PARECERES

RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO — PLANO DE BENEFÍCIO

CONSULTA

Os Consulentes rescindiriam consensualmente os contratos de trabalho que mantinham com sua empregadora, por terem aderido ao programa de demissões voluntárias que ela lhes propusera. Como condição desse prematuro desfazimento do vínculo de emprego, ela lhes propôs que subscrevessem documento assim redigido:

“Estou também ciente de que caso esta rescisão seja efetivada, não mais terei direito a qualquer benefício espontâneo da IBM ou da Fundação Previdenciária IBM, tendo em vista que não mais atenderei requisitos necessários para elegibilidade aos Planos de Benefícios da [entregadora], incluindo a Fundação Previdenciária [que ela patrocinava].

Sustentam os Consulentes a injuridicidade do seu desligamento do plano privado de benefício previdenciário, pois norma regulamentar contemporânea assegurava-lhes a continuidade da participação, desde que pagassem a parte da empresa (Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, artigo 31, VIII).

Mesmo a nova redação dada a esse inciso VIII, pelo Decreto nº 2.111, de 26 de dezembro de 1996, manteve a faculdade de continuar participando do plano, que permaneceu íntegra ao advento da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001 (artigo 14, IV), que regulamentava o artigo 202 da Constituição vigente.

Visando a acertar a procedência dessa pretensão já deduzida em juízo, os Consulentes indagam, na consulta com que me honram,

a) se, no documento que assinaram e que acima se transcreveu, há renúncia expressa à qualidade de participante do plano de benefício da entidade providenciária;

b) se a patrocinadora é parte legítima para pactuar direitos previdenciários ajustados com a entidade (fundação) patrocinada;

c) se o direito de permanecer como participante do plano previdenciário é um benefício espontâneo da empregadora-patrocinadora;

d) da eventual decadência do direito ao benefício por eles reclamado;

e) se cabe ação rescisória das sentenças que lhes negaram a pretensão de continuar participando do indigitado plano previdenciário.

Além dessas questões de direito, incluíram na consulta matéria de fato, sobre a qual me manifestarei no fecho desse trabalho.

PARECER

Sumário — 1. Inexistência de renúncia expressa. — 2. Regime jurídico da fundação previdenciária. Autonomia da fundação previdenciária e da patrocinadora. Prevalência dos fins da fundação. Obrigações civis. Necessidade de autorização do poder público. — 3. Irretratabilidade dos fins da fundação e do dever de mantê-la. — 4. Limitações de direito objetivo. Utilidade pública da fundação previdenciária. Gratuidade da dotação patrimonial. — 5. Benefício espontâneo? Direito atual de participação. Fonte desse direito. — 6. Proventos são alimentos. — 7. Prescrição e decadência. Imprescritibilidade do fundo do direito ao benefício. — 8. Ação rescisória. — 9. Utilização do superavit. — 10. Matéria de fato.

Inexistência de Renúncia expressa

1. No texto a que se refere a pergunta, a empregadora informa que o ato jurídico da rescisão de contrato de trabalho do seu empregado acarretará a perda dos benefícios espontâneos que sua empregadora, ou a fundação previdenciária por ela patrocinada, vierem a conceder aos participantes de seus planos previdenciários. E alega que tal perda decorre da circunstância de o empregado, então, não mais atender os *requisitos necessários para elegibilidade aos Planos de Benefícios da empregadora, incluindo a Fundação Previdenciária por ela patrocinada*.

O subscritor declara, apenas, que tomou ciência do conteúdo do documento.

Não se trata, ali, de renúncia. Esta é ato unilateral e “*manifestação do poder de disposição dos direitos subjetivos*”¹ “*e se pode enquadrar na categoria dos chamados direitos potestativos ou poder de formação (Gestaltungsrechte), o qual determina a modificação de um estado jurídico preexistente (Recht und Rechtsänderung), somente por força da vontade do titular do poder*”².

O sujeito ativo da renúncia é o titular do direito subjetivo disponível; por isso, ela não se confunde com os atos jurídicos consensuais, mediante os quais adquirem-se, modificam-se e extinguem-se direitos, nem com as normas jurídicas objetivas que proíbem uma conduta ou o gozo e a disposição de um direito.

O que o texto diz é que, independentemente da vontade do participante, uma hipotética norma objetiva não permite sua permanência no plano previdenciário em questão, nem que lhe sejam estendidos quaisquer dos seus benefícios futuros.

Não há, pois, renúncia expressa, nem implícita, no texto em exame, porque o signatário não extingue voluntariamente o seu direito

de participação, mas declara-se ciente de que, no entendimento do seu empregador, uma regra de direito objetivo não explicitada vedaria sua permanência no plano previdenciário que ele, empregador, patrocina.

Regime jurídico da fundação previdenciária

2. O estatuto jurídico da entidade fechada de previdência privada é complexo, porque submetido à regência da lei especial previdenciária (Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001), enquanto administradora de meios essenciais à manutenção da vida, que é o primeiro dos bens que a Constituição confia à ordem jurídica (Const, art. 5º, *caput*). Regula-se, também, enquanto fundação, pelo direito comum, compendiado no Código Civil (Lei Complementar nº 109, de 2001, art. 31, § 1º e Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, art. 5º, II).

Entidade previdenciária e patrocinadora

A entidade de previdência e a empregadora que a patrocina são pessoas jurídicas distintas, autonomamente capazes para os atos da vida civil, nos quais são representadas pelos órgãos criados por seus estatutos. Em princípio, nenhuma delas pode ser obrigada por ato de vontade praticado pelos órgãos representativos da outra.

