



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO
PROCESSO Nº 0001365-42.2016.815.0000.

Origem : 4ª Vara da Comarca de Souza.

Relator : *Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.*

Apelante : *Pecúlio União Previdência Privada.*

Advogado : *Paulo Berger – OAB/RS 61.011.*

Apelado : *Joaquim Daniel.*

Advogado : *Em causa própria – OAB/PB 7.048.*

Recorrente: *Joaquim Daniel.*

Advogado: *Em causa própria - OAB/PB 7.048.*

Recorrido: *Pecúlio União Previdência Privada.*

Advogado: *Paulo Berger – OAB/RS 61.011.*

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. INCONFORMISMO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INAPLICABILIDADE. LAPSO TEMPORAL DE CINCO ANOS. SÚMULA Nº 291 DO STJ. REJEIÇÃO. MÉRITO. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSUMERISTAS. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. DESVINCULAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO. LEI Nº 6.435/1977. INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A INFLAÇÃO. RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES INDEVIDAMENTE DESCONTADAS. CONFISSÃO DO RÉU. VEDAÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS E CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGP-M. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS.

- No caso de ação de cobrança das parcelas de complementação de benefício previdenciário pela previdência privada deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal, de acordo com a Súmula nº 291 do STJ.

- É possível a aplicabilidade imediata do Código de Defesa do Consumidor aos planos de previdência privada, inclusive àqueles anteriores à vigência da lei. Além disso, segundo o STJ, somente aplica-se a Súmula nº 321 às entidades abertas de previdência complementar, como no caso dos autos.

- Com a entrada em vigor da Lei nº 6.435/1977, ficou vedada a vinculação das contribuições e benefícios de previdência privada com o salário mínimo, de acordo com o art. 22 do mencionado diploma legal.

- Considerando que o comando legal acima é de cunho obrigatório pelos planos de previdência privada e sua aplicabilidade é imediata e não implica em ofensa a direito adquirido, devendo ser adotados os índices de correção monetária que melhor refletem a variação inflacionária do período, ou seja, ORTNs (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional) de outubro de 1979 até dezembro de 1988, IPC de janeiro de 1989 até março de 1991, sendo fixado no patamar de 42,72% em janeiro de 1989 e de 21,87 em fevereiro de 1991; e IGP-M da FGV a partir de março de 1991.

- É cabível a restituição das contribuições indevidamente descontadas após o prazo de 20 (vinte) anos de contribuição, com aplicação de juros de mora de 1% ao mês desde a citação e correção monetária pelo IGP-M desde cada desconto indevido. Ressalte-se que tal direito foi confessado pela promovida no momento de sua defesa, devendo incidir o princípio do *venire contra factum proprium*.

- Para que se reconheça o cabimento da indenização, mostra-se necessária a constatação da conduta antijurídica que gere dano, do nexo de causalidade entre a conduta e o dano e da culpa do agente.

- A conduta praticada pela parte promovida não é ilícita, porquanto apenas deu cumprimento a nova legislação sobre o tema.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. **ACORDA** a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, rejeitar a prescrição e, no mérito, dar provimento parcial dos recursos, nos termos do voto do relator, unânime.

Trata-se de **Apelação Cível** e de **Recurso Adesivo** interpostos, respectivamente, pelo **Pecúlio União Previdência Privada** e por **Joaquim Daniel** contra a sentença (fls. 512/519) proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Comarca de Souza que, nos autos da “Ação de Obrigação de Fazer cumulado com Repetição de Indébito e Indenização por Danos Morais” ajuizada pelo recorrente adesivo em face da empresa apelante, julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Na peça de ingresso (fls. 02/06), o demandante relata que “*se inscreveu como SÓCIO/SEGURADO da requerida em 03 de agosto de 1979 sob nº 541.362 à época, Montepio dos Servidores Públicos do Brasil, OPTANTE do Plano VIP-I Grupo 04 SM Aposentadoria – Indenização e Pensão*”.

Aduz que, desde setembro de 1979, vem pagando as mensalidades por meio de descontos em seu contra-cheque e, conforme art. 5º do Grupo IV SM do Regulamento da referida seguradora, o autor tem direito a receber uma aposentadoria equivalente a 04 (quatro) salários mínimos mensais, posto que já vem contribuindo há mais de 20 anos.

