

NOVA REPACTUAÇÃO E SEPARAÇÃO DE MASSAS

César Vergara de Almeida Martins Costa¹

O Diretor Jurídico da FENASPE, por conta do contrato de assistência jurídica mantido entre aquela entidade e o signatário, formula questionamento acerca da possibilidade de discussão judicial sobre os efeitos da repactuação e separação de massas do Plano Petros do Sistema Petrobrás.

Resposta à consulta feita pela FENASPE acerca da licitude do “novo processo de repactuação” e da “separação de massas” que vem sendo comunicados aos participantes do Plano Petros do Sistema Petrobrás:

A matéria é complexa, do que decorre inafastável dificuldade de, em poucas linhas, prestar os esclarecimentos solicitados.

Isso não impede que se teçam algumas considerações básicas sobre a questão jurídica em debate.

O primeiro aspecto que deve ser destacado é a natureza da previdência privada complementar. Como o próprio nome esclarece, ela tem por escopo complementar os benefícios pagos pelo Órgão oficial de Previdência. Para tanto, através de contribuições dos participantes e das patrocinadoras, é constituída uma reserva matemática, que tem por objetivo garantir o pagamento dos benefícios contratados. Essa reserva, juntamente com as dotações iniciais e aplicações financeiras, imobiliárias e etc, constitui o patrimônio do plano de benefícios, constitui, assim, a “massa patrimonial” que garantirá o pagamento dos benefícios contratados.

A Constituição Federal, em seu artigo 202, esclarece:

Art. 202. O regime 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, e regulado por lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Assim, qualquer ato que tenha por efeito alterar, reduzir ou extinguir a massa patrimonial garantidora dos benefícios contratados é INCONSTITUCIONAL e pode, assim, ser questionado em Juízo.

¹ ADVOGADO E CONSULTOR JURÍDICO DA FENASPE E DA AEPET – VICE-PRESIDENTE DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL – IARGS – MEMBRO DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS – IAB – ADVOGADO INDICADO EM LISTA SÊXTUPLA DA OAB/RS PARA A VAGA DE DESEMBARGADOR FEDERAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO PELO QUINTO CONSTITUCIONAL -EX-MEMBRO DO TRIBUNAL DE ÉTICA DA OAB-RS – EX-DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DE ENSINOS JURÍDICOS DO IARGS - PROFESSOR CONVIDADO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UNISINOS - MESTRE EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – ESPECIALISTA EM DIREITO DO TRABALHO PELA UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – ESPECIALISTA EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – GRADUADO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO RIO GRANDE DO SUL

De outro lado, é importante frisar que os atos jurídicos se desdobram em três planos, quais sejam, os planos da existência, validade e eficácia. Disso resulta que um ato jurídico pode existir, pode emanar de autoridade competente para fazê-lo (ser válido), mas ao mesmo tempo, ser ineficaz, ou seja, não produzir efeitos. Tome-se como exemplo um ato da PREVIC que homologue alterações no Plano Petros. A alteração do Regulamento existirá, será válida porque homologada pelo órgão competente, mas poderá deixar de produzir efeitos se estiver ferindo o direito adquirido dos participantes. Esta ineficácia pode e deve ser declarada pelo Judiciário.

É sempre bom lembrar que nos contratos de previdência privada, o elemento CONFIANÇA é exacerbado. Os participantes contribuem durante muitos anos, grande parte de sua vidas, aliás, no intuito de obterem um benefício futuro que lhes garanta tranquilidade na velhice. Confiam que seu dinheiro será bem administrado e que não terão surpresas no futuro. São, assim, previdentes (pré-vêm o futuro...). Essa confiança é protegida pelo direito, que estabelece a boa-fé objetiva como requisito essencial das relações contratuais. Essa confiança não pode, juridicamente, ser traída unilateralmente pela patrocinadora ou pelo fundo de pensão.

Feitos estes esclarecimentos, cabe aqui dissertar, brevemente, sobre o novo processo de repactuação.

Antes de tudo é preciso lembrar que cada ramo do Direito se justifica por um determinado princípio. O Direito Civil se funda o princípio da liberdade para contratar, ou seja, da autonomia da vontade. As partes, nas relações civis, são livres para contratar aquilo que a lei não proíbe, desde que pautadas pela boa-fé e pela função social do contrato. No Direito Público (que rege a Administração Pública) o princípio é inverso, ou seja, tal ramo funda-se no princípio da legalidade estrita: a Administração só pode contratar aquilo que a lei permite. E o Direito do Trabalho? Este ramo do Direito pressupõe que as partes contratantes (empregado e empregador) não são iguais, não estão em condições de igualdade. O empregador tem poder sobre o empregado e por isso se presume que o empregado não concorde com as alterações contratuais que lhe causem prejuízo. O princípio, portanto, é o da Proteção do Trabalhador. Desse modo, mesmo que um empregado concorde com alterações que lhe são prejudiciais, tais alterações serão nulas e não produzirão efeitos, como determinam os arts. 9º e 468 da CLT. Todavia, a exceção a este princípio de proteção ocorre quando o Sindicato da categoria representa o trabalhador. Neste caso, presume-se que a desigualdade entre as partes já não mais ocorre, pois o sindicato tem o poder de paralisar a produção de petróleo, por exemplo. Aqui, então, tem-se o princípio da autonomia das vontades coletivas, ou seja, as alterações contratuais negociadas pelo sindicato terão maior valor ainda que causem prejuízo, no plano individual, ao empregado.

Isso não afasta a possibilidade do empregado, no plano individual, discutir a lesão sofrida.

Fica claro, portanto, o porquê da Petrobrás chamar as entidades sindicais para participarem das grandes alterações promovidas na forma de remuneração dos

empregados (implantação do PCAC e RMNR, por exemplo) e nas alterações do plano Petros (reapactuação). A chancela sindical dificulta a declaração judicial de ineficácia das alterações lesivas aos participantes!

O PRIMEIRO PROCESSO DE REAPACTUAÇÃO FOI LESIVO:

O primeiro processo de reapactuação foi, a nosso ver, altamente prejudicial: os empregados abriram mão de uma conquista histórica (isonomia de reajustes dos aposentados com os ativos) estampada no art. 41 do Regulamento da Petros em troca do reajuste pela variação do IPCA. Perderam a vinculação do benefício Petros com o benefício do INSS, o que significa que na hipótese de defasagem do benefício pago pelo INSS não haverá mais aumento do benefício da suplementação. As viúvas abriram mão da garantia do art. 41 em troca do cálculo correto do benefício de suplementação de pensão nos exatos moldes em que era devido no regulamento anterior (não se modificou, no novo regulamento, sequer uma vírgula do texto do art. 39 do Regulamento original da Petros), ou seja, trocaram todos os atrasados devidos pelo “incentivo” de 15.000,00 ou três remunerações! Além disso, a reapactuação instituiu uma espécie de “banco negativo” de reajustes, como se percebe do parágrafo 3º do artigo 41 do Regulamento aprovado em 2008, que dispõe:

“§ 3º - Na hipótese de a variação acumulada do IPCA apurada nos termos do §2º resultar negativa, os valores dos benefícios serão mantidos e o resultado negativo do índice será preservado na memória de cálculo para fins exclusivos de apuração do índice de correção a ser aplicado no próximo reajuste do benefício.”(grifamos)

Portanto, através da norma inserta no parágrafo 3º do art. 41 do regulamento de 2008, a Petros, extrapolando por completo os limites objetivos da transação efetuada, estabeleceu uma espécie de “banco” de reajustes negativos, os quais ficam na memória de cálculo e serão compensados com reajustes positivos futuros. Esta disposição é altamente lesiva, pois embora no ano em que o IPCA seja negativo o benefício seja mantido, por óbvio, porque não pode ser reduzido, o índice negativo pode ser objeto de compensação futura. Esta previsão jamais foi esclarecida aos empregados em qualquer dos documentos e materiais publicitários relativos ao processo de reapactuação.

Além disso, deixaram a Petrobrás e a Petros de esclarecer que eventual déficit decorrente da regra de paridade de reajustes estabelecida no art. 41 do regulamento deveria ser coberto exclusivamente pela patrocinadora, tal como dispunha o inciso IX do art. 48 do Regulamento vigente até 24/11/2008. Portanto, o chamado processo de “reapactuação” do plano Petros e, por conseqüência, a adesão dos empregados a ele, restam maculados de nulidade, em primeiro porque a os empregados incorreram em erro substancial quantos aos efeitos da reapactuação, em segundo, porque houve, sim, dolo contratual das reclamadas o que se verifica pela malícia da milionária campanha publicitária levada a efeito para convencer os participantes e assistidos a aderirem ao novo “pacto” sem o cumprimento do dever de informação e transparência; em terceiro,

porque houve lesão jurídica relevante, manifesto prejuízo dos participantes que abriram mão da garantia vitalícia de isonomia de reajustes com aqueles concedidos aos petroleiros ativos em troca de um índice que, se suprimido, será decidido unilateralmente pela Fundação. Aliás, esse prejuízo já vem se verificando pelo fato de que os empregados ativos tiveram seus salários reajustados, em ganho real muito superior ao IPCA, em se considerando as tabelas salariais praticadas pela patrocinadora e os aumentos concedidos a título de níveis salariais# e aumentos sobre a rubrica RMNR e complemento de RMNR, nas datas base da categoria (setembro) desde 2007.

O prejuízo vem sendo reiteradamente comprovado em perícias contábeis que apuram uma perda superior a 20% no reajustamento dos benefícios para aqueles que repactuaram.

Nesse sentido, brilhante decisão proferida pelo ilustre Juiz Luiz Fernando Bonn Henzel, em ação que tramita no tribunal regional do Trabalho da 4ª Região:

“A lide no mérito se mostra de rápida solução.

Conforme já referido, a relação jurídica que vincula as partes tem por berço o contrato de trabalho havido, e, portanto, às normas e princípios inerentes ao Direito do Trabalho lhe são aplicáveis, não obstante já extinto o contrato de trabalho, remanescendo seu efeito tão somente no que se refere a cláusula inerente a obrigação de prestar complementação à aposentadoria do autor.

Nos termos dos artigos 444 e 468 da CLT, as relações contratuais podem ser objeto de livre estipulação das partes em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, sendo lícitas as alterações das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, em prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade.

Irrelevante, portanto, tenha ou não o reclamante aderido ao plano de repactuação do benefício de complementação de aposentadoria em 2006, com vigência a partir de 2008, pois na forma da lei, mesmo que por mútuo consentimento, a alteração contratual é nula se dela resulta prejuízo ao empregado.

A alteração contratual em questão diz respeito, dentre outras coisas, a forma de reajustamento do benefício de complementação de aposentadoria. Até então, o regulamento vigente garantia ao reclamante os mesmos critérios de reajustes do pessoal da ativa da patrocinadora, e a partir da repactuação, os reajustes passaram a ser efetuados pelo IPCA (índice econômico que pretende refletir a inflação do período). Desnecessário transcrever na presente sentença as normas e cláusulas integrantes dos

regulamentos e documentos envolvidos, até porque, incontroverso o conteúdo dos mesmos, conforme amplamente transcritos na inicial e nas defesas. A eficácia e o alcance pretendido pelas partes acerca de tais normas regulamentares é que está em litígio.

Ao responder ao quesito nº 4 da Fundação reclamada, o Perito Contador elaborou demonstrativo matemático, conforme fls. 932/936, do qual se verifica que observados os reajustes efetivamente concedidos aos não aderentes ao novo plano de 2006/2008 em comparação com os reajustes concedidos aos aderentes (reajustes pelo IPCA), não se verifica prejuízo matemático ao reclamante, pois seu benefício foi reajustado em valores superiores aqueles que teria sido reajustado pela Fundação reclamada caso não houvesse opção pelo novo critério.

O reclamante, no entanto, impugnou tal demonstrativo e tais conclusões do Perito Contador, dizendo em síntese, que o perito não computou os reajustes efetivamente concedidos ao pessoal da ativa, mas tão somente aqueles reajustes que a Fundação reclamada reconhece como devido e concede espontaneamente, mas que porém, outros reajustes são devidos, a exemplo da elevação de níveis (OJ 62 da SDI-1 do TST), participação nos lucros (PL-DL-1971) e aquelas referentes ao novo Plano de Classificação e Avaliação de Cargos – PCAC 2007 e estabelecimento da Remuneração Mínima por Níveis – RMNR ao pessoal da ativa.

Apresentado novo demonstrativo pelo Contador nas fls. 1112/1113, efetivamente é verificado prejuízo remuneratório ao autor, pois alcançado ao pessoal da ativa majoração salarial de 66,71% em contrapartida do índice do IPCA no mesmo período de 42,95%.

Razão assiste ao reclamante. Conforme ao início já relatado na presente sentença, por força dos julgamentos do processo nº 0117300-14.2009.5.04.0201, em trâmite perante a 1ª Vara do Trabalho de Canoas, e o processo nº 0129900-61.2009.5.04.0203, em trâmite perante a 3ª Vara do Trabalho de Canoas, propostos pelo mesmo reclamante em face das reclamadas, restou reconhecido seu direito a percepção dos reajustes concedidos ao pessoal da ativa em decorrência da elevação de níveis e do cômputo da parcela denominada PLDL-1971, negados até então pelas reclamadas.

No mesmo sentido, vêm reiteradamente esse Juízo com a chancela da jurisprudência do TRT da 4ª Região, deferindo aos aposentados das reclamadas os efeitos pecuniários do novo Plano de Classificação e Avaliação de Cargos – PCAC 2007 e estabelecimento da Remuneração Mínima por Níveis

– RMNR ao pessoal da ativa, sob os mesmos fundamentos da OJ 62 da SDI-1 do TST. Não é outro o entendimento do TST presente no acórdão da lavra da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, processo nº TST-RR-307600-11.2008.5.09.0594, publicado em 05.05.2010, do que destaco:

(...) Assim, por questão de isonomia e de forma a se ver aplicado o disposto no artigo 202, da Constituição da República, qualquer parcela percebida pelos empregados em atividade deve ser estendida aos aposentados, ainda que se tenha estabelecido de forma diversa-.

O art. 41 do Regulamento do Plano de Benefícios da PETROS, ao tratar do reajuste das suplementações de aposentadoria, assim dispõe:

`Art. 41 - Os valores das suplementações de aposentadoria, de auxílio-doença, de pensão e de auxílio-reclusão, serão reajustados nas mesmas épocas e proporções em que forem feitos os reajustamentos salariais da Patrocinadora, aplicando-se às suplementações o seguinte Fator de Correção (FC)...- (fls. 313 e 458).

A cláusula 35 do ACT 2007 determina:

`Remuneração Mínima por Nível e Regime - RMNR

A Companhia praticará para todos os empregados a Remuneração Mínima por Nível e Regime - RMNR, levando em conta o conceito de remuneração regional, a partir do agrupamento de cidades onde a Petrobras atua, considerando, ainda, o conceito de microrregião geográfica utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo 1º - A RMNR consiste no estabelecimento de um valor mínimo, por nível e região, de forma a equalizar os valores a serem percebidos pelos empregados, visando o aperfeiçoamento da isonomia prevista na Constituição Federal.

Parágrafo 2º - Os valores relativos à já mencionada RMNR estão definidos em tabelas da Companhia e serão reajustados em 6,5% (seis vírgula cinco por cento) a partir de 01/09/2007.

Parágrafo 3º - Será paga sob o título de `Complemento da RMNR- a diferença resultante entre a `Remuneração Mínima por Nível e Regime- de que trata o caput e: o Salário Básico (SB), a Vantagem Pessoal - Acordo Coletivo de Trabalho (VP-ACT) e a Vantagem Pessoal - Subsidiária (VP-SUB), sem prejuízo de eventuais outras parcelas pagas, podendo resultar em valor superior a RMNR- (fls. 400-401, sublinhei).

À obviedade, a referida Remuneração Mínima por Nível e Regime - RMNR diz respeito ao valor remuneratório mínimo que deverá resultar da soma do Salário Básico e de Vantagens Pessoais (VP-ACT e VP-SUB) e o reajuste de 6,5% (seis por cento e cinco décimos) concedido no ACT 2007 constitui verdadeiro reajuste salarial, e não simples

"reestruturação dos cargos e respectivos níveis salariais" (fl. 506), como quer fazer crer a parte ré.

Portanto, por expressa determinação do art. 41 do Regulamento do Plano de Benefícios da PETROS (que garante igualdade de reajustes salariais entre os empregados da ativa e os aposentados) e aplicação analógica da OJ Transitória 62 da SBDI-1 do C. TST, o mencionado reajuste salarial, na ordem de 6,5% (seis por cento e cinco décimos), deve ser estendido aos valores das suplementações de aposentadoria, de auxílio-doença, de pensão e de auxílio-reclusão. (...)

Correto, assim, o demonstrativo matemático levado a efeito pelo perito nas fls. 1112/1113, o qual contempla os reajustes concedidos ao pessoal da ativa para a comparação com os reajustes concedidos com base no IPCA, de modo a apurar se houve prejuízo ou não. A resposta é positiva. A alteração contratual implementada pela adesão do reclamante ao critério de reajuste pelo IPCA resultou em alteração lesiva, pois implicou em prejuízo financeiro, e, portanto, é nula na forma dos artigos 9º, 444 e 468 da CLT.

Com relação ao pleito inserido no item "b" da inicial, até porque não contestado objetivamente, e considerando ainda as normas legais já invocadas como razões de decidir que vedam alterações contratuais lesivas, acolho o pleito no sentido de que não devem ser exigidas contribuições do reclamante para cobertura de déficit do plano previdenciário, pois o inativo não sofre tal encargo já tendo cessado sua obrigação de contribuir enquanto na ativa do contrato de trabalho, onde já contribuiu para a formação da fonte de custeio do seu benefício, no que se observa a Súmula 51 e Súmula 288 do TST (normas inseridas no regulamento vigente quando da sua adesão ao plano previdenciário). Adoto como razões de decidir a própria fundamentação da inicial."

Mas, ainda não é só.

De fato para aqueles que se aposentaram antes da vigência da Emenda Constitucional 20/98, que, dentre outros aspectos, estabeleceu (a) a responsabilidade paritária pela cobertura de eventual déficit do fundo de previdência privada, ou seja, a obrigação do mantenedor ou assistido, juntamente com o patrocinador do Plano de Previdência, arcar com a cobertura de déficit do plano mediante aumento de contribuições e (b) que as cláusulas dos regulamentos dos planos de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, a campanha da repactuação deveria ter alertado para o direito adquirido dos participantes.

Com efeito, diante do princípio da irretroeficácia da lei e do respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, estes aposentados tem direito adquirido a não participarem da cobertura do déficit da Petros inclusive porque têm

integradas ao contratos de trabalho mantido com o *de cujus* as cláusulas do regulamento da Petros vigentes até a data em que concedida a jubilação, por força do que dispõem os artigos 444 e 468 da CLT, garantias que, ademais, encontram eco no próprio art. 68 da Lei complementar 109/2001.

E não se diga que a regra de paridade contributiva estabelecida pelo art. 18 da Lei Complementar 109/2001, na esteira da Emenda Constitucional 20/98 atingiria os contratos em curso, em espécie da chamada retroatividade mínima.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde muito tempo, é no sentido de não admitir a chamada “retroatividade mínima”. Nesse sentido, a decisão histórica proferida na ADI 1.931-MC/DF, ajuizada pela Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS, buscando a declaração de inconstitucionalidade formal e material da Lei n. 9.656/98, que dispõe sobre os Planos de Seguros Privados de Assistência à Saúde. Essa lei determinava sua aplicação aos contratos em curso, celebrados sob a égide da lei anterior. O STF entendeu que estariam sendo violados o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, e proferiu decisão suspendendo a eficácia de alguns dispositivos que estabeleciam eficácia retroativa da norma legal questionada, valendo destaque, aqui, o voto do então Min. MAURÍCIO CORREA, verbis:

“(...) a retroatividade determinada por esses preceitos faz incidir regras da legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior, que, a meu ver, afrontam o direito adquirido consolidado das partes, de tal modo que violam o princípio consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e põem-se em contraste com a jurisprudência desta Corte de que é exemplo o acórdão proferido na ADI 493-DF, Moreira Alves, publicado na RTJ 143/724. Do voto-condutor do referido julgamento extraio os seguintes fundamentos: ‘(...) pouco importa que as normas impugnadas nesta ação direta sejam normas de ordem pública, tendo em vista o interesse público desse sistema, pois, como acentuei, exhaustivamente, na parte inicial deste voto, também as normas de ordem pública e de direito público estão sujeitas à vedação constitucional do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal: ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’. Apesar de impostas pela lei certas cláusulas como obrigatórias num contrato, uma vez apostas a ele passam a integrá-lo como fruto de ato de vontade inclusive da parte que a ele adere, e, conseqüentemente, daí resulta que esse contrato, como ato jurídico perfeito, tem os seus efeitos futuros postos a salvo de modificações que a lei nova faça com relação a tais cláusulas, as quais somente são imperativas para os contratos que vierem a celebrar-se depois de sua entrada em vigor. Não há ato jurídico parcialmente perfeito, conforme suas cláusulas decorram da autonomia da vontade ou resultem de normas de ordem pública, para pretender-se que aquelas são infensas à retroatividade, ao passo que estas estão sujeitas à modificação imediata, que nada mais é – como já se viu –

uma das espécies de retroatividade. Essa distinção, em última análise, volta ao problema da retroatividade das leis de ordem pública (ou seja, das leis cogentes), pois são leis dessa natureza que, em direito privado ou em direito público, impõem às partes contratantes a adoção de cláusulas contratuais imperativas. Nem por isso essas cláusulas deixam de integrar o contrato, que, como ato jurídico perfeito, está a salvo das modificações posteriores que outras leis de ordem pública venham impor na redação dessas cláusulas. Volto a repetir o que já demonstrei: a norma constitucional impede a retroatividade da lei nova em face do ato jurídico perfeito, que, por não poder ser modificado retroativamente, tem os seus efeitos futuros resguardados da aplicação dessa lei”.

O direito adquirido dos participantes e a irretroeficácia da lei foram simplesmente ignorados na campanha publicitária implementada pela Petrobrás S.A Aliás, foram visivelmente desrespeitados. Em certo informativo, a Petros chega a afirmar *“Em 1998, houve a edição da Emenda Constitucional n. 20, regulamentada no ano de 2001, a emenda diz que não é mais permitido que a patrocinadora cubra déficit sozinha. Algumas pessoas falam na sua aplicabilidade para quem estava na Petros antes de 1998. Isso entretanto não é um fato. Nenhuma ação dos 365 fundos de pensão encontrou êxito. Mesmo que isso viesse a acontecer, seriam ações que demorariam muito tempo, talvez mais de 15 anos”*.

Ora, será que dentre as “poucas” (algumas) pessoas que reconhecem a irretroeficácia da lei estariam os Ministros do STF? O que pode pensar um aposentado ou uma pensionista com mais de 75 anos de idade diante da afirmativa de que nenhuma das ações movidas contra fundos de pensão discutindo direito adquirido a não participar do déficit logrou êxito e que qualquer demanda nesse sentido demoraria em torno de 15 anos? Essas afirmativas não influenciaram as decisões dos assistidos que se encontravam sobre a pressão do prazo para repactuar??? Que esperança têm os assistidos em ver seu direito respeitado diante das afirmativas das reclamadas? A malícia é evidente!

Não é demais lembrar que o contrato de previdência complementar, de outro lado, é contrato acessório ao contrato de trabalho que guarda, no entanto, a característica da adesividade. De fato, o contrato de previdência complementar se afigura como contrato de adesão e justamente por isso, a boa-fé objetiva é elemento que nele se exacerba como dever essencial das partes. Nesse sentido, o disposto nos artigos 423 e 424 do Código Civil.

Fica claro que a repactuação, para aqueles empregados que desconheciam os aspectos acima salientados foi altamente lesiva. Isso não significa que os participantes não possam repactuar: podem, mas a nosso ver, não devem.

NOVO PROCESSO DE REPACTUAÇÃO

Chega-se, assim, ao “novo processo de repactuação”. Trata-se do mesmo engodo, com algumas circunstâncias agravantes:

Em primeiro lugar, cabe frisar que o “incentivo” para repactuar diminuiu: na primeira ocasião era equivalente a R\$ 15.000,00 ou três remunerações, o que fosse maior. Agora, são ofertados, apenas, os mesmos R\$ 15.000,00, sem qualquer correção, depois de 6 (seis anos) da data em que lançada a primeira repactuação!

Em segundo lugar, além do banco de reajustes negativos, etc., a “nova repactuação” vem acompanhada de uma profunda alteração patrimonial, a chamada “separação de massas”, estabelecendo, ainda um “fundo de reposição de benefícios” que tem por intuito, visivelmente, liberar a Petrobrás do ônus de aportar recursos para cobertura dos déficits decorrentes dos reajustamentos tal como prevista no inciso X do artigo 48. Enfim, a “nova repactuação” paga pouco aos participantes e desonera em muito a patrocinadora!

Existe, assim, risco de dano irreparável.

Além disso, a deliberação do Conselho acerca da abertura de um novo processo de repactuação quando ainda pende decisão nas ações que questionam a validade da primeira repactuação, sobretudo o Mandado de Segurança impetrado pelo brilhante advogado Castagna Maia, que aguarda julgamento na Justiça federal do Distrito Federal é injustificável, seja do ponto de vista jurídico como do ponto de vista ético.

Existem, ainda, inúmeras ações judiciais, quer em trâmite na Justiça comum, quer em trâmite na Justiça do Trabalho, em que a “primeira repactuação” está sendo questionada.

Nesse sentido cabe destacar o posicionamento encontrado em decisão proferida pelo Tribunal Regional do Paraná – TRT 9ª, que registra:

“Como apontado pelo MM. Juízo Primeiro, conforme alínea “b” da cláusula II, do termo de re-ratificação, para a sua validade há necessidade de adesão à repactuação de 2/3 da totalidade dos participantes e assistidos vinculados às patrocinadoras e a publicação de aprovação do recálculo dos benefícios, conforme prevê a alínea “a.1”, da cláusula IV.

Verifica-se, no presente caso, que a reclamada Petrobrás apresentou prova da homologação judicial para os efeitos descritos no Termo de re-ratificação bem como prova de que houve a publicação de aprovação do recálculo dos benefícios (termo de transação às fls. 102/122, cópia da sentença às fls. 123/129, publicação das alterações à fl. 130), restando incontroversa, ainda, a adesão à repactuação de 2/3 da totalidade dos participantes e assistidos vinculados às patrocinadoras, conforme alínea “b” da cláusula II, do termo de re-ratificação (o que restou

expresso, inclusive, na sentença que analisou a ação civil pública ajuizada pela Federação única dos Petroleiros, na qual constou informação de adesão de 73% dos beneficiários da Petros -fl. 126).

Todavia, mesmo a observância de tais requisitos não se mostra suficiente para validar o termo de repactuação realizado.

De acordo com o disposto nos artigos 9º e 468 da CLT bem como entendimento da Súmula nº 51 do C. TST, qualquer alteração contratual não deve causar prejuízos ao trabalhador, sob pena de ser considerada nula eventual pactuação (Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Nº 51 - NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT - I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.).

Existindo postulação por parte do reclamante que aderiu ao referido termo (que altera regulamento anterior que apresenta os critérios para cálculo e reajustes dos benefícios) de aplicabilidade de cláusulas do regulamento anterior, e existindo por parte das reclamadas resistência em tal aplicabilidade, cabia às mesmas comprovar que a alteração não implicou em prejuízo aos optantes. Inexistindo demonstração fática comprovando que a opção não implicou em prejuízo aos autores, reconhece-se pactuação em prejuízo, devendo, portanto, ser considerada nula a alteração.

No mesmo sentido já decidiu esta Turma conforme precedente TRT-PR-03137 - 2008-594-09-00-4 (RO), de minha Relatoria, no qual também se analisa a validade dos mencionados Termos de Repactuação, bem como precedente 03069-2008-594-09-00-3 - 05/02/2010, RELATORA FÁTIMA T. L. LEDRA MACHADO:

Com efeito, existe sério risco das ações individuais serem vitoriosas, tornando sem efeito a repactuação com base nos art. 9º e 468 da CLT, que dão expressão legal ao Princípio da Tutela, que informa o Direito do Trabalho, e presentes, ainda, as regras do direito comum quanto à invalidade dos negócios jurídicos, sobretudo quando os subordinam aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato (art. 421 e 422 do Código Civil). Não há dúvida de que a adesão dos participantes ao primeiro processo de “repactuação” do plano Petros

resta maculada de inafastável nulidade, cuja declaração pode ser pleiteada em demanda individual à vista dos prejuízos que vem sendo comprovados em diversos laudos contábeis.

Tudo recomenda, portanto, que a possibilidade de abertura de um novo processo de repactuação do plano seja obstada pela via judicial.

Além do fato de que o primeiro processo de Repactuação encontra-se *sub judice*, sendo objeto de questionamento judicial, em âmbito nacional, e em diversas ações individuais, verifica-se que já houve decisão trânsita em julgado em ação movida pela FENASPE (Federação Nacional de Associações dos Aposentados e Anistiados do Sistema Petrobrás), que tramitou perante a 54ª. Vara do Trabalho do Rio de Janeiro-RJ, Processo. nº 00165-2006-054-01-00-1 na qual foi reconhecida a legitimidade daquela entidade para participar da mesa de negociação da cláusula coletiva que deu ensejo à repactuação.

Em que pese aquela decisão fosse referente ao primeiro processo de repactuação não há dúvida de que gerou coisa julgada quanto à declaração de legitimidade da Fenaspe para participar da negociação. Neste sentido, já advertia PONTES DE MIRANDA, acerca da classificação quinária das sentenças. Toda sentença tem, em si, conteúdo declaratório. E naquela ação a legitimidade da FENASPE foi expressamente declarada. A iniciativa de um segundo processo de repactuação poderá, portanto, ser questionada por aquela entidade, que não foi chamada a negociar previamente o segundo processo de repactuação antes do assunto ser submetido à deliberação do Conselho da Petros.

Como já se disse, é da natureza constitucional da Previdência Complementar a constituição de reserva que garantam o benefício contratado. Esta garantia tem sua razão de ser no fato de que os contratos de previdência privada complementar são, embora facultativos, contratos em que o elemento CONFIANÇA é exacerbado, justamente pelo seu caráter previdenciário. Com efeito, os participantes passam mais de 30 (trinta) anos contribuindo para a constituição das reservas do plano justamente para não terem, na velhice, que se deparar com os infortúnios da imprevidência. Esta é uma característica essencial da previdência privada complementar. Além disso, no caso das entidades de previdência complementar privada fechada, trata-se de contrato que se configura, embora como decorrência do contrato de trabalho, como uma espécie de seguro mútuo, daí porque se diz que o mutualismo é um princípio fundamental da Previdência Privada. A decorrência do mutualismo é justamente a constituição de uma reserva única garantidora dos benefícios contratados, ou seja, uma massa patrimonial que existe para dar vazão à garantia estabelecida no artigo 202 da Constituição Federal.

SEPARAÇÃO DE MASSAS

Como se não bastasse, A PETROBRÁS E A PETROS pretendem separar a massa do Plano Petros do Sistema Petrobrás em duas partes, uma destinada a garantia dos benefícios daqueles empregados que repactuaram o plano e outra, destinada a garantir os benefícios dos empregados que não repactuaram o plano. Ocorre que, como já foi dito, as alterações que compuseram o processo de repactuação impactaram atuarialmente o plano, assim como,

também ocorrerá na hipótese de aprovação da nova repactuação gerando provável lesão à massa que, uma vez dividida atingirá, inclusive o benefício daqueles que repactuaram.

Qual a “massa” que arcará com as inúmeras condenações da Petros na Justiça do Trabalho?

A sistemática legal da previdência complementar não permite a separação de massas por categoria de participantes. A única possibilidade de separação de massas é a que se dá entre planos com patrocinadoras diversas. E porque é assim? Justamente porque a massa patrimonial se destina a garantir os benefícios contratados. Trata-se, na verdade, de lição preliminar de Direito. O patrimônio é um todo indivisível, não pode ser dividido para fraudar o direito de terceiros. A lei estabelece exceções pelas quais parte do patrimônio do titular pode ser apartada (afetada) para a consecução de um determinado fim. Exemplo disso é o chamado bem de família. A casa em que o indivíduo mora se separa de seu patrimônio e é afetada para garantir a um fim maior que é a moradia (Teoria da afetação patrimonial), não podendo, assim, ser objeto de penhora.

Na previdência privada não é diferente. Parte do patrimônio do plano pode ser separada, afetada, mas apenas para o fim a que se destina Previdência Complementar, e esse fim, como esclarece a Constituição Federal é a garantia dos benefícios contratados. Portanto, qualquer afetação, divisão ou separação do patrimônio que não se destine a garantir os benefícios contratados implica, por si só em violação da garantia constitucional prevista no art. 202 da Constituição Federal.

Disso resulta que podem haver massas separadas para planos distintos, mas jamais duas massas em um mesmo plano, divididas por categorias de participantes, o que constitui verdadeira aberração jurídica.

Porque se permite a separação de massas entre planos distintos? Justamente para garantir que os participantes de um plano não tenham que arcar com déficits do outro, o que seria injusto e não atenderia a garantia constitucional de honrar o benefício que foi contratado.

E porque não se permite a separação de massas dentro de um mesmo plano, por categorias de participantes? Porque isso quebra a natureza mutualista da previdência complementar e coloca em risco a cobertura dos benefícios contratados, através de distinções odiosas entre participantes que contribuíram, durante longos anos, para a constituição de um fundo único. A garantia de cobertura fica, assim, ameaçada para ambos os grupos (repactuantes e não repactuantes).

A divisão da massa, além disso, dificulta a distribuição de superávits do fundo, na medida em que a divisão diminui o todo, por óbvio.

A ilegalidade fica ainda mais patente quando se vê que na proposta das alterações regulamentares que serão encaminhadas à PREVIC está expressamente consignado no parágrafo 5º do art. 1º do Novo Regulamento que *“em hipótese alguma o Plano Petros do Sistema Petrobrás – Repactuados será*

considerado um novo plano de benefícios, para fins das relações jurídicas estabelecidas com as patrocinadoras, participantes e assistidos...”.

Ora, qual a razão desta ressalva? Muito simples: o Plano está fechado desde 2002. Assim a Petros modifica a substância do plano radicalmente, divide o patrimônio e libera a Petrobrás dos ônus decorrentes da cobertura de déficits em relação aos repactuantes (para os quais se cria o fundo de reposição de benefícios e o “banco negativo” de reajustes) sem ter que ofertar o antigo plano aos empregados admitidos após 2002.

É importante salientar que a lei permite a retirada de patrocínio, a divisão de patrimônio por planos e a alteração dos regulamentos. As patrocinadoras tem o direito de fazê-lo. Contudo, tal direito é direito sujeito a determinadas condições que devem ser cumpridas para que seu exercício seja lícito. Do contrário tem-se a figura da ilicitude no modo do exercício do direito ou ainda a do abuso de direito, ambos repelidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De tudo o que foi dito, resta, assim recomendar extrema cautela dos participantes na análise da proposta de nova repactuação e, de outro lado, salientar que ambas as questões “repactuação” e “separação de massas” podem ser objeto de discussão judicial, ainda que as alterações regulamentares sejam aprovadas pela PREVIC, pois, como dito, podem ser questionadas no plano da eficácia (efeitos jurídicos).

Nesse sentido, podem ser ajuizadas ações de caráter coletivo pela FENASPE e suas afiliadas bem como ações individuais visando à preservação do direito adquirido dos participantes e a ineficácia da separação patrimonial que lhes seja prejudicial. Para tanto, devem ser devidamente esclarecidas as entidades associativas e os participantes.

É o que nos parece, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 31 de agosto de 2012.