

TEORIA DO CONTRATO PLURILATERAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

MILTON VASQUES THIBAU DE ALMEIDA*

RÉSUMÉ:

On suppose que dans la théorie générale des rapports repose la réponse d'une question très difficile d'être analysée et d'être solutionnée: la véritable nature du rapport de prévoyance complémentaire, comme un rapport avec plusieurs parties, sans possibilité d'être confondus avec le rapport du travail et ses concessions d'avantages complémentaires aux employés retirés.

MOTS CLÉS: *prévoyance complémentaire, rapport plurilatéral*

ABSTRACT:

This paper assumes that in the general theory of relationships is the answer to a difficult question: the nature of the relationship of complementary pensions. This relationship has different parties and cannot be confused with the labor concessions and other benefit to employees retired.

KEYWORDS : complementary pensions, legal relationship

* Professor Adjunto de Direito do Trabalho e Previdência Social da Faculdade de Direito da UFMG.

SUMÁRIO : 1. Introdução. 2. A relação jurídica de previdência complementar. 3. As teorias tradicionais da relação jurídica de direito previdenciário complementar. 3.1. A teoria do contrato de previdência complementar como estipulação para outrem. 3.2. A teoria do contrato de previdência complementar como representação. 3.3. A teoria do contrato de previdência complementar como contrato relacional de consumo. 4. A teoria do contrato de previdência complementar como contrato plurilateral. 4.1. A assincronia da manifestação de vontade dos contratantes nos contratos plurilaterais de previdência complementar. 4.2. A assimetria das obrigações dos contratantes no contrato plurilateral de previdência complementar. 4.3. A cessão da posição dos contratantes no contrato plurilateral de previdência complementar. 5. Conclusão.

1. Introdução.

Na longa trajetória da humanidade, a luta sem trégua contra os riscos sociais foi lenta e gradativamente dotando as sociedades de meios materiais que as habilitaram a lidar, de forma cada vez mais ampla e eficaz, com as múltiplas necessidades que afligem os indivíduos, e que repercutem na estabilidade das estruturas sociais (“paz social”), na qualidade de vida das populações (“bem-estar social”) e, até mesmo, na expansão, na recuperação e na estabilidade das estruturas econômicas.

É consenso doutrinário que uma nova técnica de proteção social nunca aboliu ou substituiu a técnica de proteção social que a antecedeu.

Por isso manifesta-se modernamente uma tendência pela diversificação das formas de proteção social, tomando-se como ponto de partida a proteção social mínima (prestada pela seguridade

social), rumo a níveis mais elevados de proteção social (prestada por meios externos à seguridade social).

O surgimento do direito previdenciário complementar, que é um desses meios externos à seguridade social, decorre da evolução da noção de risco social, da insuficiência da proteção social prestada pela seguridade social e de uma tendência à securitização da proteção social, qual seja a instituição de regimes de previdência (os mais variados) com planos de benefícios de vários matizes e quilates, com as mais diversas finalidades.

O risco social sempre existiu de forma generalizada, no tempo e no espaço, porém, com a Revolução Industrial iniciada no segundo quartel do Século XIX se tornou mais acentuado, irradiando a partir das fábricas, que eram (como continuam sendo) ambientes perigosos e insalubres.

PAUL DURAND¹, citando PAUL PIC, observa que a seguridade social surgiu como um elemento da legislação obreira (“*législation ouvrière*”), que a par de tutelar as formas de ingresso, aprendizado, celebração do contrato de trabalho, e outras questões trabalhistas, também dispunha sobre a duração ou a higiene do trabalho e visava proteger o empregado contra os riscos da cessação do trabalho, conduzindo indiretamente a uma definição do risco social a partir do domínio da legislação trabalhista.

Essa é a origem comum do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, não sendo, pois, por acaso, que, no Brasil, ambas as disciplinas jurídicas surgiram no mesmo diploma legislativo: a Lei Elói Chaves, promulgada em 1923, quando da instituição da primeira Caixa de Aposentadoria e Pensão.

Cerca de uma década após, o legislador brasileiro passou a substituir as Caixas de Aposentadoria e Pensão pelos Institutos de

1 *La Politique Contemporaine de Sécurité Sociale*. Paris: Dalloz. 1953. p. 16/18.

Aposentadoria e Pensão, o que não foi obra de qualquer iniciativa pioneira ou genialidade, pois apenas seguiu a tendência mundial.

Essa tendência mundial, pressuposta pelo princípio jurídico da universalidade da cobertura e do atendimento (artigo 194, parágrafo único, inciso I, da Constituição da República, promulgada em 1988), resulta da necessidade de se atingir um patamar mínimo, ou ao menos razoável, de indivíduos cobertos pelo sistema de proteção social, para adquirir viabilidade financeira para a administração de um regime de proteção social calcado na técnica protetiva do *seguro social*, qualquer que seja, não necessariamente um regime de previdência ou um regime de seguridade social.