Fundação previdenciária Autônoma

A essa proposição jurídica soma-se a circunstância de ser a entidade previdenciária fechada, objeto da consulta, uma fundação. Por força dessa qualidade, o patrimônio dessa entidade, *i. e., o complexo de direitos e obri-*

1 Cf. ALDO BOZZI, *Rinuncia*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XI, pg. 712.

2 Cf. *Ibid.*: (“*e si può inquadrare nella categoria dei cosiddetti diritti potestativi o potere di formazione (Gestaltungsrechte), esso determina la modificazione di uno stato giuridico preesistente (Recht und Rechtsänderung) in forza della sola volontà del potere*”).

gações de que ela é titular, é gerido exclusivamente por seus administradores; e são eles, também, que lhe dão estatutos (Cód. Civil, art. 65), ajustados à finalidade estipulada pelo instituidor, a qual, no caso da consulta, é a de pagar proventos complementares aos da previdência social, devendo, nisto, ser aplicado integralmente o patrimônio da fundação. (Estatutos, art. 1º, *caput* e § 1º).

Prevalência dos fins da fundação

CLOVIS BEVILÁQUA define a fundação como “*uma universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade, ou como se lê na Teoria Geral, é um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado*”¹

Sustentando ser a personalidade jurídica, ou seja, a autonomia e a capacidade para os atos da vida civil, elemento essencial dessa espécie de instituição, diz esse Autor: “*As doações e legados com encargos não são fundações, porque não têm personalidade, não têm vida jurídica independente das pessoas, a que pertencem. Igualmente, e pela mesma razão, não o é o bem de família*”.² Essa vinculação do patrimônio ao fim estabelecido pelo instituidor é irrevogável, depois de registrados seus atos constitutivos. Tanto é assim que o Código Civil, cuidando da prevalência dos fins da

fundação, estatui, no art. 28, que a alteração dos seus estatutos é válida, desde

II — *que não contrarie o fim desta.*

Para velar pela fidelidade da aplicação e administração desse patrimônio ao fim designado pelo instituidor, o direito comum elege o Ministério Público; e, atualmente, as leis da previdência complementar privada confiam tal vigilância ao poder executivo da União, que a implementa por meio dos órgãos normativo e executivo do sistema nacional de seguros privados (Lei nº 6.435, de 1977, arts. 8º e 9º e L.C. nº 109, de 2001, art. 74), quando se trate de entidade aberta, e do órgão regulador e fiscalizador (Conselho de Gestão e Secretaria de Previdência Complementar, do Ministério da Previdência Social), quando se cuide de entidade fechada (Lei Complementar nº 109, de 2001, arts. 41, 42, 43 e Lei nº 6.435, de 1977, arts. 34 e 35).

Os recursos transferidos à fundação têm origem nas declarações unilaterais de vontade³ do instituidor, das quais resulta uma obrigação de natureza civil. Como adverte CELSO NEVES, o “*negócio jurídico fundacional é, pois, de direito privado. só mediatamente alcançando o plano do interesse público, para segurança dos efeitos da vontade do instituidor, a cuja efetividade deve tender a ação do Estado*”⁴

“*Patrimônio destinado ad un scopo*”, nas palavras de FERRARA,⁵ é precisamente a fidelidade dos administradores desses bens ao

1 Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por CLOVIS BEVILÁQUA, vol. I, Liv. Francisco Alves, 1916, pg. 240.

2 CLOVIS BEVILÁQUA. *Ibid.*

3 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, tomo I, 2ª edição. 1954, § 104.8, pg. 458: “*Pluralidade de Fundadores. — Se a fundação foi criada por duas ou mais pessoas, não há bilateralidade das declarações de vontade. Há declarações unilaterais convergentes, dando ensejo a ato jurídico coletivo, criativo. Não se tomam, por isso, receptícias as declarações de vontade. Se era impossível, a prestação por um, ou se alguma das pessoas não podia instituir fundação, por ser incapaz, a fundação não sofre em sua instituição, porque o negócio jurídico é ato coletivo e o direito brasileiro não exige a suficiência de bens para começar de existir.*”

4 CELSO NEVES, *Notas a Propósito de Fundações m Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, Saraiva, 1989, pgs. 87-88.

5 FRANCESCO FERRARA, *Teoria deite Persone Giuridiche*, cit. pg. 659 FERRARA atribui o conceito a DEMELIUS: *Destinazione di un patrimonio alio scopo*; v. pg. 797.

fim predeterminado pelo instituidor o objeto precípuo da tutela estatal que, no direito comum, se exerce pela vigilância do Ministério Público (art. 26, Cód. Civil, de 1916, e artigo 66, do Cód. Civil vigente) e, no regime jurídico especial da previdência privada, pela fiscalização dos órgãos da administração federal legalmente competentes. (LC nº 109, de 2001, art. 72).

FERRARA distingue dois momentos no processo fundacional: o primeiro é a eleição de um fim pelo instituidor que, para alcançá-lo, destaca uma parte do seu patrimônio; e, o segundo, a criação de uma pessoa jurídica que se completa mediante o reconhecimento do Estado.¹ “*S’intende che quando interviene riconoscimento, il vincolo si trasforma nella titolarità del nuovo ente*”² Embora a ordem jurídica brasileira garanta o direito de empreender independentemente de autorização do poder público (Const. art. 170, *caput*) e a liberdade de associação para fins lícitos (Const. artigo 5º, XVII), o artigo 170, parágrafo único, *in fine*, da Constituição, permite que o legislador condicione o exercício de certas atividades econômicas à autorização de órgãos públicos. E a Lei Complementar nº 109, de 2001, submete as entidades de previdência complementar a essa exigência (art. 6º).

No nosso sistema, a personalidade jurídica da fundação lhe advém com o registro independentemente de autorização do poder público. A partir desse momento, ela é a titular do patrimônio posto a serviço da finalidade que encarna e persegue. “*Personificada a fun-*

dação”, opina PONTES DE MIRANDA, “*tem o fundador de adimplir a promessa, que fez, de lhe transferir os direitos sobre os bens imóveis e os demais direitos cujo transferência não se tenha dado (e.g. propriedade de bens imóveis que se achavam em mãos de terceiros, direitos autorais). Se a prestação se impossibilitou por culpa do fundador (arts. 865, 2ª alínea, 867, 870, 877, 879, 2ª parte, 880, 881 e 883), responde à fundação*”³.

