

**DIREITO À TRANSIÇÃO: POR UMA SUPERAÇÃO DA TRADIÇÃO PRIVATISTA
NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

**THE RIGHT TO TRANSITION: OVERCOMING PRIVATIST TRADITION IN
SUPPLEMENTARY SOCIAL SECURITY**

Gabriel Rübinger-Betti¹

RESUMO

O presente artigo analisa a recepção dos conceitos de direito adquirido e expectativa de direito, tradicionalmente oriundos do Direito Privado, no âmbito da previdência complementar, a partir dos pressupostos específicos desse sistema previdenciário. Avalia, desse modo, que a concepção vigente é incompatível com a complexidade temporal e social das relações jurídicas de Direito Previdenciário, e propõe, como superação a esse paradigma privatista, a defesa ao direito à transição previdenciária.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Complementar; direito adquirido; direito acumulado.

ABSTRACT

This article aims to analyze the concepts of vested rights and mere expectancy, which are traditionally originated from private law, within the scope of private pension system and based on the specific assumptions of this social security system. It assesses that the current conceptions are incompatible with the temporal and social complexity of the legal relationships within the Social Security Law, and proposes, as an overcoming of this paradigm, the defense of the right to social security transition.

KEYWORDS: Private Pension; vested rights; accumulated rights.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

1 INTRODUÇÃO

O direito adquirido é um instituto jurídico peculiar: embora seja de compreensão quase intuitiva, sua precisa conceituação não é uma tarefa simples, o que se demonstra pelos intermináveis debates que ocasiona na doutrina e na jurisprudência. Costuma ser tratado como conceito oposto ao de expectativa de direito, situação da pessoa que não possui (ainda) certo direito incorporado ao seu patrimônio jurídico. Entretanto, por ser invocado nos mais variados campos do direito, a delimitação do instituto é um tanto imprecisa.

O Direito Previdenciário se mostra como um interessante campo de estudo para explorar as fronteiras estabelecidas entre direito adquirido e expectativa de direito. É que a aposentadoria, benefício previdenciário por excelência, é um direito de aquisição muito lenta, em um processo que costuma se estender por décadas, sendo difícil apontar com precisão quando o direito “expectado” se torna “adquirido”.

No âmbito da previdência complementar, existe específica previsão legal de garantia ao chamado “direito acumulado” dos participantes quando houver alteração nos regulamentos dos planos de benefícios. Esse direito pode ser entendido como uma espécie de garantia de transição entre regimes jurídicos distintos, servindo como ponto intermediário entre a expectativa de direito e o direito adquirido. Entretanto, essa previsão não costuma ser acolhida pela jurisprudência, que insiste em manter a tradicional divisão entre expectativa de direito e direito adquirido – denominado, neste trabalho, de *tradição privatista*.

O presente trabalho se propõe a analisar o conceito de direito adquirido (e a expectativa de direito, considerada como seu contraponto) no âmbito da previdência complementar. Abordaremos, de início, as origens do instituto, que remonta à tradição do Direito Privado, e sua recepção no âmbito do Direito Previdenciário. Em seguida, ressaltaremos as principais características dos regimes previdenciários público e complementar, para demonstrar a necessidade de uma concepção de direito adquirido mais coerente com os pressupostos do sistema de previdência complementar. Realizaremos, por fim, uma defesa da aplicação de um direito à transição previdenciária, especialmente diante do direito acumulado.

2 DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO

2.1. Conceituação

Antes de abordar as diferentes concepções a respeito do direito adquirido e da expectativa de direito, é necessário abordar o fenômeno do direito intertemporal, com o qual se relacionam de maneira íntima. No Brasil, duas teorias a respeito da vigência da lei no tempo possuem influência notável: a teoria subjetivista, representada no pensamento de Carlo Gabba, e a teoria objetivista, de Paul Roubier. Em linhas gerais, a teoria subjetivista defende que as leis poderão ter efeitos retroativos e atingir relações anteriormente constituídas, desde que os direitos adquiridos sejam respeitados.²

A teoria objetivista, por outro lado, propõe, como solução para o conflito de leis no tempo, a identificação da lei vigente no momento em que se produzem os efeitos dos fatos, propondo a nomenclatura de “situação jurídica” em substituição a do direito adquirido, afirmando que a lei só poderia ter efeitos retroativos de maneira expressa. Em regra, a lei tem vigência prospectiva, operando seus efeitos para o futuro (*ex tunc*).³

A noção de direito adquirido consagrada na tradição do Direito Privado brasileiro e formulada na Constituição Federal de 1988 reúne elementos das duas teorias. Acatou o entendimento da irretroatividade restrita das leis, ou seja, a retroatividade como regra, desde que não seja prejudicial ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada (teoria subjetivista) e deixou implícita a noção de efeitos imediatos das leis (teoria objetivista).⁴ Assim preceitua o dispositivo constitucional:

Art. 5º (...)

