MANIFESTAÇÃO JURÍDICA ACERCA DA OBSERVÂNCIA AO DIREITO ADQUIRIDO E ACUMULADO DOS PARTICIPANTES E ASSISTIDOS EM RAZÃO DE PROPOSTA DE ALTERAÇÃO REGULAMENTAR PARA SUBSTITUIÇÃO DE INDEXADOR DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS BENEFÍCIOS DO PLANO TELOS CONTRIBUIÇÃO VARIÁVEL I (PCV I)

Serve o presente para trazer o suporte jurídico para o ingresso do pedido de Alteração de Regulamento ao órgão fiscalizador (PREVIC), em atenção ao disposto no artigo 9º, parágrafo 1º, inciso III da Portaria 324/2020 a que estabelece a necessidade de manifestação jurídica acerca da observância do direito adquirido e acumulado dos Participantes e Assistidos.

Tal alteração tem o objetivo de possibilitar a troca de índice de preços adotado para a atualização dos benefícios do Plano TELOS Contribuição Variável I cujos Assistidos optaram pelo índice de reajuste do Regulamento e para os Participantes que venham a optar pelo referido índice de reajuste, no intuito de aplicar índice que propicie mais adequadamente a variação de preços de produtos e serviços consumidos pelos assistidos, de abrangência nacional e com ampla divulgação e, principalmente, compatível com a finalidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro entre ativos e passivos do plano de benefícios, conforme podemos verificar no estudo econômico elaborado pela área técnica da TELOS, bem como pela ausência de emissão de novos títulos que utilizam o índice IGP-DI.

No caso em tela, a proposta de alteração do Regulamento tem como objetivo, a substituição da aplicação da variação do índice IGP-DI, divulgado pela FGV, pela variação do índice IPCA, divulgado pelo IBGE, ou qualquer outro que venha a substituí-lo, no futuro, de acordo com a legislação vigente.

Em relação à legalidade e à compatibilidade dessa alteração, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) emitiu o Parecer SEI Nº 11994/2020/ME e dispõe que:

> "sob o ponto de vista estritamente jurídico-previdenciário, e com fundamento no art. 13 da Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993, e no art. 32 do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, não se vislumbra óbice à aprovação da minuta de Resolução, uma vez que o ato se encontra devidamente estruturado, atendendo às regras de técnica legislativa estabelecidas pelas normas invocadas ao longo deste Parecer, alertando-se para recomendação consignada no seu item 46, valendo repisar que a presente manifestação não adentrou no juízo de conveniência e oportunidade de implementação das medidas contidas na proposta, de competência das áreas técnicas da Pastas envolvidas."
>
> O supracitado item 46 está transcrito a seguir:
>
> "Não obstante, convém que, no §5º do art. 4º, o vocábulo "exclusão" seja eliminado da proposta, na medida que ele pode ensejar o entendimento de que é permitida a exclusão de previsão de índice de atualização dos benefícios nos planos de benefícios ofertados por entidades fechadas de previdência complementar, o que não pode ser permitido, na medida em que deve haver meio idôneo para que seja medida a inflação, recompondo-se a obrigação contratada, na linha da

NOTA: Este documento é de uso restrito e exclusivo da TELOS - Fundação Embratel de Seguridade Social, não sendo autorizado sua reprodução ou redistribuição, no todo ou em parte, qualquer que seja o propósito, sem prévia autorização da Diretoria Executiva da TELOS. A TELOS se exime de qualquer responsabilidade por prejuízos causados, direta ou indiretamente, decorrentes da utilização deste documento ou seu conteúdo.

jurisprudência retromencionada. Sugerimos, pois, a seguinte redação para o dispositivo:

> Art. 4º
> (...)
> §5º A eventual alteração do índice de atualização dos benefícios, quando existente no regulamento do plano, deverá ser autorizada pelo órgão supervisor, devendo-se adotar índice apto a medir a inflação do período."

Cumpre, ainda, esclarecer que tal substituição encontra-se totalmente embasada no § 2º, do art. 4º da Resolução CNPC nº 40, de 30 de março de 2021:

> "……
>
> § 2º **O critério de atualização dos benefícios**, de que trata o inciso V do caput deste artigo, **poderá ser modificado, inclusive para benefícios concedidos**, mediante:
>
> I - elaboração de estudo técnico que demonstre a necessidade de mudança do critério de atualização, bem como a adequação econômica, financeira e atuarial do índice proposto;
>
> II - ampla divulgação aos participantes e assistidos, com antecedência mínima de cento e oitenta dias do envio da proposta ao órgão estatutário competente da EFPC;
>
> III - aprovação do órgão estatutário competente da EFPC; e
>
> IV - autorização do órgão da Superintendência Nacional de Previdência Complementar.
>
> ....." (grifo nosso)