Irretratabilidade dos fins da fundação previdenciária

3. FERRARA distingue a declaração unilateral de criação do novo ente, da obrigação de mantê-lo. E que a primeira pode ser revogada em certos casos,⁴ como o de fraude a credores e de redução da legítima de herdeiros necessários, se a instituição se dá por disposição testamentária. A promessa de manter a fundação, contudo, não é revogável porque dá origem a uma relação contratual do instituidor com os beneficiários do serviço que ela presta. Penso que pouco importa se os indivíduos beneficiados são ou não identificáveis, pois, no dizer de GIORGIO GIORGI, “*la fondazione è una donazione fatia alia umana collettività*.”⁵ Daí a legitimação do Ministério Público para representar o interesse coletivo da parcela de humanidade compreendida no escopo da fundação.

Não sendo revogável, em princípio, o ato de instituição de fundação,⁶ que não é doação, mas, negócio jurídico gratuito,⁷ os bens des-

1 *Op. cit.*, pgs. 796-797.

2 *Op. cit.*, pg. 798.

3 *Tratado de Direito Privado*, I, cit. § 107, nº 6, pg. 541.

4 FERRARA, *Teoria*, cit., pg. 799.

5 GIORGIO GIORGI, *La Dottrina delle Persone giuridiche o corpi morali*, Terza Edizione, 1913, Ed. Frat. Camemelli, nota I, pgs. 64-65.

6 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.* t. I, § 104, nº 9, pg. 458: “O direito civil brasileiro não admite revogação da declaração de vontade criativa da fundação, quer pelo instituidor, quer pelos herdeiros” V. no mesmo sentido, CELSO NEVES, *op. cit.* pg. 87. SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. I, 22ª edição atualizada. Saraiva, 1991, pg. 82: “Como já disse, para criar uma fundação, a lei exige a forma solene de escritura pública ou do testamento. Através desse ato o instituidor faz a dotação de bens livres,

tinados ao seu patrimônio pertencem-lhe com a mera aquisição da personalidade; e os que foram prometidos para sua manutenção podem ser exigidos judicialmente, como crédito da fundação em face dos seus instituidores.

A fundação previdenciária

Essas lições dos mestres tem inteira aplicação à fundação que se constitua entidade fechada de previdência complementar privada e às suas relações com a empresa que a patrocina. A representação, a direção e a administração da fundação previdenciária pertencem ao seu conselho curador (*l'opera rimane fuori della sfera del fondatore*, DEgni), cujos membros, no caso da consulta, são nomeados e destituídos pela patrocinadora, em razão da sua qualidade de instituidora (Estatutos, art. 8º, *caput* e § 2º). Também em razão dessa qualidade e expressa disposição do artigo 3º, parágrafo único, do Regulamento Básico da Fundação Previdenciária.

“A aquisição da qualidade de beneficiário ou participante, assim como sua perda, nos termos deste Regulamento Básico, far-se-á mediante comunicação escrita da PATROCI-NADORA, para efeito de inscrição e desligamento”.

Mas os curadores da fundação previdenciária e o conselho por eles constituído, que gozam de independência em face da instituidora, ainda que sujeitos à fiscalização dela, respondem perante a Secretaria de Previdência Complementar pela exata aplicação do patrimônio e dos recursos sociais na finalidade designada

no ato de criação da fundação. A independência desse Conselho corresponde a autonomia da fundação em relação ao instituidor, por força da qual nenhum deles responde em princípio, por obrigações do outro, nem se lhes permite constituir ou desconstituir relação jurídica em nome e por conta da outra, salvo como mandatária.

Nem a patrocinadora, nem a fundação previdenciária tem a faculdade discricionária de desligar *ad libitum* os participantes do plano, não só porque isto repugna ao princípio *pacta sunt servanda*, que governa todos os negócios jurídicos, mesmo os constituídos unilateralmente, como também à própria disposição retrocitada que subordina a comunicação do desligamento à cláusula *nos termos deste Regulamento Básico*. Além disso, tal exclusão contravém as normas de direito objetivo, como a do artigo 31, inciso VIII, do Decreto nº 81.240, de 1978, que implementa a ordem dada pelo legislador ao Poder Executivo de *“proteger os interesses dos participantes dos planos de benefícios”* (Lei nº 6.435, de 1977, arts. 2º, e 3º, I; Lei Complementar nº 109, de 2001, art. 3º, II e VI). E essa intervenção normativa tem fundamento na natureza e na importância da previdência privada para o bem-estar geral e a solidariedade da comunidade nacional. (Const. art. 3º, I).

O Direito Público e a Entidade Previdenciária Fechada

4. Com efeito, o segundo elemento que concorre para a formação do regime jurídico das

dando o destino a que os quer votar. Uma vez destacado do seu patrimônio da fundação, seu ato é irrevogável”. Dispõe o Código Civil italiano: “1. *‘atto di fondazione può essere revocato dal fondatore fino a quando non sia intervenuto il riconoscimento ovvero il fondatore non abbia fatto iniziare l’attività dell’opera da lui disposta’*. Referindo-se a essa disposição, DEgni, *Le persone Giuridiche*, CEDAM, 1940, pg. 39, explica que a reatuação do instituidor ou revogação do seu ato não é possível depois do reconhecimento e do funcionamento porque desde então, *“l’opera rimane fuori della sfera del fondatore, acquista una esistenza oggettiva che interessa, oramai, il pubblico, e che non deve poter essere distratta ad arbitrio del privato”*. Quando criada por testamento, a fundação *“è sempre revocabile dal testatore* (Bianca, *Diritto Civile*, I, p. 311), registra CIAN TRABUCCHI, *Comm. Breve al Cod. Civile*, II edição, CEDAM, 1984, pg. 74.