XXXVI – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Em sentido semelhante, o *caput* do art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657/42, na redação dada pela Lei nº 3.238/57 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), dispõe que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido

² ALMEIDA, 2012, p. 52-56; SAMPAIO, 2005, p. 42-43.

³ ALMEIDA, 2012, p. 59.

⁴ ALMEIDA, 2012, p. 78; SAMPAIO, 2005, p. 173-174.

e a coisa julgada”. Tal disposição contrasta com o dispositivo constitucional, ao explicitamente adotar a teoria objetivista, estabelecendo que as leis terão efeito imediato, mas não guarda diferença semântica relevante no restante do enunciado. Ocorre que, logo em seguida – como fenômeno típico da legislação infraconstitucional –, o diploma legal trata de conceituar o que havia tratado no *caput*:

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)”.

A utilização de tais dispositivos como vetores interpretativos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, é uma polêmica de longa data, já tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado no sentido de que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são garantias de índole constitucional e que, portanto, prescindem de detalhamento pela ordem infraconstitucional.⁵

Como corretamente assevera Sampaio, o direito adquirido pode ser entendido como gênero, do qual o direito adquirido em sentido estrito, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são espécies. Nesse contexto, o direito adquirido em sentido mais amplo serve como óbice à retroatividade da lei, sendo constituído pela presença de uma qualificadora ou um reforço temporal ou preclusivo no direito subjetivo integrante do patrimônio jurídico de seu titular.⁶

No sentido estrito, o direito adquirido pode ser conceituado como “o complexo de situações concretas e subjetivas, fundadas e esgotadas as hipóteses legais de aquisição”.⁷ E, apesar das distintas concepções doutrinárias, parece haver certo consenso doutrinário a

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 226.855-RS. RTJ, v. 174, p. 916.

⁶ SAMPAIO, 2005, p. 83-84.

⁷ SAMPAIO, 2005, p. 84.

respeito de algumas características do direito adquirido no direito brasileiro: a) a presença de um direito subjetivo; b) que se tornou elemento ou parte do patrimônio jurídico individual; c) e que é consequência de um fato aquisitivo.⁸

Opõe-se, por outro lado, a expectativa de direito, geralmente conceituada como o direito cujos fatos aquisitivos ainda não ocorreram completamente. Esta seria, neste paradigma sedimentado na tradição privatista, a fronteira entre o direito adquirido e a expectativa de direito: enquanto no direito adquirido todos os fatos aquisitivos ocorreram – por exemplo, cumpriu-se com todos os requisitos legais necessários à aquisição de um direito –, a expectativa de direito representa a condição da pessoa durante todo o processo de aquisição (ainda incompleto) daquele de direito.

Ao contrário do direito adquirido, a expectativa de direito não é resguardada pela ordem jurídica brasileira, a despeito da própria doutrina tradicional questionar os limites entre um conceito e outro, e existirem outros ordenamentos jurídicos que não aceitam uma distinção tão simplória, concebendo situações intermediárias entre a expectativa de direito e o direito adquirido.⁹

2.2. Aplicação no Direito Previdenciário

A legislação aplicável ao Direito Previdenciário tampouco trata do instituto de maneira uniforme ou exaustiva, sendo poucas as referências, em disposições específicas, ao termo/conceito. Essa realidade, contudo, não significa, necessariamente, um prejuízo à compreensão do direito, pois nada impede, ao momento da aplicação, que seja feita remissão à garantia fundamental do art. 5º, XXXVI, que se estende para todos os campos do direito.

É necessário, entretanto, comentar algumas dessas poucas previsões legais do instituto no Direito Previdenciário, especialmente por conta da própria natureza da aposentadoria – o benefício previdenciário por excelência. A delimitação das fronteiras entre direito adquirido e expectativa de direito é especialmente complexa no que se trata da aposentadoria, direito que o segurado adquire paulatinamente, mês a mês, ao longo de décadas.

⁸ ALMEIDA, 2012, p. 118-120.

⁹ SAMPAIO, 2005, p.43-49.

Quando é adquirido o direito a uma aposentadoria? Num país de incontáveis reformas previdenciárias, é frequente que as diversas regras de concessão de aposentadoria (como tempo de contribuição/serviço, carência, idade mínima, etc, a depender do regime) se alterem durante a vida do trabalhador, se tornando, via de regra, mais gravosas.

Ao mesmo tempo, essas alterações afetam de maneira distinta diferentes grupos de segurados, com diferentes perfis socioeconômicos e históricos contributivos. A nova regra pode afetar tanto aquele que contribui há dois anos como aquele que contribui há vinte. Qual é, portanto, a pedra de toque, o ponto em que o trabalhador terá certeza de que adquiriu o direito a se aposentar?

A esse respeito, o art. 102, §1º, da Lei nº 8.213/91, que regulamenta os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) (um dos regimes públicos de previdência), estabelece, em um caso raro da previsão do instituto no direito previdenciário, o seguinte:

“A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos”.

