

PREVIDÊNCIAS PRIVADAS ENTRE O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A FRAUDE À PARTILHA

PRIVATE PENSION BETWEEN THE EXERCISE OF AUTONOMY AND FRAUD TO ASSET SHARING

Gabriel Percegonas Santos

Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional “Virada de Copérnico” (PPGD-UFPR). Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *E-mail:* gabrielpercegonas@gmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4589-2925>.

Resumo: Analisando-se a contratação de previdências privadas e seus impactos nas relações conjugais, verifica-se em que medida tal negócio jurídico efetivamente se revela como instrumento para exercício da autonomia privada. Questiona-se o entendimento apriorístico acerca da incomunicabilidade das previdências fechadas, a partir de hipóteses de fraude no momento de partilha de bens, defendendo-se que, se presentes indícios de comportamento fraudulento, seria possível a partilha desses valores. Diante disso, a partir de decisões nacionais, indicam-se parâmetros distintivos entre o exercício da autonomia privada e a conduta fraudulenta: o momento da constituição da previdência ou do levantamento dos valores; a origem dos recursos aportados; a frequência dos aportes; o comportamento previdente (ou não) do contratante; e o valor dos aportes.

Palavras-chave: Autonomia privada. Fraude ao regime de bens. Partilha de bens. Previdências privadas.

Abstract: Analyzing the contracting of private pensions and its impacts on marital relationships, it is verified to what extent such legal transaction effectively reveals itself as an instrument for exercising private autonomy. The a priori understanding of the incommunicability of closed pensions is questioned, based on hypotheses of fraud at the time of sharing of assets, arguing that, if there are signs of fraudulent behavior, it would be possible to share these values. Therefore, from national decisions, distinguishing parameters between the exercise of private autonomy and fraudulent conduct are indicated: the moment of constitution of the social security or of the survey of values; the origin of the resources contributed; the frequency of contributions; the prospective behavior (or not) of the contracting party; and the value of the contributions.

Keywords: Autonomy. Property regime fraud. Sharing of assets. Private pensions.

Sumário: Introdução – **1** Autonomia privada e liberdade contratual nas relações familiares – **2** Breves considerações acerca do regime jurídico das previdências privadas – **3** As previdências privadas nas decisões judiciais – Conclusão – Referências

Introdução

Com a constitucionalização do direito civil e os movimentos pela repersonalização das relações privadas, houve a reconstrução e reestruturação de institutos jurídicos clássicos. Não apenas foram projetadas alterações em sua estrutura, mas, especialmente, em sua função, ou seja, passou-se a almejar a consecução, em última análise, de fins maiores, como a dignidade humana e a autodeterminação pessoal. Nota-se, a partir desse novo paradigma, o comprometimento com o desenvolvimento da personalidade dos membros das entidades familiares, a consideração das diferenças e peculiaridades de cada pessoa, com especial atenção às situações de vulnerabilidade e a valorização de aspectos existenciais em detrimento de questões patrimoniais.

Nada obstante se confira grande relevância às temáticas de cunho pessoal, relativas à existência e à individualidade dos sujeitos, as questões patrimoniais não deixam de ser objeto de atenção pelo direito, em que pese o grande movimento de crítica que se faz à sobrevalorização do patrimônio. Do contrário, estes temas permanecem presentes e permeiam diversas discussões no âmbito do direito das famílias, mas com contornos distintos da abordagem clássica de antes. As questões patrimoniais, portanto, devem ser consideradas e discutidas em consonância com a proteção dos sujeitos mais vulneráveis das relações familiares e sob a ótica dos direitos fundamentais, funcionalizadas ao pleno desenvolvimento e à tutela dos indivíduos vulnerabilizados da relação.

Percebe-se, contudo, grande controvérsia jurisprudencial acerca de temas de direito das famílias permeados por questões patrimoniais, bem como a insuficiência na abordagem dessas questões pela doutrina jurídica nacional. No sentido de superar estas dificuldades, deve-se avançar para outras discussões comumente identificadas como de cunho patrimonial, mas que revelam conexão com a proteção de sujeitos vulnerados em relações familiares.

Aqui, ganha relevo a discussão sobre as previdências privadas. Isso porque, em primeiro lugar, elas se encontram na conexão entre a esfera econômica e a esfera existencial ou subjetiva, uma vez que podem servir de instrumento assegurado do bem-estar futuro, de realização das individualidades e de suprimento de necessidades que eventualmente surjam.

No entanto, o que aqui se pretende evidenciar diz respeito à possibilidade de esse aparente exercício de liberdade patrimonial, com a alocação de seus recursos para constituição de previdências privadas, converter-se em atos de fraude contra terceiros. No âmbito do direito das famílias, os prejudicados por atos fraudulentários, em geral, são os cônjuges ou companheiros e os filhos; os primeiros, em especial, quando da partilha e da sucessão, e os últimos, nas ações de fixação ou execução de alimentos.

Desta maneira, pretende-se perceber como, de modo geral, as questões patrimoniais são tratadas pelo direito das famílias, sobretudo para conferir se há uma consideração dessas questões para a proteção dos sujeitos mais vulneráveis das relações. Ainda, almeja-se denunciar a realidade de violência patrimonial de gênero presente nas discussões relativas ao direito de família, sobretudo no divórcio e reconhecimento e dissolução de união estável, a partir da utilização das previdências privadas no intuito fraudatório.