9 PONTES DE MIRANDA, *ibid.*

entidades de previdência privada são as normas de direito objetivo a que estão submetidas, com vistas a preservar o bem jurídico que elas se propõem servir, que é, como já disse, o direito à vida, uma vez que as prestações por elas pagas aos participantes e assistidos de seus planos têm caráter alimentar.

A técnica e os processos utilizados pelo Estado brasileiro para esse fim inspiram-se mais no direito norte-americano do que no europeu. Ao contrário da publicização das pessoas jurídicas, morais, pias e beneficentes, que fez época no velho continente, o direito brasileiro assegura-lhes as liberdades fundamentais, como a de associação, a autonomia da vontade e o poder de disposição do seu patrimônio e de seus bens. Mas submete todas essas franquias às limitações postuladas pelo atributo de utilidade pública da atividade por elas desenvolvida. Adota-se, então, o princípio enunciado pelo *Chief Justice Waite*, em *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113 (1877) segundo o qual, “*When private property is devoted to a public use, it is subject to public regulation*”.¹

A doutrina americana entende que, em tais situações, o poder de polícia deve ter amplitude compatível com a importância para o bem comum da atividade policiada. A administração é, então, autorizada a nela intervir, ordinariamente, mediante processos normativos (legislativos e regulamentares) e, extraordinariamente, orientando-lhe os negócios ou operando-os diretamente.

A doutrina brasileira mais recente destaca como objeto próprio do poder regulamentar da administração as relações contratuais permanentes ou de longa duração entre prestadores de serviços particulares e os seus usuários. Entre tais serviços está o de previdência privada: “*Um dos âmbitos de grande relevância para a presente modalidade de regulação normativa é o das prestações de serviços particulares mediante uma relação contratual re-*

lacional com os consumidores. Os contratos relacionais distinguem-se dos contratos descontinuos à medida que se destinam a regular uma relação que perdura no tempo. É por esta razão que, quando os consumidores são colocados em uma posição de assimetria informacional e econômica em relação aos prestadores dos serviços, mister se faz a ingerência de uma entidade ou órgão regulador para “controlar, regular, uma relação que se prolonga no tempo, pois existe a dificuldade muito grande de trazer para o momento presente todas as circunstâncias futuras que podem afetar o conteúdo desta relação contratual. Encaixam-se neste modelo os contratos de plano de saúde, de previdência privada, de fornecimento de serviços de telefonia, entre outros.” (...) “Para GLADYS VÁSQUEZ FRANCO, esta nova geração de autorizações “propicia o surgimento de uma relação de caráter continuado entre a entidade autorizante e o sujeito autorizado, o que se dá em razão da importância da atividade autorizada, cuja realização se estende no tempo e compromete interesses públicos e gerais.” (...) “Evidencia-se a aproximação entre as características da autorização de trato sucessivo e a concessão administrativa de serviço público. A submissão aos regulamentos a que se sujeita a atividade autorizada por sua conexão com o interesse público, e a vinculação continuada que surge entre a entidade autorizante e o sujeito autorizado para o desenvolvimento da atividade são notas comuns à fórmula concessional”.”²

É sobre esses fundamentos que se exercem a disciplina, a coordenação e a supervisão pelo poder público das instituições fechadas de previdência complementar privada, até mesmo daquelas que se financiam mediante contribuição dos empregadores exclusivamente (Lei nº 6.435, de 1977, art. 1º: “*Entidades de previdência privada, para os efeitos desta Lei, são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou*

1 *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Editor in Chief Kermit I. Hall, Oxford University Press, 1992, pgs. 686 (Property Rights) e 566 (*Munn v. Illinois*).

2 ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, *Agências Reguladoras*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, pg. 395.

de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.”).

O Regulamento Básico da fundação previdenciária expressamente declara-a subordinada à dupla regência do direito comum, como entidade privada, e das normas de direito objetivo editadas pelo poder público:

Art. 2º — *A Fundação reger-se-á pelo seu Estatuto, pelas leis aplicáveis, pelo presente Regulamento Básico, bem como por instruções, planos de ação e demais atos que forem baixados pelos órgãos competentes de sua administração e fiscalização, não podendo sua natureza ser alterada nem modificados seus fins.*

A participação no plano previdenciário é um direito atual

Duas conclusões impõem-se: mesmo não contribuindo, ou melhor, porque nenhuma contribuição lhes era exigida, todos os empregados do instituidor tomavam-se participantes do plano previdenciário por mero ato de sua vontade, ou seja, por sua livre adesão, passando a usufruir dos benefícios respectivos quando se aposentavam. Por isso, são titulares de um direito potestativo atual sujeito a termo. É potestativo porque, para adquiri-lo, basta a adesão voluntária ao plano. De outra parte, porque esse direito de participação lhes advém da lei e do regulamento (Lei Complementar nº 109, de 2001, art. 16). É direito atual, porque, embora sujeito a termo inicial, reputa-se adquirido uma vez que o termo inicial não suspende sua aquisição.¹

Gratuidade da dotação

Ainda que seja ato gratuito, ao dotar a fundação com um patrimônio vinculado ao pa-

gamento de benefícios previdenciários complementares, o instituidor constitui os seus empregados na titulariedade de um direito potestativo que não lhes pode ser tirado, salvo se demitidos por justa causa.

Fonte do direito de permanência no plano

5. Esse direito dos participantes advém, também, da norma do artigo 31, inciso VIII, do Decreto nº 81.240, de 1978, cuja primitiva redação foi alterada, pelo Decreto nº 2.111, de 26 de dezembro de 1996, com uma única modificação relevante do seu sentido, ou seja, que, demitido por justa causa, o empregado pode ser desligado do plano de benefícios. Desde a data do Decreto-Lei nº 2.111, de 26 de dezembro de 1996, essa passou a ser a única hipótese de desligamento ou exclusão compulsória do participante de planos de benefícios de entidades fechadas de previdência privada.