PAUL DURAND² explana sobre o esforço da poupança individual e da previdência coletiva (constituída pelas técnicas da mutualidade e do seguro privado) para dar cobertura suficiente aos trabalhadores contra os riscos sociais, até serem substituídas pela seguridade social, que, a seu turno, também é limitada na cobertura dos riscos sociais. Como as mutualidades e os seguros coletivos privados não cobrem todos os riscos da vida social, ao menos podem cobrir riscos sociais específicos que se encontram fora da área de cobertura da seguridade social, por isso tendo sido retomadas as formulações dos seguros coletivos na França, a partir de 1936, quando numerosas convenções coletivas decidiram instituir um regime de previdência profissional (*le régime de prévoyance aux cadres*), sendo seguido por uma regulamentação do seguro coletivo privado que objetivou resolver principalmente o problema do baixo nível das prestações das aposentadorias concedidas pela previdência social, fundamentada na solidariedade classista, o que resgatou formas antigas de proteção social, que foram reformuladas dentro das empresas, especialmente a mutualidade e o seguro privado.

2 Ob. cit., p. 28/38.

Diante da enorme ampliação das possibilidades da proteção social, ROGER JAMBU-MERLIN³ passou a adotar uma classificação dos regimes de proteção social em dois gêneros: os que estão incluídos e os que estão excluídos do campo de ação da seguridade social. A seguir, arrolou quatro espécies do gênero “*regimes de proteção social exteriores à seguridade social*”: a *mutualidade*, os *regimes complementares*, o *seguro-desemprego* e a *assistência social*.

Assim é que surgiram as complementações de aposentadorias, fora do campo de ação da seguridade social (vale dizer aqui no Brasil, fora do campo de ação da previdência social), seguindo trajetórias diferentes, segundo o público alvo objetivado: a) se os destinatários são empregados, o regime é trabalhista; b) se os destinatários são trabalhadores de uma mesma profissão ou empregados de empresas diferentes (que não integram um mesmo grupo econômico), o regime é previdenciário complementar; c) se o destinatário é o cidadão, sendo indiferente que trabalhe ou não, ou que pertença a alguma profissão ou seja empregado de alguma empresa, o regime é o da previdência privada, cujo objetivo maior é a captação de recursos e não necessariamente a administração da cobertura de riscos sociais, por isso atuando no ramo dos “produtos bancários” (FAPI e PGBL), ou como está expresso na Súmula nº 93 da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, “*na colocação ou venda de papéis, ou valores mobiliários de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico*”.

Interessa-nos, pois, estabelecer as necessárias diferenciações teóricas entre ambas as realidades jurídicas, que umbricam as questões trabalhistas com as questões previdenciárias, o que nos conduz à formulação de uma teoria para a explicação da natureza jurídica do contrato de previdência complementar, que possa ser eficaz o suficiente para afastá-lo do campo do direito do trabalho e para evitar promiscuidades entre as soluções jurídicas que lhes

3 La Sécurité Sociale. Paris: Librairie Armand Colin. 1970. p. 282/307.

são próprias e peculiares na complementação de aposentadoria promovida por cada uma dessas disciplinas do Direito Social.

2. A relação jurídica de previdência complementar.

As complementações de aposentadoria tanto podem ser oriundas do campo do direito do trabalho quanto do campo do direito previdenciário complementar.

O que difere o direito à complementação de aposentadoria como matéria trabalhista ou como matéria previdenciária é a *natureza jurídica do vínculo jurídico* existente entre o indivíduo destinatário da proteção e a entidade que a institui e administra.

Para dificultar a percepção da distinção existente entre um *vínculo jurídico de direito do trabalho complementar* e um *vínculo jurídico de direito previdenciário complementar*, ambos estão fundamentados numa mesma fonte de Direito não-estatal que é o *contrato*.

O Excelso Supremo Tribunal Federal já pacificou em sua jurisprudência que a distinção existente entre a complementação trabalhista e a complementação previdenciária reside na origem contrato, o que resolve do ponto de vista prático a divisão de competências entre Tribunais, mas não dá uma resposta eficaz à necessidade doutrinária de se estabelecer elementos de identidade precisos entre as duas realidades jurídicas.

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal estabeleceu que “*a Justiça do Trabalho dispõe de competência para apreciar litígios instaurados contra entidades de previdência privada e relativos à complementação de aposentadoria, de pensão ou de outros benefícios previdenciários, desde que a controvérsia jurídica resulte de obrigação oriunda de contrato de trabalho*” e que “*competirá, no entanto, à Justiça Comum, processar e julgar controvérsias relativas à complementação de benefícios previdenciários pagos por entidade de previdência privada, se o direito vindicado não decorrer de contrato de trabalho*”⁴.

4 Ac. STF, 2a. Turma, proc. AI 713670 AgR/RJ – Rio de Janeiro. Rel. Min. Celso de

Mas o contrato de previdência complementar não é apenas uma concessão de benefício complementar pago por entidade de previdência privada, porque em muitos casos a complementação trabalhista é administrada por uma entidade de previdência complementar instituída pelo empregador ou por ele contratada apenas para administrar a vantagem deferida pelo empregador em seu regulamento de empresa.