Em seguida, alega que, mesmo tendo enviado várias solicitações administrativamente para fins de recebimento do benefício de aposentadoria, não obteve qualquer resposta e, por isso, ajuizou a presente demanda, objetivando a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição no valor acima especificado, o pagamento das parcelas atrasadas, a devolução dos valores indevidamente recolhidos pelo autor a título de mensalidade a partir de 01/10/1999, tudo corrigido monetariamente e com juros de mora e compensatórios, bem como a condenação em indenização por danos morais em quantia a ser arbitrada pelo juiz.

Juntou documentos (fls. 07/38).

Devidamente citado, o promovido apresentou contestação (fls. 68/80), alegando, em sede de prejudicial de mérito, a prescrição quinquenal das prestações vencidas anteriores a janeiro de 1999. Meritoriamente, defende que, apesar do Regulamento do Plano VIP, extinto Montepio dos Servidores Públicos do Banco do Brasil dispusesse que as contribuições e benefícios teriam como parâmetro o salário-mínimo, com o advento da Lei nº 6435/77 a entidade foi obrigada a substituí-lo pela ORTN, como fator de reajuste.

Seguindo suas argumentações, afirma que, em virtude da modificação legislação, realizou uma Assembleia Geral Extraordinária em

30/10/1980, oportunidade na qual restou deliberada, nos termos da Ata nº 20, que a transformação de um índice para outro tomaria por base o valor nominal da ORTN do mês de maio do ano anterior (1980), passando a vigorar a partir de janeiro de 1981.

Assevera que, com a alteração estatutária, houve a concordância, inegavelmente, do associado, porquanto, a partir de janeiro de 1981, o pagamento das contribuições passaram a ser corrigidas monetariamente pelo índice da ORTN sem qualquer contestação junto a entidade.

Ainda observa que o próprio regulamento já previa a possibilidade de substituição do salário-mínimo por outro índice pela Assembleia Geral, após ouvidas as Assembleias Técnicas Atuais, bem como que a Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso IV, veda a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim, senão aqueles previstos, dentre os quais não se enquadram benefícios oriundos de planos de previdência privada.

Ressalta que não se opõe a restituição das contribuições com correção monetária e juros das contribuições que ultrapassaram os 20 anos de carência, posto que os descontos foram realizados por engano do órgão averbador que está lotado o servidor.

Destaca a inaplicabilidade das normas consumeristas ao caso posto em discussão e a impossibilidade de condenação em indenização por danos morais, em razão da ausência de comprovação de abalo moral e do nexo de causalidade.

Réplica impugnatória (fls. 133/138).

Laudo pericial atuarial (fls. 300/326).

Manifestação das partes sobre os cálculos (fls. 330/333 e 334/336).

Decidindo a querela, o magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pleito autoral, consignando os seguintes termos na parte dispositiva:

*“Ante o exposto, com lastro nas disposições constantes no art. 269, inc. I, do CPC, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, para o efeito de condenar a ré ao pagamento de:***

*a) **Benefício previdenciário a que faz jus o autor calculado da seguinte forma: 04 salários mínimos convertidos em valores quando da superveniência da Lei 6.435/77 e, a partir daí, aplicada a ORTN até dezembro de 1988; IPC de janeiro de 1989 até março***

de 1991, sendo fixado no patamar de 42,72% em janeiro de 1989 e de 21,87 em fevereiro de 1991; e IGP-M da FGV a partir de março de 1991.

*b) **Quanto ao pagamento das parcelas atrasadas,** devem tais valores ser corrigidos pelo IGP-M da FGV, desde a data em que devidas aquelas parcelas, e acrescidos juros moratórios de 12% ao ano a partir da data que expirou-se a carência;*

*c) **Quanto à restituição dos valores pagos indevidamente,** ou seja, as contribuições pagas no período de 08/1999 a 12/2002, devem tais valores ser corrigidos pelo IGP-M da FGV;*

*d) **Quanto ao dano moral** estabeleço o critério para aferição do dano moral sofrido como sendo o salário mínimo, fixo o total de 20(vinte) salários mínimos vigentes à época do fato, devidamente corrigidos;*

e) Tendo em vista a sucumbência mínima do autor, nos termos do parágrafo único do art. 21 do CPC, deve a ré arcar com a totalidade das custas processuais e honorários advocatícios que, considerando a complexidade da causa e seu tempo de tramitação, nos moldes do §3º do art. 20 do CPC, vão fixados em 15% sobre a condenação”. (negrito no original – fls. 386/387).