Art. 31 — Na elaboração dos planos de benefícios serão observados os seguintes princípios:

1978

VIU — Na hipótese da cessação do contrato de trabalho, o plano de benefícios deverá prever o valor de resgate correspondente, em função da idade e do tempo de contribuição, sendo facultada a manutenção dos pagamentos, acrescidos da parte da empresa, para a continuidade da participação ou a redução dos benefícios em função dos pagamentos efetuados até a data daquela cessação.

1996

VIII — é facultada a manutenção dos pagamentos por parte do participante, no caso de extinção do contrato de trabalho, *sem justa causa*, acrescidos da parte da patrocinadora, para a continuidade da participação ou redução dos benefícios em função dos pagamentos efetuados até a data daquela extinção. (Grifei)

1 EDUARDO ESPÍNOLA — *Dos fatos jurídicos*, in *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo Lacerda, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos. 1923, pg. 36:... “o termo inicial não suspende a aquisição do direito, como expressamente decide o art. 123 do Código Civil [de 1916].” Código Civil vigente, art. 131.

Portanto, desde 1978, a continuidade da participação no plano de benefícios do empregado que se demitia voluntariamente estava assegurada pela norma regulamentar; e a regra respectiva incidia diretamente, quando do desate da relação empregatícia, nas situações e atos jurídicos por ela contemplados. Tanto mais porque, como vimos, o próprio Regulamento Básico da entidade previdenciária manda recepcionar as instruções das autoridades fiscalizadoras competentes (Art. 2º).

No plano custeado pelo empregador, o participante adquire o direito ao benefício meramente por força da relação de emprego e a partir do dia em que adere ao plano de previdência privada. Mas só entra na sua fruição, quando se aposenta (termo inicial). É este o evento que marca o tempo, ou termo, a partir do qual a vantagem estipulada pode ser fruída.

Termo inicial e aquisição do direito

EDUARDO ESPÍNOLA distingue os direitos sujeitos a termo inicial, que são direitos atuais (*praesens obligatio, in diem autem dilata solutio*) dos subordinados a condição suspensiva, que “*se não adquirem completamente, enquanto ela se não verificar*”, e são, por isso, direitos futuros.

Explica ele, a seguir, a distinção entre direitos condicionais e eventuais: os efeitos dos primeiros estão subordinados “*a evento futuro e incerto (art. 114)*”; nos segundos, porém, nos termos do art. 117, também do Código Civil de 1916, a suspensão dos efeitos do ato deriva necessariamente da natureza do direi-

to, a que acede, não exclusivamente da vontade das partes.¹

Essa proposição ajusta-se também ao novo Código Civil, cujo artigo 131 determina que “*o termo inicial suspende o exercido, não a aquisição do direito*”.

Direito simplesmente potestativo a alimentos

Por tais razões, os Consulentes são titulares de um direito atual e potestativo ao benefício administrado pela Fundação Previdenciária patrocinada por sua antiga patrocinadora. Trata-se de um direito a alimentos, pois essa é a natureza não só dos salários, como dos proventos pagos pela previdência privada. Por isso, é potestativo. Porque é potestativo, o direito à aposentadoria independe do seu exercício, como iterativamente tem decidido o Supremo Tribunal Federal.² Advindo o termo estipulado, esse direito pode ser exercido, mas, se não o for nesse momento, o seu titular passará a usufruí-lo *quando quiser*.

Trata-se, pois, de direito *simplesmente* potestativo, que não se deve confundir com o *puramente* potestativo, este, sim, proibido pelo artigo 122, última parte, do Código vigente: “*entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes*”. (Corresponde ao art. 115, do Código Civil de 1916). A jurisprudência e a doutrina dão curso a essa distinção. O Supremo Tribunal Federal adotou-a no voto condutor que o Ministro LUIZ GALLOTTI proferiu no A. I. nº 26.970-SP (RTJ 23/187). E

1 E. ESPÍNOLA, op. cit., pg. 45.

2 “*Se, na vigência da lei anterior, o impetrante preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria, não o fez perder o seu direito, que já estava adquirido. Um direito já adquirido não se pode transmutar em expectativa de direito, só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requerer a aposentadoria antes de revogada a lei em cuja vigência ocorreria a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede a sua aquisição; e não pode ser posterior a esta. Uma coisa é aquisição do direito; outra, diversa, o seu exercício*” (RMS nº 11.395-PR, Min. LUIZ GALLOTTI, RTJ 33/255). Sobre essa matéria, v. CÉLIO BORJA, *Aposentadoria de Servidores Públicos. Direitos dos Aposentados. Lei nº 8.552, de 1994: limites de sua incidência*. Revista Forense, vol., 369, set/out 2003, pg. 219).

EDUARDO ESPÍNOLA, cuja autoridade o Ministro LUIZ GALLOTTI invoca no referido acórdão, depois de proceder a essa mesma distinção, observa que a proibição do artigo 115, do Código de 1916, “e a que respeita o lado ativo da obrigação”, invocando, a propósito, o artigo 1174, do Código Civil francês — “*Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*”.

Além disso, o participante, não assumindo, na relação de direito previdenciário, que não se confunde com o vínculo empregatício (Const., artigo 202, § 2º), qualquer obrigação de natureza patrimonial para com o fundo de pensão ou para com o respectivo patrocinador, tem o direito aos proventos complementares subordinado apenas ao advento de um termo inicial que é o desfazimento do contrato de trabalho por qualquer razão, salvo justa causa.

Mesmo a estipulação de idade e tempo mínimo de serviço para o gozo do benefício não são condições, por não serem eventos incertos, mas passíveis de cálculo atuarial.

Proventos são alimentos

6. Os proventos são, sem margem à dúvida, da mesma substância jurídica dos alimentos. E, a toda evidência, é alimentar o benefício que a previdência social e a complementar pagam aos aposentados. Eles estão imediatamente ligados à vida,¹ como a causa ao seu efeito. O direito à vida é imprescritível e o direito aos alimentos irrenunciável. (Código Civil, artigo 1707; Súmula 379 — STF: *No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais*).

