

O DIREITO DE RESGATE DO VALOR DAS CONTRIBUIÇÕES NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA

Recebimento do artigo: 18/01/2008

Aprovado em: 31/01/2008

Sérgio de Andréa Ferreira

Rio de Janeiro, RJ, Brasil

sergiodandrea@openlink.com.br

Sumário

I O tema: direito de resgate. II A natureza jurídica das contribuições. III A evolução normativa. IV Resgate: a natureza jurídica. V Conclusão.

Professor Titular da UERJ. Advogado. Consultor Jurídico Externo de EFPC's. Desembargador federal, aposentado. Ex-membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Resumo

O presente artigo trata de um dos assuntos básicos em rede de fundos de pensão: o resgate das contribuições paga pelos participantes.

Palavras-chave

Direitos Sociais. Fundo de pensão. Contribuição. Restituição.

Abstract

This article deals with one of the basic matters related to pension funds: the restitution of the contributions payed by the insured.

Key words

Social Rights. Pension funds. Contributions. Restitution.

232 I O tema: direito de resgate

1. A Constituição Brasileira de 1988 identifica, como direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II).

1.1 Na enumeração desses, em seu art. 6º, *caput*, elenca a Carta Magna Nacional a **previdência social**; e, no art. 7º XXIV, como direito dos trabalhadores, arrola a aposentadoria.

1.2. Desenvolvendo a matéria, o Título VIII, “Da Ordem Social”, que “tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, contém Capítulo específico sobre a **Seguridade Social**; que, na respectiva Seção II, trata da **previdência social**.

2. Essa, organizada sob a forma de regime geral, é de filiação obrigatória e está a cargo da União Federal, que legisla, privativamente, sobre **seguridade social** (art. 21, XXIII); e atua, na área, por meio do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. A legislação a respeito é representada pelas Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24.07.91, e pelo Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.048 de 06.05.99.

3. O Regime Geral de Previdência Social é complementado pelo regime de previdência privada, que é, porém, autônomo em relação ao primeiro; sendo facultativo e baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado. É regulado pelas Leis Complementares nºs 108 e 109, ambas de 29.05.01.

4. O último diploma normativo citado distingue (arts 4º, 31 e 36) entre entidades fechadas e abertas de previdência complementar.

4.1. As primeiras, que se organizam sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos, são aquelas acessíveis, exclusivamente, a empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores dos entes federativos; empresas e entes denominados patrocinadores; bem como aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, e que são instituidores.

5. Dos planos de benefícios das entidades fechadas, é que trataremos neste estudo, em um aspecto de suma relevância para os participantes desses planos, que são titulares dos direitos sociais e contribuintes dos mesmos; sendo formadores, portanto, do patrimônio especial do fundo, que garante o pagamento dos benefícios, o que constitui, no particular, a efetivação desses direitos sociais.

5.1. É que, no caso de desligar-se do plano sem direito aos benefícios plenos, a legislação de regência abre alternativas ao participante, das quais uma delas é o resgate do valor das contribuições por ele vertidas.

5.2. Esse direito, portanto, é um direito social básico, eis que é uma forma de benefício e, portanto, também uma modalidade de efetivação de direito fundamental.

6. Sem a finalidade social, a previdência complementar deixaria de ser, como impõe a Constituição, um instrumento de justiça e bem-estar sociais; e, assim, de efetivação de uma das formas mais nobres dos direitos humanos fundamentais, qual seja a dos direitos previdenciários, que devem garantir aquela justiça e aquele bem estar, em momentos críticos do homem, qual seja a da inativação, da velhice e da doença, na sua proteção pessoal e de sua família.

7. Estatuí o art. 14, III, da Lei Complementar nº 109, de 29.05.01, que dispõe sobre o regime de previdência complementar, que os planos de benefícios das entidades fechadas deverão prever, dentre outros institutos, o “resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada”.

8. Analisemos a matéria.

II A natureza jurídica das contribuições

1. O participante de um plano de benefícios ocupa, em relação a esse, várias situações jurídicas conexas.

1.1. Ao inscrever-se no plano, formaliza ele o ato de aceitação da proposta de contrato, objeto da oferta pela EFPC, nos termos do art. 16 da LC 109/01: “os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou dos instituidores.”

1.2. Efetivamente, a relação jurídica básica de previdência privada é de natureza contratual. A propósito, a CF assim a caracteriza ao falar de “benefício contratado” (art. 202, *caput*); e de “condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada.”

1.3. Trata-se de contrato de adesão e de sua celebração; mediante o ato de inscrição do participante, é que decorrem as diferentes situações jurídicas.

2. A primeira dessas é a pertinente à relação jurídica de benefício, que engloba os direitos dos participantes, em termos de prestações previdenciárias, a abranger rendas vitalícias ou temporárias; pecúlios de prestação única, dentre outras espécies.

2.1. No campo dessas prestações, destaque-se que, em relação aos respectivos beneficiários, os participantes formalizam, com a EFPC, estipulação em favor de terceiro.

3. Outra situação jurídica é a contributiva, que também tem raiz constitucional.

3.1. Com efeito, a matriz do regime previdenciário privado e que é a disposição do art. 202 da Constituição Federal, erige, como base desse regime, “a constituição de reservas, que garantam o benefício contratado.”

3.2. A cada plano corresponde um patrimônio de afetação, a ele vinculado e fiduciariamente atribuído à EFPC, para sua gestão; patrimônio que responde pelas obrigações, da entidade, no tocante ao plano, perante participantes e assistidos, e envolve direitos e obrigações daquela, desses e das patrocinadoras.

4. A contribuição do participante para o fundo garantidor é aporte, é versão de recurso na formação do patrimônio especial. É contribuição, em sede de mancomunhão passiva, para o custeio do plano. Daí, ser contribuição, de *cum + tribuere*, o prefixo a indicar a reunião, a conjugação e o radical, o aportar : *tribuere* significava “reunir”, “dar parte”, “dar para o monte”.

4.1. Dentre os direitos econômicos do participante, todos de natureza pessoal e não real, está o de perceber o valor de seu benefício, em prestações que são arcadas com parcelas dos recursos do fundo.