Embargos de declarações manejados pelos litigantes rejeitados (fls. 407/407-v).

Irresignado, o promovido interpôs Recurso Apelarório (fls. 411/437), aduzindo, como prejudicial de mérito, a prescrição trienal, nos termos do art. 206, §3º, IX, do Código Civil. No mérito, afirma que a parte autora teve prévio conhecimento das cláusulas contratuais, ressaltando que sempre agiu com transparência nos aspectos informativos e esclarecedores dos serviços e produtos.

Após, defende a inexistência de ilícito contratual, já que agiu no exercício regular de um direito. Aduz que, no caso de atualização das eventuais quantias de restituição e de pagamento de renda mensal, há legislação pertinente que legitimou a atualização segundo índice de variação do valor nominal atualizado das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, substituindo o salário-mínimo como fator de reajuste de contribuições e benefícios.

Assevera a impossibilidade de restituição integral das contribuições e da inviabilidade de restituição dos valores decorrentes de plano de pensão e pecúlio por morte, tendo em vista que as contribuições eram rateadas para os três benefícios contratados, quais sejam: pecúlio, aposentadoria e pensão.

Por fim, discorre sobre a impossibilidade de aplicação das normas consumeristas e, conseqüentemente, da inversão do ônus da prova, bem como acerca da inexistência de danos morais.

Contrarrazões apresentadas pela parte promovente (fls. 443/451).

A parte apelada aviou Recurso Adesivo (fls. 456/460), sustentando que o benefício deve ser pago no valor correspondente a 04 (quatro) salários-mínimos, conforme contratação firmada entre as partes, sendo, por isso, descabida a conversão pelos índices oficiais, sob pena de enriquecimento sem causa da seguradora.

Em seguida, assevera que, como entre agosto de 1977 – advento da Lei nº 6.435/77 – e agosto de 1979 não havia contrato firmado entre as partes, bem como entre agosto de 1979 a agosto de 1999 não existia benefício, ante a ausência de decurso do prazo de carência, a conversão dos quatro salários-mínimos em valor deve ser feita a partir de agosto de 1999 para fins de atualização pelo índice fixado na sentença e formação da renda mensal do benefício, e não a partir do advento da lei acima especificada.

Observa que a restituição das contribuições indevidamente descontadas deve ocorrer desde agosto de 1999 até os dias atuais, e não somente do período de 08/1999 a 12/2002. Finalmente, afirma que devem incidir juros compensatórios sobre todas as verbas apuradas em liquidação.

Contrarrazões à irresignação adesiva (fls. 463/475).

O Ministério Público, por meio de sua Procuradoria de Justiça, ofertou parecer sem manifestação meritória (fls. 483).

Em decisão monocrática, o Juiz relator substituto anulou a sentença, ante o vício *citra petita* e, assim, determinou o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau.

Nova sentença foi prolatada, julgando parcialmente procedente o pleito autoral (fls. 512/519), restando consignado na parte dispositiva os seguintes termos:

*“Ante o exposto, com lastro nas disposições constantes no art. 487, inc. I, do CPC-15, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO**, para o efeito de condenar a ré ao pagamento de:*

*a) **Benefício previdenciário a que faz jus o autor calculado da seguinte forma: 04 salários mínimos convertidos em valores quando da superveniência da Lei 6.435/77 e, a partir daí, aplicada a ORTN até dezembro de 1988; IPC de janeiro de 1989 até março***

de 1991, sendo fixado no patamar de 42,72% em janeiro de 1989 e de 21,87 em fevereiro de 1991; e IGP-M da FGV a partir de março de 1991.

*b) **Quanto ao pagamento das parcelas atrasadas,** devem tais valores ser corrigidos pelo IGP-M da FGV, desde a data em que devidas aquelas parcelas, e acrescidos juros moratórios de 12% ao ano a partir da data que expirou-se a carência;*

*c) **Quanto à restituição dos valores pagos indevidamente,** ou seja, as contribuições pagas no período de 08/1999 a 12/2002, devem tais valores ser corrigidos pelo IGP-M da FGV;*

*d) **Quanto ao dano moral** estabeleço o critério para aferição do dano moral sofrido como sendo o salário mínimo, fixo o total de 20(vinte) salários mínimos vigentes à época do fato, devidamente corrigidos;*