Prescrição e Decadência

7. A extinção, por decurso do tempo, do direito ao benefício de previdência privada é, presentemente, regulada pelo artigo 75, da Lei Complementar nº 109, de 2001:

Art. 75 — Sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil.

Disposição de lei especial, a deste artigo regula, com exclusão da lei geral (Código Civil, arts. 205 e 206), a matéria sobre a qual versa (LICC, art. 2º § 2º). Não se trata de revogação da lei geral, mas de sujeição à lei especial das hipóteses fáticas nelas descritas, como observa STOLFI, na obra referida na nota², abaixo.

Imprescritibilidade do fundo do direito

Por essa razão, o fundo do direito, isto é, o direito ao benefício, não prescreve em cinco anos, porque essa norma especial, o exclui expressamente da incidência da prescrição quinquenal.

Essa excludente está em perfeita sintonia com a lição da doutrina acerca da imprescritibilidade da mera faculdade de cobrar alimentos de quem é deles devedor, quer ela derive de lei, de contrato ou de obrigação natural.

É certo que nem toda faculdade que o direito subjetivo concede a seu titular é imprescritível, pois a lei limita-lhe muitas vezes o exercício. Entre as faculdades imprescritíveis, ATZERI destaca a que decorre do direito a alimentos, “*pela simples razão que, em qual-*

1 *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* comentado por CLOVIS BEVILÁQUA, vol. II, Livrada Francisco Alves, 1941, pg. 388: “*O filho ilegítimo tem o mesmo direito aos alimentos que o legítimo. Nem ao espúrio se recusa esse direito à vida*”.

2 V. EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA Fº, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. 1º, 2ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, 1992, nº 36, pgs. 66-70. NICOLA STOLFI, *Diritto Civile*, vol. Primo, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1919, nº 272, pgs. 163-164.

quer momento da sua existência e ainda que haja a eles renunciado — não podendo ninguém renunciar ao direito de viver — encontra na lei a fonte perene que garante o exercício dessa faculdade, sendo de interesse geral que cada um possa pretender, das pessoas determinadas pela lei e nos limites do patrimônio delas, os meios indispensáveis à própria existência”¹.

No caso, embora os proventos complementares da aposentadoria sejam devidos por força de contrato de adesão, a lei exclui da prescrição quinquenal o direito aos benefícios, que é a fonte ou fundo do direito, do qual emana a obrigação de trato sucessivo, de pagar prestações periódicas em dinheiro.² A não-incidência da prescrição extintiva no direito ao benefício previdenciário privado tem por fundamento, como enfatiza ATZERI na obra e lugar citados, a imprescritibilidade do direito à vida, que, por razões óbvias, pressupõe a posse e a utilização dos meios de subsistência, que, portanto, não podem ser tirados definitivamente de ninguém, sendo irrenunciáveis e impenhoráveis.³

Podem-se perder, sim, as prestações vencidas há mais de um quinquênio. Não, porém, as que há tanto não venceram, nem as vindouras.

A iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe a tutela jurisdicional dos direitos individuais constitucionais, como o direito à vida, construiu, com base no Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, a distinção entre o direito subjetivo a certas obrigações ou fundo do direito, e as prestações que dele defluem, com vistas, particularmente, às de trato sucessivo.

Nessa linha, destacam-se o voto proferido pelo Ministro RODRIGUES ALKMIN, no RE 80913 (RTJ 84/193), e pelo Ministro THOMPSON FLORES (RTJ 72/184).

Transcrevo a parte nuclear do acórdão lavrado pelo Ministro RODRIGUES ALKMIN:

“É certo que a relação funcional não prescreve, mesmo porque o que prescreve são pretensões, fundadas ou infundadas. Assim, se a lei outorga determinada vantagem pecuniária a uma classe funcional, quem se encontra em tal classe terá direito à vantagem

1 Cf. FRANCESCO ATZERI, *Facoltà e Mera Facoltà*, in *Dizionario Pratico del Diritto Privato, diretto da Vittorio Scialoja, Roberto de Ruggiero e Pietro Bonfante*, Casa Editrice Dottor Francesco Villardi, Milano, 1923, vol. III, nº 31, pg. 12.

2 No voto proferido no RE nº 110.419-8-SO (Ementário 1556-2), o Ministro MOREIRA ALVES assim define *fundo do direito*: “*Fundo do direito* é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc.). A pretensão ao *fundo do direito* prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a *quantum*, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto nº 20910/32, que reza: “Art. 3º. Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto”. Se — como está expresso nesse dispositivo legal — a pretensão à prestação legalmente devida (que é simplesmente um *quantum*) renasce, para efeito de prescrição, periodicamente por ocasião do momento em que deve ser feito seu pagamento, tudo o que a esse *quantum*, que é a prestação, está indissolivelmente ligado (assim, portanto, inclusive o critério de sua fixação, decorra ele de ato normativo inconstitucional ou ilegal, ou de má interpretação da Administração Pública) se rege pelo mesmo princípio. Se o Estado paga, e reconhece, portanto, a existência incontroversa do *fundo do direito*, mas paga menos do que é constitucional ou legalmente devido, o direito ao pagamento certo renasce periodicamente.”

3 Cf. FRANCESCO ATZERI, *Facoltà e Mera Facoltà*, cit., vol. III, pg. 12.

pecuniária. Se a administração não efetua pagamento devido, prescrevem as parcelas (Decreto nº 20.910, art. 3º). A pretensão deduzida, aí, é a de perceber a vantagem — não, a de ser considerado integrante de determinada classe ou categoria funcional. Mas se a lei concede reestruturação, ou reenquadramento e a Administração não dá nova situação funcional ao servidor (situações cujos ganhos seriam melhores), a pretensão a ser deduzida é a de obter esse reenquadramento. Essa pretensão prescreve”.