Importante ressaltar que o IGP-DI (Índice Geral de Preços), divulgado pela FGV (Fundação Getúlio Vargas) encontra-se bastante impactado pelo preço das *commodities* nos mercados globais (exportação) e pela variação cambial (dólar) enquanto o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), divulgado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), mede a variação do custo de vida médio de famílias com renda mensal de 1 (um) a 40 (quarenta) salários mínimos, sendo o índice oficial de inflação do Governo Federal, servindo de referência para as metas de inflação e para as alterações na taxa de juros. Sendo certo que a escolha da TELOS se dá para trazer uma maior adequação do índice e mais segurança para os Participantes e Assistidos de seus Planos Previdenciários, uma vez que o IPCA é um índice que possui ampla divulgação e vigência nacional, refletindo adequadamente a variação de preços de produtos e serviços consumidos pela população, em consonância com o § 3º do art. 4º da Resolução CNPC nº 40, de 30 de março de 2021, enquanto o IGP-DI não atende aos incisos I e III do mencionado artigo, por não refletir de forma adequada a variação de preços de produtos e serviços consumidos pelos Participantes e Assistidos do PCV I e por não ser compatível com o objetivo de manter o equilíbrio econômico-financeiro entre ativos e passivos do plano de benefícios:

NOTA: Este documento é de uso restrito e exclusivo da TELOS - Fundação Embratel de Seguridade Social, não sendo autorizado sua reprodução ou redistribuição, no todo ou em parte, qualquer que seja o propósito, sem prévia autorização da Diretoria Executiva da TELOS. A TELOS se exime de qualquer responsabilidade por prejuízos causados, direta ou indiretamente, decorrentes da utilização deste documento ou seu conteúdo.

> "Art.4º, §3º:
> .....
>
> § 3º Na hipótese do critério de atualização dos benefícios com características de benefício definido adotar índice de preço, este deverá:
>
> I - refletir adequadamente a variação de preços de produtos e serviços consumidos pela população;
>
> II - ser de abrangência nacional e ampla divulgação; e
>
> III - ser compatível com o objetivo de manter o equilíbrio econômico-financeiro entre ativos e passivos do plano de benefícios."

Vale, ainda, reforçar que, de acordo o supracitado parágrafo, caso um novo plano de benefícios fosse submetido à aprovação da PREVIC, julgo que este não poderia adotar o IGP-DI como índice de preços para a atualização de seus benefícios, uma vez que não reflete de forma adequada a variação de preços de produtos e serviços consumidos pelos participantes.

O critério de atualização dos benefícios deve constar nos Regulamentos como uma disposição regulamentar, sem, contudo, ser essencial ao exercício do direito, haja vista ter natureza jurídica diferente do benefício, qual seja a correção monetária traduz-se na mera recomposição do poder aquisitivo da moeda em virtude da inflação, não se destinando a remunerar qualquer coisa, apenas a manter constante o valor real de uma expressão monetária, o que, consequentemente faz com que não seja atingida pelo direito adquirido, estabelecido no § 1º do art. 68 da Lei Complementar nº 109/2001, e, por essa razão, o estabelecido no Parágrafo Único do art. 17 do mesmo diploma legal não incide sobre disposição regulamentar que estabeleça a forma de atualização monetária dos benefícios.

Por esse motivo, eventual alteração no índice de atualização monetária estabelecido no Regulamento alcançará os Assistidos que optaram pelo índice de reajuste do Regulamento e os Participantes que venham a optar pelo referido índice de reajuste, sem que isso viole o instituto do direito adquirido e acumulado.

Nesse diapasão, vale um comentário acerca da diferenciação entre direito adquirido e direito acumulado.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria subjetiva de Gabba para proteger as situações jurídicas consolidadas pela égide da lei anterior, de modo que a lei nova não produza efeitos sobre o ato jurídico perfeito (o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou), o direito adquirido (aquele em que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer) e à coisa julgada (a decisão judicial de que já não caiba recurso).

Nesse sentido, temos o §1º, do art. 68 da LC 109/2001 quando fala que "os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano". E no mesmo sentido, o parágrafo único, art. 17 da referida lei ao dispor que "ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das

NOTA: Este documento é de uso restrito e exclusivo da TELOS - Fundação Embratel de Seguridade Social, não sendo autorizado sua reprodução ou redistribuição, no todo ou em parte, qualquer que seja o propósito, sem prévia autorização da Diretoria Executiva da TELOS. A TELOS se exime de qualquer responsabilidade por prejuízos causados, direta ou indiretamente, decorrentes da utilização deste documento ou seu conteúdo.

disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria".

