

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: IMPACTOS DE DECISÕES JUDICIAIS V. MUTUALISMO[†]

Pedro Romano Martinez[‡]

Plano: I. Previdência pública e privada. II. Autonomia privada no âmbito previdencial. III. Regime dos Fundos de Pensões. 1. Diretrizes da União Europeia. 2. Especificidades do regime português. 3. Direitos dos participantes. IV. Análise de situações concretas de Fundos de Pensões. V. Natureza jurídica dos Fundos de Pensões

I. PREVIDÊNCIA PÚBLICA E PRIVADA



previdência, hoje designada em Portugal “Segurança Social”, desenvolveu-se durante a segunda metade do século XX como um encargo do Estado, encontrando-se na Constituição portuguesa de 1976 a consagração do direito à segurança social (artigo 63.º). Dispõe o preceito citado, com a epígrafe “Segurança social e solidariedade”, que “Todos têm direito à segurança social”¹.

[†] Apresentado em "Novos Temas e Desafios no Mundo do Trabalho", Colóquio organizado pela Academia Nacional de Direito do Trabalho, São Paulo, 27 e 28 de setembro de 2012.

[‡] Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Transcreve-se o artigo 63.º da Constituição:

“1. Todos têm direito à segurança social.

2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários.

3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

4. Todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões

O sistema de segurança social (público) é não só encargo do Estado no que respeita ao seu financiamento como à respetiva organização. Deste modo, a Lei de Bases do Sistema de Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro) reitera no artigo 2.º que todos têm direito à segurança social, nos termos previstos na Constituição. Como princípios gerais da segurança social indica-se no artigo 5.º da referida lei que “Constituem princípios gerais do sistema o princípio da universalidade, da igualdade, da solidariedade, da equidade social, da diferenciação positiva, da subsidiariedade, da inserção social, da coesão intergeracional, do primado da responsabilidade pública, da complementaridade, da unidade, da descentralização, da participação, da eficácia, da tutela dos direitos adquiridos e dos direitos em formação, da garantia judiciária e da informação”. E o princípio da responsabilidade pública surge explicado no artigo 14.º da supra citada lei afirmando-se que “O princípio do primado da responsabilidade pública consiste no dever do Estado de criar as condições necessárias à efectivação do direito à segurança social e de organizar, coordenar e subsidiar o sistema de segurança social”.

O sistema de segurança social (público), assente em princípios de universalidade e igualdade, sendo responsabilidade do Estado, tendo sido alvo – principalmente nos últimos anos – de duas dificuldades: acentuada ineficácia de funcionamento; incapacidade económica de suporte dos encargos, nomeadamente atentos os cálculos atuariais desajustados. Para fazer face à referida ineficiência do sistema público e, com incentivo estadual, tendo em vista reduzir custos no subsídio que o Esta-

de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado.

5. O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea e) do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º.”

do tem de prestar para o sistema de segurança social, desenvolveram-se múltiplos sistemas privados de segurança social.

A própria Constituição (artigo 36.º, n.º 5) dá especial relevo às instituições particulares de solidariedade social que, mesmo antes da existência de segurança social, já prestavam relevante atividade neste domínio. Neste âmbito, cabe destacar o tradicional papel que a Igreja Católica, há vários séculos, tem desempenhado em prol da solidariedade social.

II. AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO PREVIDENCIAL

I. Para além da tradicional solidariedade social, e paralelamente à segurança social (pública) foram-se desenvolvendo vários mecanismos complementares, negociados frequentemente por associações sindicais. Em Portugal, os sindicatos do sector bancário, antes da universalidade da segurança social, negociaram com as entidades bancárias um sistema de segurança social, que ainda hoje subsiste, em parte de modo complementar ao sistema público.

O princípio da universalidade do sistema público de segurança social tende a minimizar os sistemas privados que, por vezes só podem subsistir como sistemas complementares. Ainda assim, em certas áreas subsistem sistemas privados, que constituem alternativa ao sistema público. Por exemplo, os advogados e solicitadores têm a sua própria Caixa de Previdência, podendo não beneficiar do sistema público de segurança social.