Já o voto proferido pelo Ministro THOMPSON FLORES, como relator do RE 77.453-PR (RTJ 72/181), aplica essa mesma distinção a uma pensão graciosa, concedida à viúva de ex-deputado estadual e seus filhos menores, por ato unilateral do Poder Legislativo paraense, sem intuito remuneratório ou de contraprestação de serviço, mas exclusivamente com caráter alimentar:

“Pensão graciosa. Instituída por lei especial e alterado seu quantum por diploma geral que fixou o seu teto. Prescrição do direito não reconhecida, eis que se renova a cada mês ao instante do recebimento das pensões. Aplicação dos arts. 1º e 4º, do D. 20.910/3T.

As correntes do pensamento jurídico positivista e neo-positivista admitem que a lei torne prescritível até mesmo as prestações devidas em razão de obrigação natural, como a alimentar (v. C.C., art. 206, § 2º); mas não há no Código Civil, nem em leis extravagantes — acredito — disposição que tome prescritível o *fundo do direito* a alimentos e nem mesmo aos proventos. ATZERI fundamenta essa asserção no seguinte princípio: *“todas as faculdades que o homem tira diretamente da lei são, em regra, imprescritíveis, salvo se a própria lei submete o seu exercício a um ter-*

*mo de decadência ou de prescrição. Todas as faculdades que nascem de um negócio jurídico são, em regra prescritíveis, salvo se o contrário não resulta da lei ou do conteúdo mesmo do negócio jurídico que lhes servem de fundamento”*¹.

Se nenhuma lei dispõe sobre a decadência ou a prescrição do fundo do direito aos proventos complementares devidos pela previdência privada, é ele imprescritível.

A falta de lei tal, entendo que não prescreve o direito dos Consulentes ao benefício que pretendem; mas, se por razões metajurídicas ou prejudiciais, se entendesse ser esse direito prescritível, o prazo seria o do artigo 177. do Código Civil de 1916, para as ações propostas enquanto ele vigia.

Ação Rescisória

8. A consulta aponta dois fatos que poderiam fundamentar a pretensão de rescindir acórdãos lavrados nas ações propostas pelos Consulentes contra a Fundação Previdenciária. O primeiro fundamento indicado é o do inciso V, do artigo 485, do Código de Processo Civil, *“violar literal disposição de lei”* de aplicação controvertida — e, o segundo, é o do inciso VII, do mesmo dispositivo — se *“depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”*.

Sem pretender afirmar ou negar o cabimento da ação, mas apenas para subsidiar futura decisão dos ilustres Advogados que patrocinam a causa dos Consulentes, lembro que, no caso do inciso V, a ofensa há de ser literal, excluída, assim, a interpretação divergente que lhe tenha sido dada pela doutrina.² Con-

1 Cf. FACOLTÀ e MERA FACOLTÀ, cit. pg. 12: “34. Possiamo quindi formulare il seguente principio, che “tutte le facoltà, che l'uomo trae direttamente dalla legge sono, per regola, imprescrittibili, salvo che la legge stessa non ne sottoponga l'esercizio ad un termine di decadenza o di prescrizione. “Tutte le facoltà, che scaturiscono da un negozio giuridico sono per regola prescrittibili, salvo che il contrario non risulti dalla legge o dal contenuto stesso del negozio giuridico, che lo fonda”.

2 NELSON NERY JÚNIOR, Código de Processo Civil Comentado, 5ª edição. Editora Revista dos Tribunais, e ROSA Mª de A. NERY, pg. 934.

vém ter presente a Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal (“*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”), nem caberia a rescisória ainda quando, posteriormente, a jurisprudência se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor (Súmula 134, do antigo TFR). Há, entretanto, arestos do próprio Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que dissentem dessas súmulas ou mitigam-lhes o rigor (RSTJ 96/441; RTJ 113/873, entre outros).

Atento à circunstância de ser norma regulamentar aquela sobre cuja interpretação se controverte, recorro a lição de BARBOSA MOREIRA a respeito de qual deveria ser a hierarquia normativa da disposição controvertida:

“Lei, no dispositivo em exame, há de entender-se em sentido amplo. Compreende, à evidência, a Constituição, a lei complementar, ordinária ou delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução (Carta da República, art. 59), o decreto emanado do Executivo, o ato normativo baixado por órgão do Poder Judiciário (v.g., regimento interno: Constituição Federal, art. 96, nº I, letra a). Inexiste qualquer diferença, a este respeito, entre normas jurídicas editadas pela União, por Estado-membro ou por Município. Também a violação de norma jurídica estrangeira torna rescindível a sentença, na hipótese de ter-se de aplicar à espécie o direito de outro país”.¹

A esse respeito, PONTES DE MIRANDA entende que

“A sentença do artigo 485, V, é a sentença lata contra legis tenorem, sentença que, já na linguagem de Baldo de Ubaldis, non tenet. Contra ius, contra literam são sinônimos, e

mais largos que contra ius expressam. De modo que pode haver ação rescisória ainda quando a infração do direito concerne àquelas regras sujeitas a interpretação, ou quando se trata de costume ou direito extravagante ou singular, ainda que não notório. A infração da ratio legis, com infração da regra jurídica (contra literam), não escapa ao art. 485, V”.²

Com relação ao inciso VII, do artigo 485, do CPC (documento novo), os dois doutores citados não discrepam. Diz PONTES DE MIRANDA:

“11 — Obtenção de documento novo — O art. 485, VII, faz pressuposto suficiente para a propositura da ação rescisória ter o autor obtido documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, se tal documento é suficiente para que a sentença lhe fosse favorável. Ou ele prova a ignorância ao propor a ação, ou já em momento do processo em que não poderia apresentar, ou prova que o conhecia, mas dele não podia aproveitar-se (por exemplo, o documento estava em cofre que fora roubado e só tardiamente, com a descoberta do local em que pusera o cofre, pode o autor saber da existência do documento; o tabelião não lhe podia dar certidão, devido a incêndio do arquivo, e só mais tarde alguém encontrou o traslado ou a certidão). O artigo 485, VII, fala de obtenção depois da sentença, mas havemos de entender quando não mais podia apresentá-lo para julgamento”.³

Por sua vez, BARBOSA MOREIRA esclarece que

“Por documento novo não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo novo expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se”. (...) “é preciso que o documento já existisse ao tempo do processo em que se proferiu

1 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 7ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, pg. 129.