Segundo a lógica da legislação do RGPS, o direito à aposentadoria se adquire quando o segurado cumprir todos os requisitos da concessão do benefício previstos na legislação então vigente. Se legislação posterior vier a alterar esses requisitos, impondo maior gravame, sem a previsão de uma regra intermediária (de transição), os novos requisitos devem ser aplicados a todos os segurados que não tiverem cumprido os requisitos anteriores, de maneira irrestrita. Tal disposição é repetida literalmente no art. 180, §2º, do Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social).

Invertendo o raciocínio, a legislação previdenciária considera como expectativa de direito toda e qualquer condição do segurado que não cumprir todos os requisitos legais para a concessão de determinado benefício. Essa é a interpretação adotada pelos órgãos da Administração Pública, especialmente o Instituto Nacional do Seguro Social e os órgãos gestores do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).

Necessário mencionar, também, o princípio da vigência das normas no tempo (*tempus regit actum*), de importante aplicação no Direito Previdenciário. Segundo tal princípio, os atos

jurídicos “regem-se” pela legislação vigente à época em que ocorreram. Este princípio justifica a ideia prevalecente de que os benefícios previdenciários regulam-se pela lei vigente no tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão – entendimento subjacente à Súmula nº 359 do STF, que abordaremos no seguinte tópico.

É evidente que tal concepção pode gerar uma série de desigualdades fáticas no caso da inexistência de regras de transição na mudança do regime jurídico previdenciário, sobretudo para aqueles que estão em vias de se aposentar, mas que ainda não cumpriram algum dos requisitos – como idade, tempo de contribuição ou tempo no cargo. Contudo, a divisória entre direito adquirido e expectativa de direito, se considerada a atuação da Administração Pública a esse respeito, é estanque, não dando espaço a situações intermediárias na inexistência de regras de transição.

2.3. Jurisprudência

Optaremos, neste tópico, por analisar a jurisprudência referente ao direito adquirido no âmbito do Direito Previdenciário. Nesse contexto, a Súmula nº 359 do Supremo Tribunal Federal, cuja redação remonta a 1963, talvez seja o marco mais importante para compreender o entendimento que prevalece até os dias de hoje. A redação original era a seguinte:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação de requerimento, quando a atividade for voluntária”.

A exigência de apresentação de requerimento provocou uma série de debates no Tribunal, vindo a ser suprimida, em 1973, no julgamento do RE 72.509 ED-Edv, de relatoria do Ministro Luiz Gallotti. Excetuada essa alteração, a Súmula permaneceu inalterada e encontra-se vigente desde então, moldando o entendimento tão repetido pelos julgadores nas demais instâncias do país: somente se adquire o direito à aposentadoria no momento em que todas as exigências legais são reunidas.

Seguindo essa linha de pensamento, a jurisprudência defende que uma vez adquirido o direito, o segurado não poderá ser prejudicado por lei posterior mais gravosa (ainda que por emenda constitucional),¹⁰ ou se beneficiar de condições mais vantajosas que a legislação passou a garantir.¹¹ E, a despeito de haver situações das mais distintas sob a análise do Tribunal, tal entendimento permanece inalterado mesmo nos julgados mais recentes.¹²

Outro entendimento que perdura é a respeito da inexistência de direito adquirido a regime jurídico (inclusive previdenciário). O raciocínio é o mesmo: o regime incidente é aquele vigente na época do preenchimento de todos os requisitos legais para a concessão de determinado benefício.¹³

2.4. Direitos expectados: uma importante reflexão de Pontes de Miranda

A despeito da divisão estanque entre direitos adquiridos e expectativas de direito ser acatada há muito tempo na doutrina e jurisprudência, há uma interessante teoria, um tanto relegada pela nossa tradição civilista, que buscava a superação dessa dicotomia: trata-se da teoria do direito expectado, proposta por Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado.

Segundo o autor, as expectativas englobam um amplo espectro, desde as mais frágeis às mais sólidas, e por essa razão seria “um erro” tratá-las da mesma maneira.¹⁴ Assim, propõe a diferenciação entre “meras expectativas”, ou seja, simples pretensões ou “sombras”, e “direitos expectados”, que seriam direitos a adquirir direitos. As primeiras seriam irrelevantes para ordem jurídica; já os direitos expectados, pelo seu relevante grau de expectativa – e, portanto, alta chance de se tornarem direitos adquiridos no futuro – deveriam ser protegidos pelo ordenamento jurídico.¹⁵

Nesse contexto, “direito expectado” seria um ponto intermediário entre a expectativa de direito e o direito adquirido, e, devido à grande possibilidade no sentido de tal direito ser

¹⁰ STF. RE 74.284.

¹¹ STF. RE 219.313.

¹² Veja-se, por exemplo: ARE 852194 AgR, RE 917012 ED-ED-AgR-AgR, ARE 967011 AgR.

¹³ ADI 3.104/DF, RE 269.407, RE 434212 AgR-ED-Edv-AgR, AI-AgR 803.861, para mencionar precedentes apenas do STF.