A partir dessas premissas, faz-se a distinção entre previdências privadas abertas e fechadas, identificando o conteúdo jurídico e os efeitos decorrentes da adoção de cada uma, especialmente quando do término do casamento ou da dissolução da união estável, para, então, se identificar, nas decisões nacionais, elementos que indiquem a intenção fraudulenta.

Neste sentido, apontam-se como parâmetros definidores e distintivos, que indiciam a existência de fraudes: o momento da constituição da previdência privada (se próximo ou afastado da separação ou dos momentos que a antecederam); a origem e os valores dos recursos aportados; a frequência dos aportes; o comportamento do contratante, ou seja, se suas condutas indicam que se trata de pessoa previdente; e a existência de boa-fé.

1 Autonomia privada e liberdade contratual nas relações familiares

A autonomia, como conceito fundamental para a observação da estrutura do direito privado, com reflexos na propriedade, na família, nas sucessões, na responsabilidade civil e, mais evidentemente, no contrato, tem sua origem na transição entre um modelo econômico feudal e um modelo econômico capitalista.

A noção de autonomia privada tem inequívoca relação com os conceitos de sujeito de direito e propriedade. Esses três conceitos pertencem ao domínio das relações entre proprietários. Isso porque a atribuição de personalidade jurídica e, conseqüentemente, de capacidade negocial encontrava-se intimamente vinculada ao surgimento da noção de posse privada e do direito de propriedade: só a quem a propriedade é atribuída outorgava-se possibilidade de praticar atos que a ela respeitam.

A própria noção de titularidade, de apropriação, é moderna. Isso, pois, com a ruptura da economia feudal, sob pressão de uma nova classe ascendente em cujas mãos acumulava-se a riqueza material e os meios de produção, quebram-se os vínculos que no meio rural ligavam os servos às terras e, no meio urbano, submetiam os artesãos aos regamentos das corporações. Assim, parte-se de uma

relação de pertencimento em direção às relações de titularidade, posse e apropriação, em que é possível se identificar um senhor, um dono, um proprietário.

Surgia e se estruturava, então, um novo modelo de produção entre fins do século XVIII e início do século XIX. Nele, o homem é tomado como sujeito isolado, que volta sua atividade ao lucro e à produção de riqueza – não mais à subsistência ou à produção de bens para entrega a um “senhor”. Fala-se no desenvolvimento de uma ideologia do individualismo, da liberdade e da igualdade como expressões da classe ascendente.¹

Vê-se, portanto, que o conceito de autonomia privada constitui, a um só tempo, instrumento e consequência da transformação econômica e social que se operou.

Há, ainda, uma discussão que trata da superação do que se convencionou chamar de autonomia da vontade em direção à tese da autonomia privada. No direito, de acordo com os voluntaristas, é a declaração da vontade que gera atos e negócios jurídicos. A expressão “autonomia da vontade” se consolida na França, por volta de 1880, pregando-se a ideia de que a vontade da pessoa, por si só, é fundamento de direitos. A vontade, então, poderia ser concebida como a essência do negócio jurídico.

No Estado liberal, sobrevalorizavam-se os anseios individuais em detrimento de uma limitação pública ao agir particular, de modo que vigia a noção de uma autonomia ilimitada do sujeito. “O acordo de vontades, refletor da liberdade do querer humano, desprovido de condicionantes externas, era o signo para a produção dos efeitos jurídicos que aprovessem ao homem no período liberal”.²

Num segundo momento, verificando-se que a vontade, enquanto interna ao sujeito, é irreconhecível por parte de outra pessoa e do ordenamento jurídico, sendo conhecida apenas quando exteriorizada, passa-se a falar em manifestação ou declaração de vontade – e não apenas em vontade.

Contundente crítica às concepções voluntaristas parte de Emilio Betti. Segundo ele, esta visão não capta a essência do negócio jurídico, que reside na noção de autonomia e autorregramento. Não basta a pessoa querer: ela tem que realizar condutas, comportar-se de modo a materializar o negócio jurídico.³

Com a mudança das funções exercidas pelo Estado, que passa a efetivamente intervir no âmbito das relações privadas, ocorre uma mudança de paradigma,

¹ FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Editora Caminho, 1989. p. 138.

² SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e biodireito: podemos, legitimamente, pensar em um direito de morrer? *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 11, n. 15, 2008. p. 182. Disponível em: <http://www.revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/view/1039/1216>.

³ MENEZES CORDEIRO, António. *Teoria geral do direito civil*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1987/1988. 1^a v. p. 344.

de modo que a simples manifestação da vontade de alguém não mais é suficiente para a gerar obrigações. O Estado, atuando juridicamente, limita o agir particular, condicionando as pactuações à observância dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

É possível afirmar que a teoria da autonomia privada contesta o dogma da vontade como fonte criadora de direito, na medida em que defende que apenas o consenso que for previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico ou que não o contraria é que pode sê-lo.

Conforme se vê, a autonomia privada não é uma carta absoluta para realização dos sujeitos, ela se submete a determinados limites, que serão tratados posteriormente.

