

EQUIPARAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS QUE OFERECEM PREVIDÊNCIA PRIVADA PARA SEUS COLABORADORES EM PLANOS INSTITUÍDOS AOS PATROCINADORES PARA FINS DE ADESÃO AUTOMÁTICA

Automatic accession to complementary private pension in view of the principle of optionality

Fábio Junqueira de Carvalho¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Zélia Luiza Pierdoná²

Universidade Presbiteriana Mackenzie

DOI: <https://doi.org//10.62140/FCZP3702024>

Sumário: 1. A regra brasileira de adesão automática; 2. Alcance de Planos Patrocinados e Planos Instituídos quando ocorrer contribuição do empregador; 3. Aplicação do princípio da isonomia para fins de adesão automática; Considerações finais; Referências.

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar a possibilidade de aplicação da regra de adesão automática, aplicável aos planos de previdência privada patrocinados no Brasil, também aos planos instituídos, especificamente para as operações nas quais uma pessoa jurídica oferece o plano de previdência privada para seus colaboradores, por meio de um plano instituído. A regra brasileira de adesão automática, além de ser facultativa, exige vasta e detalhada disposição sobre o instituto, nas regras do plano de benefícios, que é o contrato previdenciário, prevendo a substituição da manifestação de vontade expressa (*opt-in*), pela inclusão involuntária, garantindo que o participante possa, no futuro, efetuar a opção de se retirar (*opt-out*) do plano de previdência, no qual foi colocado sem sua prévia autorização, com a imediata devolução de todos os valores, que foram eventualmente retirados do patrimônio do participante, com a justa atualização, visando não caracterizar coerção e reforçando o atendimento do princípio da facultatividade. Desse modo, o direcionamento estatal se dá seguindo a doutrina do Paternalismo Liberal e da Teoria do Empurrão (Nudge), no qual os cidadãos são automaticamente inscritos em planos de previdência. Demonstra-se que a implementação da adesão automática, em planos de previdência privada no Brasil, deva alcançar não somente planos patrocinados, mas também os planos instituídos, sobretudo para as situações nas quais as pessoas jurídicas desejarem dar o benefício de previdência

¹ Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Estágio de Pós-doutorado em "Novas Tecnologias e Direito" pelo Mediterranean International Centre for Human Rights Research (MICHR) da Università Mediterranea di Reggio Calabria (2021). Vinculado à Universidade Presbiteriana Mackenzie como membro do Grupo de Pesquisa "O Sistema de Seguridade Social" da Faculdade de Direito e Professor de cursos de Pós-Graduação do IBET e da UEL. E-mail: fabio@jcmconsultores.com.br.

² Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora e mestre em Direito pela PUC/SP. Realizou estágio de Pós-doutorado na Universidade Complutense de Madri. E-mail: zelia.pierdona@hotmail.com

privada para seus colaboradores, realizando aportes para a reserva previdenciária destas pessoas.

Palavras-chave: previdência complementar; adesão automática; plano instituído; isonomia.

Abstract: This study aims to analyze the feasibility of applying the automatic enrollment rule, currently applicable to employer-sponsored private pension plans in Brazil, to association pension plans, specifically in scenarios where a legal entity offers a private pension plan to its employees through an association pension plan. The Brazilian rule on automatic enrollment, while optional, requires extensive and detailed provisions about the mechanism within the benefit plan rules, which constitute the pension contract. This rule replaces the explicit expression of consent (opt-in) with involuntary inclusion, ensuring that participants can later exercise the option to withdraw (opt-out) from the pension plan into which they were enrolled without prior consent, with the immediate return of any amounts that may have been deducted from the participant's assets, duly adjusted, to prevent coercion and to reinforce compliance with the principle of voluntariness. Accordingly, the state directive aligns with the doctrine of Liberal Paternalism and Nudge Theory, whereby citizens are automatically enrolled in pension plans. The study demonstrates that the implementation of automatic enrollment in private pension plans in Brazil should encompass not only sponsored plans but also association pension plans, particularly in cases where legal entities intend to offer private pension benefits to their employees by making contributions to their pension reserves.

Key-words: Complementary private pension; automatic accession; association pension plans, principle of equal treatment.

1. A regra brasileira de adesão automática

No Brasil, o debate sobre a possibilidade acerca da adesão voluntária ou automática³, em plano de benefícios de previdência privada, esteve por muitos anos contaminado por uma interpretação distorcida do imperativo constitucional que dispõe que o plano de benefícios, administrados por fundos de pensão, deve ser facultativo, bem como a regra legal que determina que o plano de benefícios deve ser ofertado para a integralidade dos colaboradores ou associados de patrocinadores e instituidores.

De forma resumida, pode-se caracterizar que a adesão voluntária possibilita que o colaborador de uma empresa, que oferta um plano de benefícios fechado ou aberto, seja, sem prévia manifestação de vontade, inscrito no plano de benefícios, podendo, dentro de um lapso temporal determinado, retirar-se do plano, mediante declaração de vontade, tendo direito à devolução das eventuais contribuições vertidas ao plano, devidamente corrigidas.