¹⁴ MIRANDA, 1955, p. 282-285, *passim*.

¹⁵ *Id.*

futuramente adquirido, tal direito também merecia ser protegido. Contudo, apesar da inventividade, Pontes de Miranda não propõe a adoção de um dispositivo (como a edição de um artigo, por exemplo, no Código Civil) para promover a proteção do direito expectado.

3 OS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS BRASILEIROS

3.1. Características

No Brasil, de acordo com a proposta da Constituição Federal, coexistem três regimes previdenciários. Dois são públicos, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), e um privado, a previdência complementar, aberta e fechada. Tal esclarecimento se mostra relevante na medida em que diferentes regramentos são aplicáveis a cada um deles. Em síntese, podemos afirmar que o regime público (relação entre segurado e Estado) é estatutário, enquanto o regime complementar (relação entre participante e entidade de previdência complementar) é contratual.

O Regime Geral de Previdência Social tem como característica a obrigatoriedade (a filiação é compulsória) e a solidariedade, se submetendo ao regramento de direito público. É integrante do tripé da Seguridade Social (artigo 194 e seguintes da Constituição Federal), que engloba a Assistência Social, a Saúde e o Regime Próprio de Previdência Social. A obrigatoriedade do regime se justifica por ser condição à efetiva concretização da solidariedade, uma vez que a seguridade social, como um todo, foi eleita pela Constituição como o principal mecanismo de proteção social, merecendo destinação orçamentária distintiva.

O Regime Geral de Previdência Social e o Regime Próprio de Previdência Social são autônomos e destinados a diferentes grupos sociais: enquanto o primeiro, administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), abarca os trabalhadores da iniciativa privada em geral, além de contribuintes facultativos, empregados públicos, entre outros, o segundo é destinado a servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.¹⁶

¹⁶ É necessário que cada ente federativo institua seu regime próprio para que incida o regime jurídico do RPPS. É o caso da União, do Distrito Federal, dos Estados, mas não de todos os Municípios. Caso não exista regime próprio no respectivo ente federativo, seus servidores públicos titulares de cargo efetivo estarão vinculados ao

Por outro lado, o regime de previdência complementar se caracteriza pela facultatividade de participação e autonomia em relação aos regimes públicos, sendo composto por entidades fechadas de previdência complementar (que oferecem planos de benefício para determinado grupo social, como trabalhadores de uma empresa) e entidades abertas de previdência complementar (que oferecem planos acessíveis a qualquer pessoa física).

A filiação ao regime de previdência complementar, por conta de sua facultatividade, depende da manifestação da vontade, razão pela qual se considera que a relação jurídica de previdência complementar é de natureza contratual, submetida, portanto, ao regramento do direito privado.¹⁷ Não obstante, em razão da própria natureza da relação jurídica de cunho previdenciário, a relação jurídica entre participante e entidade deve se pautar por diretrizes estabelecidas pelo Estado.

Com efeito, a Lei Complementar nº 109/01, regulamentadora das entidades fechadas e abertas de previdência complementar, estabelece, em seu art. 2º, que a diretriz básica do sistema é a instituição e execução de planos de benefício de caráter previdenciário. É dizer que a própria existência dessas entidades se dá para oferecer aos envolvidos uma maior proteção social, em vista, muitas vezes, da insuficiência dos regimes públicos, que ofertam uma cobertura básica.

3.2. Financiamento dos regimes previdenciários

O financiamento do Regime Geral de Previdência Social é realizado, de acordo com a Constituição Federal, por toda a sociedade, tendo como princípio a diversidade da base de financiamento, conforme o seu art. 194, VI. É impressionante, aliás, a quantidade de fontes de financiamento para a seguridade social previstas no art. 195 da Constituição, englobando recursos de todos os entes federativos, contribuições dos empregadores, trabalhadores, receita de concurso de prognósticos, entre outras.

Esses recursos são direcionados a um fundo de repartição simples, expressão da solidariedade da previdência pública brasileira. Em outras palavras, as contribuições vertidas vão para um fundo comum – não individual –, inexistindo qualquer vinculação direta entre,

RGPS. Note-se, contudo, que as reformas previdenciárias vêm apontando, cada vez mais, para a convergência entre os dois regimes.

¹⁷ MARTINEZ, 2013, p. 1267-1268; IBRAHIM, 2015, p. 784.

por exemplo, a contribuição do trabalhador e o benefício a ser recebido por ele no futuro. Por isso, é comum ouvir que o financiamento do RGPS é um “pacto intergeracional”, em que a geração na ativa custeio os benefícios da geração inativa.

No que diz respeito ao Regime Geral de Previdência Social, o custeio é de responsabilidade do Tesouro Nacional, de acordo com § 2º do art. 213 da Lei nº 8.112/90, e custeado mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, como dispõe o art. 40 da Constituição Federal.