O contrato de previdência complementar, então, não se resume apenas a uma relação estranha ao contrato de trabalho, porque também pode conviver com esse tipo de contrato, podendo ser até entendido, neste caso, como uma extensão contratual em relação a ele, como ocorre com muitos contratos civis comuns celebrados entre patrão e empregado, tais como locação, empréstimo, compra-e-venda, etc. Diríamos até que o mesmo ocorreria com o contrato de previdência complementar, não fosse o fato poder ele ser celebrado a partir de um patrocinador que não é empregador e com a adesão de participantes que não são empregados.

Existem significativas diferenças entre o contrato de previdência complementar e o contrato de trabalho, como está claramente definido no preceito do artigo 202, § 2º, da Constituição da República, promulgada em 15 de outubro de 1988, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998⁵.

Tal preceito constitucional objetivou, justamente, estabelecer a autonomia do contrato de previdência complementar em relação ao contrato de trabalho, para evitar uma promiscuidade entre eles. No entanto, vemos com muita freqüência as sentenças proferidas

Mello. DJe-147, divulg. Em 07/08/2008, public. Em 08/08/2008; Ement. vol. 02327-04, p. 969.

5 “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”.

em processos trabalhistas fundamentar o mérito de suas decisões com base nos preceitos do artigo 202 da Constituição da República e nos preceitos da Lei Complementar nº 109, de 2001, que, absolutamente, não dizem respeito aos regimes de complementação de aposentadoria próprios do Direito do Trabalho.

3. As teorias tradicionais da relação jurídica de direito previdenciário complementar.

Podemos arrolar três teorias tradicionais, que se destacam na doutrina e na jurisprudência estrangeira e nacional, a respeito da natureza jurídica do contrato de previdenciária complementar: a) a teoria da estipulação para outrem; b) a teoria da representação; c) a teoria do contrato relacional de consumo.

Nenhuma dessas teorias de direito previdenciário complementar sustenta ser o contrato de previdência complementar uma modalidade de contrato de trabalho, embora ambas partam do pressuposto da vinculação laboral, que consiste em um dos elementos característicos do direito previdenciário complementar.

Essa vinculação laboral não decorre necessariamente de um vínculo de emprego, mas de um *vínculo de trabalho*, vale dizer, de uma *solidariedade classista*, que tanto pode estar presente numa Associação de Trabalhadores, numa Caixa de Assistência de Empregados, num Sindicato obreiro ou num Conselho fiscalizador de profissão. Na essência, as formas mais comuns de se encontrar coletividades, tecnicamente aptas para contratar uma proteção previdenciária complementar, que lhes garanta uma proteção social superior à que é administrada pela seguridade social, são: a) o quadro permanente de empregados de uma grande empresa; b) o quadro dos trabalhadores associados aos sindicatos e às associações profissionais; c) o quadro dos profissionais congregados em Conselhos profissionais.

3.1. A teoria do contrato de previdência complementar como estipulação para outrem.

LAURENT AYNÈS⁶ esclarece que, em matéria de seguro coletivo, essa instituição tradicional do direito das obrigações parece ter a preferência da jurisprudência, tanto no domínio vizinho do seguro em grupo ligado a um empréstimo (onde encontrou os primeiros acórdãos), como no domínio da previdência complementar de empresa (onde diversos acórdãos lhe atribuiu essa concepção, com a aprovação de certos autores).

Por essa teoria, o empregador é co-contratante do órgão de previdência, mas ele estipula a proteção complementar em favor dos seus empregados, que adquirem um direito exercitável diretamente contra a Entidade de previdência, desde a adesão ou desde a conclusão do contrato pelo empregador. Esse direito se torna irrevogável na medida em que cada empregado proceda à sua adesão, individualmente.

A estipulação para outrem permite explicar o motivo pelo qual somente o empregador é debitado quanto aos prêmios e as cotizações a favor da Entidade de previdência complementar, assim como também permite a explicação da inoponibilidade das alterações das prestações convencionadas quanto aos empregados, que sejam promovidas após sua adesão individual.

Afirma o mencionado autor que essa teoria não atende perfeitamente à realidade, nela apontando dois equívocos, um dos quais evidencia a natureza trabalhista da concessão do benefício complementar.

O primeiro equívoco resulta da evidência de que existem vários casos onde a adesão individual não existe, porque a estipula-

6 La protection sociale complémentaire – Droits et protection des bénéficiaires. *Droit Social*. Paris. 4:322-325. Abr.1986. p. 322.

ção para outrem é uma mera consequência do contrato de trabalho ou de um acordo coletivo, posto que o direito francês (artigo L. 1.323-2 do Código dos Seguros) e a jurisprudência dos Tribunais franceses (Civ. 1, 23 março 1982, *Bull. Civ. I*, nº 118, JCP 82, IV, p. 200), determinam que o consentimento dos beneficiários é necessário: a) seja quando se trate de um regime de previdência não-obrigatório, que é oferecido somente aos empregados (na ausência de acordo coletivo se torna obrigatória a previdência); b) seja quando o regime complementar repousa sobre um contrato de seguro e comporta a cobertura do risco morte.

O segundo equívoco resulta do fato de que a estipulação para outrem supõe um interesse, ao menos moral, do estipulante, o que é difícil de se admitir na espécie. Conclui, o autor em apreço, que uma análise nesse sentido seria artificial, mas admite que a estipulação para outrem se presta a todos os artifícios.