Contudo, tem sido como mecanismo complementar que se desenvolveram sistemas privados de segurança social, particularmente relacionados com mecanismos financeiros como os fundos de pensões.

II. Sem pôr em causa o regime público de segurança social, nada obsta a que se estabeleçam regimes privados de pensões de reforma, de invalidez e de sobrevivência ou de com-

plementos de reforma, via de regra mediante fundos de pensões².

As pensões de reforma, normalmente pensões complementares de reforma, podem decorrer de convenção coletiva de trabalho ou, mais frequentemente, de um estatuto laboral determinado pelo empregador³. A iniciativa do empregador em conceder tais prestações pode ter origem em atos distintos: convenção coletiva de trabalho, regulamento interno ou outro tipo de decisão unilateral, nomeadamente um contrato constitutivo de fundo de pensões⁴.

As prestações complementares da responsabilidade das empresas constituem encargo do empregador, que as atribui aos seus trabalhadores, regra geral em complemento das prestações concedidas pela segurança social pública. Caracterizem-se pelo facto de serem voluntárias (a sua consagração não é imposta por lei), complementares (relativamente aos regimes públicos, uma vez que estes estabelecem determinados *plafonds* às prestações) e gratuitas (os seus beneficiários normal-

² Quanto ao relevo e caracterização dos fundos de pensões, veja-se BERNARDO LOBO XAVIER, «Problemas jurídico-laborais dos fundos (fechados) de pensões. Direitos dos trabalhadores», *RDES*, Ano L (2009), n.ºs 3/4, p. 22 e pp. 32 e ss. Sobre os fundos de pensões, consulte-se ainda ARNALDO COSTA OLIVEIRA, *Fundos de pensões. Estudo jurídico*, Coimbra, 2003. Quanto a alterações impostas a regimes previdenciais privados, veja-se ROMANO MARTINEZ “Alterações de regime jurídico e tutela de direitos adquiridos”, *RDES* 2011, n.º 3/4, pp. 87 e ss.

³ Tem sido alvo de acesa polémica, com muitas decisões jurisprudenciais, a questão relativa à reforma por limite de idade ou invalidez dos trabalhadores do sector bancário, atento o regime do ACTV para o sector bancário, alvo de sucessivas alterações, mormente em 1982. Com uma posição particular, não coincidente com a da jurisprudência maioritária, *vd.* CATARINA PIRES / JOÃO DA COSTA ANDRADE, «O regime jurídico relativo à atribuição e cálculo da reforma de certos trabalhadores do sector bancário: tentativa de superação de um (falso) problema de aplicação da lei no tempo», *O Direito*, 2004, I, pp. 157 e ss.

⁴ A forma de gestão dos fundos de pensões pode igualmente ser diferente: muitas vezes estas iniciativas caracterizam-se pela utilização de mecanismos de gestão imediata e de afetação financeira específica ou pode a sua gestão ser transferida para outra entidade, por exemplo, uma seguradora (ILÍDIO DAS NEVES, *Os regimes complementares de segurança social*, *RDES*, 1994, n.º 4, pp. 302 e 303).

mente não suportam qualquer contribuição)⁵.