Na previdência complementar, por outro lado, o financiamento se dá exclusivamente por meio das contribuições dos interessados na existência dos planos de benefícios: os participantes e, algumas vezes, os patrocinadores/instituidores (o que geralmente ocorre nas entidades fechadas). Não é por outra razão que a própria Constituição, ao tratar da previdência complementar, em seu art. 202, *caput*, determina que o regime será “baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”.

As contribuições são direcionadas a fundos comuns (mutualistas) ou individuais, a depender da modalidade do benefício. Nesse contexto, os planos de benefício definido e de contribuição definida servem como bons exemplos. Conforme o art. 2º da Resolução MPS/CGPC nº 16/05, o plano de benefício definido é aquele em que o valor ou nível do benefício a ser recebido é estabelecido previamente e o custeio do plano é determinado atuarialmente para assegurar sua viabilidade. Já o plano de contribuição definida, segundo o art. 3º da mesma resolução, é aquele cujo valor do benefício futuro está atrelado ao saldo de conta do participante, sendo proporcional, portanto, às contribuições vertidas.

De acordo com essa lógica, os planos na modalidade de benefício definido se estruturam sob o regime de repartição simples, em que os valores das contribuições cobradas em determinado exercício servem para financiar os benefícios que estão sendo pagos nesse mesmo período, de maneira solidária (mutualista), não havendo pretensão de acúmulo. Por outro lado, os planos na modalidade contribuição definida são estruturados no regime de capitalização, em que as despesas em relação aos benefícios concedidos são estimadas em conjunto com os benefícios futuros, havendo formação de reserva individual, sendo que valor do benefício futuro está atrelado às contribuições constantes na reserva.

Assim, se, por exemplo, no RGPS a cobertura dos riscos sociais é oferecida de acordo com escolhas legislativas – havendo a proteção de determinados riscos sociais, considerados mais relevantes, em detrimento de outros –, no regime complementar é possível saber de antemão qual será a amplitude da proteção social a ser contratada, posto que a filiação se dá em relação a um determinado plano de benefícios, de conhecimento prévio do participante.

Tal esclarecimento se mostra relevante especialmente no que diz respeito à possibilidade de alteração dos benefícios ofertados por cada um dos regimes, situação em que as fronteiras do direito adquirido e da expectativa de direito são confrontadas. Nesse contexto, como já mencionado, é de especial destaque o benefício da aposentadoria, independentemente das diversas regras de concessão nos diferentes regimes públicos, bem como a suplementação da aposentadoria na previdência complementar.

3.3. Aposentadoria e o direito adquirido

A aposentadoria é conceituada como um direito a um benefício (prestação pecuniária), geralmente como retribuição à perda da força de trabalho, que vai sendo lentamente incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, durante período de tempo que com frequência se estende por décadas, até que sejam cumpridos todos os requisitos que a lei determina como necessários à concessão do benefício. Com efeito, certos doutrinadores conceituam a aposentadoria como “direito de aquisição sucessiva”.¹⁸

No que diz respeito aos regimes públicos, de natureza estatutária, as regras de concessão de aposentadoria (por exemplo, tempo de contribuição ou serviço, idade mínima e carência do benefício) sofreram muitas alterações desde a promulgação da Constituição, especialmente no RPPS, em razão do exercício do Poder Legislativo face a pressões sociais e políticas. Isto pode ensejar situações concretas de desigualdade extrema por conta da transição do regime jurídico.

Basta imaginar o seguinte exemplo: um trabalhador cumpria todos os requisitos para uma aposentadoria por idade (carência, qualidade de segurado, etc.), exceto a idade, contando com 61 anos, sendo que a idade mínima para se aposentar seria de 65 anos. Caso haja uma mudança legislativa que altere a idade mínima para 70 anos, esse trabalhador se verá

¹⁸ IBRAHIM, 2005, p. 450.

prejudicado, sendo forçado a trabalhar por mais 9 anos já em idade avançada, sendo que sua previsão era de que em 4 anos se aposentaria.

Nas últimas reformas empreendidas pelo Poder Legislativo no âmbito do Direito Previdenciário, especialmente em caráter constitucional, foram estabelecidas regras de transição, que amenizam os efeitos de uma mudança abrupta de regime jurídico, garantindo aos segurados que se encontravam mais próximos do cumprimento dos requisitos de concessão do benefício um regime previdenciário intermediário ou próximo do original, contanto que fosse cumprido um pedágio.

Foge do escopo deste trabalho a defesa de um direito transicional fundamental nos regimes públicos de previdência social, mas tal discussão se mostra urgente, diante das severas reformas previdenciárias anunciadas pela Proposta de Emenda à Constituição nº 287/16, muitas das quais sem previsão de qualquer regra de transição, como a proposta relacionada à aposentadoria especial.¹⁹

O fato é que a aposentadoria desafia os conceitos mais tradicionais de expectativa de direito e de direito adquirido, por ser um direito de aquisição muito lenta e que conta com um profundo caráter social. Não se mostra razoável defender que o direito à aposentadoria somente se adquire com o cumprimento de todos os seus requisitos legais e que qualquer outra situação jurídica se trata de mera expectativa de direito.