Segundo Pietro Perlingieri, a autonomia privada é o

poder, reconhecido ou concebido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas [...] como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos. Na base desta concepção reside, frequentemente, de modo somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum.⁴

A autonomia privada, ainda, numa concepção mais tradicional, não designa toda liberdade, nem toda liberdade privada, nem toda liberdade jurídica privada: se refere, sim, a um específico aspecto desta última – a liberdade negocial. Inicialmente, deve-se discutir se a patrimonialidade é ou não característica essencial das obrigações. Emilio Betti, representante da doutrina italiana tradicional, entende que a patrimonialidade se afigura como elemento fundamental sobre o qual se estruturam as obrigações.

Neste sentido, é possível se falar no espaço da autonomia privada no âmbito das relações familiares, que evidencia sua incidência na esfera existencial e subjetiva. Contudo, a família e o tratamento jurídico dado a ela passaram por intensas modificações nos últimos anos, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Passa-se a ver a família como um *locus* de desenvolvimento da personalidade, dos interesses e dos projetos de vida de seus membros.⁵

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: a luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 213.

Assim, o papel do Estado em relação ao âmbito familiar deve se restringir à proteção e garantia da autonomia de seus membros,⁶ de modo que sua ingerência nesse campo deve ser justificada. Enquanto não atingidos os limites conferidos pela liberdade aos indivíduos, deve-se permitir a realização de sua dignidade, personalidade e identidade.⁷

Agora, se o exercício dessa liberdade extrapola os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, a ordem pública, a moral e os bons costumes, pode-se vislumbrar a tensão entre liberdade e algum outro direito fundamental, cuja ponderação deve ser viabilizada pela observância de determinados fatores: “a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes; b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério; c) preferência para valores existenciais sobre patrimoniais; e d) risco para a dignidade humana”.⁸

Limitar a autonomia privada é o que assegura o pleno desenvolvimento da personalidade e o próprio exercício da autonomia, pois, sem demarcações, a vontade passa a ser absoluta, prejudicando a parte mais debilitada da relação jurídica privada.

Uma vez que se concebe a autonomia privada como poder atribuído aos particulares pelo ordenamento jurídico, esse poder só será reconhecido se for exercido dentro de tais limites. Dessa maneira, os particulares não têm poder de excluir os elementos de existência nem os requisitos de validade do negócio, bem como não podem afastar as sanções previstas legalmente. A maioria dos efeitos dos negócios não está sujeita à disposição das pessoas, uma vez que se encontra sob a competência da ordem jurídica, deixando de se encontrar no campo de atuação da pessoa. Residem aí, sobretudo, os limites à autonomia privada dos sujeitos.

Emilio Betti e Filippo Vassalli,⁹ quanto à inobservância dos requisitos e ônus exigidos por lei para a tutela do negócio jurídico, distinguiu três situações. Para ele, negócios jurídicos irrelevantes são aqueles que a ordem jurídica não reconhece, mas não reprovava, ou seja, lhe é indiferente, não se protege nem se combate. Por sua vez, o negócio jurídico será ilícito se for reprovado pelo direito. Por fim, o negócio será ilegal ou irregular se estiver desprovido dos pressupostos exigidos em lei, embora não seja reprovado pelo ordenamento jurídico; neste caso, o negócio é inidôneo, mas não ofensivo.

⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 108.

⁸ RAAD, Daniela Russowsky. *O exercício da autonomia privada no direito sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime de separação de bens*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2018. p. 24.

⁹ BETTI, Emilio; VASSALLI, Filippo. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2. ed. Torino: Torinese, 1955. p. 187.

Para Alberto Trabucchi, a consequência da ilicitude do negócio é o não reconhecimento dos efeitos desejados pelas partes, configurando-se aí uma sanção negativa. De outra banda, a consequência de um ato lícito é de ordem positiva, como na obrigação de ressarcimento.¹⁰

Por sua vez, dizer que um negócio jurídico contraria a ordem pública significa afirmar que é contrário aos interesses fundamentais que o sistema jurídico procura tutelar e aos princípios correspondentes, e que constituem um substrato desse sistema. Carlos Alberto da Mota Pinto esboça uma definição de ordem pública. Para ele, é “o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas”.¹¹ Contudo, admite que não é possível definir tais princípios de ordem pública exaustivamente, tendo em vista que é uma noção variável temporal e espacialmente.

Ainda, Manuel Domingues de Andrade afirma que a moral (pública) se constituiria pelo

Conjunto das regras morais aceitas pela consciência social. Não se trata de usos ou práticas morais, mas de ideias ou convicções morais; não da moral que se observa e se pratica, mas daquela que se entende dever ser observada. Não se trata tão-pouco da moral subjetiva ou pessoal do juiz, antes sim da moral objetiva, e precisamente da que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social.¹²

A essa concepção, há oposição, como o posicionamento de Pietro Perlingieri, para quem o direito positivo não pode deixar a tutela da autonomia a cargo da vontade popular ou da consciência popular.

Por fim, o bom costume deve ser entendido e interpretado de forma restritiva, limitando-se aos atos que sejam contrários à moral comum. O direito tutela um mínimo ético, de modo que os atos que lhe sejam contrários também contrariam essa moral média.