Na Previdência Complementar, além da proteção do direito adquirido, também são tuteladas juridicamente as reservas financeiras que compõem o patrimônio pessoal do participante do plano de benefícios (segurado), correspondência material do seu direito acumulado. Ou seja, o direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que for mais favorável a ele, de acordo com o Parágrafo único, do art. 15, da Lei Complementar nº 109, de 20 e maio de 2001.

Nesse ponto, ou seja, a defesa do direito adquirido, vale lembrar, que, o *pacta sunt servanda* já foi relativizado pelo STJ, exatamente em relação à atualização monetária, como retrata a decisão proferida nos autos do Recurso Especial nº 1.610.944/MG, na qual resta claro que embora pactuado, o indexador constante no regulamento – no caso o índice é a TR – era inidôneo – razão pela qual foi mantida a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, determinando a sua substituição pelo INPC:

> "RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC/1973. REVISÃO DE BENEFÍCIO COMPLEMENTAR. SÚMULA N° 289/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. ADOÇÃO DA TR. INDEXADOR INIDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO. NECESSIDADE. ÍNDICE GERAL DE PREÇOS DE AMPLA PUBLICIDADE.
>
> 1. A Taxa Referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Precedente do STF.
>
> 2. É correto que o Superior Tribunal de Justiça entende que a TR, desde que pactuada, é indexador válido para contratos posteriores à Lei n° 8.177/1991 (Súmula n° 295/STJ). Todavia, nos precedentes que deram origem ao enunciado sumular, verifica-se que a TR não era utilizada isoladamente, mas em conjunto com juros bancários ou remuneratórios (a exemplo da caderneta de poupança, dos contratos imobiliários e das células de créditos).
>
> 3. A correção dos benefícios periódicos da complementação de aposentadoria unicamente pela TR acarreta substanciais prejuízos ao assistido, visto que há, com a corrosão da moeda, perda gradual do poder aquisitivo, a gerar desequilíbrio contratual. Precedentes do STJ.
>
> 4. Órgãos governamentais já reconheceram a TR como fator inadequado de correção monetária nos contratos de previdência privada, editando o Conselho Nacional de Seguro Privado (CNSP) a Resolução n° 7/1996 (atualmente, Resolução n° 255/2004), a fim de orientar a repactuação dos contratos para substituí-la por um índice geral de preços de ampla publicidade.

NOTA: Este documento é de uso restrito e exclusivo da TELOS - Fundação Embratel de Seguridade Social, não sendo autorizado sua reprodução ou redistribuição, no todo ou em parte, qualquer que seja o propósito, sem prévia autorização da Diretoria Executiva da TELOS. A TELOS se exime de qualquer responsabilidade por prejuízos causados, direta ou indiretamente, decorrentes da utilização deste documento ou seu conteúdo.

> 5. Recurso especial não provido." (Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe 05/05/2017)."

Ou seja, é importante enxergarmos que o conceito de atualização monetária está ontologicamente associado à manutenção do valor real da moeda, isto é, mera recomposição do poder aquisitivo da moeda em virtude do fenômeno inflacionário. Sendo certo que a finalidade a que se destina a atualização monetária não é senão o de preservar o poder aquisitivo da moeda. Importante afastar uma equivocada inadequação conceitual que se costuma fazer entre a natureza jurídica do instituto da correção monetária com a natureza jurídica da remuneração. Para nos ajudar com essa distinção, temos o voto do Ministro Luiz Fux, proferido no julgamento do RE 870.947/SE (20/09/2017):

> "Remuneração e atualização de valores são conceitos jurídicos bem delimitados e distintos. Como o rótulo sugere, a remuneração da caderneta de poupança representa o retorno devido ao investidor em razão da perda de disponibilidade sobre o capital próprio. Em termos jurídicos, são os frutos civis do capital, os juros; em linguagem econômica, representa o custo de oportunidade do capital. Já a correção monetária traduz-se na mera recomposição do poder aquisitivo da moeda em virtude do fenômeno inflacionário. Não se destina a remunerar qualquer coisa, se não apenas a manter constante o valor real de certa expressão monetária.
>
> É possível, pois, que a remuneração do capital seja, em alguma medida, predefinida. Isso ocorre com todo o investimento em renda fixa, por exemplo.
>
> .....
>
> Já a correção monetária não é, jamais prefixada, uma vez que a inflação é insiscetível de captação apriorítica. A variação de preços na economia é sempre constatada *ex post*, mas, nunca fixada *ex ante*, exceto em regimes ditatoriais em que há controle de preços e economia planificada. <u>Isso denota que remuneração e rendimento não equivalem ao restabelecimento do valor da moeda no tempo</u>." (grifo nosso)