Tendo isso em mente, passa-se a abordar a questão a partir do prisma da previdência complementar, cujo regime jurídico distinto justifica a adoção de princípios particulares, principalmente por conta da relação de cunho contratual, mais harmoniosa, portanto, com as concepções mais clássicas do instituto, que, como foi visto, é originário da tradição do Direito Privado.

¹⁹ Atente-se que, a esse respeito, é preciso distinguir a prática legislativa de estabelecer, em sua atividade concreta, regras de transição, da própria necessidade de garantir aos segurados a transição de regimes jurídicos, em termos mais ontológicos, como decorrência das garantias fundamentais da Constituição Federal. A última concepção é a que se defende aqui – e uma ideia relacionada, mas não idêntica, será abordada em seguida.

4 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, DIREITO ADQUIRIDO E DIREITO ACUMULADO

Como vimos, na previdência complementar, a concessão de um benefício se atrela, necessariamente, à constituição prévia de reservas garantidoras, posto que o financiamento não se dá por toda a sociedade, mas apenas pelos interessados na instituição do plano de benefícios. O que há, portanto, é um fundo, comum ou individual, para o qual são vertidas contribuições. Essa é a primeira distinção essencial em relação ao regime público: existe uma vinculação direta entre as reservas financeiras e os recebedores dos benefícios.

A previdência pública é compulsória em sua essência; a complementar, não. O trabalhador só poderá se tornar participante de uma entidade de previdência complementar mediante expressão de sua vontade. É necessário assinar um contrato de adesão a um plano de benefícios, no qual constam as regras aplicáveis – os critérios de concessão do benefício, fórmula de cálculo do valor do benefício, fontes de custeio, etc. – à relação entre o participante e a entidade, obedecidas as previsões do estatuto social da entidade e da legislação própria.

Essas características particulares da relação de previdência complementar justificam um tratamento jurídico distinto. O trabalhador, quando inicia sua vida laboral, não assina um contrato previdenciário com o Estado – pelo contrário, ele se torna segurado de um regime compulsório e pode gozar dos benefícios de acordo com as previsões da legislação.²⁰ Já o trabalhador que adere a um plano de benefícios de uma entidade fechada de previdência complementar o faz por sua vontade em aderir ao pacto que estabelecerá obrigações para ambas as partes.

Por esse motivo, o questionamento acerca do alcance do direito adquirido na previdência complementar não pode ser feito a partir dos pressupostos da previdência pública. Os sistemas são ontologicamente distintos. Os benefícios do regime público podem ser alterados por uma mudança legislativa (ou constitucional); para alterar um plano de benefícios de uma entidade fechada de previdência complementar é necessário, tão somente, da decisão

²⁰ Essa relação muitas vezes esmagadora entre o Estado e o segurado é, sobretudo, o que torna tão necessária a defesa do direito à transição previdenciária nos regimes públicos, em oposição à dicotomia entre direito adquirido e expectativa de direito.

do conselho deliberativo da entidade e a aprovação pelo órgão fiscalizador (a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC).

São as particularidades desse regime previdenciário que justificam um tratamento diferenciado a esse processo de aquisição do direito ao benefício. Com efeito, Martinez, ao discorrer sobre a questão do direito adquirido na previdência complementar, identifica seis níveis nesse processo, desde a inexistência do direito até o seu perecimento.²¹ Ademais, em distinção ao regime público, existe, no âmbito da previdência complementar, a previsão legal da garantia ao chamado “direito acumulado”.

4.1. Direito acumulado

O conceito de “direito acumulado”, introduzido pela Lei Complementar nº 109/01, pode ser compreendido como uma espécie de proteção para o participante das entidades de previdência complementar em face de alterações regulamentares durante o período de aquisição do direito a um benefício. Situando-o dentro do raciocínio desenvolvido neste artigo, seria uma espécie de ponto intermediário entre a expectativa de direito e o direito acumulado.

A nomenclatura não é muito bem recepcionada pela doutrina,²² pois o que é efetivamente acumulado pelo participante não é o direito em si, mas as reservas constituídas, conforme o art. 15 da mencionada lei: “o direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável”.

De todo modo, a intenção é resguardar o participante durante o processo de aquisição do direito ao benefício em face de alterações regulamentares. Assim dispõe o art. 17 da Lei Complementar nº 109/01, ao determinar que as alterações ocorridas nos regulamentos dos planos de benefício são aplicáveis a todos os participantes da entidade de previdência a partir de sua aprovação pelo órgão competente, “observado o direito acumulado de cada participante”.

²¹ MARTINEZ, 2010, p. 134-135.

²² BALERA, 2005, p. 114.

4.2. Compreendendo o debate

É nesse contexto que o debate a respeito do direito adquirido na previdência complementar se afasta cada vez mais daquele travado no âmbito da previdência pública. A relação aqui é contratual; as reservas são criadas pelo participante (em conjunto, às vezes, com o patrocinador); a lei protege o direito acumulado. Há um vínculo muito mais estreito entre o trabalhador e o benefício.