Assim, o exercício da autonomia privada, no âmbito das relações familiares, é possível na medida em que observe os limites impostos por esses quatro elementos, e, em havendo ofensa a algum deles, autoriza-se a limitação à liberdade individual.

¹⁰ TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di diritto civile*. 37. ed. Padova: Cedam, 1997. p. 37.

¹¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 126.

¹² ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 74.

2 Breves considerações acerca do regime jurídico das previdências privadas

Com as alterações promovidas pelas reformas trabalhista e previdenciária, no Brasil, especialmente após 2016, e, conseqüentemente, as mudanças nas regras da previdência pública, houve um acréscimo na procura pela contratação de planos de previdência privada.

No entanto, já há algum tempo esses planos têm se revelado como alternativa a quem busca maior estabilidade financeira a longo prazo. Nesse sentido, a Constituição Federal, no art. 202, autoriza a contratação de planos de previdência privada, “de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”.

Porém, o que, num primeiro momento, pode se revelar como um mecanismo de realização da autonomia privada e da liberdade de contratação dos indivíduos, consubstanciado no planejamento da própria vida financeira, pode em determinadas situações, especialmente quando há ruptura da conjugalidade, reverter-se em instrumento de fraude e burla a direitos do cônjuge ou companheiro.

Esta última situação se revela particularmente problemática e acentua as tensões entre direitos patrimoniais do meeiro e liberdade-autonomia no âmbito das relações familiares, o que será analisado com maior atenção na sessão seguinte.

No Brasil, os planos de previdência se subdividem nas modalidades fechada e aberta.

As previdências fechadas, também denominadas fundos de pensão, são de acesso restrito a determinado grupo de pessoas, pois são planos contratados por uma empresa ou entidade em favor de seus funcionários ou associados. Por isso, quem adere a esse fundo não tem possibilidade de discutir seus termos, cláusulas ou condições. Ainda, caso o funcionário ou colaborador perca o vínculo com a empresa, existem algumas opções que podem ser adotadas: de modo geral, é possível se fazer a portabilidade do plano para outra administradora; nesse caso, apenas as contribuições do próprio funcionário são passíveis de transferência, permanecendo no fundo de pensão o valor aportado pela empresa. Outra opção é o resgate do valor investido pelo funcionário. Há alguns planos que permitem, ainda, a continuidade da contribuição, de maneira independente (o que se denomina autoprocínio) ou a manutenção do saldo, que permanece rendendo.

Nos fundos de previdência privada fechada ou fundos de pensão, a rentabilidade e o superávit reverterem integralmente ao plano de previdência oferecidos por empresas públicas ou privadas. Sua contratação é facultativa, visando à constituição de reservas que garantam benefício de caráter previdenciário (art. 2º da Lei

Complementar nº 109/2001), consoante previsto em estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades previdenciárias.

O aporte realizado é desvinculado do contrato de trabalho do participante, conforme consignado no precedente contido no REsp nº 1.207.071/RJ,¹³ e por tal motivo não integra sua remuneração (art. 202, §2º, da CF/1988). Além disso, a Lei nº 10.243/2001 incluiu o inc. VI no §2º do art. 458 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), afastando o instituto da previdência privada do conceito de salário.

Entendeu-se, ainda, no bojo do REsp nº 1.477.937/MG,¹⁴ que “o sistema da previdência complementar se insere, por analogia, na exceção posta no art. 1.659, VII, do Código Civil de 2002, cuja finalidade é similar àqueles institutos em sua maioria em pleno desuso”, ou seja, não seria partilhável.

As previdências abertas, por sua vez, são destinadas a qualquer cidadão. As contribuições são feitas diretamente pelo contratante, que possui maior autonomia para negociar seus termos. Essa modalidade de plano se subdivide em Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) e Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL).

Embora sejam registrados sob a alcunha de previdências privadas, os planos abertos são usualmente ofertados e tratados como planos de investimento, na modalidade de aplicação financeira, sendo possível a realização de resgates periódicos. A jurisprudência, nesse ponto, tem permitido a partilha dos planos de capital aberto e, em regra, não autoriza a partilha dos valores existentes em planos fechados.

Nesse sentido:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO E PARTILHA DE BENS. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 489, §1º, VI, DO CPC/15. INOBSERVÂNCIA DE SÚMULA, JURISPRUDÊNCIA OU PRECEDENTE CONDICIONADA À DEMONSTRAÇÃO DE DISTINÇÃO OU SUPERAÇÃO. APLICABILIDADES ÀS SÚMULAS E PRECEDENTES VINCULANTES, MAS NÃO ÀS SÚMULAS E PRECEDENTES PERSUASIVOS. *PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA. REGIME MARCADO PELA LIBERDADE DO INVESTIDOR. CONTRIBUIÇÃO, DEPÓSITOS, APORTES E RESGATES FLEXÍVEIS. NATUREZA JURÍDICA MULTIFACETADA. SEGURO PREVIDENCIÁRIO. INVESTIMENTO OU APLICAÇÃO FINANCEIRA. DESSEMELHANÇAS ENTRE OS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA E FECHADA, ESTE ÚLTIMO INSUSCETÍVEL DE PARTILHA. NATUREZA*

¹³ STJ. REsp nº 1.207.071/RJ. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção. *DJe*, 8 ago. 2012.