*e) Tendo em vista a sucumbência mínima do autor, nos termos do parágrafo único do art. 86 do CPC-15, deve a ré arcar com a totalidade das custas processuais e honorários advocatícios que, considerando a complexidade da causa e seu tempo de tramitação, nos moldes do §2º do art. 85 do CPC-15, vão fixados em 15% sobre a condenação”.
(negrito no original – fls. 518v/519).*

Inconformado, o promovido interpôs Recurso Apelatório (fls. 522/533), aduzindo, como prejudicial de mérito, a prescrição trienal, eis que o fato gerador do sinistro ocorreu em 1999, mas a ação somente foi ajuizada em 2003. Meritoriamente, destaca o prévio conhecimento das cláusulas contratuais, ressaltando que sempre agiu com transparência nos aspectos informativos e esclarecedores dos serviços e produtos.

Em seguida, aduz a inexistência de ilícito contratual, uma vez que agiu no exercício regular de um direito. Defende que, no caso de atualização das eventuais quantias de restituição e de pagamento de renda mensal, há legislação pertinente que legitimou a atualização segundo índice de variação do valor nominal atualizado das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, substituindo o salário-mínimo como fator de reajuste de contribuições e benefícios.

Assevera ser incabível a restituição integral das contribuições e da inviabilidade de restituição dos valores decorrentes de plano de pensão e pecúlio por morte, tendo em vista que as contribuições eram rateadas para os três benefícios contratados, quais sejam: pecúlio, aposentadoria e pensão. Finalmente, alega que deve ser afastada a indenização por danos morais, em razão da ausência do preenchimento dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil.

Irresignado, o promovente aviou Recurso Adesivo (fls.

537/542), aduzindo que o benefício deve ser pago no valor correspondente a 04 (quatro) salários-mínimos, consoante contratação firmada entre os litigantes, sendo, dessa forma descabida a conversão pelos índices oficiais, sob pena de enriquecimento sem causa da seguradora.

Também destaca que, como entre agosto de 1977 – advento da Lei nº 6.435/77 – e agosto de 1979 não havia contrato firmado entre as partes, bem como entre agosto de 1979 a agosto de 1999 não existia benefício, ante a ausência de decurso do prazo de carência, a conversão dos quatro salários-mínimos em valor deve ser feita a partir de agosto de 1999 para fins de atualização pelo índice fixado na sentença e formação da renda mensal do benefício, e não a partir do advento da lei acima especificada.

Observa que a restituição das contribuições indevidamente descontadas deve ocorrer desde agosto de 1999 até os dias atuais, e não somente do período de 08/1999 a 12/2002. Finalmente, afirma que devem incidir juros moratórios de 12% ao ano e correção monetária pelo IGP-M sobre os valores das contribuições recebidas indevidamente pela seguradora.

Contrarrazões ao recurso apelatório (fls. 546/557).

Contramínuta à irresignação adesiva (fls. 558/564).

A Procuradoria de Justiça ofertou parecer, opinando pela rejeição da prescrição e pelo prosseguimento do recurso sem manifestação meritória, em razão da ausência de interesse público (fls. 570/572).

É o relatório.

VOTO.

Primeiramente, cumpre registrar que a sentença apelada fora prolatada após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, devendo-se, pois, observar os novos regramentos acerca dos requisitos de admissibilidade dos meios de impugnação de decisão judicial, conforme Enunciado Administrativo nº 3 do Superior Tribunal de Justiça. Assim sendo, preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo e do recurso adesivo, passando à análise conjunta, em razão do entrelaçamento fático-jurídico das questões suscitadas em ambos os recursos.

- Prejudicial de mérito: prescrição trienal:

Em sede de apelo, aduz o recorrente/promovido a prescrição trienal, prevista no art. 206, §3º, IX, do Código Civil, tendo em vista que a implementação do período de carência do plano se deu em agosto de 1999, ao passo que a presente demanda somente foi ajuizada no dia 10/12/2003.

Ainda, consigna que, como transcorreu menos da metade do prazo prescricional no código civil anterior, aplicável a regra de transição

contida no art. 2.028 do novo Código Civil.

O caso posto se cuida de ação de cobrança das parcelas de complementação de benefício previdenciário (aposentadoria) pela previdência privada, devendo, dessa forma, ser aplicado o prazo prescricional quinquenal, de acordo com a Súmula nº 291 do STJ. Ademais, foi requerido também a restituição das prestações descontadas no seu contracheque referente à contribuição mensal, cabendo, da mesma forma, a aplicação do lapso prescricional acima.