O seguinte exemplo ajuda a compreender o que está em jogo: um trabalhador, no início de sua vida laboral, se torna participante de uma entidade fechada de previdência complementar, aderindo a um dos planos de benefício, objetivando receber complementação de aposentadoria. No momento da adesão, este trabalhador, por conhecer o contrato, sabe os requisitos que deve cumprir para recebê-lo, bem como a fórmula de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

Assim, o trabalhador se engaja nessa relação jurídica que se desenrola por décadas, vertendo suas contribuições à entidade. Pouco antes de se aposentar, entretanto, ocorre alteração no regulamento do plano de benefício, modificando-se a fórmula de cálculo da renda mensal inicial do benefício, o que acarreta na diminuição dos proventos da sua futura complementação de aposentadoria.

Qual benefício ou conjunto de regras para o cálculo do benefício é devido ao trabalhador? Essa pergunta pode ser respondida, basicamente, de três formas: i) o benefício da época em que o trabalhador aderiu ao plano de benefícios, conforme o contrato pactuado com a entidade; ii) aquele vigente quando o trabalhador completar todos os requisitos para sua concessão, ainda que sobrevenham outras alterações mais gravosas; iii) um benefício diferenciado, intermediário entre um e outro, em virtude do seu direito acumulado.

A primeira resposta compreende que, ante a natureza contratual da previdência complementar, é necessário obedecer às condições pactuadas – com a aplicação dos princípios inerentes ao Direito dos Contratos, como a boa-fé objetiva, por exemplo. Esse era o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se depreende da antiga redação da Súmula nº 288:

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

A redação da súmula foi alterada em 2016, curvando-se à jurisprudência que defende que o direito à aposentadoria se adquire na implementação de todos os requisitos para obtenção do benefício. A nova redação se aproxima, portanto, da segunda resposta ao exemplo, o qual é, efetivamente, o entendimento que prevalece nos tribunais.²³

Curiosa, entretanto, é a escassez de debates, tanto na jurisprudência quanto na doutrina brasileira, a respeito do direito acumulado. O instituto poderia servir como uma regra de transição ou como critério para não incidência das alterações regulamentares, amenizando as desigualdades decorrentes da alteração brusca de regimes jurídicos. Poderia ser estipulado, por exemplo, que os trabalhadores que possuem 75% do tempo de contribuição necessário para se aposentar não estariam sujeitos às novas regras.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, questão semelhante ao exemplo encontra-se pendente de julgamento em sede de recursos repetitivos (REsp 1.435.837), sob o tema 907: “[d]iscute-se, no caso, se deve ser aplicado o regulamento do plano de benefícios vigente à época da aposentadoria do associado ou aquele em vigor ao tempo de sua adesão”.

4.3. Direito à transição previdenciária

Sampaio, ao discorrer acerca do direito adquirido em situações fáticas complexas, considera que o direito à aposentadoria seria o perfeito exemplo de uma dessas situações que desafiam as fronteiras do direito adquirido.²⁴ Segundo o autor, o principal problema é a equiparação entre a situação fática da aposentadoria e outras situações complexas, mas não análogas, como o reconhecimento de paternidade, aceitação da herança ou contratos diversos.²⁵

Como resultado, a doutrina e a jurisprudência, se valendo dessas situações que não podem ser comparadas ao processo de aposentação, defendem que as regras previdenciárias podem ser alteradas a qualquer momento e aplicadas de imediato a todos aqueles que não preencheram os requisitos legais até então vigentes. Essa postura legitima a quebra de

²³ Limitando-se à jurisprudência recente do STJ, cf.: AgInt no REsp 1.430.712; REsp 1.443.304; REsp 1.184.621; AgInt no AREsp 128.086.

²⁴ SAMPAIO, 2005, p. 89.

²⁵ SAMPAIO, 2005, p. 90.

confiança e segurança jurídica no campo dos direitos sociais²⁶ – é como se tornasse aceitável que, no meio do jogo, as regras pudessem ser alteradas de acordo com a vontade do árbitro.

É ainda mais grave a defesa dessa postura no âmbito da previdência complementar, sistema cuja lógica específica (relação contratual; forma de financiamento; etc.) afasta a incidência dos pressupostos da relação estatutária e que determina, de maneira expressa, a proteção do direito acumulado do participante. Urge, portanto, superar esse entendimento, vinculado de maneira tão cega ao princípio do *tempus regit actum*.

A aposentadoria é um direito de aquisição sucessiva, situação fática complexa que se estende por décadas. Conceituações, contudo, não deixam transparecer o aspecto humano de que esse direito se reveste – o delicado momento em que se encerra a longa etapa do labor e em que trabalhador espera a devida retribuição pela sua perda da força de trabalho.