3.2. A teoria do contrato de previdência complementar como representação.

LAURENT AYNÈS⁷ explica essa teoria afirmando que, em aderindo aos estatutos de uma Caixa ou em assinando um plano de grupo (“*police group*”), o empregador representa os empregados, enquanto membros da Entidade de previdência.

Por essa teoria, o empregador exerce a representação de seus empregados apenas no momento de por em prática a operação, com a negociação e a adesão. A representação desaparece logo a seguir, passando o empregador a desempenhar apenas o papel de coletor das cotizações individuais de seus empregados, pré-estipuladas sobre os salários.

Segundo a opinião do mencionado autor, essa análise teórica apresenta as vantagens de fazer coincidir o *interesse* com o *poder contratual* e de reduzir em matéria o papel da empresa na

7 Ob. cit., p. 323/324.

simples arregimentação de segurados. Ela se harmoniza, ademais, com o artigo L. 121-1 do Código da Mutualidade, que dá a cada empregado, mesmo na ausência de adesão individual, a qualidade de *membro participante* da Mutualidade (“*Mutuelle*”); e com a *representação paritária na gestão* da instituição denominada, pela mesma lei, como “L.4”.

LAURENT AYNÈS afirma que, ao menos uma vez, a Corte de Cassação francesa decidiu, num acórdão de 9 de março de 1983, que a estipulação para outrem tem por objeto somente dar “à aderente vocação para concluir com a seguradora um contrato distinto, que tem por objeto um engajamento direto e recíproco das partes” (Civ. 1, 9 março 1983, *Bull. Civ. I*, nº 91).

Afirma, ainda, o autor em apreço, que esta concepção se choca com certos obstáculos, dentre elas a hostilidade manifestada pela própria Corte de Cassação, que em outro julgamento posterior, em 6 de maio de 1985, ocasião em que aplicou a tese de um mandato dado ao subscritor (Civ. 1, 6 maio 1985, *Bull. Civ. I*, nº 137), mas na verdade julgou matéria de um seguro em grupo (“*assurance-groupe*”) ligado a um empréstimo (“*prêt*”), em cuja análise os temas de decidir não são os mesmos, tendo sido julgado o caso concreto a favor do aderente.

3.3. A teoria do contrato de previdência complementar como contrato relacional de consumo.

RONALDO PORTO MACEDO JR.⁸ afirma que os contratos em fundos de pensão são contratos relacionais de consumo, a partir de uma nova metodologia aplicável à classificação dos contratos no direito comparado europeu e norte-americano.

Segundo ele, o contrato relacional contrasta com o contrato descontínuo, em vários aspectos.

8 *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad. 1998. p. 150/158.

Em primeiro lugar, os contratos relacionais, ao contrário dos contratos descontínuos, envolvem **relações com a pessoa integral** e não com segmentos, além de envolver relações profundas e extensivas de comunicação através de uma variedade de modos e elementos significativos de **satisfação pessoal não econômica**.

Em segundo lugar, releva a importância do número de participantes envolvidos numa relação contratual, que ele entende como sendo um fator importante, muitas vezes ligado ao predomínio de relações primárias e não-primárias. Nos contratos descontínuos puros há apenas duas partes, segundo ele em boa medida, porque a própria presença de outras partes automaticamente começa a criar circunstâncias geradoras de características relacionais. O oposto ocorre com os contratos relacionais, especialmente aqueles estabelecidos no **interior da grande empresa ou corporação**. Neste tipo de contrato, é bastante comum o surgimento de verdadeiras **redes de agentes e participantes**, o que aumenta substancialmente a **complexidade interna das relações contratuais**. Não obstante, pode haver contratos relacionais com apenas duas pessoas, como é o caso do casamento.

De uma maneira geral, afirma RONALDO PORTO MACEDO JR., vários dos contratos contemporâneos envolvem **inúmeros tipos de relações primárias em diversos níveis, organizados sob uma ampla variedade de estruturas burocráticas**. Um exemplo disto é o **contrato de fornecimento de crédito para compra de casa própria** ou a **participação em fundos de investimento organizado por um banco**. Em tais exemplos, o gerente age não como um agente anônimo e impessoal, mas muitas vezes como um verdadeiro consultor, ou “amigo” como querem induzir as próprias estratégias de marketing dos bancos, que através de uma relação de confiança e pessoal intermediada “networks” de um complexo de relações entre as divisões do banco, os fiadores, as seguradoras, etc., coordenadas por uma ampla estrutura burocrática. Conclui, então, que o mesmo ocorre com os contratos em fundos de pensão.

Inicialmente acreditamos que os contratos relacionais, de que trata RONALDO PORTO MACEDO JR., coincidissem com a mesma natureza e classificação dos contratos plurilaterais abordados por SÍLVIO DE SALVO VENOSA, porém, após uma análise mais percuciente e maior reflexão, vislumbramos que se tratam de duas realidades distintas.

Um contrato em fundo de pensão é um contrato de previdência complementar, cuja finalidade é oposta à finalidade de um contrato de prestação de serviços característico de uma relação de consumo. Poupar é renunciar ao consumo, pelo que o contrato relacional de consumo e o contrato de previdência complementar só têm em comum o interesse individual homogêneo dos contratantes face à empresa contratada. Um contrato de previdência complementar é dotada de uma fase de capitalização do fundo de reserva matemática, sendo que na fase de concessão do benefício complementar não há que se falar na prestação de um serviço, pois sua prestação é uma renda mensal, de livre disponibilidade, não podendo estar atrelada à aquisição de um bem ou à prestação de um serviço. Nisso diferem os Planos de Saúde dos contratos de previdência complementar, por isso serem considerados matéria de Direito do Consumidor, o que está longe de ocorrer com os contratos de previdência complementar.

“Fundo de pensão” é designação restritiva da previdência complementar, que contrasta com as designações típicas da previdência privada, que são, principalmente, “Fundo de investimento” e “Grupo de seguro”, dentre outras.

Os exemplos dados por RONALDO PORTO MACEDO JR. não são exemplos de situações jurídicas que possam configurar um contrato de previdência complementar, por ele denominado de “um contrato em fundo de pensão”.

No âmbito de um Fundo de Pensão tanto temos o contrato típico de previdência complementar, cujo objeto é o seguro social

complementar, como também temos o contrato de resseguro, cujo objeto é a celebração de um contrato entre a entidade de previdência complementar e uma companhia de seguros especializada no resseguro, que é o seguro do seguro, tido pela doutrina francesa como o campo de ação de uma outra espécie de previdência: a previdência sobrecomplementar⁹.

O contrato de fornecimento de crédito para compra de casa própria é um contrato de empréstimo, o que configura uma relação de consumo, pois dinheiro é mercadoria. Esse contrato é, em princípio um contrato bilateral, se o empréstimo for concedido por uma Cooperativa de Crédito ao seu cooperado. Será um contrato plurilateral se houver uma intermediação entre o mutuário e a entidade financeira, a exemplo do que do que ocorre com uma Associação de Trabalhadores que intercede junto a um determinado Banco comercial, para intermediar a concessão do crédito imobiliário aos seus associados.

A participação em fundos de investimento organizado por um banco também não é uma relação de consumo, pois investimento também é poupança – uma renúncia ao consumo – configurando uma mera operação financeira de investimento ou uma relação jurídica de previdência privada, se, e somente se, ao final do período de uma acumulação financeira planejada, o poupador, ao invés de efetuar o resgate do saldo credor acumulado em seu favor, passar a receber uma renda mensal negociada previamente ou se fizer jus à cobertura de um determinado sinistro (“risco social”) como obrigação principal ou como obrigação acessória.

Todo contrato é uma relação jurídica, constituída por no mínimo duas pessoas, atadas por um vínculo jurídico obrigacional estabelecido entre elas, pelo que classificar um contrato como

9 Cf. BERNARD TEYSSIÉ (La Protection Sociale Complémentaire – La mise en place de la protection sociale complémentaire et le droit du travail. **Droit Social**. Paris. 4:296-304. Avr.1986. p. 297).

“relacional” é redundante. Por ser contrastado com o contrato descontínuo, logo entendemos que um contrato relacional constitui uma *obrigação contínua*, isto é, “*relação jurídica continuativa*” (como a ela se refere o artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil) ou uma “*relação jurídica de trato sucessivo*”, como a ela se refere usualmente a doutrina e a jurisprudência trabalhista, para designar uma obrigação de natureza contratual cujas prestações são periódicas, com periodicidade definida, usualmente pelo prazo máximo de 30 (trinta) dias, como ocorre com os aluguéis, com as tenças, as rendas constituídas e os salários. Mas não é essa a moldura contratual abordada por RONALDO PORTO MACEDO JR.. Seu contrato relacional cinge-se ao enfoque das relações pessoais dos consumidores com a sociedade empresária prestadora dos serviços contratados numa típica relação de consumo, por isso que aborda os aspectos da comunicação e da satisfação não econômica.

Embora essa teoria do contrato relacional considere como relevante a quantidade de “participantes”, o que não é o mesmo que falar de múltiplos contratantes, seu foco central são as relações de consumo, que tem por arena da sua ação o âmbito interno da grande empresa. Grandes empresas sempre carecem de uma estrutura organizacional. Obviamente que os empregados que integram o Quadro Funcional não são contratantes, da mesma forma que também não o são os agentes a serviço da empresa que integram a Rede de Serviços, pois também estão a serviço da empresa para a execução dos serviços contratados com os clientes (participantes). Quando RONALDO PORTO MACEDO JR. aponta para as “estruturas burocráticas”, adota uma linguagem própria do campo do conhecimento humano da Administração de Empresa, referindo-se à organização interna da média e grande empresa, onde existem canais de comunicação interna entre pessoas e departamentos, assim como entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e intermediações entre a empresa e os clientes, que configuram “terceirização” na prestação de serviços, usualmente denominados de “convênios”.

Essa teoria de RONALDO PORTO MACEDO JR. não funciona nas micro-empresas, nas empresas de pequeno porte e nas sociedades contratuais, pois nelas o relacionamento predominante entre as pessoas, contratantes ou não, tão informais que até os contratos que celebram entre si tendem a ser igualmente informais, baseados na confiança ou na fidelidade de um atendimento pessoal construído ao longo de muitos anos, como ocorre numa oficina mecânica, num salão de beleza, num consultório médico particular, etc.

A hipótese aventada por RONALDO PORTO MACEDO JR. de que o casamento pode ser um exemplo de contrato relacional nos dá a convicção de que, realmente, não está a falar de um contrato plurilateral. A família é a base da sociedade, proclama o artigo 226, *caput*, da Constituição da República. Mas a sociedade é estruturada com base no *valor trabalho*, estatui o artigo 193 da mesma Constituição. Em Direito do Trabalho a família é usualmente definida como “Centro de Consumo”, para justificar a existência de um estatuto próprio de direitos trabalhistas para os empregados domésticos distinto do estatuto dos trabalhadores da indústria, do comércio e da agropecuária, cujos empregadores são as empresas, ou “entidades equiparadas às empresas”, vale dizer, “Centros de Produção”.

O contrato de previdência complementar se afasta dos “centros de consumo” e se aproxima dos “centros de produção”.

4. A teoria do contrato de previdência complementar como contrato plurilateral.

Sendo insatisfatórias as teorias da estipulação para outrem, da representação e da relação de consumo, só podemos conceber o contrato de previdência complementar como uma espécie do gênero contrato plurilateral.

Por dificuldade de estabelecer a distinção entre as complementações de aposentadoria oriundas do campo do direito do trabalho e do campo do direito previdenciário complementar, a doutrina brasileira e estrangeira, limitou-se a arrolá-las como “regimes complementares”, o que é precário e provisório, não atendendo a necessidade de uma definição científica.

Os contratos possuem elementos de identidade próprios, que determinam suas características peculiares, a par das características que são comuns a todos os contratos. Nenhuma modalidade de contrato repete integralmente as mesmas características de uma outra modalidade de contrato.

Perquerindo as diferenças de elementos característicos, podemos identificar e explicar cada modalidade de contrato.

O contrato de previdência complementar possui elementos de identidade que lhe são próprios e exclusivos, não obstante é frequentemente confundido com o contrato de trabalho, sendo, por isso, necessário mais do que definir o contrato de previdência complementar como um contrato plúrimo, porque também é necessário completar essa definição com o apontamento das diferenças desse contrato em relação ao contrato de trabalho concessor da complementação de aposentadoria trabalhista.

As complementações de aposentadoria oriundas do Direito do Trabalho estão fundamentadas no contrato de trabalho, que encontra justificação nas teorias contratualistas, acontratualistas, anticontratualista e ecléticas, sendo de imediato descartadas as três últimas como fonte de justificação teórica para o contrato de previdência complementar.

Embora o direito do trabalho complementar e o direito previdenciário complementar se filiem à mesma escola da teoria contratualista, nenhuma das correntes teóricas que sustentam a formação do vínculo jurídico de emprego entre o empregador e o

empregado sustenta a existência de um contrato plurilateral entre o empregador e o empregado.

Por outro lado, as teorias contratualistas do direito previdenciário complementar partem da premissa da existência de três partes contratantes: o(s) Patrocinador(es), os Participantes e a entidade de previdência complementar.

Em Direito do Trabalho é simplesmente defesa a intermediação da mão-de-obra, conforme dispõe o item I da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (que expressa a proibição da *merchandage*), somente sendo admitidas algumas exceções (contratação temporária, serviços de vigilância, serviços de asseio e conservação e terceirização), que constituem espécies de contratos plúrimos trabalhistas, mas em nenhuma dessas hipóteses está contemplada a intermediação de uma entidade de previdência complementar entre o tomador do trabalho e o prestador do trabalho, não se encaixando o contrato de previdência complementar nessa formulação jurisprudencial trabalhista.

O contrato de previdência complementar não nasce necessariamente do contrato de trabalho e nem sempre é uma consequência dele, menos ainda quando a concessão da complementação de aposentadoria é promovida pelo empregador aos seus empregados por força de um regulamento de empresa. São, portanto, absolutamente inaplicáveis aos contratos de previdência complementar as disposições das Súmulas e das Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho emolduradas pelo contrato de trabalho.

A principal característica dos contratos de previdência complementar resulta do fato de não ser ele um contrato bilateral, como o é o contrato individual de trabalho.

SÍLVIO DE SALVO VENOSA¹⁰ explana sobre a definição doutrinária de contrato plurilateral, explicando que nesse tipo de contrato, como o próprio vocábulo denota, deve existir a manifestação de mais de duas vontades, não devendo ser confundido com os contratos bilaterais com múltiplos sujeitos ativos e passivos, mas com um mesmo nível de direitos e obrigações (v.g., um imóvel locado a duas ou mais pessoas em comum, porque todos os inquilinos estão no mesmo grau contratual). Nos contratos plúrimos, cada parte adquire direitos e contrai obrigações com relação a todos os outros contratantes. Há um feixe de obrigações entrelaçadas e não uma oposição pura e simples de um grupo de contratantes perante outro. Como consequência, enquanto nos contratos bilaterais o negócio se conclui pela manifestação mútua das partes, seu mútuo assentimento, o problema se torna mais complexo nos plurilaterais. Nestes últimos, a vontade de cada um pode ir se manifestando escalonadamente, sendo necessário estabelecer na avença seu tempo e forma. Também no tocante aos vícios de vontade, nos contratos plurilaterais, o vício que inquina uma das vontades não atinge o negócio como um todo, como regra geral. O caso concreto dirá o nível de alcance do vício de vontade.

Segundo SÍLVIO DE SALVO VENOSA, o contrato plurilateral tem por características: a) a assincronia da manifestação de vontades; b) a assimetria das obrigações dos contratantes; c) a cessão da posição dos contratantes.

Essas mesmas características dos contratos plúrimos podem ser inferidos nas normas legais brasileiras aplicáveis aos contratos de previdência complementar, ou podem ser vislumbrados em operação na prática jurídica, seja em decorrência de uma observação direta do funcionamento dos contratos de previdência complementar ou de uma observação indireta a partir do exame da realidade concreta das complementações de aposentadoria de natureza trabalhista.

10 *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas. 1992. p. 39.

4.1. A assincronia da manifestação de vontade dos contratantes nos contratos plurilaterais de previdência complementar.

O contrato plurilateral não se forma num só momento para todos os contratantes, pois vai se aperfeiçoando à medida que os vários contratantes vão estipulando entre si as várias etapas do contrato.

SÍLVIO DE SALVO VENOSA¹¹ esclarece que, enquanto nos contratos bilaterais o negócio se conclui pela manifestação mútua das partes, seu mútuo assentimento, no contrato plurilateral a vontade de cada um pode ir se manifestando escalonadamente, sendo necessário estabelecer na avença seu tempo e forma.

É o que ocorre com o contrato de previdência complementar: a) primeiramente é a empresa patrocinadora ou a entidade representativa de classe quem toma a iniciativa de contratar (às vezes se obrigando em cláusula de convenção coletiva de trabalho ou de acordo coletivo de trabalho a tomar essa iniciativa) com as pessoas jurídicas autorizadas por lei (entidades de previdência complementar), a administração de um Plano de previdência complementar; b) constituído o fundo de pensão e, autorizada pelo Poder Público, a implantação do Plano de previdência complementar, passa-se à etapa seguinte da contratação plurilateral, que é a adesão dos participantes.

Quanto aos vícios de vontade que inquinam de nulidade o contrato plurilateral, esclarece SÍLVIO DE SALVO VENOSA, o vício que inquina uma das vontades não atinge o negócio jurídico como um todo, via de regra, devendo ser avaliada a sua extensão no exame do caso concreto.

Desta forma, se a nulidade do contrato plúrimo se manifestar na primeira etapa da contratação do benefício previdenciário

11 *Idem, ibidem.*

complementar, que é a celebração do contrato entre a entidade de previdência complementar e a empresa patrocinadora, o vício de manifestação de vontade atingirá todas as obrigações recíprocas emanadas do Plano de Benefícios Complementares. Sendo firme a contratação entre a empresa de previdência complementar e a empresa patrocinadora, os vícios de manifestação de vontade dos empregados participantes só afetará os interesses jurídicos individuais homogêneos desses participantes em face da entidade gestora do Plano de Benefícios Complementares, sem possibilidade de atingir o contrato de previdência complementar como um todo.

4.2. A assimetria das obrigações dos contratantes no contrato plurilateral de previdência complementar.

Nos contratos plúrimos, cada contratante adquire direitos e contrai obrigações em relação a todos os demais contratantes, havendo entre eles um feixe de obrigações entrelaçadas e não uma oposição pura e simples de um grupo de contratantes perante outro, explica SÍLVIO DE SALVO VENOSA¹².

Cada contratante poderá ter uma parcela de execução contratual diversa dos demais: uma parte pode ser obrigada a pagar em dinheiro, a outra a pagar com a entrega ou restituição de uma coisa, outra ainda pode se obrigar a pagar um aluguel, etc. Poderá também ocorrer que as partes plúrimas não tenham antagonismo perante qualquer outra parte, mas busquem um fim comum no contrato. Ao contrário do que à primeira vista possa parecer, não é necessário que exista o escopo comum para a existência de um contrato plurilateral.

Essa característica do contrato plurilateral está presente nos contratos de previdência complementar, uma vez que as obrigações resultantes do vínculo jurídico estabelecido entre a patrocinadora e a administradora do Fundo de Pensão se limitam à arrecadação

12 Ob. cit., p. 39.

e ao recolhimento de suas cotas de contribuição juntamente com as cotas de contribuição dos participantes, ao passo que as demais obrigações dizem respeito ao vínculo jurídico estabelecido entre a administradora do Fundo de Pensão e os participantes, ou entre aquela e os terceiros aos quais porventura tenha cedido a posição de administração dos ativos e das aplicações financeiras.

Essa característica do contrato plúrimo de previdência complementar resolve, portanto, os paradoxos das teorias da estipulação para outrem e da representação, pois cada contratante possui níveis de responsabilidades contratuais escalonados e diferenciados, sem apelo às ficções jurídicas de que um contratante celebre o contrato e assuma responsabilidades em nome de outrem ou que um dos contratantes represente os demais na celebração do negócio jurídico.

Como a natureza jurídica das obrigações é diferente entre as várias partes contratantes, SÍLVIO DE SALVO VENOSA¹³ esclarece que a exceção de contrato não cumprido tem alcance diverso no contrato plurilateral. O descumprimento da avença por uma das partes gerará uma *exceptio* limitada à sua atividade e não a todo o contrato. Destarte, o descumprimento por uma das partes não autorizará, como regra geral, a paralisação do cumprimento do contrato pelas demais partes, a não ser que diga respeito à própria razão de ser do negócio.

4.3. A cessão da posição dos contratantes no contrato plurilateral de previdência complementar.

No contrato plurilateral, a cessão da posição de contratante é um negócio trilateral, já que necessita da vontade dos contratantes originais e do cessionário, não havendo que se falar em finalidade comum na avença, afirma SÍLVIO DE SALVO VENOSA¹⁴.

13 Ob. cit., p. 40.

14 Ob. cit., p. 40.

A lei brasileira não traz normas específicas para essa categoria, embora os negócios múltiplos já estejam difundidos, a exemplo do contrato de consórcio para aquisição de bens. Nos contratos bilaterais, afora a possibilidade de cessão da posição contratual, as partes são as originárias, enquanto nos contratos plurilaterais se admite, por vezes, a possibilidade de ingresso e de retirada das partes contratantes, no curso do contrato.

A lei civil italiana regula essa forma de contrato aberto, que depois de firmado admite novos contratantes, significando que o contrato pode nascer com apenas duas partes mas se tornar multilateral no curso de sua existência, afirma SÍLVIO DE SALVO VENOSA, citando FRANCESCO MESSINEO. A idéia principal do contrato dito *aberto* é permitir o ingresso ou exclusão de partes sem que a elaboração e conclusão de novo contrato sejam necessárias.

A adesão ao contrato faz com que o novo contratante assuma a avença com um estágio conhecido de cumprimento e se obrigue nos termos do contrato inicialmente feito. Poderá constituir vício de vontade a adesão a um contrato cujo nível e estágio de cumprimento não seja de conhecimento do aderente, o que não se confunde com o conhecimento de todas suas cláusulas, também essencial. O aderente que entra no contrato a meio caminho deve ter ciência dos riscos que assume com esse ingresso.

O contrato deve especificar quem deve autorizar a adesão do novo contratante e sob qual forma ocorrerá esse acordo de vontades. Normalmente, quem detém a estrutura do contrato, isto é, quem administra o contrato é quem estipula a forma de ingresso ou de saída e é quem tem o dever de informar o novo contratante sobre o estágio do cumprimento, sob pena de responder por perdas e danos.

Essa característica da cessão da posição de contratante, própria do contrato plurilateral, dita para o direito previdenciário

complementar 3 (três) características que decorrem do exercício da liberdade contratual conferida aos participantes: a) a *facultatividade*, como exercício da liberdade de contratar (exercício positivo do direito de adesão ao plano de benefícios complementares) ou de não contratar (exercício negativo da *facultas agendi* de adesão); b) a *permanência*, como exercício da liberdade de permanecer vinculado ao plano de benefício complementar mesmo que haja a cessação da vinculação laboral e desde que o contrato de previdência complementar preveja essa possibilidade, caso em que o participante terá que recolher diretamente para a entidade de previdência complementar as contribuições de participante e de patrocinadora; c) a *portabilidade*, como exercício da liberdade, reconhecida por lei ou pelo contrato, para que o participante possa transferir suas reservas matemáticas para um outro fundo de pensão administrado por outra entidade de previdência complementar.

A característica da cessão da posição de contratante também justifica o direito que tem a entidade de previdência complementar em ceder a terceiros a administração dos ativos do fundo de pensão ou para promover às aplicações financeiras das contribuições arrecadadas pela patrocinadora e pelos participantes.

5. Conclusão.

Acreditamos prestar um contributo para a diversificação das espécies de contratos, especialmente das espécies de contratos plúrimos, que nos permita, dentro da ótica da moderna Teoria Geral dos Contratos, separar com nitidez as várias espécies de contratos que atuam no campo da divisão temática da Ciência do Direito conhecida como “Direito Social” (usualmente utilizada no plural: “Direitos Sociais”), a fim de estabelecer um divisor de águas entre os campos das Sub-divisões temáticas do Direito Social, que são o já proclamado Direito Previdenciário Complementar e o mais recente Direito do Trabalho Complementar.

Essa diversificação contratual entre ramos distintos dos direitos sociais tem imediatas conseqüências práticas na atuação da Justiça do Trabalho e da Justiça Comum dos Estados, pois cabe à primeira o julgamento dos litígios que versam sobre a complementação de aposentadoria decorrente do contrato de trabalho e à segunda o julgamento das lides oriundas dos contratos de previdência complementar.

Esperamos que a compreensão desse tema possa frear o ímpeto já sinalizado pela jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e pela jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho em estabelecer promiscuidades entre o contrato de previdência complementar e os regulamentos de empresa que versam sobre as complementações de aposentadoria, do que é exemplo a inserção do item II na Súmula nº 51 do Tribunal Superior do Trabalho para admitir no campo do direito do trabalho a figura da “migração entre planos” e abrir uma descabida exceção no princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas.