O tema foi decidido pela Segunda Seção do STJ, como pode ser visto do seguinte aresto do REsp nº 431.071/RS:

"A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos"(Súmula nº 291/STJ) ou, ainda, que "A ação de cobrança de diferenças de valores de complementação de aposentadoria prescreve em cinco anos contados da data do pagamento"(Súmula nº 427/STJ). Ademais, "Se, já não sendo segurado, o autor reclama a restituição do capital investido, a prescrição quinquenal apanha o próprio fundo do direito; se, ao revés, demanda na condição de segurado, postulando prestações ou diferenças, a prescrição alcança apenas as parcelas vencidas há mais de cinco anos da propositura da ação"(REsp nº 431.071/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, DJ de 2/8/2007)

Dessa forma, tendo em vista que não decorreu o prazo prescricional quinquenal entre a implementação da carência – data em que deveria ter começado o pagamento do benefício e cessado o desconto da contribuição - e o ajuizamento da ação, há de ser rejeitada a presente questão prévia.

- Mérito:

Pois bem, como relatado, a controvérsia a ser apreciada por esta Corte de Justiça consiste em perquirir os seguintes pontos: a) valor do benefício previdenciário de plano de previdência privada; b) a restituição das contribuições pagas após o período de carência; c) indenização por danos morais e d) juros moratórios de 12% ao ano e correção monetária pelo IGP-M sobre os valores das contribuições recebidas indevidamente pela seguradora.

Inicialmente, cumpre ressaltar é possível a aplicabilidade imediata do Código de Defesa do Consumidor aos planos de previdência privada, inclusive àqueles anteriores à vigência da lei. Além disso, segundo o STJ, somente aplica-se a Súmula nº 321 às entidades abertas de previdência complementar, como no caso dos autos. Vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DECRETO N. 81.240/78. LEGALIDADE DO LIMITE DE IDADE. FATOR DE REDUÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. 1. É legal o limitador etário (55 anos) para aposentadoria complementar previsto no Decreto n. 81.240/78, por não exorbitar os limites da Lei n. 6.435/77. 2. A partir da entrada em vigor do Decreto n. 81.240/78, patrocinador e assistidos ficam obrigados ao cumprimento no novo regime jurídico. 3. O Código de Defesa do Consumidor não se aplica à relação jurídica existente entre entidade fechada de previdência privada e seus participantes, uma vez que o fundo de pensão não se enquadra no conceito de fornecedor, devendo a Súmula n. 321/STJ ser aplicada somente às entidades abertas de previdência complementar. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ/AgRg nos EDcl no REsp 1234789/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 17/08/2015).

Colhe-se dos autos que o recorrente/demandante se inscreveu como segurado da demandada em 03 de agosto de 1979 sob nº 541.362 à época, havendo previsão contratual de pagamento de aposentadoria equivalente a 04 (quatro) salários mínimos mensais, com a implementação do prazo de carência de 20 anos.

Assim, ao preencher todos os requisitos objetivos necessários à implementação do benefício, passou a ter direito de receber a aposentadoria conforme restou contratado, sendo dever da ré corresponder à expectativa criada no participante do plano ao longo de vários anos.

Com a entrada em vigor da Lei nº 6.435/1977, ficou vedada a vinculação das contribuições e benefícios de previdência privada com o salário mínimo, de acordo com o art. 22 do mencionado diploma legal, senão vejamos:

“Art. 22. Os valores monetários das contribuições e dos benefícios serão atualizados segundo índice de variação do valor nominal atualizado das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN e nas condições que forem estipuladas pelo órgão normativo do Sistema Nacional de Seguros Privados, inclusive quanto à periodicidade das atualizações.

Parágrafo único. Admitir-se-á cláusula de correção monetária diversa da de ORTN, desde que baseada em índices e condições aprovadas pelo órgão normativo do Sistema Nacional de Seguros Privados”.