¹⁴ STJ. REsp nº 1.477.937/MG. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, Terceira Turma, j. 27.4.2017. *DJe*, 20 jun. 2017.

SECURITÁRIA E PREVIDENCIÁRIA DOS PLANOS PRIVADOS ABERTOS VERIFICADA APÓS O RECEBIMENTO DOS VALORES ACUMULADOS, FUTURAMENTE E EM PRESTAÇÕES, COMO COMPLEMENTAÇÃO DE RENDA. NATUREZA JURÍDICA DE INVESTIMENTO E APLICAÇÃO FINANCEIRA ANTES DA CONVERSÃO EM RENDA E PENSIONAMENTO AO TITULAR. PARTILHA POR OCASIÃO DO VÍNCULO CONJUGAL. NECESSIDADE. ART. 1.659, VII, DO CC/2002 INAPLICÁVEL À HIPÓTESE. [...] 4- Os planos de previdência privada aberta, operados por seguradoras autorizadas pela SUSEP, podem ser objeto de contratação por qualquer pessoa física e jurídica, tratando-se de regime de capitalização no qual cabe ao investidor, com amplíssima liberdade e flexibilidade, deliberar sobre os valores de contribuição, depósitos adicionais, resgates antecipados ou parceladamente até o fim da vida, razão pela qual a sua natureza jurídica ora se assemelha a um seguro previdenciário adicional, ora se assemelha a um investimento ou aplicação financeira. 5- Considerando que os planos de previdência privada aberta, de que são exemplos o VGBL e o PGBL, não apresentam os mesmos entraves de natureza financeira e atuarial que são verificados nos planos de previdência fechada, a eles não se aplicam os óbices à partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal apontados em precedente da 3ª Turma desta Corte (REsp 1.477.937/MG). 6- Embora, de acordo com a SUSEP, o PGBL seja um plano de previdência complementar aberta com cobertura por sobrevivência e o VGBL seja um plano de seguro de pessoa com cobertura por e sobrevivência, a natureza securitária e previdenciária complementar desses contratos é marcante no momento em que o investidor passa a receber, a partir de determinada data futura e em prestações periódicas, os valores que acumulou ao longo da vida, como forma de complementação do valor recebido da previdência pública e com o propósito de manter um determinado padrão de vida. 7- *Todavia, no período que antecede a percepção dos valores, ou seja, durante as contribuições e formação do patrimônio, com múltiplas possibilidades de depósitos, de aportes diferenciados e de retiradas, inclusive antecipadas, a natureza preponderante do contrato de previdência complementar aberta é de investimento, razão pela qual o valor existente em plano de previdência complementar aberta, antes de sua conversão em renda e pensionamento ao titular, possui natureza de aplicação e investimento, devendo ser objeto de partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal por não estar abrangido pela regra do art. 1.659, VII, do CC/2002. [...].*¹⁵ (Grifos nossos)

¹⁵ STJ. REsp nº 1.698.774/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 1º.9.2020. DJe, 9 set. 2020.

Genericamente, compreende-se que os planos privados são assemelhados aos meio-soldos, pensões, montepios, tratando-se de pecúlio desde a sua instituição. Dessa forma, estariam tais valores cobertos pela incomunicabilidade de que dispõe o art. 1.659, VII, do Código Civil. Acrescenta-se o enquadramento nos termos do inc. VI, do supracitado artigo, por advirem do provento do trabalho pessoal do aderente ao plano. Podem ser interpretados, portanto, como reserva monetária, fruto do trabalho do cônjuge/companheiro, destinados à complementação de seus rendimentos advindos da previdência oficial.

Como indicado na decisão acima citada, enquanto o valor aplicado não for revertido em renda, ele é tomado como investimento, impondo-se sua partilha.

No entanto, a natureza jurídica da previdência privada, por si só, não descaracteriza nem afasta a comunicabilidade dos valores ali aportados (que tenham origem no patrimônio comum), devendo-se aplicar a mesma sistemática da sub-rogação utilizada para bens particulares (art. 1.659, II do CC), ou seja, os novos bens, adquiridos com produto de bem comum, se colocam no lugar dos primeiros.

A constituição de fundos privados de previdência, em especial os de capital aberto, mas não apenas eles, podem servir, não se desconsidera, como complementação da aposentadoria oficial. Contudo, alguns elementos devem ser observados para balizar as decisões judiciais em que se aprecie a comunicabilidade ou não dos valores existentes em fundos de previdência privada, aberta ou fechada, o que será analisado a seguir.

3 As previdências privadas nas decisões judiciais

Neste capítulo, aborda-se como o tema das previdências privadas vem sendo tratado nos tribunais nacionais. Pondera-se sobre a inadequação de se atribuir, *a priori* e por regra, a característica de incomunicabilidade às previdências fechadas, apontando alguns caminhos hermenêuticos para a identificação, nos casos concretos, de possíveis fraudes na utilização desses fundos.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que as previdências privadas fechadas possuem natureza personalíssima, sendo, por isso, insuscetível de partilha, uma vez que “instituída mediante planos de benefícios de natureza previdenciária apenas aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas aos quais os empregados estão atrelados, sem se confundir, contudo, com a relação laboral e o respectivo contrato de trabalho”.¹⁶

¹⁶ STJ. REsp nº 1.651.292/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19.5.2020. *DJe*, 25 maio 2020.