Como defender a segurança jurídica e o direito adquirido, óbices à retroatividade da lei e garantia da previsibilidade das relações jurídicas, se inexistente mecanismo de proteção a um processo tão longo de aquisição de um direito? Se em nosso contexto as regras do jogo são alteradas, diversas vezes, durante a partida, e os jogadores nunca podem ter certeza de quando e como o jogo irá acabar?

Se no regime previdenciário público as reformas previdenciárias costumam vir acompanhadas de regras de transição, o mesmo não pode ser dito no âmbito da previdência complementar – o que desrespeita não só a proteção legal ao direito acumulado, mas a própria formatação do sistema, que é criado justamente com o intuito de concretizar a proteção social do participante.

Mostra-se urgente, portanto, a defesa de um direito fundamental à transição previdenciária, em superação ao paradigma privatista que delimita fronteiras muito precisas entre expectativa de direito e direito adquirido, recusando-se a aceitar, mesmo em situações fáticas complexas como a aposentação, etapas intermediárias na aquisição de um direito. É hora de redescobrir os ensinamentos certos de Pontes de Miranda e assumir que não é possível conceber, ao menos no que diz respeito aos direitos de longa aquisição, a atual dicotomia entre direito adquirido e expectativa de direito.

²⁶ SAMPAIO, 2005, p. 90-91.

Isso possui especial importância no âmbito da previdência complementar, em que a natureza contratual da relação jurídica avoca a incidência dos princípios inerentes ao Direito dos Contratos, o que impede que alterações regulamentares prejudiciais aos participantes venham desacompanhadas da garantia à transição previdenciária. Invoca-se, novamente, a garantia ao “direito esperado” como possível elemento protetor da expectativa.

Nesse contexto, deve ser garantida proteção especial àqueles que se encontram mais próximos a cumprir totalmente os requisitos de um benefício, computando-se o direito acumulado ou criando uma regra de transição que os exclua das alterações regulamentares. Em verdade, o direito à transição pode ser concretizado de diversas formas, a depender das condições de cada uma das entidades:

- a) Apurando-se uma média entre o tempo contribuído, o tempo que faltava para a aquisição do direito, e o tempo exigido pelo novo regramento;²⁷
- b) Excluindo-se determinado grupo de participantes que se encontra próximo à aquisição do direito, tendo como parâmetro um ou mais elementos do benefício (e.g.: 70% do tempo de contribuição) ou a data de ingresso na entidade;
- c) Criando-se uma regra de transição, com a imposição de pedágio, mas preservando a incidência do regulamento anterior.

Essa garantia, no contexto de uma entidade fechada de previdência complementar, deve ocorrer em conjunto com a preservação do equilíbrio financeiro-atuarial da entidade, bastando, para tanto, que as despesas necessárias ao cumprimento do compromisso com a transição previdenciária constem no plano de custeio da entidade.

O direito à transição previdenciária, para além de uma defesa à segurança jurídica nas relações previdenciárias, é uma defesa de uma relação mais equânime e solidária entre participante e entidade, de modo a realizar a finalidade essencial do Direito Previdenciário e do sistema de previdência complementar – a proteção social.

5 CONCLUSÕES

Ao longo deste trabalho, tivemos a oportunidade de analisar o instituto do direito adquirido desde sua formatação tradicional, advinda da tradição privatista, até a sua aplicação no contexto do Direito Previdenciário. Percebemos como a jurisprudência brasileira

²⁷ SAMPAIO, 2005, p. 90.

recepcionou essa concepção quase de forma dogmática, posicionando a expectativa de direito e o direito adquirido em dois extremos opostos.

Contudo, essa concepção é insuficiente para lidar com situações fáticas complexas, especialmente a aposentadoria. No âmbito da previdência complementar, a aplicação desse entendimento é ainda mais problemática, uma vez que o sistema se estrutura, ontologicamente, na proteção social de um determinado grupo de trabalhadores, sendo financiado por eles, em uma relação jurídica contratual. Ademais, a própria legislação estabelece a necessária observância ao direito acumulado na ocorrência de alterações regulamentares.

Mostra-se, portanto, urgente a defesa do direito à transição previdenciária no âmbito da previdência complementar, em face das alterações regulamentares que, continuamente, são prejudiciais. Somente por meio da garantia do direito à transição é possível concretizar a segurança jurídica nas relações previdenciárias, que reivindicam proteção especial – seja por conta da extensa trajetória de obtenção do direito ao benefício, seja por conta do caráter humano de que tal direito se reveste. Enquanto isso não ocorrer, contudo, as desigualdades sociais do nosso país continuarão a reverberar nas relações previdenciárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **Direito adquirido: uma questão em aberto**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALERA, Wagner (organização). **Comentários à lei de previdência privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

_____. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001.

_____. Ministério da Previdência Social. Conselho Geral de Previdência Social. Resolução MPS/CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Expectativa de direito e direito adquirido na previdência social. **Revista de Previdência Social**, ano XXIX, nº 296. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito adquirido na previdência social**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. Tomo 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.