Dessa forma, pela leitura do dispositivo acima transcrito, infere-se que as contribuições e os benefícios da previdência privada foram desvinculados do salário-mínimo e, ao mesmo tempo, ocorreu a substituição do índice original, devendo ser aplicado outro como forma de preservar o direito do autor à percepção do benefício para o qual contribuiu por 20 anos, sob pena de enriquecimento ilícito da entidade previdenciária.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela impossibilidade de vinculação do salário mínimo ao benefício de previdência privada, em razão de vedação legal. Vejamos:

PREVIDÊNCIA PRIVADA. AGRAVO INTERNO. REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS. DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS. RELAÇÃO CONTRATUAL DE EXECUÇÃO CONTINUADA, PASSÍVEL DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL (REGULAMENTAR), COM PRÉVIA ANUÊNCIA DO ÓRGÃO FEDERAL FISCALIZADOR, EM VISTA DE CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL E IMPREVISÍVEL, QUE TRAGA ONEROSIDADE EXCESSIVA. PLANO DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADO POR ENTIDADE ABERTA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR ABERTA. ADVENTO DO ART. 22 DA LEI N. 6.435/1977. VEDAÇÃO À VINCULAÇÃO DE BENEFÍCIOS E RESPECTIVAS CONTRIBUIÇÕES AO SALÁRIO MÍNIMO. ALTERAÇÃO REGULAMENTAR PARA FIEL CUMPRIMENTO DA LEI E DOS PROVIMENTOS INFRALEGAIS DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS REGULADOR E FISCALIZADOR. PODER-DEVER DA ENTIDADE PREVIDENCIÁRIA. 1. *Em se tratando de contrato comutativo de execução continuada, em linha de princípio, não se pode descartar, em vista de edição de norma legal cogente, ou de circunstância excepcional, imprevisível por ocasião da celebração a avença e que traga onerosidade excessiva, possa - em estrita consonância com a legislação especial previdenciária de regência, provimentos infralegais do órgão regulador e anuência prévia do órgão público fiscalizador - ser promovida modificação regulamentar (contratual) - resguardando-se, em*

todo caso, o valor nominal dos benefícios concedidos. Precedente. 2. A alteração contratual deveu-se ao art. 22 da Lei n. 6.435/1977 e à observância ao índices definidos pelo órgão normativo do Sistema Nacional de Seguros Privados, a que expressamente alude o parágrafo único do mencionado dispositivo. Com efeito, no caso, houve alteração regulamentar com a anuência/determinação do Conselho Nacional de Seguros Privados e da Susep. 3. A solução engendrada pela Corte local, estabelecendo índice aleatório, que nem sequer guarda relação com aqueles estabelecidos pelo Conselho Nacional de Seguros Privados e pela Susep, para a atualização das contribuições, tem o claro condão de afetar a comutatividade do contrato, pois a entidade previdenciária, em cumprimento à regra legal e aos provimentos dos órgãos públicos regulador e fiscalizador, passou a promover a atualização das contribuições e dos respectivos benefícios, com base sempre em um mesmo índice estabelecido pelos órgãos do Poder Executivo. (REsp 1410727/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 08/06/2016) 4. Agravo interno não provido. (STJ/AgInt no REsp 1459191/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016). (grifo nosso).

PREVIDÊNCIA PRIVADA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. A DEMONSTRAÇÃO DO PREPARO DOS EMBARGOS INFRINGENTES DEVE SER REALIZADA NO ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INDEXAÇÃO DO BENEFÍCIO AO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. 1. No julgamento dos EREsp 488.304/MA, pela Corte Especial, foi decidido que a demonstração do preparo dos embargos infringentes deve ser efetuada no ato de interposição do recurso, na forma do art. 511, CPC, não podendo ser relevada a deserção ainda quando haja previsão no Regimento do Tribunal de origem autorizando o preparo em momento posterior. 2. Ademais, a matéria de mérito, ao ser restabelecido o acórdão da apelação, está decidida conforme os precedentes desta Corte. Com efeito, não há direito adquirido à indexação do benefício de previdência privada complementar ao salário mínimo, devendo a norma

de ordem pública que a vedou (Lei 6.435/77) ser aplicada à relação contratual, sem retroação, de imediato. Precedentes. 3. Recurso especial parcialmente provido. (STJ/REsp 883.911/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 27/06/2011). (grifo nosso).

In casu, como o comando legal acima transcrito é de cunho obrigatório pelos planos de previdência privada e sua aplicabilidade é imediata (e não a partir de agosto de 1999) e não implica em ofensa a direito adquirido, devendo ser adotados os índices de correção monetária que melhor refletem a variação inflacionária do período, ou seja, ORTNs (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional) de outubro de 1979 até dezembro de 1988, IPC de janeiro de 1989 até março de 1991, sendo fixado no patamar de 42,72% em janeiro de 1989 e de 21,87 em fevereiro de 1991; e IGP-M da FGV a partir de março de 1991, tal como fixado na sentença vergastada.