As decisões consignam, ainda, que o fundamento para existência das previdências complementares fechadas reside na constituição de reservas para contingências futuras e incertas da vida, assemelhando-se, por isso, às pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. Por fim, e talvez, o mais realçado argumento pela incomunicabilidade dessas verbas é a necessidade de manutenção do equilíbrio atuarial das previdências. Neste sentido:

Por sua vez, não faria sentido possibilitar a partilha do benefício, visto que o princípio nuclear da previdência complementar fechada é justamente o equilíbrio financeiro e atuarial.

Aliás, ressalta-se que tal verba não pode sequer ser levantada ou resgatada ao bel prazer do participante, que deve perder o vínculo empregatício com a patrocinadora ou completar os requisitos para tanto, sob pena de violação de normas previdenciárias e estatutárias.

E, apenas a título de argumentação, admitir a possibilidade de resgate antecipado de renda capitalizada, em desfavor de uma massa de participantes e beneficiários de um fundo, significaria lesionar terceiros de boa-fé que assinaram previamente o contrato sem tal previsão.

Ademais, não se pode negar que o equilíbrio atuarial, preceito elementar e inerente ao sistema previdenciário, é permeado de cálculos extremamente complexos, que consideram para a saúde financeira da entidade, inúmeras variáveis, tais como a expectativa de vida, o número de participantes, o nível de remuneração atual e o percentual de substituição do benefício complementar. Acrescer o regime de casamento ao cálculo desequilibraria o sistema como um todo, criando a exigência de que os regulamentos e estatutos das entidades previdenciárias passassem a considerar o regime de bens de união estável ou casamento dos participantes no cálculo atuarial, o que não faz o menor sentido por não se estar tratando de uma verba tipicamente trabalhista, mas, sim, de pensão, cuja natureza é distinta.

Por outro lado, eventuais mudanças na forma de cálculo que possam comprometer o equilíbrio financeiro e atuarial devem ser evitadas por desafiar ampla comprovação da sua indispensabilidade, à luz do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica, os quais impõem cautela e discernimento em tais alterações.¹⁷ (Grifos nossos)

¹⁷ STJ. REsp 1477937/MG. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 27.4.2017. DJe, 20 jun. 2017.

Ora, a própria decisão admite a possibilidade de, dentro das regras do contrato, se proceder ao levantamento ou resgate dos valores aportados. No entanto, questiona-se: seria possível identificar indícios de fraude nessa conduta? Nesses casos, o equilíbrio financeiro e atuarial, abstratamente considerado, cederia espaço à proteção daquela pessoa que teve seus direitos fraudados na partilha?

A resposta à primeira pergunta parece ser positiva. Imagine-se, por exemplo, a conduta de um empregado que, espontaneamente, logo após a efetivação da partilha, deixa a empresa à qual se encontrava vinculado e, por consequência, procede ao saque dos valores existentes em fundo de previdência fechada. Ele não transfere o numerário para outro fundo nem reaplica o valor, em tese, destinado a contingências futuras.

Nessas hipóteses – e em tantas outras que a moldura do real contempla – não seria razoável a manutenção da tese da incomunicabilidade, sob o fundamento de se manter hígido o equilíbrio financeiro e atuarial da administradora do plano previdenciário. Em primeiro lugar, porque esse equilíbrio é um dado abstrato, de modo que a possibilidade de partilha do valor ali constante, na realidade, pouco pode interferir nessa variável.

Presentes elementos que indiquem o caráter nitidamente fraudulento da operação, deve-se proteger, no âmbito do direito de família e das sucessões, aquela pessoa prejudicada pela conduta antijurídica do contratante, não raro, vulnerabilizada patrimonialmente (a esposa ou companheira que deixa o mercado de trabalho para se dedicar aos cuidados do lar, ou aquela que, já idosa, se vê sem qualquer patrimônio particular que lhe permita viver com autonomia e dignidade).

Assim, é possível indicarem-se algumas características que merecem ser observadas nas situações concretas e que permitem a identificação de condutas fraudulentárias.

A primeira delas é a finalidade da contratação do plano de previdência privada. Usualmente, as decisões judiciais ponderam que tais fundos possuem natureza personalíssima, constituindo reserva para complementação de renda futura, acentuando a ideia de que se destina a suprir contingências futuras e incertas. No entanto, já se reconhece que, caso o aporte tenha o condão de puro investimento e aplicação financeira, visando à rentabilidade em curto ou médio prazo, ou à obtenção de vantagens fiscais e tributária, é passível de partilha.

Isso porque, ao se verificar essa finalidade, de aplicação financeira, a previdência privada se equipara a outras formas de investimento, como a poupança, a aquisição de títulos, entre outras. Em resumo, deixa de ser uma verba destinada às incertezas futuras, convertendo-se em efetiva aplicação de recursos para acréscimo do patrimônio.

Ainda, acerca dessa característica, Maria Berenice Dias afirma:

Antes de se atingir a idade estabelecida no plano, a previdência privada não passa de aplicação financeira como qualquer outra. Não há pensão antes desse momento e, portanto, não há incomunicabilidade. Isso porque sequer há certeza de que, ao fim do plano, efetivamente os valores se converterão em renda ou serão sacados pelo titular. Com certeza essa diferenciação se impõe até para evitar fraude ao regime de bens.¹⁸

Notável a possibilidade de partilha do valor aportado na previdência privada enquanto não se tornar pecúlio e gerar frutos ao titular.¹⁹

Outra questão que deve ser analisada é o momento de constituição do fundo. Esse contorno fica mais evidente ao se tratar das previdências abertas, pois podem ser contratadas por qualquer pessoa, independentemente de a pessoa se encontrar em idade economicamente ativa. E o “momento” pode, ainda, ser avaliado sob algumas perspectivas.

A primeira delas diz respeito ao momento de vida do contratante. Caso existam elementos que permitam a conclusão de que não se trata de valor destinado a contingências futuras, mas, ao contrário, trata-se de investimento financeiro, pode-se concluir pela existência de fraude. Um exemplo paradigmático se deu em caso analisado pela 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Nele, determinou-se a partilha do VGBL contratado por uma pessoa de 75 anos de idade, no valor de R\$300.000,00, a demonstrar que não se tratava de previdência, propriamente dita, mas de mero investimento, visando à rentabilidade em curto ou médio prazo. Nessa situação, um dos fundamentos determinantes da decisão foi a consideração de que o contratante já contava com avançada idade, o que também deve ser ponderado em situações em que estejam presentes indícios de fraude. Constou no acórdão:

Compulsando os documentos juntados aos autos, observa-se que FSM, no momento da contratação do plano de previdência complementar VGBL, *contava com 75 (setenta e cinco) anos, realizou um aporte financeiro inicial no valor de R\$300.000,00 (trezentos mil reais)*, e estabeleceu que receberia a indenização quando completasse com 99 anos de idade. *Nessa trajetória, não é crível que o*

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 347-348.

¹⁹ Neste sentido, vejam-se as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nas apelações de nº 0618642-85.2018.8.26.0010 e nº 0010832-48.2012.8.26.0010.

médico, pretendesse de cujus, resguardar o seu futuro, ao aplicar grande parcela de seu patrimônio em previdência privada, quando já contava com avançada idade, não sendo possível considerar que tal previdência tenha natureza, de fato, previdenciária ou securitária, mas sim de investimento financeiro, no qual o investidor estipulou livremente o beneficiário para realizar o valor investido quando de seu falecimento. Dessa forma, em se tratando de previdência privada de adesão espontânea, sendo uma forma de capitalização, igual a qualquer aplicação financeira.²⁰ (Grifos nossos)

A decisão ainda aponta outro elemento distintivo que deve ser observado para se identificar a fraude – o valor dos recursos aportados na previdência. Isso porque existe a tendência de se depositar, periodicamente e em longo prazo, pequenas quantias, a indicar um planejamento continuado, visando a complementar os rendimentos no futuro. O aporte de grandes quantias de recurso uma ou poucas vezes revela, como se ponderou acima, a intenção de se realizar um investimento.

Outra perspectiva diz respeito, efetivamente, ao momento em que a previdência foi constituída. Deve-se observar, por exemplo, se a contratação ocorreu próximo à separação de fato ou no contexto de uma situação de crise conjugal, a indicar que a vinculação ao plano de previdência se deu para esvaziar o patrimônio comum e blindá-lo da partilha.

Vê-se que essa análise se aplica também à previdência fechada. Pode muito bem o funcionário ou associado de uma empresa, no contexto de uma crise conjugal objetivamente verificável e que culmina na separação, vincular-se à previdência com a qual sua empregadora tem relação, destinando, a partir desse momento de crise, recursos ao fundo previdenciário, numa nítida intenção fraudatória. No momento que vislumbra uma possível cisão de seu matrimônio, procede à contratação do plano.

A conduta fraudulenta, na prática, não é necessariamente difícil de ser identificada. Pense-se, por exemplo, num casal que sinaliza uma primeira ruptura; um dos cônjuges ou companheiros deixa a residência comum, ou mesmo adotam os trâmites preliminares ao processo de divórcio, mas, no entanto, reatam. Se nesse ínterim se contrata o plano de previdência privada, é possível que se esteja diante de um cenário de fraude à partilha de bens.

Ainda acerca da previdência fechada, deve-se verificar o momento de resgate dos valores depositados, ou seja, quando ocorreu o desligamento da pessoa da empresa e, assim, o encerramento do contrato de previdência. Se havia o intuito

²⁰ TJPR. 11ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº 0020748-71.2019.8.16.0000/Curitiba*. Rel. Des. Fábio Haick Dalla Vecchia, j. 4.7.2019.

manifesto de saída da empresa, verificável por meio de sinais exteriores, comprovados, mas a pessoa rompe o vínculo empregatício – e, portanto, contratual – apenas após a efetivação da partilha, fazendo o levantamento dos valores aportados, que se encontram acobertados, segundo o atual entendimento, pela incomunicabilidade, há indícios de que tenha ocorrido fraude.