Ainda em relação à garantia do direito adquirido, verifica-se que a jurisprudência do STJ, em linha com o entendimento do PARECER n. 00015/2020/CGCJ/PFPREVIC/PGF/AGU, vem admitindo a aplicação do novo indexador também aos benefícios já concedidos, conforme precedente do EAREsp 280.389/RS:

> "O assistido possui direito adquirido ao benefício previdenciário complementar em si mesmo e à efetiva atualização monetária de seu valor, mas não a determinado índice de correção monetária. A substituição de um indexador por outro é possível desde que idôneo para medir a inflação, recompondo a obrigação contratada. Não pode incidir, dessa forma, índice aleatório, que privilegie, por um lado, a entidade de previdência privada ou, por outro, o participante."

NOTA: Este documento é de uso restrito e exclusivo da TELOS - Fundação Embratel de Seguridade Social, não sendo autorizado sua reprodução ou redistribuição, no todo ou em parte, qualquer que seja o propósito, sem prévia autorização da Diretoria Executiva da TELOS. A TELOS se exime de qualquer responsabilidade por prejuízos causados, direta ou indiretamente, decorrentes da utilização deste documento ou seu conteúdo.

No mencionado PARECER n. 00015/2020/CGCJ/PFPREVIC/PGF/AGU, elaborado pela Procuradoria Federal junto à PREVIC, argumenta-se que *"a atualização monetária tem natureza jurídica extrínseca ao benefício, consequentemente não é albergada pelo direito adquirido a que se refere o § 1º do art. 68 da Lei Complementar nº 109, de 2001, e, por essa razão, a dicção do parágrafo único do art. 17 do mesmo diploma legal não incide sobre disposição regulamentar voltada a definir a forma de atualização monetária (indexador) dos benefícios"*, logo, *"eventual alteração do índice de atualização monetária previsto no regulamento alcança a todos os participantes, sem exceção, assistidos, elegíveis e não elegíveis, sem que isso viole o instituto do direito adquirido"*.

Logo, podemos verificar que prevalecem quanto ao parâmetro de interpretação das disposições do art. 17 da Lei Complementar nº 109/2001, a jurisprudência do STJ, corte esta que tem o papel promover a uniformidade de interpretação da lei federal, haja vista a ausência de repercussão geral da matéria.

Por último, importante ressaltar que, no âmbito da Previc, a Coordenação-Geral de Inteligência e Gestão de Riscos - CGIR emitiu a Nota Técnica 01/2020 (Doc. SEI 0334278) concluindo que:

> "O indexador utilizado para a correção dos benefícios dos planos é mais uma hipótese atuarial e, portanto, deve ser adequado à realidade do plano, do mesmo modo que acontece em relação a outras premissas, como a definição da tábua de mortalidade e da taxa atuarial de juros."
> "a manutenção da utilização de índices de correção do passivo que não guardem estreita correlação com reais possibilidades de correção dos ativos podem vir a comprometer de forma efetiva a saúde financeira dos planos de benefícios, visto que, vislumbram-se prementes potenciais desequilíbrios que poderão vir a comprometer a capacidade de pagamento de tais planos."
> "conclui-se que a opção pela modificação do índice de correção dos planos é justificada pela mudança nas condições do entorno econômico, desde que vise a manutenção da solvência e do equilíbrio financeiro previdenciário dos planos, sendo que não deveria encontrar óbice para sua realização."

Diante de todo exposto, somente podemos pensar em direito adquirido para o benefício previdenciário e a efetiva atualização monetária de um valor, mas, não há que se falar, como acima explicado em direito adquirido para um determinado índice de correção monetária.

Importante, ainda, ressaltar que a troca de índice tem a finalidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro entre ativos e passivos do plano de benefícios e, tendo em vista o atual cenário, a mudança de indexador dos planos deixa de ser uma opção e passa a ser uma obrigação dos órgãos estatutários, já que a utilização do IGP-DI pode causar prejuízos aos participantes, e sua não observância pode, em última instância, até mesmo gerar risco de processos administrativos contra aqueles que não aprovarem a medida, uma vez que os administradores de Entidades Fechadas de Previdência Complementar possuem o dever fiduciário, devendo ser diligentes na gestão dos planos previdenciários por conta de uma boa Governança.

NOTA: Este documento é de uso restrito e exclusivo da TELOS - Fundação Embratel de Seguridade Social, não sendo autorizado sua reprodução ou redistribuição, no todo ou em parte, qualquer que seja o propósito, sem prévia autorização da Diretoria Executiva da TELOS. A TELOS se exime de qualquer responsabilidade por prejuízos causados, direta ou indiretamente, decorrentes da utilização deste documento ou seu conteúdo.

Essa possibilidade de responsabilização administrativa de dirigentes de uma EFPC está relacionada a eventual descumprimento de suas atribuições básicas, incluindo violações aos padrões de comportamento impostos pela Resolução CGPC nº 13/2004, de modo que a falta de alteração do indexador que potencialmente possa prejudicar os interesses da coletividade do plano de benefícios pode ensejar a penalização administrativa dos dirigentes, inclusive, por negligência. No âmbito da responsabilidade civil, os administradores das EFPC são responsáveis pelos prejuízos ou danos que causarem à entidade durante sua gestão.

Ainda na seara da Resolução CGPC nº 13/2004, o gestor de uma EFPC, na condição de agente fiduciário de negócio alheio, deve possuir competência técnica e gerencial, compatível com a exigência legal e estatutária e com a complexidade das funções exercidas, em todos os níveis da administração da entidade.

É importante ressaltar que o objetivo de uma EFPC é gerir a poupança de terceiros, de modo que tais dirigentes devem atuar com competência, diligência, prudência, lealdade e eficácia.

Acerca dos conceitos de diligência e prudência, verifica-se que estão intimamente ligados à ideia de cautela que os gestores de uma EFPC devem dispender, como se estivessem administrando seus próprios recursos.

Ou seja, o dever de diligência tem como fundamento tomar decisões que sejam baseadas exclusivamente nos melhores interesses da entidade e de seus planos de benefícios.

No âmbito da responsabilidade civil, temos o Código Civil que estabelece em seu artigo 927 que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesse contexto, comete ato ilícito aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ou ainda, aquele que, em sendo titular de um direito, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (artigos 186 e 187 do Código Civil).

No mesmo sentido, a Lei Complementar nº 109/2001 prevê, em seu artigo 63, que os administradores das EFPC são responsáveis pelos prejuízos ou danos que causarem à entidade durante sua gestão e, ainda que não sejam os agentes causadores, tais dirigentes são obrigados, por determinação regulatória, a adotar providências para apuração e responsabilização civil contra os terceiros (outros dirigentes ou não) que derem causa, sob pena de tais administradores serem responsabilizados administrativamente se assim não o fizerem.

Com isso, não obstante já existir a seara administrativa, caso a conduta (ou a omissão) do gestor resulte em dano ou prejuízo ao plano de benefícios, é possível haver responsabilização cível dos administradores das EFPC.

Ressaltamos, por último, que o atual índice de preços (IGP-DI) será utilizado até o mês da aprovação pela Previc para o cálculo da atualização dos benefícios do PCV I e para a apuração de suas Provisões Matemáticas, passando a utilizar o índice proposto (IPCA) a partir do mês subsequente ao mês da referida aprovação, sendo certo que ao agirmos dessa forma estaremos garantindo o direito acumulado dos participantes do plano.

NOTA: Este documento é de uso restrito e exclusivo da TELOS - Fundação Embratel de Seguridade Social, não sendo autorizado sua reprodução ou redistribuição, no todo ou em parte, qualquer que seja o propósito, sem prévia autorização da Diretoria Executiva da TELOS. A TELOS se exime de qualquer responsabilidade por prejuízos causados, direta ou indiretamente, decorrentes da utilização deste documento ou seu conteúdo.

Por último, corroborando, ainda, com a presente proposta de alteração regulamentar, temos a aprovação dos planos PSAP/EMAE e PAP/Fundação CESP, ambos da VIVEST, que aprovaram a alteração do indexador do plano de IGP-DI para IPCA.

De acordo com tais conclusões, entendo que a alteração do índice ora proposto, não fere o direito adquirido e acumulado de seus Participantes e Assistidos, não havendo nenhum descumprimento de norma constitucional.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2021.

Priscila Maria Maia da Costa Cruz

NOTA: Este documento é de uso restrito e exclusivo da TELOS - Fundação Embratel de Seguridade Social, não sendo autorizado sua reprodução ou redistribuição, no todo ou em parte, qualquer que seja o propósito, sem prévia autorização da Diretoria Executiva da TELOS. A TELOS se exime de qualquer responsabilidade por prejuízos causados, direta ou indiretamente, decorrentes da utilização deste documento ou seu conteúdo.