4.2. Para que o patrimônio disponha de recursos capazes de ensejar a entrega do valor dos benefícios, é que se calculam atuarialmente as reservas; e, para que essas se formem, fazem-se as contribuições; tudo de modo que, quando da concessão do benefício, do pagamento das prestações, haja montante suficiente para a atribuição patrimonial, feita a título de pagamento de benefício.

4.3. Tudo é atuarialmente calculado, objetivando a cobertura desse pagamento, pelo aporte do valor tido por contribuição normal; a que são aditadas as contribuições ditas extraordinárias para cobertura de déficits técnicos (diferença entre o ativo líquido do Plano e o valor das reservas) e a participação no atendimento das despesas administrativas.

5. As várias situações jurídicas do participante mantêm indissociável interação entre si.

5.1. Acoplado ao plano de benefícios, figura o plano de custeio, que estabelece “o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios” (art. 18 da Lei Complementar nº 109/01).

5.2. Daí, surge o valor das referidas contribuições normais (inciso I do parágrafo único do art. 19), que são “aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano.”

5.3. Preleciona o eminente Professor Rio Nogueira (**Métodos Atuariais**. Rio de Janeiro: STEA, 2006, fls. 0):

1.1. Plano de Custeio: os dois princípios básicos

1.1.1. A antiga Constituição do Brasil (artigo 165, parágrafo único) já previa:

Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefícios compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.

1.1.2. Disso trata o Plano de Custeio, mencionado na Lei do Sinpas, também designado Nota Técnica na legislação da previdência privada.

1.1.3. Lembramos a conceituação geral:

Plano de Custeio de uma entidade previdencial é o conjunto de normas quantificadoras das receitas que deverão ser investidas pela entidade, a fim de gerar os recursos necessários e suficientes à cobertura dos compromissos por ela assumidos em relação a toda a massa amparada, que em relação a benefícios já iniciados, quer em relação a benefícios a conceder.

1.1.4. Ao fixar essas normas, num dado momento (data da avaliação), o atuário tem vasto campo para a escolha dos fluxos de receitas a que alude a definição, devendo atender, todavia, a duas condições:

1.1.4.1. 'Princípio da equivalência financeira' (PEF); o valor atual da renda constituída pelas receitas deve igualar o valor da renda constituída pelas despesas de benefícios.

1.1.4.2. 'Princípio da solvência' (OS): o montante das receitas previstas para um lapso qualquer, contado a partir da data da avaliação, não pode ser inferior ao montante das despesas previstas para esse mesmo lapso.

1.1.5. O primeiro princípio exprime a equivalência financeira entre os fluxos de receitas e despesas, prevendo que o valor atual do fluxo de receitas se constitua no fundo garantidor dos pagamentos dos benefícios.

1.1.6. O segundo pretende que jamais se torne negativo o investimento acumulado dos excessos (positivos, negativos ou nulos) das receitas sobre as despesas, a fim de que a entidade não entre no déficit de caixa.

5.3.1. E aduz (fls. 2 e 3):

Regime Financeiro de um plano de custeio em relação a determinado benefício é o critério de fixação das taxas de contribuição incidentes sobre os salários dos segurados, capazes de gerar as receitas previstas no plano para a cobertura do benefício considerado.

.....

Foi ponderando tudo isso que os atuários da competente Comissão Técnica da ABRAPP ratificaram nosso anterior pronunciamento no II Congresso Brasileiro das Entidades Previdenciais Fechada, com as definições:

1.2.15.1. **Regime de Repartição Simples (RRS)** é o que fixa uma taxa de contribuição para cada exercício, própria a produzir receita equivalente à despesa provável do benefício considerado relativa ao mesmo exercício.

1.2.15.2. **Regime de Repartição de Capitais de Cobertura (RRCC)** é o que fixa uma taxa de contribuição para cada exercício, própria a produzir receita equivalente ao total provável dos fundos garantidores das rendas do benefício considerado, iniciáveis no mesmo exercício.

1.2.15.3 **Regime de Capitalização (RC)** é o que fixa uma única taxa de contribuição, invariável para todos os exercícios futuros, de modo que a renda formada pelas receitas previstas para esses exercício tenha o mesmo valor atual que a renda formada pelos totais prováveis dos fundos garantidores das rendas do benefício considerado, iniciáveis em cada exercício.

.....

Regime de Capitalização (RC) é o que fixa uma única taxa de contribuição, invariável para todos os exercícios futuros, de modo que a renda formada pelas receitas previstas para esses exercícios tenha o mesmo valor atual que a renda formada pelas despesas anuais prováveis do benefício.

5.4. A contribuição não é preço, contraprestação, remuneração de um serviço ou da aquisição ou transferência de um bem, mas participação no custeio, forma de compartilhamento na constituição de um fundo, cuja função é suportar o pagamento dos benefícios.

6. Os direitos econômicos dos participantes, ativos e assistidos, e de seus beneficiários têm, necessariamente, base legal e regulatória, deixando a lei e a regulação administrativa à regulamentação interna de cada EFPC, os espaços em branco, interiores ao balizamento normativo-estatal estabelecido, para serem preenchidos por deliberação dos órgãos estatutários da entidade.

6.1. Esses direitos estão legalmente institucionalizados: são institutos jurídicos, a abranger o objeto das prestações previdenciárias, o resgate, a portabilidade.

6.2. Formam-se esses direitos econômicos, especialmente, a partir do exercício de direitos potestativos, legalmente previstos; nos dois últimos casos, do direito potestativo de extinção da relação com o Plano, do que nascem os correspondentes direitos pecuniários.

6.3. Os direitos, as condições de seu exercício, o respectivo conteúdo econômico são regulados pela normatividade estatal.

7. Distinção fundamental é a que envolve as modalidades de planos de benefícios admitidas pela legislação de regência. As mais comuns são a de benefício definido (BD) e a de contribuição definida (CD), assim conceituadas na Resolução MPAS/CGPC nº 16, de 21.11.05:

Art. 2º - Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na modalidade de benefício definido aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção.

Parágrafo único – Não será considerado para fins da classificação de que trata o ‘caput’ o benefício adicional ou acréscimo do valor de benefício decorrente de contribuições eventuais ou facultativas.

Art. 3º - Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição definida aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.

7.1. Na modalidade BD, inexistente direito patrimonial do participante a uma quota-parte do patrimônio afetado ao plano.

7.2. Diversamente, na modalidade CD, o participante tem direito a quotas, produto de sua participação e do patrocinador, na formação do fundo, enriquecido ou empobrecido por força de investimentos e aportes de variadas naturezas.

7.2.1. A participação em tela tem o sentido de aplicação financeira com fim previdenciário.

7.2.2. Daí, o registro em contas individualizadas, do valor das contribuições-participação do participante e do patrocinador, que são traduzidas por quotas patrimoniais cujo valor varia em função da valorização ou desvalorização do fundo; valor esse que é o resultado de divisão do patrimônio líquido do plano, eis que feitas as deduções pertinentes do patrimônio bruto.

7.3. Nos planos BD, diferentemente do que acontece com aqueles na modalidade CD, nada há de personalizado ou individualizado em relação ao participante, no que toca ao que seria uma parcela, do patrimônio do Plano formado pelas contribuições dele e as do patrocinador.

- 7.3.1. Ademais, nenhum sentido de aplicação existe no aporte contributivo.
- 7.3.2. Nada há de resolúvel, de sujeito à condição resolutiva, nas versões contributivas.
- 7.3.3. Por tudo isso, o montante dessas contribuições se incorpora, anonimamente, no todo patrimonial.
- 7.4. Já no CD reitere-se, não só com referência às contribuições do participante, mas também às contribuições da patrocinadora fica o respectivo valor, traduzido em quotas patrimoniais, registrado em conta personalizada daquele.
- 7.5. Em suma, nos planos BD, as contribuições aportadas ao patrimônio de afetação perdem sua identidade, sua individualidade. Os valores das contribuições são apenas registrados, para o efeito de funcionar como elementos numéricos de futuros cálculos, inclusive para fins da chamada “restituição” e de “resgate”, na moldura jurídica que iremos abordar adiante.
- 7.6. Nenhum recurso, nenhuma parcela de patrimônio sai, a qualquer título que seja, por qualquer causa, senão segundo o legalmente admitido.
8. Neste passo, negrite-se característica do patrimônio vinculado ao Plano: a presença da afetação, decorrente da função vinculativa desse fundo patrimonial ao atendimento do fim previdenciário do plano.
- 8.1. No tocante aos planos de benefícios, o aporte das contribuições se faz para que o patrimônio especial, que se vai formando e é afetado ao plano, seja titularizado pela EFPC e por ela venha a ser gerido, aplicado, e se pague aos participantes e a seus beneficiários, quando assistidos, os valores correspondentes aos benefícios.
- 8.2. No sistema previdenciário privado brasileiro, a atribuição dos aportes de recursos do plano para a EFPC é clausulada finalisticamente, objetivando a gestão adequada e fiel, a envolver, na moldura legal e regulatória, a aplicação, o investimento, e a disposição, tudo nos estritos limites dessa moldura.
- 8.3. É inexato afirmar-se, em face do exposto, que as contribuições vertidas pelos participantes formariam uma espécie de **patrimônio separado**, à parte do fundo afetado ao plano; ao contrário, elas formam o próprio plano.
9. Nesse quadro, o que se “restitui” ou “resgata” (o termo é importado do Direito Securitário) é o valor equivalente ao de contribuições e não essas.
- 9.1. Esse ponto é fundamental: “restituição” não significa, necessariamente, o retorno do que foi prestado; mas pode ter o sentido de “restabelecimento do estado ao tempo da prática do ato jurídico” (PONTES, *op. cit.*, IV: 321/322); é a “reposição no estado anterior”, a sua “restauração” (HOUAISS).

9.2. Por sua vez, “devolução”, além do mesmo sentido de “restituição”, também encerra o de “transferência” (HOUAISS; v.g. “devolução” de um direito, de uma propriedade; “devolução” de competência).

9.3. “Resgate” é também “extinção”, como em “resgate da hipoteca”, “resgate da servidão” (Código Civil, art. 1.388, III), “resgate da concessão”, “resgate do aforamento”. Em todos os casos, o “resgatar” é “extinguir”. “Resgatar” é “remir”.

9.4. Com efeito, o que se resgata é o contrato previdenciário privado, como forma de denúncia, mediante o exercício de direito potestativo extintivo daquele e de suas situações jurídicas. Desse exercício, em seu viés constitutivo, nasce o direito econômico ao valor correspondente a contribuições.

III A evolução normativa

1. O art. 42, V, da Lei nº 6.435, de 15.07.07, dispôs:

Art. 42 – Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados dos participantes das entidades fechadas, dispositivos que indiquem:

.....

V – existência ou não, nos planos de benefícios, de valor de resgate das contribuições saldadas dos participantes e, em caso afirmativo, a norma de cálculo quando estes se retirem dos planos, depois de cumpridas condições previamente fixadas e antes da aquisição do direito pleno aos benefícios;

.....

1.1.O Decreto nº 81.240, de 20.01.78, que regulamentou a Lei, repetia a disposição em seu art. 20, V; e, nos arts. 31, VII e VIII, e § 2º; prescrevia:

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

.....

VII - a saída voluntária e antecipada do participante do plano de benefícios instituído, exceto no caso de cessação do contrato de trabalho, implicará a perda dos benefícios para os quais não foram completadas as contribuições necessárias;

VIII - na hipótese de 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.

.....

§ 2º No caso do item VIII, o participante terá direito à restituição parcial das contribuições vertidas, com correção monetária, de acordo com as normas estabelecidas no próprio plano, não inferior a 50% (cinquenta por cento) do montante apurado.

1.2. Anote-se que, na publicação do Decreto, no Diário Oficial de 24.01.78, a referência, no § 2º do art. 31, era ao inciso VII (desligamento da EFPC, mas não da patrocinadora). Em retificação publicada em 16.06.78, substituiu-se o VII por VIII (desligamento de ambas).

2. Destarte, no regime da Lei nº 6.435/77, que perdurou até 2001, a previsão de resgate não era obrigatória, podendo ser esse contemplado ou não, nos regulamentos dos planos de benefícios, que deveriam indicar a existência ou inexistência desse instituto, consoante o estatuído pelo art. 42, V.

2.1. O art. 20, V, do Decreto nº 81.240/78 repetiu a disposição legal, e o seu art. 31, VIII, empregou a locução “deverá prever o valor do resgate”, referindo-se ao plano de benefícios; ou seja, contemplado o instituto, haveria de ser regularmente fixado o valor resgatável.

2.2. Outrossim, o dispositivo da Lei, de modo genérico, condicionou o resgate a que os participantes se retirassem “do plano, depois de cumpridas as condições previamente fixadas e antes da aquisição do direito pleno aos benefícios”.

2.2.1. O decreto regulatório exigiu, especificamente, como condicionamento, a precedente “cessação do contrato de trabalho” com patrocinador, fato de que decorria, para o participante, um direito de opção: (a) resgatar (extinguir) o contrato previdenciário privado, com percepção do valor de contribuições; ou (b) manter-se vinculado ao Plano, com autopatrocínio ou redução de benefícios.

3. Assim, o resgate, se regularmente previsto, cabia, como produto de uma opção, na “saída voluntária”, e “antecipada do participante do plano de benefícios instituído”, precedida da “cessação do contrato de trabalho”; sendo, por isso, um dos direitos em cuja perda aquela “saída” não implicava (art. 31, incisos VII e VIII).

3.1. Sempre, portanto, exigido o pressuposto do exercício do direito potestativo extintivo da relação jurídico-previdenciária; direito originado da prévia saída dos quadros do patrocinador. Esse, repita-se, o resgate, isto é, a denúncia do contrato previdenciário privado, e cujo exercício gerava o direito econômico à percepção do valor de contribuições.

4. Fundamental é sublinhar-se que a Lei nº 6.435/77 aludiu a “resgate das contribuições saldados”, o que significa “em base atuarial”, sendo que todo saldamento envolve uma perspectiva futura, como é próprio da Atuária.

4.1. Nessa moldura, o Decreto nº 81.240/78, em seu art. 31, VIII, prescrevia que o “valor do resgate” seria calculado “em função da idade e do tempo de contribuição”, o que tem sentido atuarial.

5. Na hipótese de sucessão das duas saídas – da patrocinadora e da EFPC –, e nos termos do ato decretal, o resgate era objeto de opção pelo participante, a quem eram abertas duas outras alternativas: (a) “manutenção dos pagamentos” das suas contribuições pessoais, acrescidas da parte da empresa, para asseguar a “continuidade da participação”, ou seja, o autopatrocínio; ou (b) manutenção do vínculo previdenciário, mas com “redução dos benefícios em função dos pagamentos efetuados até a data” da cessação laboral, isto é, o “vesting”, o benefício proporcional diferido (inciso VIII).

5.1. A opção era entre, de um lado, a extinção mediante denúncia do contrato previdenciário privado – extinção voluntária e antecipada (ou seja, ainda sem a configuração da elegibilidade, pelo participante optante) – e, de outro, a manutenção da situação jurídica, plena ou reduzida em termos de direitos.

6. O § 2º do art. 31 do Decreto nº 81.240/78 referia-se à “restituição das contribuições vertidas”, para a hipótese de “saída voluntária e antecipada do participante”, com “cessação do contrato de trabalho”, porque remetia ao inciso VIII do mesmo artigo.

6.1. Desse modo, adotado o resgate das contribuições saldados, haveria a cumulação dele com a restituição de contribuições vertidas, institutos de natureza e conteúdo diversos.

6.2. Com efeito, já agora, trata-se de “contribuições vertidas”, isto é, pagas e, portanto, pretéritas; e não “saldadas”, com referência ao futuro.

6.3. Nesse quadro, no caso de extinção do contrato de trabalho, com saída voluntária e antecipada do plano, isto é, de exercício do direito potestativo extintivo da relação jurídico-previdenciária, o participante teria, no conjunto, direito no mínimo à restituição de 50% (cinquenta por cento) das **contribuições vertidas**; e, de acordo com o regulamento do plano, a resgate das contribuições saldados.

6.4. Em sede de terminologia, nos textos regulatórios governamentais e nos regulamentos dos planos, **restituição, devolução e resgate** foram, no entanto, vocábulos indiscriminadamente usados.

6.4.1. Efetivamente, o resgate englobava o que se chamava de devolução, assim referida porque abrangia as contribuições já vertidas, pretéritas. Funcionava ela como valor mínimo do resgate.

6.4.2. O resgate do contrato previdenciário privado com o direito econômico conseqüente, relativo ao valor de contribuições, inclusive se composto das duas parcelas (contribuições vertidas e saldadas), tinha de ser objeto de opção, em face das alternativas de manutenção da relação contratual, com autopatrocínio ou *'vesting'*.

6.4.3. O 'Dicionário de Termos Técnicos da Previdência Complementar Fechada' (Anteprojeto de 05.10.05, ABRAPP/ICSS/SINDAPP) definiu:

Resgate - instituto pelo qual o participante, após a cessação do seu vínculo empregatício com o patrocinador, ou associativo com o instituidor, e antes da aquisição de direito a benefício pleno, desliga-se do Plano de Benefícios, optando por receber de volta no mínimo o valor atualizado de suas contribuições pessoais vertidas ao Plano de Benefícios, descontadas as parcelas de custeio administrativo e dos benefícios de risco.

6.4.4. Por outro lado, quando registrou “restituição de contribuição” e “reserva de poupança”, remete ao “resgate”, a que também se refere sob a rubrica “resgate de contribuições”.

7. Conclui-se, portanto, que, quer quanto ao resgate de contribuições saldadas, quer quanto à restituição de contribuições vertidas, a expressão de vontade do participante era essencial, pois que teria ele de formalizar opção, direito potestativo, pessoal e personalíssimo, a ser exercido mediante a prática de ato jurídico unilateral receptício.

7.1. Esse direito de opção nascia do fato do desligamento dos quadros da patrocinadora.

8. Segundo Vladimir Novaes Martinez (**Comentários à lei básica da previdência complementar**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 145), é o resgate uma forma de “benefício de pagamento único”.

8.1. E, efetivamente, o Anexo I à Instrução Normativa SPC nº. 41, de 08.08.02, o item 2, que estabelece “procedimento para o envio das informações referentes a benefícios previstos e contingente populacional das entidades fechadas de previdência complementar”, contém a “Tabela de Benefícios e População” descrevendo sob o código 61.000 os “Resgates de Contribuições”, subdivididos em “Resgate de Contribuições – com custeio patronal” (61.100) e “Resgate de Contribuições – com custeio exclusivo do participante” (61.200).

8.2. E, já antes, o Anexo B à Resolução MPAS/CGPC nº 5, de 30.01.02, **Plano de Contas das EFPC's**; e que descreve a “Função e funcionamento das contas”;

enumera, na Conta 3.2, “Recursos utilizados”; 321., “Correntes”, subconta 3.2.1.2. os “Benefícios de prestação única”, com a função de “registrar as utilizações de recursos na cobertura dos benefícios previdenciais de prestação única, devendo ser classificados de acordo com suas características”.

8.3. Dentre esses “benefícios previdenciais” estão, na subconta 3.2.1.2.04, as “Restituições de contribuições”, ao lado de “Aposentadorias” (3.2.1.2.01), “Pensões” (3.2.1.2.02), “Auxílios” (3.2.1.2.03) e “Outros Benefícios de Prestação Única” (3.2.1.2.08).

8.4. A conotação de benefício do resgate apresenta-se nos planos de benefícios de instituidor, em que há prazo de carência (art. 23 da Resolução CGPC nº 06, de 30.10.03) para aquisição do direito; inexistindo o condicionamento à cessação de vínculo empregatício (art. 22).

8.5. Também no Demonstrativo dos Resultados da Avaliação Atuarial (DRAA), instituído pela Portaria SPC nº 140, de 13.10.95, o **Resgate** figura dentre os **Benefícios no Campo 50**, que indica o “custo da devolução das contribuições”, valor que integra a soma que compõe o **Campo 54**, e que totaliza o montante do **custo dos benefícios** do plano.

8.6. Lembre-se que, tal como o resgate, benefício previdencial que também pode ser objeto de opção pelo participante, é o benefício proporcional diferido.

8.7. Reitere-se que qualquer titularidade e o exercício de qualquer direito a benefício pressupõe a manutenção da condição de participante, eis que se trata de direito inerente a essa situação jurídica, e não de um direito pessoal, subjetivado, fora da mesma.

9. O art. 1º do Decreto nº 2.111, de 26.12.96, deu nova redação a disposições do art. 31 do Decreto nº. 81.240/78, alterando a numeração de incisos seus:

Art. 31

.....

VI - a saída voluntária e antecipada do participante do plano de benefício instituído, exceto no caso de extinção do contrato de trabalho, implicará a perda dos benefícios para os quais não foram completadas as contribuições necessárias.

VII - na hipótese de extinção do contrato de trabalho, o plano de benefícios deverá prever o valor e a forma de resgate correspondente, em função da idade ou das contribuições vertidas.

.....

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 a redução dos benefícios em função dos pagamentos efetuados até a data daquela extinção.

.....

§ 2º No caso dos incisos VI e VII, o participante terá direito à restituição das contribuições pessoais vertidas, com atualização monetária, de acordo com as normas estabelecidas no próprio plano, descontado o custo dos benefícios estruturados em regime financeiro de repartição simples e de repartição de capitais de cobertura, a ser paga quando da extinção do contrato de trabalho.

9.1. No inciso VI, o diploma regulatório continuou a tratar da hipótese de “saída voluntária e antecipada do participante do plano de benefícios instituído”, quando, “exceto no caso de extinção do contrato de trabalho”, havia “a perda dos benefícios para os quais não foram completadas as contribuições necessárias”.

9.2. O inciso VII dispunha sobre a saída do Plano, na “hipótese de extinção do contrato de trabalho”, e “o valor e a forma de resgate”; esse “em função da idade ou das contribuições vertidas”, como caráter atuarial, portanto.

9.3. Por sua vez, o nº VIII reiterava a opção entre o resgate, mas, já agora, somente “no caso de extinção do contrato de trabalho sem justa causa”, e o autopatrocínio, com “manutenção dos pagamentos por parte do participante”, isso com o acréscimo “da parte da patrocinadora, para a continuidade da participação”. A terceira alternativa era a do benefício proporcional diferido, pela “redução dos benefícios em função dos pagamentos efetuados até a data daquela extinção” do contrato de trabalho sem justa causa.

9.4. Para as duas situações – saída voluntária do plano de benefícios, com, portanto, extinção, por denúncia, do contrato previdenciário, sem cessação do contrato de trabalho ou com a mesma por justa causa –, o § 2º assegurava ao participante o “direito à restituição das contribuições vertidas”, mas “a ser paga quando da extinção do contrato de trabalho”. Do montante das contribuições corrigido era “descontado o custo dos benefícios estruturados em regime financeiro de repartição simples e de repartição de capitais de cobertura”.

10. A regulação, pela SPC, tratou somente da restituição de contribuições.

10.1. A Instrução Normativa SPC nº 1, de 10.10.94, sobre normas procedimentais para Regulamentos, fixou, em seu subitem 2.6, como requisito básico das mesmas

a garantia de devolução das contribuições vertidas pelos participantes dos planos de benefícios, em caso de desligamento destes, quando da cessação de seu vínculo empregatício com a patrocinadora.

10.2. Ulteriormente, a Instrução Normativa SPC nº 06, de 16.06.95, que revogou a anterior, tratava dos procedimentos para a aprovação de regulamentos, e estabelecia, em seu subitem 2.5, que os mesmos deveriam conter, como requisito básico, a

garantia e forma de cálculo para devolução das contribuições vertidas pelos participantes aos planos de benefícios, em caso de desligamento destes, quando da cessação do seu vínculo empregatício com a patrocinadora, desde que o mesmo não seja elegível a qualquer benefício do plano.

10.3. Já a Instrução Normativa SPC nº 27, de 21.05.01, que igualmente veio a estabelecer normas procedimentais para aprovação de Regulamentos de Planos de Benefícios e suas alterações, prescreveu:

II - Determinar que, além da documentação prevista no Anexo I da presente Instrução Normativa, os Estatutos, Regulamentos dos Planos de Benefícios e Convênio de Adesão contemplem os seguintes requisitos básicos:

.....

Regulamentos dos Planos de Benefícios

.....

- forma de cálculo para devolução das contribuições vertidas pelos participantes aos planos de benefícios, em caso de desligamento destes em razão da cessação do seu vínculo empregatício com a patrocinadora, desde que não seja elegível a qualquer benefício pelo plano;

.....

10.4. Verifica-se que a restituição era para o caso de desligamento do plano previdenciário, por força de extinção de contrato de trabalho, e pressupunha a não-elegibilidade.

11. O art. 14 da Lei Complementar nº 109, de 29.05.01, por sua vez, veio a estatuir:

Art. 14 - Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

I – benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes

da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido quando cumpridos os requisitos de elegibilidade;

.....

III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e

IV – faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares.

11.1. O Decreto nº 4.206, 23.04.02, que dispôs sobre o regime de previdência complementar, preceituou:

Art. 37 - Constituem infrações sujeitas às penalidades previstas neste Decreto as seguintes condutas praticadas por pessoas físicas ou jurídicas:

.....

IX - deixar de incluir no plano de benefício os institutos garantidos na Lei Complementar nº 109, de 2001, observada a forma regulamentada, ou cercear a faculdade de seu exercício pelo participante;

.....

11.2. A Resolução CGPC nº 06, de 30.10.03, veio a assim dispor em seu Capítulo III:

Capítulo III

Do Resgate

Seção I

Das Disposições Gerais

Art. 19. Entende-se por resgate o instituto que faculta ao participante o recebimento de valor decorrente do seu desligamento do plano de benefícios.

Art. 20. O exercício do resgate implica a cessação dos compromissos do plano administrado pela entidade fechada de previdência complementar em relação ao participante e seus beneficiários.

Art. 21. É vedado o resgate de valores portados.¹

¹ A Res. CGPC nº 19/06 alterou o art. 21 e acrescentou-lhe um parágrafo único.

Da Opção e Pagamento do Resgate

Art. 22. No caso de plano de benefícios instituído por patrocinador, o regulamento deverá condicionar o pagamento do resgate à cessação do vínculo empregatício.

Art. 23. No caso de plano de benefícios instituído por instituidor, o regulamento deverá prever prazo de carência para o pagamento do resgate, de seis meses a dois anos, contado a partir da data de inscrição no plano de benefícios.

Parágrafo único. Em relação às contribuições efetuadas pelo empregador, sem prejuízo do disposto no 'caput', poderão ser estabelecidas condições adicionais no instrumento contratual de que trata a Resolução MPS/CGPC nº 12, de 17 de setembro de 2002, com a redação dada pela Resolução MPS/CGPC nº 03, de 22 de maio de 2003, observadas as condições previstas no regulamento do plano de benefícios.²

Art. 24. O resgate não será permitido caso o participante já tenha preenchido os requisitos de elegibilidade ao benefício pleno, inclusive sob a forma antecipada, de acordo com o regulamento do plano de benefícios.³

Art. 25. O regulamento do plano de benefícios deverá prever o pagamento do resgate em quota única ou, por opção única e exclusiva do participante, o pagamento em até doze parcelas mensais e consecutivas.

§ 1º Quando do pagamento parcelado do resgate, o regulamento do plano de benefícios deverá estabelecer o critério de ajuste das parcelas vincendas.

§ 2º Ao resgate parcelado, aplica-se o disposto no art. 20 desta Resolução, a exceção do compromisso da entidade fechada de previdência complementar de pagar as parcelas vincendas do resgate.⁴

Seção III

Do Valor do Resgate

Art. 26. O valor do resgate corresponde, no mínimo, à totalidade das contribuições vertidas ao plano de benefícios pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo que, na forma do regulamento e do plano de custeio, sejam de sua responsabilidade.

² A mesma Resolução alterou o *caput* do art. 23 e criou os respectivos §§ 1º e 2º.

³ O art. 24 passou, pela Res. 19/06, a ter a seguinte redação: "O resgate não será permitido caso o participante esteja em gozo de benefício."

⁴ A Res. 19/06 alterou o *caput* e os §§ 1º e 2º do art. 25 e introduziu o § 3º.

§ 1º Do valor previsto no ‘caput’, poderá ser deduzida a parcela destinada à cobertura dos benefícios de risco que, na forma do regulamento e do plano de custeio, seja de responsabilidade do participante.

§ 2º O regulamento do plano de benefícios deverá prever forma de atualização das contribuições referidas no ‘caput’.

11.3. A Instrução Normativa SPC nº 05, de 09.12.03, preceitua:

Art. 9º É vedada a estipulação de carência para o direito ao resgate, admitindo-se a previsão de carência para o pagamento do valor do resgate no caso de plano de benefícios instituído por instituidor, nos termos do art. 23 da Resolução CGPC nº 06, de 2003.

.....

Art. 12. A entidade fechada que administra o plano de benefícios originário fornecerá extrato ao participante, no prazo máximo de trinta dias contados da data do recebimento da comunicação da cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador ou da data do requerimento protocolado pelo participante perante a entidade fechada, referente a cada plano de benefícios ao qual esteja vinculado, contendo no mínimo:

.....

X – valor do resgate, com observação quanto à incidência de tributação;

XI – data-base de cálculo do valor do resgate;

XII – indicação do critério utilizado para atualização do valor do resgate, entre a data base de cálculo e seu efetivo pagamento;

.....

Art. 13. O regulamento do plano de benefícios deverá dispor sobre prazo único para opção do participante por um dos institutos referidos na Resolução CGPC nº 6, de 2003, que será de, no mínimo, trinta dias, contados da data do recebimento do extrato de que trata o art. 12 desta Instrução Normativa.

Parágrafo único. Na hipótese de questionamento, pelo participante, das informações constantes do extrato, o prazo para opção a que se refere o ‘caput’ deverá ser suspenso até que sejam prestados pela entidade fechada os pertinentes esclarecimentos no prazo máximo de quinze dias úteis.

Art. 14. O participante formalizará sua opção por um dos institutos de que trata a Resolução CGPC nº 6, de 2003, mediante Termo de Opção protocolado junto à entidade fechada de previdências complementar que administra o plano de benefícios, no prazo a que se refere o art. 13 desta Instrução Normativa.

11.4. O art. 33 da Resolução CGPC nº 06/03 dispõe:

Art. 33. O participante que tenha cessado seu vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes de ter preenchido os requisitos de elegibilidade ao benefício pleno, inclusive na forma antecipada, e que não tenha optado por nenhum dos institutos previstos nesta Resolução, terá presumida a sua opção pelo benefício proporcional diferido, atendidas as demais condições previstas nesta Resolução e no regulamento do plano de benefícios.

11.5. O Decreto nº 4.942, de 30.12.03, que trata das penalidades no âmbito da previdência complementar, e que revogou o de nº. 4.206/02, tipifica, como infração, em seu art. 70,

deixar de prever no plano de benefícios qualquer um dos institutos previstos no art. 14 da Lei Complementar no 109, de 2001, ou cercear a faculdade de seu exercício pelo participante, observadas as normas estabelecidas pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar.

11.6. A Resolução CGPC nº 8, de 19.02.04, que, atualmente, prescreve normas procedimentais referentes a estatutos, regulamentos de planos de benefícios e convênios de adesão, e suas alterações, estabelece, como requisito básico dos referidos diplomas regulamentares que disponham eles sobre resgate (art. 4º, VII, e § 1º).

12. A Lei Complementar nº 109/01, em seu art. 14, III, elencou, como vemos, ao lado dos demais institutos, o “resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas de custeio administrativo, na forma regulamentada”.

12.1. Consta-se que o instituto do resgate agora incorpora a figura da restituição das contribuições vertidas, o que se pormenorizou na regulação daquele pela Resolução CGPC nº 06, de 30.10.03, regulamentada pela Instrução Normativa SPC nº 05, de 09.12.03.

12.2. Ser o valor do resgate ‘no mínimo’ igual à totalidade das contribuições pessoais vertidas mostra que não se trata de restituição de contribuições, e sim que essa está embutida naquele primeiro.

12.3. A opção é feita após a cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador, equivalendo o silêncio, no prazo hábil, à opção pelo benefício proporcional diferido (art. 33).

12.3.1. De fato, o plano de benefícios deverá estabelecer prazo para a opção por um dos institutos, sendo que a manifestação de vontade pode traduzir-se pelo silêncio, associado ao transcurso, *in albis*, daquele prazo: o efeito é a presunção,

absoluta, de opção pelo benefício proporcional diferido (art. 33 da Resolução CGPC nº 06, de 30.10.03). O prazo é preclusivo: extingue as demais opções.

12.3.2. Assinale-se que o prazo se conta do recebimento do extrato a ser fornecido a partir da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador (art. 33, cit.; arts. 12 a 14 da IN SPC nº 05, de 09.12.03), que é quando se realiza o pressuposto de exercício do direito potestativo.

12.4. Com efeito, o exercício da opção por qualquer dos quatro direitos pressupõe essa cessação do vínculo empregatício, sendo que o autopatrocínio igualmente cabe nas hipóteses de perda parcial ou total da remuneração, mesmo sem rompimento do vínculo laboral. A portabilidade e o resgate pressupõem, sempre, o desligamento do plano de benefícios.

12.5. A opção de resgate só cabe a quem ainda é participante do plano.

12.6. Feita a opção pelo BPD ou pelo autopatrocínio, mantém-se o direito potestativo de resgate (arts. 3º e 29 da Resolução).

12.7. O direito de opção soma à sua natureza de direito formativo gerador, efeito criativo, a de direito extintivo, com seu efeito eliminativo das demais alternativas, o que não ocorre com aquela pelo autopatrocínio, que não impede uma ulterior segunda opção por um dos demais institutos. Por seu turno, a opção pelo BPD “não impede posterior opção pela portabilidade ou resgate”; assim como implica “a cessação das contribuições para o benefício pleno programado” (arts. 3º e 6º da Resolução CGPC nº 06/03).

12.8. Com exceção, igualmente, do autopatrocínio, as outras possíveis opções encontram um óbice, que faz inexistente o respectivo direito: estar o participante em fruição do benefício.

12.9. A nova sistematização traduz melhor a natureza do instituto do resgate e dos seus co-irmãos tradicionais – o autopatrocínio e o “vesting” –, a que se somou a portabilidade. Sobressai a nítida caracterização de direito potestativo de opção, extintivo da relação jurídico-previdenciária privada, e gerador de direito econômico, nos casos do resgate e da portabilidade; ou modificativo da mesma relação, nas hipóteses de autopatrocínio e de BPD.

12.9.1. O próprio direito acumulado é direito econômico, e, portanto, um valor pecuniário, também cognato com o direito extintivo da relação jurídico-previdenciária; e produto da feição constitutiva da opção entre autopatrocínio (em uma de suas modalidades), o resgate e o BPD. Ele só nasce em razão da opção.

12.9.2. Por isso, o Dicionário de Termos Técnicos da Previdência Complementar Fechada assim define o direito acumulado:

Valor a ser aportado para outro Plano de Benefícios pelo participante que optar pela portabilidade, apurado nos termos do Regulamento do Plano de Benefícios originários.

12.9.3. E portabilidade é o

instituto pelo qual o participante, após a cessação do seu vínculo empregatício com o patrocinador, ou associativo com o instituidor, antes da aquisição do direito a benefício pleno e desde que cumpridos os requisitos regulamentares, desliga-se do Plano de Benefícios, transferindo os recursos financeiros correspondentes ao seu direito acumulado para outro plano operado por EAPC ou EFPC, desde que cumpridos os requisitos do Regulamento.

12.9.4. O direito acumulado não é, pois, direito a quota-parte do patrimônio afetado ao plano. Aliás, observe-se, mesmo na liquidação desse, não há direitos ao patrimônio, mas somente direitos de crédito, com preferências e privilégios.

IV Resgate: a natureza jurídica

1. Qual a natureza jurídica do resgate e da restituição?

1.1. São eles, num primeiro estágio, um instituto jurídico e, assim, um ente de direito, regulado, em tese, pela lei; por um conjunto sistêmico de normas jurídicas.

1.2. O regulamento do plano, como proposta de contrato de adesão, dispõe, em seguida, já concretamente, sobre eles, nas suas estipulações (no regime da Lei nº 6.435/77, facultativamente quanto ao resgate).

1.3. Celebrado pelo participante com a EFPC, o contrato de adesão previdenciário privado, mercê da aceitação, por aquele, das cláusulas propostas, passam essas a integrar o conteúdo do negócio jurídico.

2. Quando se fala de resgate ou de restituição de contribuições, pensa-se, ordinariamente, em um valor a ser recebido.

2.1. Em verdade, porém, tudo decorre do exercício de um primeiro direito potestativo de opção, nascido do prévio desligamento da patrocinadora, entre: (a) extinguir a relação jurídico-previdenciária privada, consistente na denúncia vazia, pelo participante, do contrato de adesão por ele celebrado, e que é o resgate desse; e (b) a modificação dessa relação pela assunção do autopatrocínio ou do “vesting”.

2.2. O direito potestativo de opção envolve os seguintes possíveis direitos a virem a ser formados: o direito ao resgate; o direito ao autopatrocínio; o direito ao benefício proporcional diferido, ao “vesting”, mercê, esse último, da proporcionalização do benefício pleno em relação às contribuições vertidas, e, também à portabilidade do direito acumulado.

2.3. Por seu turno, quer em matéria securitária, quer previdenciária privada, o resgate é essa denúncia vazia; reitere-se, direito potestativo extintivo, cujo exercício é ato de disposição, que se formaliza mediante manifestação unilateral de vontade, irrevogável e receptício. A eficácia constitutiva negativa é *ex nunc*, que se opera, sem que se precise de qualquer expressão volitiva do segurador ou da EFPC.

2.4. A denúncia-resgate revoga, implicitamente, a estipulação em favor de terceiro, que tem, como favorecidos, os beneficiários.

3. Cognatamente com o exercício desse direito extintivo nasce o direito econômico à percepção do que se chama o valor de resgate de contribuições ou à restituição de contribuições vertidas; decorrente da feição constitutiva do direito potestativo de opção.

3.1. Não se trata, portanto, num primeiro momento, o resgate de direito já formado a uma quantia; de percepção, de mero recebimento de uma importância pecuniária; mas de direitos de conteúdo econômico, que resultam, necessariamente, do exercício de um direito potestativo. Sem esse exercício do direito formativo, não há o direito formado.

4. Dado fundamental é que, como o nascimento do direito de resgate de contribuições pressupõe o exercício do direito potestativo de opção, com extinção do vínculo contratual com a EFPC, a aquisição daquele primeiro só se dá com esse exercício.

4.1. Fazendo a diferença entre, de um lado, o direito expectativo – aquele que é o **direito adquirido a adquirir outro direito**, v.g., o direito sob condição suspensiva, uma vez implementada essa –; e, de outro, o direito potestativo, Pontes de Miranda (**Tratado de Direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 34 e 285 e s.), com a profundidade de sempre, preleciona:

a) “Antes da aquisição, há, às vezes, o estado prévio, a que corresponde direito expectativo ou direito potestativo gerador.”

b) o direito formativo gerador não se confunde com o direito expectativo à aquisição; aquele leva à aquisição pelo exercício; esse só depende de elemento em que não entra a vontade do titular.

4.2. Continua:

Tanto os direitos formativos geradores quanto os direitos expectativos aludem a direito que se vai adquirir; a diferença está em que, ali, o direito a formar-se depende do exercício do direito formativo gerador, e, aqui, o tempo ou acontecimento é que faz surgir o direito expectativo.

5. O direito de opção é um dos exemplos de direito potestativo, também chamado direito-poder ou direito de potestade, que é direito à prática de ato que cria (gerador), extingue (extintivo) ou modifica (modificativo) outro direito. Distingue-se do direito formado, que é o bastante em si, e que, na hipótese, nasce com o exercício do direito potestativo gerador.

5.1. O direito potestativo é, assim, o direito-poder. É um poder que é direito, porque não é poder em tese, mas direito individualizado, produto da juridicização de um fato, *in casu* e *in concreto*.

5.2. Os direitos potestativos, formativos (direitos de poder ou de potestade) geradores, modificativos ou extintivos, são direitos à prática do ato que cria, modifica ou extingue outro direito. São, pois, direitos a adquirir, modificar ou extinguir direitos, mediante ato, positivo ou negativo, do titular. Seu objeto é a formação geradora, modificativa ou extintiva.

5.3. Nessa modelagem, o direito potestativo de opção, ligado ao resgate, é de índole extintiva ou modificativa da relação jurídico-previdenciária; e constitutiva, na medida em que de seu exercício nasce o direito à percepção do valor correspondente ao de contribuições, ao BPD, ou, ainda, à situação de autopatrocinado.

5.3.1. O direito criado, já agora formado, é que terá a respectiva pretensão exercida. O exercício do direito potestativo é pressuposto do nascimento e, conseqüentemente, do exercício da pretensão correlata ao direito formado, produto daquele primeiro exercício.

6. Finalmente, grife-se que, o direito ao resgate não é direito a uma quota-parte do patrimônio; mas direito pessoal, de crédito. É direito econômico, mas obrigacional.

V Conclusão

1. Verifica-se que o direito de resgate é direito social, e, como tal, direito fundamental, pela própria qualificação constitucional.

2. É ele benefício da previdência complementar fechada, que impede que, desligando-se do plano sem direito a um de seus benefícios plenos, tenha o participante frustrada sua expectância de, com as contribuições que vertera, ver efetivado seu direito social previdenciário.

3. É mister que se negrite a natureza de direito social da previdência complementar ao regime geral; a qual, embora prestada por entidades de direito

254 privado, é espaço da maior relevância para o conjunto dos trabalhadores, dadas as limitações ínsitas à previdência social, em sede do que é essencial na matéria, que é o valor dos benefícios.

4. Cumpre que a legislação de regência, a regulação pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e a fiscalização da Secretaria de Previdência Complementar concretizem o sentido protectivo, inerente ao Direito Social, dos direitos dos participantes e de seus dependentes, de modo que possam efetivamente fruir seus direitos sociais previdenciários.

5. É que permanente se apresenta o risco de a previdência privada, fiscalizada pela União, nos termos do art. 21, VIII, da Constituição federal, ser tida como seguro privado e não social, de natureza preponderantemente financeira; dada a sua importância no campo de investimentos e aplicações de seus recursos, que, embora fundamentais na formação das reservas garantidoras dos benefícios, é, apenas, atividade-meio.