A interpretação de parte da doutrina e, principalmente, do órgão de regulação das entidades fechadas de previdência complementar, acerca do alcance e da aplicação do dispositivo constitucional e da Lei Complementar n° 109/2001, que preveem a

³ Para fins desse artigo as expressões adesão voluntária e adesão automática terão o mesmo significado

facultatividade do regime de previdência complementar, parecia extremamente conservadora e restritiva⁴.

Ora, por que limitar a interpretação do alcance da facultatividade, quando estiver disponibilizada uma regra de saída para o participante de planos de benefícios, ou seja, a opção de retirar-se do plano (*opt-out*), sem que esse sofra prejuízos? Diversos países adotam a adesão voluntária na previdência complementar, com o intuito de fomentar a poupança previdenciária do cidadão, e consideram que a adesão automática é completamente aderente ao conceito de facultatividade⁵.

A ausência de afronta ao princípio da facultatividade, pela adoção da adesão automática na previdência complementar brasileira, também se verifica quanto a outro princípio, que é o da independência do contrato de trabalho e do contrato previdenciário. O fato de a adesão automática ser facilmente aplicável para os planos profissionais, já que, quando o colaborador é contratado pela empresa, ele imediatamente é colocado no plano de benefícios ofertado pelo empregador, sem a necessidade de fazer qualquer manifestação formal, não acarreta a imediata e reflexa junção dos contratos, pela característica da adesão voluntária obrigatoriamente prever, a possibilidade de saída do plano previdenciário, sem que o seu contrato de trabalho seja alterado ou encerrado.

Tanto é possível afirmar a inocorrência de ofensa aos princípios acima citados que a própria União, ente federado que recebeu da Constituição Federal competência para legislar sobre previdência complementar, editou, em 2015, a Lei nº 13.183, com a previsão, em seu

⁴ “Uma questão que se pode levantar quanto à liberdade de adesão do participante diz respeito aos planos de benefício de previdência complementar para os quais não seja prevista contribuição alguma dos participantes, ficando o custeio completamente a cargo do empregador patrocinador (planos não contributivos ou ‘não contributórios’). Nesses casos, a recusa do participante em aderir ao plano oferecido por seu empregador não lhe traria vantagem alguma. Pelo contrário, tal atitude apenas poderia render a esse trabalhador situação de desvantagem retributiva, comparativamente aos demais empregados da empresa, pois, na ausência de adesão ao plano, não haveria contribuições vertidas a ele pelo empregador, o que se manifestaria na falta de recebimento futuro de benefícios que, por mínimos que sejam, lhe seriam conferidos sem qualquer esforço contributivo pessoal. Do ponto de vista prático, portanto, seria até difícil de imaginar a existência de caso de recusa como o que se acabou de aventar. Nesse sentido até se poderia dizer que, em casos assim, praticamente, seria automática a adesão de todos os empregados ao plano. Todavia, ainda assim, cremos que, do ponto de vista jurídico, hoje em dia, seria necessária a adesão voluntária de cada empregado, diante da importância estrutural do princípio que ora se aborda para a configuração privada do regime de previdência complementar. Ademais, não fosse assim, mais do que simplesmente restringida, estaria sendo suprimida a livre iniciativa, expressa na liberdade de contratar, ou não contratar, do participante, o que não poderia ser admitido ainda que a título de melhoria da condição do trabalhador” (PULINO, 2011, p. 278-279).

⁵ CARVALHO; LIMA e NEVES, em estudo sobre a princípio da facultatividade e adesão automática, concluem que “a adoção da adesão automática no Brasil diante do princípio da facultatividade previsto na Constituição Federal e na Lei Complementar 109/2001, independe de nova regulamentação por parte dos órgãos de regulação (CNPQ e CNSP), podendo ser imediatamente adotado, sendo o princípio da facultatividade preservado diante da existência da opção de se retirar (*opt-out*) dos planos de benefícios, com a devolução integral e corrigido dos valores que foram retirados do patrimônio dos cidadãos”.

artigo 4^o, que os servidores farão a adesão automaticamente aos planos de previdência que patrocina, estabelecendo, é claro, a hipótese de *opt-out* a ser exercida pelo servidor, no prazo de noventa dias da data da inscrição, com a devolução corrigida dos valores das contribuições feitas para o plano de previdência.

O princípio da facultatividade tem previsão constitucional e é regulamentado por lei complementar para todo o sistema de previdência privada, não fazendo distinção de origem do participante ou do patrocinador, bem como não excetuando a natureza do vínculo entre estas partes, se servidor público ou empregado da iniciativa privada. O referido princípio, decorrente de conceito constitucional da facultatividade, ao ser regulamentado pela Lei Complementar n° 109/2001, não estabeleceu qualquer hipótese de diferenciação, devendo ser aplicado de maneira isonômica para todos os tipos de planos de benefícios do sistema de previdência complementar

A adesão automática, prevista por lei federal, decorre do fato de a Constituição determinar que os fundos de pensão patrocinados por entes federados devem ser criados por lei. A Lei n° 12.618/2012, que criou os fundos de pensão dirigidos aos servidores da União, preceituava que a adesão deveria se dar mediante prévia e expressa manifestação de vontade. Porém, por meio da Lei n° 13.183/2015, a adesão passou a ser automática.