III. Importa atender brevemente à evolução do regime de tais pensões nas leis sobre relações coletivas de trabalho. A partir de 1976 e, depois, em 1979, com a Lei dos Instrumentos de Regulação Colectiva, foi vedado a tais instrumentos «estabelecer e regular benefícios complementares dos assegurados pelas instituições de previdência»⁶. A proibição sofreu uma forte limitação em 1992, ao ser acrescentado o texto «salvo se ao abrigo e nos termos da legislação relativa aos regimes profissionais complementares de segurança social ou equivalentes, bem como aqueles em que a responsabilidade pela sua atribuição tenha sido transferida para instituições seguradoras»⁷. Finalmente, em 2003, o Código do Trabalho eliminou toda a restrição: «Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho podem instituir regimes complementares contratuais que atribuam prestações complementares do subsistema previdencial na parte não coberta por este, nos termos da lei» (artigo 533.º, n.º 2, do CT). É interessante nesta evolução que o regime de 1992 tenha assumido a distinção entre regimes previdenciais com transferência e com conservação de encargos, e só tenha proibido que os instrumentos de regulação colectiva criassem os segundos. A lei de 1979 poderia ser compreendida com um exagero de regulação, em parte motivado pelas concepções da época sobre os sectores económicos a que a iniciativa privada podia ter acesso, noutra parte explicável pela não compreensão inicial da distinção entre transferência e conservação de encar-

⁵ BERNARDO XAVIER / PEDRO FURTADO MARTINS / ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, «Pensões complementares de reforma - Inconstitucionalidade da versão originária do art. 6.º, 1. e) da LRC», *RDES*, 1997, n.ºs 1-2-3, pp. 151 a 154.

⁶ Texto do art. 6.º, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de Dezembro. Sobre esta questão, explicando a evolução do direito laboral, as justificações da limitação e a apreciação da constitucionalidade da norma em questão pelo Tribunal Constitucional, *vd.* BERNARDO LOBO XAVIER, «Problemas jurídico-laborais dos fundos (fechados) de pensões. Direitos dos trabalhadores», *cit.*, pp. 13 e ss., em especial nota 27, pp. 23 e ss.

⁷ *Cfr.* o Decreto-Lei n.º 209/92, de 2 de Outubro.

gos. E o Código do Trabalho eliminou as restrições, apontando porventura o sentido final de uma «modernização» nestas matérias. É evidente que a mencionada eliminação das restrições anteriores operada pelo Código do Trabalho, em 2003, não liberalizou o regime, porquanto, não obstante a permissão legal, tendo em conta a remissão para «os termos da lei» (art. 478.º, n.º 2, do CT2009), importa observar o disposto na já citada Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro), nomeadamente no artigo 84.º⁸.

IV. Como decorre da referida Lei de Bases, «Os regimes complementares de iniciativa individual são de instituição facultativa, assumindo, entre outras, a forma de planos de poupança-reforma, de seguros de vida, de seguros de capitalização e de modalidades mutualistas» (artigo 84.º), podendo «(...) ser administrados por entidades públicas, cooperativas ou privadas, nomeadamente de natureza mutualista (...)» (artigo 85.º, n.º 1). Para controlo da administração de tais regimes, prescreve-se no n.º 2 do artigo 85.º que «Quando, no âmbito de um regime profissional complementar, estiver em causa a atribuição de prestações nas eventualidades de invalidez, velhice e morte, a respectiva gestão tem de ser concedida a entidade jurídica distinta da entidade que o instituiu».

Na mesma senda de fiscalização destes regimes complementares, estabeleceu-se no artigo 86.º da citada Lei de Bases, primeiro que «A criação e modificação dos regimes complementares de iniciativa colectiva e individual e a sua articulação com o subsistema previdencial são definidas por lei que regula, designadamente, o seu âmbito material, as condições técnicas e financeiras dos benefícios e a garantia dos respectivos direitos» (n.º 1) e, depois, que «A regulação, a supervisão prudencial e a

⁸ Considerando que subsistem limitações, veja-se BERNARDO LOBO XAVIER, «Problemas jurídico-laborais dos fundos (fechados) de pensões. Direitos dos trabalhadores», cit., p. 25.

fiscalização dos regimes complementares (...)» incumbe ao Instituto de Seguros de Portugal.

V. Em suma, ao abrigo da liberdade contratual – tanto no âmbito das relações coletivas de trabalho como de outros contratos sem intervenção sindical – desenvolveram-se variados mecanismos privados de segurança social, por via de regra complementares do sistema público.

Pese embora estes sistemas complementares de segurança social se instituíssem ao abrigo da liberdade contratual, constituindo um acréscimo relativamente às prestações realizadas pela segurança social pública, temendo que os beneficiários pudessem, em determinadas circunstâncias, ficar prejudicados, vendo goradas as suas expectativas, o Estado, incentivando estes sistemas privados, decidiu controlá-los, de modo a que não se perpetrassem injustiças.

A situação tem especial relevo no que respeita aos fundos de pensões, pois este instrumento financeiro tem sido usualmente constituído para instituir mecanismos complementares de segurança social. Daí que a intervenção do Estado no controlo dos sistemas privados de segurança social tenha tido particular incidência quanto aos fundos de pensões.

III. REGIME DOS FUNDOS DE PENSÕES

1. DIRETRIZES DA UNIÃO EUROPEIA

Na União Europeia, os serviços financeiros tendo em vista a constituição de sistemas complementares (por vezes alternativos) de segurança social desenvolveram-se especialmente mediante planos de pensões. Sabendo que estes instrumentos financeiros são fundamentais para o crescimento económico e para o progresso social, constituindo um eficaz meio de desenvolvimento do mercado financeiro e uma melhoria da segurança social dos trabalhadores, dinamizou-se a sua constituição.

Porém, atenta a probabilidade de serem goradas expectativas por parte dos participantes urgia estabelecer regras de controlo.

Com a Diretiva n.º 2003/41/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de junho de 2003 estabeleceram-se determinadas diretrizes a serem seguidas pelos Estados membros da União no que respeita à respetiva legislação em matéria de atividade e supervisão de instituições que realizam planos de pensões profissionais.

As diretrizes da União Europeia, plasmadas na sobredita diretiva, respeitam ao acesso à atividade por parte de instituições de realização de planos de pensões profissionais (artigo 1.º da Diretiva). No fundo pretende-se controlar a atividade de instituições que realizam planos de pensões profissionais, ainda que tais instituições careçam de personalidade jurídica e atuem por conta de um instituidor (empresa contribuinte); regula-se em especial o acesso e funcionamento de tais instituições, mormente impondo deveres de informação aos membros, beneficiários e autoridades competentes (regulador). Como os referidos planos de pensões assentam na técnica seguradora, impõe-se às instituições provisões técnicas e gestão financeira, ambas sujeitas a controlo de um regulador.

Como se indicou, as diretrizes da União Europeia, nomeadamente as constantes da referida diretiva, impõe-se aos Estados membros, influenciando na respetiva legislação. Cabe a cada Estado, adaptar a diretriz à estrutura nacional, legislando em conformidade.

2. ESPECIFICIDADES DO REGIME PORTUGUÊS

Na sequência da referida diretiva n.º 2003/43/CE, mas indo muito além do que nela se dispõe, surge o Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de janeiro, que regula a constituição e funcionamento dos fundos de pensões e das entidades gestoras de fundos de pensões. Paralelamente, também se regulam neste

diploma os planos de pensões e os planos de benefício de saúde.

A intervenção legislativa tem dois pilares essenciais: a supervisão e estrutura das entidades gestoras de fundos de pensões; e a limitação da autonomia privada no que respeita a regras contratuais relativas a constituição, alteração e execução de planos de pensões. Neste segundo plano, menos detalhado, veja-se regras quanto ao contrato constitutivo, à adesão de participantes, às alterações subsequentes ao contrato e à extinção e liquidação do fundo (artigos 20.º a 31.º). É significativamente mais extensa a regulamentação da estrutura das entidades de governação de fundos de pensões (artigos 32.º e ss.) e mecanismos de governação de tais fundos (artigos 57.º e ss.) – distinguindo-se fundos fechados e abertos (artigo 60.º). Também foi dado um especial enfoque legislativo ao regime prudencial dos fundos de pensões (artigos 66.º e ss.), de molde a evitar situações de insuficiência económica no cumprimento das prestações acordadas. A terminar, refira-se a relevância conferida à supervisão, a cargo do Instituto de Seguros de Portugal (artigos 92.º e ss.).

3. DIREITOS DOS PARTICIPANTES

Tratando-se de regime que emerge de um contrato, os direitos dos participantes resultam do que se prescrever no sobredito contrato. Não obstante a autonomia privada, o contrato constitutivo de fundo de pensões tem de observar regras mínimas, garantindo segurança aos participantes.

Ainda assim, é dos termos contratuais que se inferem os direitos dos participantes. Desses termos contratuais resulta também o tipo de fundo, nomeadamente se é um fundo de pensões aberto ou fechado e se assenta num regime de benefício definido ou de contribuição definida.

Esta última classificação apresenta particular interesse no

que respeita a direitos dos participantes, havendo uma diferença substancial entre um fundo de pensões que garante ao participante, aquando da reforma ou invalidez, um benefício previamente definido segundo uma fórmula de cálculo, daqueloutro em que o contribuinte se obriga a uma prestação definida sendo o benefício a receber pelo participante determinado em função do montante das contribuições entregues e dos respetivos rendimentos acumulados.

Podem identificar-se dois pilares neste âmbito: fundo de pensões fechado de contribuição definida e fundo de pensões fechado de benefício definido, correspondendo este último ao que se designa como fundo de pensões profissional ou de segundo pilar.

O participante no fundo de pensões tem uma expectativa quanto à constituição na sua esfera jurídica do direito à pensão de reforma, caso se venham a preencher os necessários requisitos; depois de reformado, por velhice ou invalidez, adquire o direito (subjeto) – direito de crédito – ao pagamento da pensão vitalícia de reforma.

IV. ANÁLISE DE SITUAÇÕES CONCRETAS DE FUNDOS DE PENSÕES

I. Não obstante as dificuldades por que passa a segurança social pública e os incentivos governamentais para a dinamização de sistemas complementares, a segurança social privada, nomeadamente por via de fundos de pensões, constitui em Portugal a exceção. Além do histórico fundo de pensões da atividade bancária, substitutivo do sistema de segurança social público, encontram-se mecanismos complementares implementados por fundos de pensões em algumas empresas de grande dimensão.

Acresce ainda que estando os fundos de pensões, via de regra, circunscritos a algumas empresas de maior dimensão –

abrangendo, por isso, um número elevado de trabalhadores, ainda que percentualmente reduzido no universo dos trabalhadores em Portugal –, a tendência tem sido a de transformar os fundos com benefício definido em fundos de pensões de contribuição definida.

Em Portugal, não se desenvolveu o designado segundo pilar de fundos de pensões, pelo que os existentes ou decorrem de contratação coletiva ou de acordos com trabalhadores em sede de determinadas empresas, com pouca expressão. E, como indicado, tem-se notado uma tendência para transformar os fundos de pensões existentes de plano com benefício definido para plano com contribuição definida. E, nestes últimos, não há qualquer obrigação de garantir o pagamento de um determinado valor de pensão.

Alguns países da União Europeia (*v. g.*, Inglaterra, Bélgica e Holanda) com regimes complementares de pensões a cargo dos empregadores e com um segundo pilar muito desenvolvido, debatem-se com problemas graves devido às desvalorizações dos ativos que integram as carteiras dos fundos de pensões e que se revelam agora insuficientes para fazer face às responsabilidades assumidas.

II. Neste circunstancialismo, em Portugal têm reduzida expressão as demandas judiciais de trabalhadores reformados, reclamando o pagamento de pensões. De facto, os poucos trabalhadores abrangidos têm a garantia de que a entidade gestora do fundo é controlada pelo Instituto de Seguros de Portugal, nomeadamente no que respeita à fixação da pensão de reforma devida. Por outro lado, sendo normalmente os fundos de pensões de contribuição definida, os trabalhadores não têm direito a uma prestação de reforma pré-definida. Refira-se, ainda, que dificilmente um tribunal emitirá uma decisão condenando a pagar uma pensão de reforma de valor diverso do fixado pela entidade gestora do fundo de pensões, pois o apuramento de tal

quantia foi controlado pelo Instituto de Seguros de Portugal⁹. Uma condenação judicial em sentido diverso poria em causa as regras prudenciais, que asseguram a subsistência do fundo de pensões, de que beneficiarão vários participantes.