A análise acima deve ser feita levando em consideração todo o contexto fático-probatório, especialmente em cotejo com o item logo acima expresso – existência de tensões no relacionamento. Isso, pois, uma ruptura é antecedida por diversos desgastes e fissuras, que nem sempre são breves ou imediatamente anteriores à separação. Se, em algum desses momentos, direciona-se a conduta à contratação de um plano de previdência, visando ao esvaziamento patrimonial, há possibilidade de que se esteja agindo em fraude.

Por fim, uma outra característica que deve ser observada diz respeito ao comportamento de quem adere ao plano. Em outras palavras, trata-se de identificar se a pessoa é previdente, ou seja, se, ao longo da vida, exterioriza sinais de que planeja seu futuro financeiro, adota estratégias de contenção e controle de gastos, de arquitetura e planejamento patrimonial.

A partir da verificação desses elementos e indícios, é possível se investigar, com maior precisão, se há o caráter fraudulento na contratação de planos de previdência privada ou se, de fato, se revelam como exercício da autonomia privada.

Conclusão

Ao longo das últimas décadas, foram inúmeras as transformações pelas quais passou o direito das famílias brasileiro. Com a constitucionalização do direito civil e, portanto, do direito familiarista, a pessoa passou a ser o centro de imputação das normas jurídicas, mas também seu fundamento principal; ocorre, então, o que se convencionou chamar de repersonalização. A partir desse movimento, os institutos clássicos são observados a partir de outra perspectiva – de realização da personalidade e da dignidade de cada membro da família.

Assim, por exemplo, a autonomia privada se configura como importante lente a partir da qual se podem analisar as novas configurações das relações familiares.

No presente artigo, buscou-se compreender a construção teórica da autonomia privada, refletindo sobre seu atual papel no âmbito do direito de família brasileiro. Nesse sentido, foram indicadas algumas limitações impostas a seu exercício, pelo ordenamento jurídico, ordem pública, moral e bons costumes. Concluiu-se, então, que o exercício da autonomia privada, no âmbito das relações familiares, é possível na medida em que observe os limites impostos por esses

quatro elementos, e, em havendo ofensa a algum deles, autoriza-se a limitação à liberdade individual.

Posteriormente, desenvolveu-se a análise da contratação de previdências privadas e seus efeitos no âmbito das relações familiares, e seus impactos nas questões conjugais, especialmente no momento do divórcio e dissolução de união estável, com a efetivação da partilha. Assim, foram explicitados os entendimentos sobre a incomunicabilidade das previdências privadas de capital fechado e a abertura à ideia de que as previdências abertas podem ser partilhadas.

Pretendeu-se tencionar esse entendimento apriorístico acerca da incomunicabilidade das previdências fechadas a partir da constatação de fraude no momento de partilha de bens. Assim, entende-se que, presentes indícios do caráter fraudulento das condutas de alguma das partes, possível a inclusão desses valores no rol de bens partilháveis.

Diante disso, foram apresentados alguns elementos, extraídos de decisões judiciais e da prática, que podem auxiliar na visualização das situações relatadas. São esses parâmetros distintivos entre o exercício da autonomia privada e a conduta configuradora de fraude ao regime de bens, em especial: o momento da constituição da previdência privada ou levantamento dos valores; a origem e os valores dos recursos aportados; a frequência dos aportes; o comportamento do contratante, ou seja, se suas condutas indicam que se trata de pessoa previdente. Tudo tendo como fio condutor a reflexão sobre se o valor depositado se revelava como investimento, ou se visava à complementação de renda, em longo prazo, diante das contingências futuras.

Referências

- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1998.
- BETTI, Emilio; VASSALLI, Filippo. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2. ed. Torino: Torinese, 1955.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: a luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Editora Caminho, 1989.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Teoria geral do direito civil*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1987/1988. 1^ª v.

- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, Antônio Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.
- RAAD, Daniela Russowsky. *O exercício da autonomia privada no direito sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime de separação de bens*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2018.
- STJ. REsp nº 1.477.937/MG. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, Terceira Turma, j. 27.4.2017. *DJe*, 20 jun. 2017.
- STJ. REsp nº 1.651.292/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19.5.2020. *DJe*, 25 maio 2020.
- STJ. REsp nº 1.698.774/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 1º.9.2020. *DJe*, 9 set. 2020.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.
- TJPR. 11ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº 0020748-71.2019.8.16.0000/Curitiba*. Rel. Des. Fábio Haick Dalla Vecchia, j. 4.7.2019.
- TJSP. *Apelação Cível nº 0010832-48.2012.8.26.0010*. Rel. Salles Rossi, 8ª Câmara de Direito Privado, Foro Regional X – Ipiranga, 1ª Vara da Família e Sucessões, j. 15.7.2016, registro 15.7.2016.
- TJSP. *Apelação Cível nº 0618642-85.2008.8.26.0100*. Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 8ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível, 6ª Vara da Família e Sucessões, j. 29.7.2015, registro 30.7.2015.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 37. ed. Padova: Cedam, 1997.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Gabriel Percegon. Previdências privadas entre o exercício da autonomia privada e a fraude à partilha. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 2, p. 41-58, abr./jun. 2023. DOI: 10.33242/rbdc.2023.02.003.

Recebido em: 07.10.2021

Aprovado em: 15.06.2022