Assim, é possível concluir que, para as entidades de previdência não patrocinadas por entes federados, não há a necessidade de lei que regule a adesão automática. Interpretação contrária levaria à conclusão de que o artigo 4^o, da Lei n° 13.183/2015, viola a Constituição e a lei.

O Estado de São Paulo, que patrocina o maior fundo de pensão patrocinado por um Estado da federação, adotou estratégia similar e previu a adesão automática, a partir de março de 2018, para seus servidores, com a previsão de *opt-out* até noventa dias, o que veio a ser seguido por outros entes públicos na sequência.

É imperativo que ocorra a efetiva manifestação de vontade do participante para que o contrato previdenciário se efetive. Porém, o momento da realização da manifestação não precisa ser prévio. O que é imprescindível é que esta manifestação de vontade seja relativa à

⁶ Art. 4^o - Os servidores e os membros referidos no *caput* deste artigo com remuneração superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, que venham a ingressar no serviço público a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata esta Lei, serão automaticamente inscritos no respectivo plano de previdência complementar desde a data de entrada em exercício. (BRASIL, 2012, s.p.).

adesão ou à manutenção da pessoa no plano de benefícios. Eis as notas características da facultatividade⁷.

Para colocar fim na referida discussão, em fevereiro de 2024, o Conselho Nacional de Previdência Complementar editou a Resolução CNPC nº 60 que autoriza que os planos de benefícios prevejam a inscrição automática, que, nos termos da legislação, é aquela “realizada por iniciativa do patrocinador, no momento do estabelecimento da relação de trabalho”.

Como requisitos para a adoção da inscrição automática, a nova norma exige que o aporte do patrocinador “seja no mínimo equivalente a vinte por cento do montante para o custeio do plano, ou seja, em proporção não inferior a um para quatro da contribuição normal do participante”; ou, que o custeio do plano de benefícios seja exclusivo do patrocinador.

Além disso, estabeleceu a regra de *opt-out* do participante, que poderá manifestar sua desistência do plano de benefícios *no prazo de até cento e vinte dias, a contar da data da inscrição por iniciativa do patrocinador*, ficando garantido, tanto ao participante como ao patrocinador, a devolução integral e atualizada das contribuições que tiverem sido vertidas para o plano de benefícios.

O acerto da criação de uma norma que autoriza a adoção da inscrição automática, para o sistema de previdência complementar fechado brasileiro, é incontestado e se fazia necessário para dar cabo às interpretações mais restritivas sobre o instituto, o qual é benéfico para os participantes, para o setor e para o próprio Brasil. Entretanto, um ponto já vem gerando novas dúvidas e questionamentos, qual seja, se uma pessoa jurídica oferece plano de benefícios para os seus funcionários, porém, o faz utilizando um plano de benefícios instituído e não de um plano patrocinado padrão, poderá, também, adotar a inscrição automática? Este é o tema do presente estudo.

2. Alcance de Planos Patrocinados e Planos Instituídos quando ocorrer contribuição do empregador

A Lei Complementar nº 109/2001, ao delimitar a competência de atuação das entidades fechadas de previdência privada, estipula que os fundos de pensão são aqueles acessíveis *(i) exclusivamente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores*; usualmente

⁷ “O negócio jurídico previdenciário privado aperfeiçoa-se quando da união da vontade (*facultas agendi*) entre seus partícipes em prol da cobertura de algum risco social” (BARRA, 2008, p. 102).

conhecidas como entidades patrocinadas e também, e as denominadas entidades instituídas que alcançam os *associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores*, nos termos que forem regulados pelo órgão regulador e fiscalizador.

De fato, o que define se uma entidade é patrocinada ou instituída é o tipo de plano ou planos de benefícios que administra, pois os planos de benefícios possuem a figura de patrocinadores ou de instituidores, e nunca de ambos conjuntamente. Assim sendo, um fundo de pensão pode administrar somente planos de benefícios patrocinados e será classificado como uma entidade patrocinada, como também pode administrar apenas planos de benefícios instituídos, o que o transformaria em uma entidade instituída. Porém, é permitido pela legislação, e é cada vez mais comum, que uma entidade fechada administre tanto planos de benefícios patrocinados e simultaneamente planos de benefícios instituídos.

Os planos instituídos requerem a existência de um instituidor, pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que oferece plano de benefícios previdenciários a seus associados, nos termos da Lei Complementar nº 109/2001 e de sua regulamentação (atualmente a Resolução CNPC nº 54/2022). São criados para atingir os associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista, setorial, denominadas instituidores. Dentre os planos instituídos, tem-se os planos setoriais, que são aqueles instituídos por um instituidor setorial, que é a pessoa jurídica que representa segmento econômico ou social de caráter setorial, e que pode ser oferecido aos afiliados setoriais, ou seja, outras pessoas jurídicas que podem estender a oferta do plano de benefícios para pessoas físicas que estiverem vinculadas.