2 PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VI, 3ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998, pg. 216.

3 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, vol. VI, pg. 244.

a sentença. Documento cuja existência a parte ignorava é, obviamente, documento que existia; documento de que ela não pode fazer uso é, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portando, existia”¹.

No que diz respeito à impossibilidade de utilização “é necessário”, diz este acatado processualista, “que haja sido estranho à vontade da parte. Esta deve ter-se visto impossibilitada sem culpa sua, de usar o documento”.²

A obtenção do documento deve ter ocorrido depois da sentença. A esse respeito, BARBOSA MOREIRA sustenta que isto significa “*depois do último momento em que teria sido lícito à parte utilizar o documento no feito onde se proferiu a decisão rescindend*”.³

Atendidos esses pressupostos, penso que, em tese, a ação rescisória é cabível.

Utilização do Superávit

9. A Lei nº 6.435, de 1977, permitia às entidades fechadas “incumbir-se da prestação de serviços assistenciais, desde que as operações sejam custeadas pelas respectivas patrocinadoras e contabilizadas em separado”. Isto independeria de autorização específica (Art. 39, § 1º). E o parágrafo 3º, desse mesmo artigo, equiparava-as às instituições de assistência social para os fins do artigo 19, II, da Constituição de 1967 — 1969, equiparação revogada pelos decretos-leis 2.064 e 2.065, (de 19 de outubro de 1983). Somente com o advento da Lei Complementar nº 109, de 2001, foram proibidos os programas assistenciais de natureza financeira, permitida, contudo, a continuidade dos serviços assistenciais à saúde que as entidades fechadas já operassem, instituindo-se, para esse efeito, custeio específico, separando-se os patrimônios e a

contabilização do plano previdenciário e da atividade assistencial.

Satisfeitos esses requisitos, a assistência à saúde dos participantes pode ser mantida; desatendidos, não.

Quanto ao tratamento do resultado superavitário dos planos de benefícios, a Lei nº 6.435, de 1977, vinculava as reservas técnicas, os fundos especiais e provisões à garantia de *todas* as suas obrigações (art. 15), e, nessa linha, no artigo 20, facultava a destinação a programas culturais e de assistência aos participantes, daquilo que sobrasse do resultado do exercício, depois de constituída reserva de contingência de benefícios no aludido montante. É verdade que essa última disposição era dirigida às entidades abertas sem fins lucrativos, mas servia de paradigma para as decisões dos órgãos de fiscalização das entidades fechadas em circunstâncias similares. Nesse sentido, poder-se-ia integrar tal disposição à do artigo 45, segundo a qual os fundos de garantia das reservas técnicas poderiam limitar-se a 70% do valor dos benefícios vencidos, *se as patrocinadoras das entidades assumirem o compromisso de manter, em seus respectivos patrimônios, parcelas equivalentes às insuficiências observadas, de modo que sua cobertura possa, em qualquer época, ser realizada*.

Regulamento da Lei nº 6.435, de 1977, o Decreto nº 81.240, de 1978, permitiu os serviços assistenciais (art. 7º, § 1º), *especialmente os de assistência médica* (art. 10) que *integram a participação da empresa no custeio da entidade, considerada como participação a diferença entre o custo dos serviços e o reembolso das empresas resultante de convênio com a entidade competente do Sistema Nacional de Previdência e Assistência — SINPAS*.

Registre-se, ainda, que, segundo esse decreto, as operações ativas das entidades fechadas com suas patrocinadoras estavam implícita-

1 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, op. cit., V, pgs. 135-136.

2 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, op. cit Vol. V, pg. 136.

3 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, op. cit. Vol V, pg 137.

mente autorizadas, *nas condições e limites estabelecidos pelo CPC* (art. 36, parágrafo único). Mas o limite de 70% dos benefícios vincendos parece ter sido derogado pela Lei Complementar nº 109, de 2001, que impõe a *cobertura integral* dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios. E também manda que o *superavit* constitua reserva de contingência e, os valores excedentes, reserva especial *para revisão do plano de benefícios*.

Quesitos sobre matéria de fato

10. Dois quesitos da consulta versam sobre matéria de fato que exige ampla dilação probatória para seu deslinde. Ora, isto somente é possível no processo judicial. Não sendo nem devendo ser patrono da causa sobre a qual opina, não pode o consultor manifestar-se a tal respeito.

Estão sob essa rubrica os quesitos atinentes à indução dos participantes em erro e ao cum-

primento do dever de entregar-lhes cópias dos estatutos, dos planos de benefícios e material explicativo.

Sobre esse último ponto, cabe, apenas, uma observação de caráter jurídico. Trata-se não de uma faculdade, mas de um dever da entidade de previdência privada (LC nº 109, de 2001, arts. 10 e 21; Lei nº 6.435, de 1978, art. 21, § 1º; Dec. Nº 81.240, de 1978, art. 26) e, eventualmente, do patrocinador.

Do seu descumprimento podem resultar duas conseqüências para o infrator: a) a aplicação de penalidade genericamente prevista na lei, uma vez que, sendo imperfeitas, as normas acima referidas não têm sanção específica; e b) a sua responsabilização por dano causado ao participante ou ao assistido, pela falta de oportuna informação. (C.C., art. 186).

É o meu parecer.

Rio de Janeiro, 21 de julho de 2004.

Célio Borja