Nesse sentido, traga à baila os seguintes precedentes desta Corte de Justiça e dos Tribunais Pátrios:

*APELAÇÕES CÍVEIS — AÇÃO ORDINÁRIA
DECUMPRIMENTO DE PLANOS DE
APOSENTADORIA REAJUSTÁVEIS —
PREVIDÊNCIA PRIVADA — REAJUSTE DE
BENEFÍCIO — VINCULAÇÃO AO SALÁRIO
MÍNIMO — DESVINCULAÇÃO DETERMINADA
POR LEI — CORREÇÃO PELA ORTN E OUTROS
ÍNDICES IMPOSTOS PELO CONSELHO
NACIONAL DE SEGUROS — PROCEDÊNCIA
PARCIAL IRRESIGNAÇÕES — SEGUNDO APELO
— CLÁUSULA EXCLUDENTE DE BENEFÍCIO
POR HAVER CÔNJUGE — INEXISTÊNCIA —
DECISÃO A QUO QUE MANTEVE O BENEFÍCIO
ATRELADO AO SALÁRIO MÍNIMO — EQUÍVOCO
MANIFESTO — DEVIDO AFASTAMENTO DA
CORREÇÃO EM SALÁRIO MÍNIMO —
PROVIMENTO PARCIAL—
PRIMEIRO APELO — IMPOSSIBILIDADE DE
RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA
PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL — ARGUMENTO
DESCABIDO — NÃO ACOLHIMENTO —
BENEFÍCIO — CORREÇÃO OU PAGAMENTO DO
BENEFÍCIO ATRELADO AO SALÁRIO MÍNIMO —
DESCABIMENTO — VEDAÇÃO LEGAL E
CONSTITUCIONAL — POSTURA CORRETA DA
SEGURADORA — PEDIDO SUBSIDIÁRIO —
DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS —
IMPOSSIBILIDADE — COBERTURA DO*

SEGURADO DURANTE O TRANSCORRER DO CONTRATO — DESPROVIMENTO — "Inexiste violação a direito adquirido, consistente na manutenção de determinado índice (salário mínimo), como atualizador dos benefícios e contribuições previdenciárias privadas, ante a incidência imediata de norma de ordem pública (lei 6435/77), que instituiu novo fator de reajuste (ORTN) para tanto". (REsp 1.550/RS, Rel. Ministro BUENO DE SOUZA, QUARTA TURMA, julgado em 24/03/1992, DJ 04/05/1992 p. 5888) — Não há como responsabilizar a ré por ter cumprido a determinação legal ao afastar a5rrção do benefício em salários mínimo, ademais quando o r lamento vigente, desde da primeira contratação, já estabelece hipótese de substituição do salário mínimo por outro índice ser escolhido pelo Conselho Deliberativo da APLUB. (TJ/PB, - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo N° 00012934720088152001, 3ª Câmara cível, Relator Des Márcio Murilo da Cunha Ramos , j. em 21-10-2008).

AÇÃO ORDINÁRIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLUB. PENSÃO REAJUSTÁVEL. ATUALIZAÇÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO. ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. RECOMPOSIÇÃO DO VALOR DA MOEDA. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL. SÚMULA 289, DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. I. A par do advento da Lei nº 6.435/77, que determinou a desvinculação do salário-mínimo para cálculo dos benefícios da previdência privada e visando a manutenção do equilíbrio contratual e a reconstituição da perda do poder aquisitivo da moeda durante o período da contratualidade, o valor dos benefícios de previdência complementar recebidos pelo autor deve ser atualizado pelo ORTN, de outubro de 1979 até dezembro de 1988; pelo IPC, de janeiro de 1989 até março de 1991 (sendo 42,72% em janeiro de 1989 e 21,87% em fevereiro de 1991); e, pelo IGP-M, a partir de março de 1991. Súmula 289, do STJ. II. De acordo com o art. 85, § 11, do CPC/2015, ao julgar recurso, o Tribunal deve majorar os honorários fixados anteriormente ao advogado vencedor, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. (TJ/RSAPelação DESPROVIDA. (Apelação Cível N° 70071308175, Quinta Câmara

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 30/11/2016). (grifo nosso).