O vínculo entre associação e o associado normalmente é direto, ainda que seja possível a existência de membros com vínculos indiretos. A possibilidade de vínculo indireto é relevante para os planos setoriais⁸. Nos termos da regulamentação, um instituidor setorial é *a pessoa jurídica que representa segmento econômico ou social constituída na forma de federação, confederação, cooperativa ou qualquer outra organização de caráter setorial*. Assim, pode-se afirmar que participante sempre terá vínculo com uma pessoa jurídica.

⁸ Segundo a legislação (Resolução CNPC nº 54/2022, art. 8º, §4º), o vínculo indireto em planos instituídos pode ser dar nas seguintes hipóteses:

I - os sócios de pessoas jurídicas vinculadas aos instituidores por linha direta ou indireta, e seus respectivos cônjuges e dependentes econômicos;

II - os empregados das pessoas jurídicas vinculadas aos instituidores por linha direta ou indireta, e seus respectivos cônjuges e dependentes econômicos;

III - os empregados vinculados ao instituidor, e seus respectivos cônjuges e dependentes econômicos; e

IV - os cônjuges e dependentes econômicos dos membros com vínculo direto.

Apenas para fins exemplificativo, imagine-se uma estrutura sindical empresarial: uma federação de abrangência nacional, que é formada por um conjunto de federações estaduais, as quais congregam grupos regionais dentro do Estado, representando os sindicatos municipais, que efetivamente reúnem as empresas daqueles municípios, pertencentes a um determinado setor econômico. Todas as pessoas jurídicas que fazem parte desta cadeia setorial, poderão ofertar aos seus colaboradores e aos respectivos familiares, o plano de benefícios instituído setorial, que a federação principal, como instituidora setorial, tiver criado. Está, assim, caracterizado o vínculo indireto. Como o vínculo entre o participante e a associação nos planos setoriais é mais fluído e distante, é exatamente nesse tipo de plano de benefícios que uma pessoa física, que seria tipicamente participante de planos individuais, administrados por entidades abertas, poderá aderir ao sistema fechado e, com isso, ter a chance de participar de um plano de benefícios mais vantajoso para a pessoa física⁹.

O que diferencia um plano de benefícios patrocinado de um plano de benefícios instituído? Originalmente, os planos patrocinados foram previstos para que haja aportes dos empregadores, que são os patrocinadores, enquanto os planos instituídos foram imaginados para congregar pessoas em um plano de benefícios administrados por uma entidade fechada, sem a presença de um empregador que faça contribuições para os participantes. Talvez esta seja a principal diferença entre os dois tipos de planos.

Porém, nem sempre isso ocorrerá, pois além de ser usual, é cada vez mais comum que haja empregadores contribuindo para seus colaboradores em planos instituídos. Isso porque ser patrocinador é uma condição que somente é possível para grandes empresas, que possuam um significativo número de empregados, já que o custo de manutenção de um plano de benefícios e principalmente de um fundo de pensão é muito elevado.

Esta modalidade de oferecimento de planos de benefícios de previdência privada, por meio de uma associação, sindicato ou organização, que congregam pequenas e médias empresas, além de pessoas físicas, não é exclusiva do Brasil.

Nos Estados Unidos¹⁰, não apenas sindicatos, mas outras organizações e associações que não necessariamente possuem vínculo direto com empregadores também podem ofertar planos de previdência privada aos seus associados e afiliados. Isso inclui associações

⁹ Sobre as vantagens de uma pessoa física estar em um plano de benefícios administrado por entidade fechada, em comparação com os planos de benefícios administrados por entidades abertas, verificar CARVALHO, Fábio e MURGEL, Maria Inês, em *A regulação e a fiscalização da previdência complementar no Brasil: uma proposta de nova estruturação*, 2022, p. 321-327.

¹⁰<https://www.ebri.org/home/content/the-impact-of-auto-enrollment-and-automatic-contribution-escalation-on-retirement-income-adequacy-4657>, Acesso em: 08 set. 2024.

profissionais, órgãos de classe, e outras entidades que atendem a profissionais liberais sem vínculo de emprego formal.

Alguns exemplos de associações que oferecem planos de previdência privada a seus membros são a *American Medical Association* – AMA, que alcança médicos e outros profissionais da saúde, a *American Bar Association* – ABA, atuando para os advogados e profissionais legais, e a *National Association for the Self-Employed* – NASE que disponibiliza planos aos trabalhadores autônomos.

Uma das espécies de planos de benefícios nos Estados Unidos que seriam equiparados aos planos instituídos no Brasil são os conhecidos ARPs, *Association Retirement Plans*, permitindo que associações profissionais, câmaras de comércio e outras organizações representando profissionais liberais ofereçam planos de previdência aos seus membros, e igualmente permitem que pequenas empresas e profissionais independentes se unam para criar planos de aposentadoria semelhantes aos oferecidos por grandes empregadores. São estruturados na modalidade de contribuição definida, sendo usual a estrutura de plano *Solo 401(k)*.

Outra modalidade de plano que é utilizado pelas associações nos Estados Unidos são os MEPS, *Multiple Employer Plans*, que são geralmente mais utilizados por múltiplos empregadores, bem como podem ser flexibilizados e incluir associações profissionais que permitem a participação de membros de diversas origens de trabalho, oferecendo uma alternativa para aqueles que não se encaixam em um plano de um único empregador.

O Reino Unido¹¹ também regulamenta a estruturação de planos de benefícios para pessoas jurídicas como associações e órgãos de classe e são conhecidos como *Master Trusts*, agrupando a poupança previdenciária de múltiplos empregadores, sindicatos ou associações em um único *trust*. Isso permite uma administração centralizada e uma gestão profissional dos ativos por *trustees* independentes, com a adoção de governança coletiva, o que significa que as decisões sobre o plano são compartilhadas e não dependem de um único empregador, diferentemente dos *Occupational Pension Schemes*, que são os planos de benefícios com a figura de um patrocinador.

Os *Group Personal Pension Plans* – GPPs são outra modalidade de planos de benefícios utilizados por algumas associações no Reino Unido. Os GPPs são similares aos planos individuais, mas com condições negociadas em grupo, o que resulta em redução de taxas administrativas e, também com opções de investimento mais atrativas no quesito

¹¹ <https://www.gov.uk/government/statistics/ten-years-of-automatic-enrolment-in-workplace-pensions/ten-years-of-automatic-enrolment-in-workplace-pensions-statistics-and-analysis>, Acesso em: 08 set. 2024.

rentabilidade-risco. Os GPPs permitem que os membros contribuam diretamente para suas próprias contas de aposentadoria, com flexibilidade na escolha dos investimentos, similar à figura dos perfis de investimento no Brasil.

São exemplos de associações que oferecem planos corporativos aos seus associados no Reino Unido, a *The British Medical Association* (BMA), que congrega os médicos, a *The Law Society*, que dá acesso a planos de previdência para advogados e a *The Association of Independent Professionals and the Self-Employed* (IPSE) que promove planos de aposentadoria para freelancers e autônomos.

No Brasil, os planos instituídos têm que ser obrigatoriamente estruturados na modalidade de contribuição definida, mantendo essa característica também após a concessão da renda. Os benefícios oferecidos possuem prazo determinado ou são equivalentes a um percentual do saldo de conta¹². BARRA¹³ destaca a necessidade de adoção exclusiva de planos estruturados na modalidade de contribuição definida, gerando segurança para o instituidor, para os afiliados setoriais, empresas que contribuem e para o próprio participante. Não cabe a um instituidor *assumir riscos atuariais em nome daqueles que representa; seria um verdadeiro contrassenso e, sem dúvida, não haveria interesse prático, político e econômico de tais entidades, vez que estaria se incorporando de um ônus prejudicial à própria categoria, aos próprios filiados*.

Já os planos patrocinados podem ser estruturados em qualquer das modalidades existentes e permitidas pela legislação, quais sejam, benefício definido, contribuição definida ou contribuição variável. Porém, os planos de contribuição definida são os únicos que não possuem risco atuarial e de performance, e como não são mutualistas, ou seja, as contribuições feitas pelo e para o participante, resultam uma reserva individual que acompanhará toda a vida desta pessoa enquanto ela estiver vinculada ao plano de benefícios, mesmo quando estiver na condição de assistido gozando do benefício de complementação de aposentaria. Portanto, a poupança previdenciária individual não está exposta a perdas ou ameaças de terceiros.

A legislação que regulamenta os planos instituídos veda o oferecimento de garantia de rentabilidade¹⁴. O resultado efetivo dos investimentos deve ser repassado para as cotas dos participantes. Visando evitar ingerência externa dos instituidores ou de profissionais não preparados, a gestão dos investimentos não pode ser feita pelo corpo técnico do instituidor ou mesmo do fundo de pensão instituído e será obrigatoriamente terceirizada. A regra não

¹² Resolução CNPC n° 54/2022, art. 7°.

¹³ *Ob. Cit.* p. 69

¹⁴ Resolução CNPC n° 54/2022, art. 7°, §4°.

se aplica se o plano instituído estiver sendo administrado por uma entidade fechada, que também administre planos patrocinados.

O plano instituído poderá oferecer benefícios de riscos. Porém, tais benefícios têm que ser terceirizados junto a uma seguradora, e os recursos das contribuições para os benefícios de riscos não podem contaminar as reservas, os fundos e as provisões do benefício de renda, ou seja, da poupança previdenciária. Por sua vez, nos planos patrocinados, mesmo se estruturados na modalidade de contribuição definida, os benefícios de risco poderão ser geridos pela própria entidade fechada.

Ademais, o plano instituído será custeado pelo participante, mas o empregador pode realizar contribuições para seus empregados, mesmo não sendo um patrocinador do plano de benefícios. A Resolução CNPC nº 54/2022 possibilita o recebimento de aportes de terceiros e contribuições de empregadores ou instituidores, mediante a celebração de instrumento contratual específico. Portanto, as regras e tratamento das contribuições dos empregadores, para seus colaboradores, que fizerem parte de um plano instituído, não tem previsão no regulamento do plano de benefícios e sim em um contrato especificamente elaborado para esta finalidade.

Em planos patrocinados, as regras de aportes das pessoas jurídicas, patrocinadores, além de estarem previstas no regulamento do plano de benefícios, para que uma empresa possa se tornar patrocinadora, necessitará formalizar um convênio de adesão, que inclusive possui requisitos mínimos obrigatórios e que precisam passar pelo processo de licenciamento do órgão de supervisão. Isso é dispensado para as empresas em planos instituídos, a não ser que elas estejam na posição de instituidoras.

Nesse cenário, pode-se afirmar que os planos instituídos têm possibilidade de serem idênticos a um plano de contribuição definida patrocinado, com exceção da contribuição do patrocinador, já que as demais regras, referidas acima, aplicáveis aos planos instituídos são condições facultativas para os planos patrocinados. Porém nada impede que um plano patrocinado adote exatamente todas as regras obrigatórias para um plano instituído, pois são disposições que visam dar segurança total ao plano de benefícios, retirando todo e qualquer risco que pode atingir a poupança previdenciária individual do participante.

Por sua vez, se em um plano instituído, pessoas jurídicas passam a fazer aportes para os seus colaboradores que forem participantes do plano de benefícios, esse plano não se diferenciará de um plano patrocinado, estruturado na modalidade de contribuição definida, que não ofereça rentabilidade garantida – formatação esta que normalmente transforma o plano em contribuição variável. As vedações de não administrar benefícios de riscos e fazer

a gestão dos investimentos é uma proibição que se impõe à entidade de previdência fechada e não ao plano de benefícios propriamente dito.

E é exatamente nesta questão da contribuição do empregador em planos instituídos que este estudo irá se ater. Qual a razão de existir um possível *discrímen*, para um empregador que quer ofertar para os seus colaboradores um plano de benefícios e contribuir para este programa de previdência privada, pelo simples fato de o plano de benefícios ser estruturado como um plano patrocinado e não como um plano instituído? No tópico seguinte será demonstrado que a regra de adesão automática pode ser estendida para planos instituídos.

3. Aplicação do princípio da isonomia para fins de adesão automática

Como foi verificado no tópico anterior, os planos instituídos foram criados e imaginados para congregar os membros e associados de associações e órgãos de classe, sem que houvesse a necessária figura de um empregador que realizaria contribuições, como acontece em planos patrocinados. Assim sendo, os planos instituídos permitiriam que pessoas físicas se reunissem para fazer a sua poupança previdenciária de maneira agrupada e profissional, como maior segurança, menor custo e rentabilidades mais atrativas.

Porém, assim como aconteceu em outros países, nos quais a previdência privada é mais antiga, estruturada e enraizada, tais como, Estados Unidos e Reino Unido, os planos instituídos no Brasil alcançam pequenas e médias empresas que não conseguem estruturar e manter um plano de benefícios, unicamente para o seu grupo de colaboradores.

Por sua vez, no primeiro tópico que versa sobre a regra de adesão automática no Brasil, além de reforçar esse mecanismo de fomento para a previdência privada, demonstrou-se que os princípios da facultatividade e da independência do contrato previdenciário e do contrato de trabalho não são ofendidos quando um empregador deseja colocar os seus colaboradores em um plano de benefícios, no qual faz aportes, o que representa um benefício para eles.

Uma leitura apressada da norma brasileira de adesão voluntária pode gerar um entendimento distorcido de que ela proíbe que, em planos instituídos, seja adotada a inscrição automática, em decorrência dos termos que utiliza.

A ausência da expressão plano instituído inexistente no corpo da Resolução CNPC nº 60/24. Porém isso é irrelevante, uma vez que da mesma maneira não se encontra a expressão plano patrocinado. Por sua vez a palavra instituidor é utilizada somente uma vez, quando se descreve o conceito de adesão convencional, que seria *aquela realizada por iniciativa do*

participante, a partir da oferta pela entidade ou pelo patrocinador ou instituidor, formalizada por meio de documento impresso, transação remota ou pagamento voluntário da primeira contribuição.

Todavia, o vocábulo patrocinador consta em onze (11) passagens do texto da norma, sendo a mais relevante delas, a que define adesão automática como sendo *aquela realizada por iniciativa do patrocinador, no momento do estabelecimento da relação de trabalho*. Apesar de o termo pessoa jurídica não ser encontrado na norma de adesão automática, destaca-se que em momento algum se verifica vedação ou proibição, no sentido de que empregadores estão impossibilitados de adotar adesão automática para os seus empregados, quando ofertarem planos de benefícios por meio de planos instituídos.

Antes da demonstração da adequação da utilização, no Brasil, da adesão automática para os planos instituídos, nos quais empregadores fazem contribuição para seus colaboradores, importante mencionar como outros países, em especial os Estados Unidos e o Reino Unido, tratam a inscrição voluntária em planos instituídos.

Nos Estados Unidos, os planos estruturados na modalidade *Association Retirement Plans*, ARPs, permitem a adoção de adesão automática de trabalhadores. Porém cabe à associação que oferece o plano de benefícios definir se os planos de benefícios terão ou não a adesão automática. Portanto, o *auto-enrollment* não é obrigatório pela regulamentação federal, porém uma vez definida a sua adoção, deverá estar em conformidade com os regulamentos da *Employee Retirement Income Security Act*, ERISA e do IRS, garantindo a opção de *opt-out* para os participantes que não desejam permanecer no plano de benefícios¹⁵.

Para os planos *Multiple Employer Plans*, MEPs, a inclusão do instrumento da adesão automática é opcional, não sendo um uma exigência regulatória. Dessa forma, as empresas que utilizam o MEP para oferecer planos de previdência para os seus empregados podem decidir implementar a adesão automática, similar aos planos 401(k) oferecidos por empregadores individuais, nas quais a adesão automática é usada para aumentar a taxa de participação dos empregados. Assim como ocorre com os ARPs, se a adesão automática for implementada, deve haver uma opção clara de *opt-out* para os participantes, conforme requerido pelo ERISA.

Em 2021, estimava-se que cerca de 4 milhões de trabalhadores estavam inscritos em MEPs nos Estados Unidos¹⁶. Esse número tem crescido, especialmente após a

¹⁵ <https://www.ebri.org/home/content/the-impact-of-auto-enrollment-and-automatic-contribution-escalation-on-retirement-income-adequacy-4657>. Acesso em: 09 set. 2024

¹⁶ https://meps.ahrq.gov/data_files/publications/annual_contractor_report/MEPS-Methodology-Report-2023.html. Acesso em: 10 set. 2024.

implementação da SECURE Act de 2019, que facilitou a participação de pequenas empresas e incentivou a formação de MEPs ao reduzir barreiras regulatórias.

Esse número deve aumentar, ainda mais, após a regulamentação SECURE 2.0 Act, que reforçou os requisitos de adesão automática para novos MEPs, estabelecidos após dezembro de 2022¹⁷, obrigando-os a inscrever automaticamente os participantes com contribuições iniciais entre 3% e 10%, salvo opção em contrário do participante. Para MEPs já existentes, antes dessa data, os planos são *grandfathered*, ou seja, mantêm a adesão voluntária conforme o design anterior, exceto se o plano sofrer mudanças estruturais significativas.

Por sua vez, no Reino Unido, se um empregador oferece plano de previdência, por meio de um plano *Master Trusts*, a adesão automática é amplamente permitida e incentivada, especialmente em decorrência da legislação *Pensions Act 2008*, que determinou o *Automatic Enrolment*, a partir de outubro de 2012¹⁸. A adesão automática é obrigatória para trabalhadores elegíveis, com contribuições automáticas a partir de um determinado nível salarial, a menos que o trabalhador opte por sair do plano (*opt-out*), podendo o empregador, estender a inscrição voluntária para todos os seus colaboradores.

Já se o empregador oferta previdência privada utilizando-se de um *Group Personal Pension Plans*, GPPs, o mecanismo de adesão automática é possível e opcional. Embora os GPPs não estejam obrigados pela legislação a adotar adesão automática, muitas empresas optam por implementar a inscrição voluntária para seus empregados, como parte das suas estratégias de benefícios¹⁹.

Voltando ao Brasil, ressalta-se que, ultrapassada a discussão de que o mecanismo da inscrição automática é aderente ao dispositivo constitucional, que prevê que o regime de previdência complementar será facultativo (desde que prevista a possibilidade de o participante se retirar do plano - *opt-out*), a adesão automática, conforme estabelece a legislação, é uma opção do empregador.

Como foi exposto, a legislação atual permite que o patrocinador opte em incluir a adesão automática, no plano de benefícios que oferece aos seus colaboradores, desde que efetue aportes de sua responsabilidade, de, pelo menos, o *equivalente a vinte por cento do montante para o custeio do plano, ou seja, em proporção não inferior a um para quatro da contribuição normal do participante*; ou, fazer sozinho as contribuições sem contrapartida da pessoa física.

¹⁷ <https://www.planadviser.com/secure-2-0s-automatic-features-apply-meps-peps>, Acesso em: 09 set. 2024.

¹⁸ <https://www.gov.uk/government/statistics/ten-years-of-automatic-enrolment-in-workplace-pensions/ten-years-of-automatic-enrolment-in-workplace-pensions-statistics-and-analysis>, Acesso em: 08 set. 2024.

¹⁹ <https://www.thepensionsregulator.gov.uk/en/document-library/research-and-analysis/occupational-defined-contribution-landscape-2023#0d349e2b1b394f9ab949ee959bc9f97b>; Acesso em: 08 set. 2024.

Ora, se uma pessoa jurídica que disponibiliza previdência privada, por meio de um plano instituído, aceitar todas as obrigações que a Resolução CNPC nº 60/24 impõe ao patrocinador, por que esse empregador que espontaneamente quer favorecer todos os seus colaboradores não o pode fazer, assim como se patrocinador fosse?

Ressalte-se que a figura da pessoa jurídica que faz contribuições para seus empregados, em planos instituídos, não é formalmente regulamentada, existindo somente a sua referência na regulamentação de planos instituídos, com a citação de que ele pode fazer contribuições e que estes aportes devem estar tratados em instrumento contratual específico. Todos os seus atos são geridos pelo fundo de pensão e não estão sujeitos à prévia análise do órgão de supervisão.

Estas pessoas jurídicas são pequenas e médias empresas, sem capacidade financeira de serem patrocinadores de um plano de benefícios, que precisa de muitas reservas para ser economicamente viável. Assim, apenas grandes empresas e conglomerados econômicos têm condições de serem patrocinadores. Vedar que pequenas empresas possam dar este tratamento a seus empregados, viola o princípio da isonomia.

Um dos fundamentos do princípio da isonomia é impedir o favorecimento injustificável e o prejuízo sem causa. Deve-se impedir que determinada pessoa receba um benefício insustentável, gerando desvantagem para outro, que mereça igual tratamento, como ensina MELLO²⁰, *tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualizador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.*

DERZI²¹ afirma que *o legislador pode contemplar, na norma, as diferenças ou uniformidades que quiser, na proporção ou na forma que lhe aprouver, que não haverá, cientificamente, como apreciar o teor da norma*, e sinaliza que o intérprete de uma norma não deve distinguir onde ela não distingue, mas também não deve desprezar a disparidade eventualmente existente.

Nesse sentido, ressalta-se que a Resolução CNPC nº 60/24 não traz vedações expressas para que pessoas jurídicas que façam contribuições para seus colaboradores, em planos instituídos, possam adotar a adesão automática.

Considerações finais

A adoção da adesão automática no Brasil é compatível com o princípio da facultatividade na previdência privada, bem como não fere o princípio da independência do

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 1, 1993, p. 48.

²¹ DERZI, Mizabel. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 88

contrato de trabalho e do contrato previdenciário. Além disso, como a norma brasileira deixa a critério do empregador utilizar-se ou não do mecanismo da adesão voluntária, bem como garante o direito ao participante de realizar o *opt-out*, com a devolução da totalidade das contribuições devidamente atualizadas, a Resolução CNPC nº 60/24 estabelece os requisitos para instrumentalizar a adesão voluntária.

Os planos instituídos são diferentes dos planos patrocinados pela desnecessidade de existir a figura de uma pessoa jurídica que faça o papel de patrocinador, responsável pela realização de aportes para os participantes. Porém, assim como ocorre em outros países, no Brasil, os planos instituídos podem ser formatados de maneira a permitir que empregadores façam contribuições para os seus colaboradores.

Inexistindo, na Resolução CNPC nº 60/24 vedações para que pessoas jurídicas que ofertem planos de benefícios para seus empregados possam adotar a adesão voluntária, e desde que sejam observados os requisitos e obrigações aplicáveis aos patrocinadores, acerca da implementação da adesão automática para seus colaboradores, e sendo extensíveis todos os mesmos direitos dos participantes de planos patrocinados que foram inscritos no plano de benefícios, é possível entender que, para fins exclusivos de aplicação do mecanismo de adesão automática, a pessoa jurídica que faz contribuições para seus empregados em um plano instituído seja equiparada a um patrocinador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BARRA, Juliano Sarmiento. A previdência complementar na União Europeia: uma introdução ao direito institucional da União Europeia e da responsabilidade administrativa dos administradores de entidades de previdência complementar e fundos de pensão. *Revista de Direito Previdenciário*, v. 4, p. 42-69, 2014.
- CARVALHO, Fábio Junqueira de. A mobilidade de trabalhadores dentro da União Europeia e do Brasil e seus efeitos na previdência complementar dos trabalhadores. In: *O Direito Atual e as Novas Fronteiras Jurídicas*. 1ª ed. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, v. 01, p. 678-699.
- CARVALHO, Fábio Junqueira de. Nudge em previdência complementar: a inteligência artificial definindo as hipóteses de opt-in e aprimorando o desempenho dos planos de benefícios. In: *LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice*. 1 ed. Porto/Kraków: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos and AFM Kraków University, 2022, v. I, p. 410-421.
- CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva. A regulação e a fiscalização da previdência complementar no Brasil: uma proposta de nova estruturação. São Paulo: Editora Dialética, 2022. 376 p.
- CARVALHO, F. J.; LIMA2, F. L. A.; NEVES3, M. J.. *A Adesão Automática na Previdência Complementar diante do Princípio da Facultatividade*. In MARTÍN RODRÍGUEZ, Gabriel; LÓPEZ DE ZUBIRÍA, Sandra (dirs.) ALZINA LOZANO, Álvaro; VEIGA, Fábio da Silva (Coord.s). *Estudios de Derecho y Gobernanza*. Porto/Madrid: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidad Rey Juan Carlos, 2023, p. 947. v. 1º, p. 445 - 465, 2023
- DERZI, Míszabel. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARTINS, Luis Felipe Lopes, *A regulação da Previdência Complementar Fechada sob a Perspectiva da Economia Comportamental - e a Adesão Automática como Proposta para a Mitigação de Vieses Cognitivos*, Dissertação de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, 1993.

PULINO, Daniel. *Regime de previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo, 2007. Tese (doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.