De facto, constituindo o fundo de pensões um património autónomo exclusivamente afeto à realização de um ou mais planos de pensões, o mesmo não suporta outro tipo de obrigações que eventualmente existam do empregador face ao trabalhador que não estejam refletidas no plano de pensões, ou seja, no programa que define as condições em que se constitui o direito ao recebimento de uma pensão a título de reforma por invalidez, por velhice ou ainda em caso de sobrevivência ou de qualquer outra contingência equiparável (cf. artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de janeiro). Pode suceder que se discuta judicialmente a existência do direito ou o respetivo montante no âmbito do plano de pensões, podendo o valor não

⁹ É claro que os tribunais portugueses já se pronunciaram sobre questões jurídicas emergentes de fundos de pensões. Por exemplo, considerando válida uma alteração introduzida no contrato constitutivo do fundo de pensões institucionalizado na empresa, o Supremo Tribunal de Justiça condenou a ré (empresa) no pagamento de parte do pedido apresentado por um ex-trabalhador, reformado por invalidez, na medida em que este se reformou por invalidez em data anterior à da autorização do Instituto de Seguros de Portugal à referida alteração ao contrato constitutivo do fundo de pensões (Ac. STJ de 14/9/2011, Proc. 475/08, Fernandes da Silva). Em idêntico sentido, veja-se o Ac. STJ de 14/9/2011, Proc. n.º 791/08, Fernandes da Silva), em que a empresa foi absolvida, pois, em idêntico circunstancialismo de alteração do contrato constitutivo do fundo de pensões, o direito à pensão de invalidez constituiu-se em data posterior à da alteração. Veja-se ainda o Ac. STJ de 10/7/2008, Vasques Dinis, www.dgsi.pt, admitindo como válida, por não ferir a regra da não retroactividade, de uma alteração ao regime previdencial constante de convenção colectiva de trabalho. Podendo existir, excluindo questões relacionadas com alterações ao contrato constitutivo de fundo de pensões, não foram encontradas decisões em que o tribunal condena no pagamento de uma pensão diversa da que resulta do apuramento feito pela entidade gestora do fundo de pensões. Na realidade, não foram identificadas ações de trabalhadores que pretendem receber mais do que o decorrente do Fundo, embora existam ações em que se discute se existe o direito ao benefício definido, ou o montante do benefício definido (v. g., Ac. STJ de 25/3/2010, Sousa Grandão, Ac. STJ de 14/9/2011, Fernandes da Silva, e Ac. STJ de 26/10/2011, Pereira Rodrigues, todos disponíveis em www.dgsi.pt).

estar refletido (por ter prevalecido uma interpretação diferente) no cálculo das contribuições necessárias para assegurar o benefício definido.

Nessas circunstâncias, discutindo-se em tribunal o valor da pensão, face ao ordenamento jurídico português, a solução judicial não pode ser a de aumentar o benefício de um dos participantes em detrimento do benefício conferido aos restantes, mas sim o de proceder ao recálculo atuarial das contribuições de forma a que estejam em correspondência com os benefícios, de acordo com as contribuições efetuadas ou a efetuar, beneficiando ou prejudicando todos os participantes.

V. NATUREZA JURÍDICA DOS FUNDOS DE PENSÕES

O fundo de pensões corresponde a um instrumento financeiro que não podendo caracterizar-se tecnicamente como um seguro, assenta no regime prudencial e na estrutura típica dos seguros, justificando-se a aplicação das regras próprias dos seguros.

