjunto de garantias do participante apresenta-se tanto ou mais amplo no âmbito da Justiça Comum, modificando o que seria um panorama escasso das garantias do participante em um ambiente de ampla proteção.

7. CONCLUSÃO

Em análise às balizas utilizadas para chegar à decisão, conclui-se que a falta de compreensão da complexidade dos contratos de previdência privada levou o Supremo Tribunal Federal a uma percepção rasa do tema, deslocada do contexto fático e da tipologia que as relações jurídicas ostentam na rea-

lidade.

Vislumbra-se que os Ministros vencedores escolheram o critério da autonomia do contrato, deduzido de presunção abstrata e da compreensão politizada do dispositivo constitucional (art. 202, §2º), em claro detrimento da existência concreta do vínculo do contrato previdenciário com a relação de trabalho.

A interpretação dada pelo Superior Tribunal Federal, ao tentar privilegiar a segurança jurídica, incorreu em precedente com significativo déficit de constitucionalidade material, pois reduz, ainda que por via transversa, a eficácia da proteção dos beneficiários do regime propiciada pela Justiça do Trabalho.

Desta feita, não passa despercebido o caráter ideológico neoliberal da decisão, contexto político que tardiamente inspirou a interpretação no sentido de desvincular permanentemente a previdência privada da legislação trabalhista e afastar a competência daquela Justiça.

Contudo, em que pese a tentativa de afastar a competência trabalhista vise em realidade a desamparar o participante, a decisão se apresenta como uma “vitória de pirro” para os defensores desta tese, pois no âmbito da Justiça Comum o Código de Defesa do Consumidor mostra-se como instrumento igualmente apto a assegurar ao beneficiário a proteção necessária nos litígios envolvendo os fundos de pensão.



8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. GRINOVER, Ada

- Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª Edição, revista e atualizada, de acordo com a EC 45, de 8.12.2004. Malheiros, 2005.
- ARRUDA JR. Edmundo L. *Direito e Século XXI: Conflito e ordem na ordem neoliberal pós-moderna. (Ensaio de Sociologia do Direito)*. Rio de Janeiro. LUAM: 1997. 1ª Edição.
- BALERA, Wagner, BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Interpretação Constitucional do Direito Previdenciário*. In: GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro, BETTINI, Lucia Elena Polleti, MOREIRA, Eduardo Ribeiro. (org.) *Hermenêutica Constitucional – Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Competência jurisdicional em matéria de previdência privada complementar: Justiça Comum vs. Justiça do Trabalho. Sentido e Alcance do art. 202, §2º, da Constituição de 1988*. Parecer. Ano de 2011. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130318-03.pdf. Último acesso: 06 de setembro de 2009.
- BOCCHI JR, Hilário. Aspectos Gerais da Previdência Privada. Publicado na Síntese Trabalhista n. 175 – Jan. 2004. Disponível em: http://www.bocchiadvogados.com.br/upload/coluna_juridica/1d0edb068bbfaea111ced06812953fab.pdf. Último acesso em 06/09/2013.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Saraiva. 1974.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 12ª Edição. Malheiros, 2005.
- DGI. Índice Fundamental do Direito. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_int

- erno_e_sumula_stj/sumulas_stj.htm>. Acesso em: 05/09/2013.
- FRANCHINI, Roger. *Da inaplicabilidade do CDC entre as entidades fechadas de previdência complementar e seus membros*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11956/da-inaplicabilidade-do-cdc-entre-as-entidades-fechadas-de-previdencia-complementar-e-seus-membros#ixzz2ec2ghchS>. Último acesso em 11/09/2013.
- HESPANHA, António Manuel. *A revolução neoliberal e a subversão do modelo jurídico: crise, Direito e argumentação jurídica*. Revista Editora dos tribunais. Ano 102, Volume 929. Março/2013.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito Processual do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- LUNARDELLI, José Marcos. *Previdência Complementar – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. In: Seminário “Perspectivas de Crescimento dos Setores Econômicos: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais.” 25 a 28 de Agosto de 2011. COPEDEM. Pág. 101-110.
- LEITE, Mércia Lopes. *Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às entidades fechadas de previdência complementar*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/a/11_284.pdf. Último acesso em 11/09/2013.
- MACHADO, Sidnei. *O STF errou ao negar a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações contra Fundos de Pensão*. Disponível em: <http://machadoadvogados.com.br/biblioteca/o-stf-errou-ao-negar-a-competencia-da-justica-do-trabalho-para-julgar-as-acoes-contras-fundos-de-pensao/>. Último acesso em 06 de setembro de 2013.
- _____. *O debate da Competência da Justiça do Trabalho no STF: o que está “em jogo”?* Disponível em:

<http://machadoadvogados.com.br/biblioteca/o-debate-da-competencia-da-justia-do-trabalho-no-stf-o-que-est-em-jogo/> Último acesso em 06 de Setembro de 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil, v.1).

_____. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo de Souza. *A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade*. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1 (2012), nº5. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/>. Último acesso em 06/06/2013.

_____. PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. *O neo-processualismo e a publicização normativa como corolário da unidade processual sistêmica: uma afirmativa da jurisdição constitucional*. Artigo apresentado no XVIII Encontro Nacional do Conpedi em Maringá, 2009. Disponível em www.conpedi.org.br/anais/36/11_1080.pdf.

STREK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª Edição reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Análise: contrato de previdência complementar é independente do contrato de trabalho, decide STF*. 2013. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticias/carreira/analise-contrato-de-previdencia-complementar-e-independente-do-contrato-de-trabalho-decide-stf/74491/>. Último acesso em 06 de Setembro de 2013.

_____. *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor*

à *previdência complementar*. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/54723/>. Último acesso em 11/09/2013.

RE 586453, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, DJe 05/06/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630014>. Último acesso em 06 de Setembro de 2009.

WIEDEMANN NETO, Ney. *A Judicialização dos Contratos de Previdência Privada na Visão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Anais do Seminário *A Previdência Complementar Fechada no Brasil: Perspectivas e Aspectos Legais Fundamentais*. 25 a 28 de março de 2010. Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil. Pág. 41 a 45.

WIKIPEDIA. Verbetes “Vitória Pírrica”. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Vit%C3%B3ria_p%C3%ADrrica. Último acesso em 06 de Setembro de 2013.