*AÇÃO ORDINÁRIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRESCRIÇÃO QÜINQUËNAL. SÚMULA 291 DO STJ. SALÁRIO MÍNIMO. DESVINCULAÇÃO DETERMINADA POR LEI. SUBSTITUIÇÃO PELA ORTN. SUBMISSÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Nos termos da Súmula 291, do STJ, "A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos" . **Se a alteração efetivada no contrato firmado entre as partes se deu em razão da promulgação da lei que, expressamente, determinou a substituição do salário mínimo pela ORTN, não há que se falar em descumprimento contratual.** (TJMG- Apelação Cível 1.0024.01.055364-2/003, Relator(a): Des.(a) Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/05/2015, publicação da súmula em 02/06/2015). (grifo nosso).*

Quanto à restituição das contribuições indevidamente descontadas, entendo acertada a decisão judicial combatida, eis que a entidade previdenciária continuou a cobrá-las, por meio de desconto no contracheque do autor, mesmo com o advento do prazo de 20 (vinte) anos de contribuição. Contudo, somente haverá a restituição no período em que as contribuições foram indevidamente descontadas, ou seja, de agosto de 1999 até dezembro de 2002, e não até os dias atuais, com aplicação de juros de mora de 1% ao mês desde a citação e correção monetária pelo IGP-M desde cada desconto indevido.

Outrossim, não há que se falar em descabimento da restituição integral das contribuições e da inviabilidade de restituição dos valores decorrentes de plano de pensão e pecúlio por morte, já que a própria ré confessou o direito à restituição das contribuições indevidamente descontadas por ocasião de sua defesa no âmbito do primeiro grau (fls. 75), fazendo a juntada da planilha de cálculos (fls. 119), como bem observado pelo julgador *a quo*.

Nesse caso, estamos diante do chamado *venire contra factum proprium*, cujo significado é o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. O fundamento técnico-jurídico do instituto é a proteção da contraparte, lesada por um comportamento contraditório à sua expectativa de benefício justamente gerada na conduta inicial do outro litigante.

No mais, quanto aos danos morais, entendo que assiste razão ao

recorrente/promovido.

Em se tratando de responsabilidade civil cumpre perquirir a ocorrência dos requisitos que a ensejam e, por conseguinte, geram o dever de indenizar.

Neste sentido dispõem os artigos 186 e 927 do Código Civil:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Assim, para que se reconheça o cabimento da indenização mostra-se necessária a constatação da conduta antijurídica que gere dano, do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, bem como da culpa do agente.

Noutro aspecto, como é cediço, para a configuração do dano moral é imprescindível a demonstração de uma situação que inflija no autor uma dor profunda, chegando a atingir o sentimento íntimo e pessoal de dignidade do indivíduo.

Nesse sentido leciona Carlos Roberto Gonçalves:

“(...) só se deve reputar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações, não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo” (Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 550).

Neste trilhar de ideias, a respeito da definição hodierna dos danos morais, cumpre trazer à baila o ensinamento de Cavalieri Filho:

“ (...) à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é a violação do direito à

dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral”; (In Programa de Responsabilidade Civil. Pg. 89)

No caso dos autos, ao contrário do entendimento do juiz de primeiro grau, concebo que a conduta praticada pelo réu não é ilícita, porquanto, com a entrada em vigor da Lei nº 6.435/1977, ficou vedada a vinculação das contribuições e benefícios de previdência privada com o salário mínimo, de acordo com o art. 22 do mencionado diploma legal, como visto acima, razão pela qual a indenização por danos morais deve ser afastada.

- Conclusão

Por tudo o que foi exposto, **REJEITO A PRESCRIÇÃO** e, no mérito, **DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO CÍVEL E AO RECURSO ADESIVO** para excluir da condenação a indenização por danos morais e determinar que os valores a serem restituídos a título de contribuição previdenciária devem ser corrigidos monetariamente pelo IGP-M desde cada desconto indevido e com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, mantendo-se incólume os demais termos da sentença vergastada.

Em razão da modificação do julgado, bem como em se considerando a sucumbência recíproca na demanda, condeno autor e réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada e no percentual fixado na sentença quanto à verba honorária. Ainda, deve ser suspensa a exigibilidade dos ônus sucumbenciais em relação ao autor, nos termos do art. 98, §3º, do Novo Código de Processo Civil e do art. 12 da Lei nº 1.060/1950.

É COMO VOTO.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Participaram do julgamento, o Exmo. Dr. Miguel de Britto Lira Filho, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição ao Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, e o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeida, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição o Exmo. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira. Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça. Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 14 de março de 2017.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator