



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

HORÁCIO CESAR PEREIRA DOS SANTOS

**APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO BRASIL E A SÚMULA 321 DO STJ**

Brasília
2015

HORÁCIO CESAR PEREIRA DOS SANTOS

**APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO BRASIL E A SÚMULA 321 DO STJ**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Previdenciário.

Orientador: Prof. Dr. José Augusto Lyra.

Brasília
2015

HORÁCIO CESAR PEREIRA DOS SANTOS

**APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO BRASIL E A SÚMULA 321 DO STJ**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Previdenciário.

Orientador: Prof. Dr. José Augusto Lyra

Brasília, ____ de _____ de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nome completo

Prof. Dr. Nome completo

Dedicado aos meus pais que, em função de haver expirado seu tempo na terra, não tiveram a oportunidade de acompanhar-me em mais essa conquista.

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus pais pelo dom da vida e pela retidão com que conduziram meus caminhos pela existência.

Agradeço a todos aqueles que atravessaram o meu caminho e que colaboraram para o alcance do sucesso, muitas vezes incansáveis, pacientes ou impacientes, incentivaram-me, injetaram força e coragem na busca do objetivo.

Agradeço ao Professor Dr. Gilson Ciarallo, por emprestar seus conhecimento, sapiência e paciência, na orientação para a qualidade no que tange às normas da ABNT deste trabalho.

Agradeço em especial ao Professor Dr. José Augusto Lyra, pois apesar do curto espaço de tempo de duração da matéria possibilitou o contato com o assunto ora discutido. Agradeço ainda pela dedicação, vontade e perseverança na condução deste orientando, em tão pouco tempo de trabalho.

Coloque a lealdade e a confiança acima de qualquer coisa; não te alies aos moralmente inferiores; não receies corrigir teus erros.

Confúcio

RESUMO

A Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabelece que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), deve ser aplicado aos litígios entre participantes e entidades fechadas de previdência complementar. Tal dispositivo legal, mesmo não carregando obrigatoriedade quanto a sua aplicação, vem suscitando controvérsias quanto a existência de uma relação de consumo entre os participantes das entidades fechadas de previdência complementar. Decisões judiciais em consonância com a súmula em referência, tem provocado debates acalorados entre os especialistas no ramo de previdência complementar e muitos defendem o argumento da inaplicabilidade de tal súmula às demandas que envolvem entidades fechadas de previdência complementar. Neste sentido, buscar-se-á neste trabalho, demonstrar que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável às demandas envolvendo as EFPC e seus participantes, tornando a Súmula 321 do STJ limitada às entidades abertas de previdência complementar. O presente trabalho demonstra através de julgados e da doutrina, que o Código de Defesa do Consumidor não deve ser aplicado às relações entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar, como determina a súmula 321, mas apenas às Entidades Abertas de Previdência Complementar.

Palavras Chave: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. SÚMULA 321.

ABSTRACT

The Precedent 321 of the Superior Court of Justice (STJ) states that the Consumer Protection Code (CDC), should be applied to disputes between participants and closed private pension entities. Such legal provision, even not carrying requirement as its application has raised controversy about the existence of a consumer relationship between the participants in the closed pension fund entities. Judicial decisions in line with the sum in question, has provoked heated debates among experts in the pension branch and many argue the grounds of the inapplicability of such a summary to the demands involving private complementary pension. In this sense, it will be sought for this work show that the Consumer Protection Code does not apply to claims involving the EFPC and its participants, making the Precedent 321 of the STJ limited to public complementary pension. This paper demonstrates through trial and doctrine, the Consumer Defense Code should not be applied to relations between the Closed Supplementary Pension Entities, as determined by the sum 321, but only to Open Supplementary Pension Entities.

Keywords: CONSUMER PROTECTION CODE. APPLICABILITY. OPEN BODIES OF ADDITIONAL SECURITY. ENTITIES PRIVATE SOCIAL WELFARE. SUMMARY 321.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	10
1.1 CONCEITO	10
1.2 AS ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	14
1.3 AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	17
1.4 A NATUREZA DO VÍNCULO ENTRE ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E SEUS PARTICIPANTES.	19
2 DOS PRESSUPOSTOS DO CDC (LEI Nº 8.078/90), PARA A CONFIGURAÇÃO DE UMA RELAÇÃO CONSUMERISTA	23
2.1 CONCEITO DE FORNECEDOR	23
2.2 CONCEITO DE CONSUMIDOR	24
2.3 CONCEITO DE REMUNERAÇÃO	26
3 A SÚMULA Nº 321 DO STJ E SEUS DESDOBRAMENTOS	29
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

Com o aumento da expectativa de vida dos brasileiros, ocorreu no Brasil o aumento da procura pelos planos de previdência complementar privada, para provisão em momentos de infortúnios como morte, doença e invalidez ou face a chegada do momento da aposentadoria.

As entidades de previdência complementar administram planos de benefícios previdenciários, estando divididas em entidades Abertas e Fechadas, sendo a última representada pelos Fundos de Pensão, criados a partir da vontade de grupos de trabalhadores de empresas patrocinadoras desse sistema. As entidades fechadas de previdência complementar (EFPC) se caracterizam como formadores e acumuladores de poupança, oriunda das contribuições mensais vertidas por seus participantes.

A relação jurídica entre tais entidades e seus participantes é civil e previdenciária, devendo os conflitos oriundos de tais relações, em nosso entendimento, ser resolvidos à luz do Código Civil e não através do Código de Defesa do Consumidor, como vem sendo largamente aplicado.

Neste trabalho será estudada a relação entre as EFPC e seus participantes, com o objetivo de demonstrar a não adequação dos dispositivos constantes no CDC aos litígios entre tais entidades e seus participantes.

A importância do tema em estudo deve-se a aplicação sumária da Súmula 321 do STJ em primeiro grau, mesmo sem ela possuir força vinculante, a todo litígio entre as Entidades de Previdência Privada e seus participantes, sem levar em consideração as especificidades das EFPC que podem afastá-las de sua incidência.

Buscar-se-á responder se: as Entidades Fechadas de Previdência Complementar podem ser caracterizadas como fornecedores de serviços mediante remuneração; se os participantes das entidades podem ser considerados consumidores de produto ou serviço oferecido pelas entidades; se as contribuições previdenciárias vertidas pelos participantes como forma de manutenção do custeio dos planos de benefícios podem ser enquadradas como remuneração e se é aplicável a Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

1 DAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

1.1 Conceito

A partir da década de 60, verificou-se um crescimento no segmento de previdência privada no Brasil. Com esse crescimento surge a necessidade de criação de uma legislação que regulasse essas atividades. A sistematização da previdência privada ocorreu com a edição da Lei 6.435, sancionada em 15 de julho de 1977, com base em anteprojeto do Executivo que recebeu apoio do Congresso Nacional.

A Lei nº 6.435/77 constituiu-se o Estatuto Básico da Previdência Privada, e teve como objetivos:

- a) disciplinar a expansão dos planos de benefícios, propiciando condições para sua integração no processo econômico-social do País;
- b) determinar padrões mínimos adequados à segurança econômico-financeira do sistema;
- c) proteger os interesses dos participantes dos planos de benefícios, e
- d) coordenar as atividades da Previdência Privada com as políticas de desenvolvimento social e econômico-financeira do Governo Federal.

O conceito de Entidades de Previdência Privada, surge definido no Art.1º, caput, da Lei nº 6.435/77, a qual conceituava:

Art. 1º. Entidades de previdência privada, para os efeitos da presente lei, são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.

No entanto, apesar de refletindo as preocupações e demandas existentes à época, tal regramento jurídico não conseguiu acompanhar a dinâmica do mercado de previdência, sendo necessárias adequação nas normas¹.

¹ Nas últimas décadas, os Fundos de Pensão passaram a exercer um papel cada vez mais relevante no cenário político-econômico brasileiro, seja em razão da sua atuação como importantes instrumentos de recursos humanos das suas empresas patrocinadoras, em relação aos empregados vinculados aos planos de benefícios — hoje também propiciando a previdência complementar a milhares de associados de diversas categorias profissionais, nos planos previdenciários de Instituidor —, seja em virtude da sua relevância como formadores da poupança nacional e propulsores do desenvolvimento econômico. (AVENA, 2013, p. 81)

A partir da Constituição Federal de 1988, ocorreu a clara separação entre os regimes previdenciários brasileiros, tendo a Carta Magna regulamentado em seu artigo 201, o Regime Geral de Previdência Social² e no seu artigo 202 a previdência complementar³, como conhecemos⁴.

A previdência privada é parte integrante do sistema de Seguridade Social e a sua função principal é oferecer proteção complementar à previdência pública, a qual devido a sucessivas reformas na legislação da previdência social, acabou por limitar os benefícios. Um dos pontos de destaque nessas limitações, dizem respeito ao artigo 14 da Emenda Constitucional 20⁵, de 15 de dezembro de 1998 e o artigo 5º da Emenda Constitucional 41⁶, de 19 de dezembro de 2003, os quais estabelecem limites para os valores dos benefícios do regime geral de previdência social. Desse modo, independentemente do volume de valores vertidos à previdência oficial, haverá a limitação de valores retornados ao segurado em termos de benefícios.

² Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, [...].

³ 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.

⁴ Previdência privada e a previdência social são campos integrantes do Direito Previdenciário. O Regime de Previdência Privada, assim como o Regime Geral de Previdência Social, é importante instrumento de proteção social que tem por objetivo atender às necessidades dos sujeitos advindas das consequências do risco social, por exemplo: velhice, doença, morte.

Da mesma forma que a previdência social, a previdência privada obedece ao vetor que decorre do direito que cada cidadão tem a uma vida digna, axioma que deve ser atingido pelo esforço conjunto do próprio indivíduo e da organização social. Por essa razão, sua disciplina jurídica está inserida no Direito Social, sendo esses regimes parte integrante do sistema de seguridade social posto na Constituição Federal de 1988 no Título VIII, o qual versa sobre a "Ordem Social". (ARRUDA, 2008, p.96)

⁵ Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

⁶ Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Ainda por conta da edição da Emenda Constitucional 20 de 1998, que promoveu alterações no sistema de previdência social⁷, esta determinou que a matéria fosse disciplinada por lei complementar, culminando na Lei Complementar 109 de 29 de maio 2001, que passou então a regular o regime de previdência complementar e a disciplinar os planos previdenciários.

O caráter complementar da previdência privada, tem o objetivo de complementar a previdência pública, devido ao fato desta proteger os trabalhadores e seus beneficiários com benefícios que estão limitados até determinado valor, conforme determinação legal. Para cobrir níveis superiores de benefícios o indivíduo deve recorrer a previdência complementar. A autonomia da previdência privada se dá por não haver nenhum vínculo com a previdência pública. A previdência privada se dá de forma facultativa, contratual, e é operada por entidades privadas, não fazendo parte nem se confundindo com a previdência pública, mas complementando a proteção previdenciária oficial.

A previdência privada é constituída pelo regime financeiro de capitalização, regime este baseado no acúmulo de reservas pelos participantes, e que é dimensionada em função dos benefícios que serão concedidos no futuro.⁸ A contratualidade é uma característica da previdência privada e ao referir-se a benefícios contratados, a Constituição de 88 estabelece que o negócio previdenciário é concretizado a partir do momento em que há o ajuste entre as partes⁹.

⁷ Rotulada como "Reforma da aposentadoria por tempo de serviço", a maior mudança provocada pela Emenda Constitucional n. 20 foi a transformação da aposentadoria por tempo de serviço para aposentadoria por tempo de contribuição. De qualquer modo, algumas novas regras foram criadas, enquanto outras foram extintas; de forma que algumas regras transitórias foram estabelecidas de modo a compatibilizar o antigo com o novo regime jurídico constitucional previdenciário. Assim, a Emenda Constitucional n. 20/1998 trouxe alterações para o Regime Geral de Previdência Social — RGPS e para os Regimes Próprios de Previdência — RPPS.

No RGPS, desconstitucionalizou-se a regra de cálculo do valor dos benefícios; restringiu-se o salário-família e o auxílio-reclusão aos segurados de baixa renda, extinguiu-se a aposentadoria proporcional e pôs fim às aposentadorias especiais dos jornalistas, aeronautas e professores universitários. (ZUBA, 2013, p. 102)

⁸ Assim, a avaliação atuarial apresenta-se como dado estrutural dos programas previdenciários privados que devem estar baseados na constituição de reservas que garantam o benefício contratado. Então, redobrada prudência na gestão do fundo previdenciário é o que exige a constituição de reservas garantidoras dos benefícios. (ZUBA, 2013, p. 98)

⁹ 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.

Thais Maria Riedel de Resende Zuba (2013, p. 98) leciona a respeito da previdência privada, que:

Os planos privados assumem a forma fechada ou a forma aberta de atuação. Os de tipo aberto podem ser custeados, na totalidade, por contribuições das empresas e dos instituidores, por contribuições das empresas, instituidores e segurados inscritos ou, ainda, por contribuições cobradas, com exclusividade, dos segurados. Deve respeitar o art. 26 da Lei Complementar n. 109/2001. Cumpre destacar que, por ser um serviço privado de interesse público responsabilidade das entidades privadas é extremamente releva cabendo-lhes a proteção jurídica integral de certo universo pessoas, assim como se obriga o segurador, nos termos do contrato do seguro. Os de tipo fechado são acessíveis apenas a determinados grupos, sendo fechadas para os demais e devem seguir o disposto nos arts. 12 e 13 da Lei Complementar n. 109, de 2001.

A operação das entidades de previdência complementar, no segmento aberto somente é admissível sob a forma de sociedades anônimas, permitindo, ainda, a presença de companhias seguradoras para administrar planos de previdência privada aberta, seguradoras que operam com seguros de vida e os bancos, desde que autorizadas pela SUSEP, conforme preconiza o artigo 36 da Lei Complementar 109/01¹⁰.

O sistema de Previdência Privada tem um mecanismo forte de poupança, pois as entidades são caracterizadas como investidoras quando direcionam as aplicações de suas reservas segundo normas oficiais.

Os recursos aportados pelos participantes, são destinados a um fundo de investimento financeiro exclusivo e a entidade é que escolhe a instituição financeira que administrará este fundo (REIS,2013, p.13)¹¹.

¹⁰ Art. 36. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

Parágrafo único. As sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida poderão ser autorizadas a operar os planos de benefícios a que se refere o caput, a elas se aplicando as disposições desta Lei Complementar.

¹¹ Nas palavras do autor: “Há mobilização de valores, mas não existe o lucro, pois os recursos administrados (reservas) pela entidade fechada de previdência complementar destinam-se exclusivamente ao pagamento de benefícios previdenciários em favor dos próprios participantes que dela fazem parte.

Pela Lei Complementar 109, as entidades de previdência privada têm a obrigação de constituir reservas técnicas, fundos e provisões, e este dinheiro do fundo deve estar separado dos demais ativos, pois caso haja insolvência da empresa os recursos ficam preservados e podem então ser transferidos para uma outra empresa.

O regime de previdência privada é contratual, tendo natureza jurídica de direito privado, no entanto esta atividade está sujeita à autorização e fiscalização da União, conforme preconiza o artigo 21, inciso VIII da Constituição Federal de 1988. Já a Lei Complementar 109/01 em seu art. 5º prevê tal regulação através da criação de órgãos estatais incumbidos de normatização, coordenação, supervisão e fiscalização e controle destas atividades por meio de lei.¹²

Apresentado o conceito de previdência complementar, resta ainda os dois modos como ela se apresenta no Brasil, dividindo-se em Entidades de Previdência Complementar Abertas e Fechadas.

1.2 As Entidades Abertas de Previdência Complementar

As entidades abertas de previdência complementar têm como principal fundamento a geração de planos de aposentadoria para que o beneficiário possa manter seu padrão de vida, quando por algum motivo não lhe seja possível a atividade laboral, ou tenha cumprido os requisitos para a percepção do benefício contratado. Em regra, as seguradoras que operam com seguros de vida e os bancos, desde que

Não se pode confundir a existência de recursos garantidores de benefícios com atividade comercial ou lucrativa.

As contribuições dos participantes, somadas às dos patrocinadores (empregadores), destinam-se à constituição de um fundo que, baseado em cálculos atuariais que levam em conta fatores como longevidade, inflação e retorno dos investimentos, vai arcar com a complementação de aposentadoria do agrupamento associativo da entidade fechada de previdência complementar. ”

¹² Assim, esse fenômeno jurídico é composto de duas características essenciais: contratualidade e facultatividade. Ou seja, a previdência privada é de índole contratual, negociada entre os interessados, constituída autonomamente em relação ao regime geral de previdência social (vigora o princípio da autonomia privada). Porém, a Norma Fundamental já imprime os lineamentos que revestirão, sob o império da autonomia privada, o comportamento humano, no particular. (ZUBA, 2013, p. 98).

autorizadas pela SUSEP¹³, são as entidades com capacidade para comercializar planos de previdência privada aberta.

Conforme Roger Franchini (2008), assim se definem as entidades abertas de previdência complementar:

As Entidades Abertas de Previdência Privada (EAPP) integram o Sistema Financeiro Nacional (SFN), sendo que suas operações estão sob as orientações do Conselho Nacional de Seguro Privado e a aplicação de suas reservas técnicas é regulada pelo Banco Central. Além do mais, estão submetidas à fiscalização do Ministério da Fazenda, através da Superintendência de Seguros Privados. Normalmente são administradas por entidades financeiras e oferecem seus planos de benefícios no mercado comum, sem restrição de número de participantes. Estes, por sua vez, integram tais entidades através de contratos de adesão, de inequívoca unilateralidade de cláusulas.

Já o professor Fábio Zambitte Ibrahim (2009, p. 785), traz o seguinte entendimento sobre as entidades Abertas:

As entidades abertas são constituídas sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário, concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

Esta é a principal característica deste segmento — ser aberto a qualquer pessoa física, independente de profissão, residência ou idade. Tais entidades abertas de previdência complementar ou FAPC também podem ser sociedades seguradoras do ramo vida, desde que autorizadas, outrossim, a operar os planos de benefícios complementar.

Tais entidades, possuem a faculdade de oferecer e cobrar pelo produto/serviço ofertado, cabendo ao participante aportar valores sobre os quais incidem a cobrança pelo produto/serviço prestado, mas é possível outras formas de constituição, como alerta o professor Fábio Zambitte Ibrahim (2009, p. 786)

Em geral, as EAPC atuam com fins lucrativos, mas não há impedimento legal à criação de mútuos, isto é, regimes de previdência aberta sem fins lucrativos. Da mesma forma, na Jornada de Direito Civil, promovida pelo centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no Enunciado no 185, foi definido que a disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação, exclusivamente, por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.

¹³ A SUSEP é o órgão responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro. Autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, foi criada pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Tem como missão "Regular, supervisionar e fomentar os mercados de seguros, resseguros, previdência complementar aberta, capitalização e corretagem, promovendo a inclusão securitária e previdenciária, bem como a qualidade no atendimento aos consumidores." (<http://www.susep.gov.br/menu/a-susep/apresentacao>)

As abertas de previdência operam em geral, oferecendo duas modalidades de plano de Previdência Privada no mercado, que são o Vida Gerador de Benefícios Livres (VGBL) e o Plano Gerador de Benefícios Livres (PGBL). Tratam-se de planos por sobrevivência (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal, que poderá ser vitalícia ou por período determinado, ou um pagamento único.

A principal diferença entre os dois planos, reside no tratamento tributário dispensado a um e outro. Em ambos os casos, o imposto de renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda. Enquanto no VGBL o imposto de renda incide apenas sobre os rendimentos, no PGBL o imposto incide sobre o valor total a ser resgatado ou recebido sob a forma de renda. Tais modalidades são comercializadas no mercado e dão acessíveis a quem esteja disposto a investir.

O investidor (segurados ou participantes) terá de pagar uma taxa de administração, que vai remunerar o gestor responsável por escolher os ativos financeiros em que os cotistas irão investir. Existe ainda outra despesa quase sempre específica dos planos de previdência, que é a taxa de carregamento, que corresponde a um percentual do valor investido no plano mensalmente

Importante observar que nas relações contratuais de Previdência Privada Aberta, os sujeitos ativos são os participantes e os beneficiários na qualidade de consumidores, os quais tem a faculdade de receber os benefícios previdenciários, através de pagamento único ou continuado.

As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas. (MARTINS, 2014, p. 494).

Outro sujeito da relação jurídica é a Entidade Aberta de Previdência Privada, que tem por obrigação, conceder o pagamento ao beneficiário. Ou seja, há uma relação direta entre uma entidade que comercializa o plano e alguém (qualquer pessoa que assim deseje) que adquire e consome tal serviço. Uma relação comercial.

1.3 As Entidades Fechadas de Previdência Complementar

Já as entidades fechadas de previdência complementar, são criadas pelas patrocinadoras ou instituidoras¹⁴ com o objeto específico de executar e administrar planos de benefício de natureza previdenciária com acesso exclusivo aos empregados de determinada empresa ou grupo de empresas, ou ainda servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não sendo permitido o acesso a outras pessoas não integrantes daquele grupo

O artigo 31 da Lei Complementar 109/01, assim define as entidades fechadas de previdência complementar:

Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - Aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e

II - Aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

Tais entidades são constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos, nos termos do parágrafo 1º do artigo 31 da Lei Complementar 109, sendo mais comum a instituição de uma fundação. A entidade possui autonomia administrativa e financeira em relação à patrocinadora e a única correlação que permanece é o dever da patrocinadora de contribuir para o plano de benefício, normalmente com valor igual ao descontado do salário do empregado participante.

O Portal Brasil, site institucional da Presidência da República, assim define as Entidades fechadas de previdência complementar (EFPC):

As Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), mais conhecidas como fundos de pensão, são instituições sem fins lucrativos que mantêm planos de previdência coletivos. São acessíveis exclusivamente a

¹⁴ É patrocinador a empresa ou o grupo de empresas, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas que instituem para seus empregados ou servidores plano de benefício de caráter previdenciário, por intermédio de entidade fechada, enquanto instituidor é a pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial que institua para seus associados ou membros plano de benefício de caráter previdenciário. (IBRAHIM, 2009, p. 785).

grupos de trabalhadores de determinada empresa ou entidade de classe, que são responsáveis por administrá-los.¹⁵

Já o professor Fábio Zambitte Ibrahim (2009, p. 785), em sua obra, *Resumo de Direito Previdenciário*, traz o seguinte entendimento sobre as entidades Fechadas:

As entidades fechadas de previdência complementar- EFPC, ao contrário das abertas, são somente acessíveis aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

No primeiro caso, relativo aos empregados e servidores, as empresas ou entes federativos que instituem plano de benefício de caráter previdenciário recebem o nome de patrocinadoras, enquanto no segundo caso, referente aos associados de pessoas jurídicas de caráter profissional, a denominação é instituidora. A instituidora poderá ser, inclusive, uma entidade de classe, como um sindicato.

É patrocinador a empresa ou grupo de empresas, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas que instituem para seus empregados ou servidores plano de benefício de caráter previdenciário, por intermédio de entidade fechada, enquanto instituidor é a pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial que institua para seus associados ou membros planos de benefício de caráter previdenciário.

As Entidades Fechadas de Previdência, como o próprio nome diz, caracterizam-se por serem reservadas, de acesso exclusivo aos membros de um determinado grupo. Tais entidades não possuem fins lucrativos, assumindo a forma de fundação, ou de sociedade civil, sem fins lucrativos, desse modo as Entidades Fechadas possuem um caráter paraestatal e não comercializam produtos no mercado¹⁶, não se tratando, portanto, de instituição com as mesmas características das Entidades Abertas, as quais se aproximam das Instituições Financeiras (bancos, seguradoras, etc.).

Ao contrário das entidades abertas, as quais podem desenvolver outras atividades econômicas, desde que acessórias, as fechadas têm como objeto exclusivo a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, salvo serviços relativos à saúde, desde que já estivessem disponíveis em 30/05/2001, data da publicação da LC no 109/2001. (IBRAHIM, 2009, p. 786).

¹⁵ Portal Planalto. APOSENTADORIA PRIVADA. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2009/11/aposentadoria-privada>>. Acesso em 19 abr. 2015.

¹⁶ A entidade fechada de previdência complementar, sem objetivar o lucro, tem como missão existencial recolher as contribuições dos participantes e patrocinadores, administrá-los e, ao final, converter tais recursos em benefícios previdenciários em favor dos próprios participantes, os quais, ao se aposentarem, assumem a condição de assistidos. (REIS, 2013, p.16)

Tanto as entidades abertas, como as fechadas, têm como finalidade a constituição e manutenção do fundo de previdência de seus participantes, mas as entidades as fechadas não gozam do privilégio de expor ao mercado os seus serviços, tomando-as uma espécie diferenciada e não compatível com o mercado de previdência e seguros.

1.4 A Natureza do vínculo entre Entidades Fechadas de Previdência Complementar e seus participantes.

As Entidades fechadas de previdência complementar são pessoas jurídicas de Direito Privado, constituídas obrigatoriamente sob forma de fundação ou associação, sendo reguladas por lei e fiscalizadas pelo Estado, no caso a PREVIC¹⁷, órgão do Ministério da Previdência.

A relação existente entre os participantes e a entidade, é iniciada de modo espontâneo, ou seja, os participantes não são obrigados a se vincular. No entanto, em ocorrendo tal vinculação, é firmado pacto contratual de obrigações mútuas, sendo que estas se submetem a todo o regime brasileiro de Direito Civil, especialmente na regulamentação dos contratos, mais especificamente nos termos de adesão e regulamentos dos planos de benefícios.

Conforme leciona Sergio Pinto Martins (2014, p. 490):

A previdência privada complementar é caracterizada pela autonomia da vontade. O sistema de previdência complementar é facultativo. Logo, vale a autonomia privada da vontade em contratar. A pessoa tem a possibilidade de entrar no sistema, de nele permanecer e dele retirar-se, de requerer ou não o benefício, dependendo de sua vontade. Valerá o que for contratado entre as partes (*pacta sunt servanda*).

¹⁷ A Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) é uma autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social, responsável por fiscalizar as atividades das entidades fechadas de previdência complementar (fundos de pensão). A Previc atua como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, observando, inclusive, as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar. Mais informações poderão ser encontradas no endereço: www.previdenciasocial.gov.br (<http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/spc.asp>)

Ou ainda conforme entendimento de Thais Maria Riedel de Resende Zuba (2013, p. 98):

Ocorre que no tipo negocial previdenciário privado cada participante conserva, consigo, o poder de disposição que lhe permite respeitados os termos da obrigação e segundo o Procedimento pertinente, modificar os critérios da adesão, tanto quanto ao objeto da proteção previdenciária como quanto ao respectivo modo de exercício. Afinal, nesse negócio, as circunstâncias levam à definição de novas regras para que o fundo social alcance os objetivos definidos pela norma legal.

A partir desse ponto, entramos na seara conflituosa existente, sobre a regulação do pacto firmado entre entidade e o participante.

Para aderir ao plano, faz-se necessário a assinatura de contrato e nesse caso, um contrato de adesão, onde estarão estipuladas cláusulas não negociáveis, uma vez que foram estipuladas com a finalidade de proteger o patrimônio e o interesse da entidade que em leitura final, diz respeito ao interesse de todos os participantes.

Uma vez tratar-se de grupo fechado que tem em comum a necessidade de constituir um meio de subsistência futura, tal relação não escapa ao controle estatal:

Firmado o contrato (de adesão) entre participantes e as entidades de Previdência Privada, perfaz-se uma relação jurídica de Direito Civil. Juridicamente, esse ambiente contratual intrínseco à Previdência Privada é corroborado pela jurisprudência, inclusive pela Súmula n. 92 do STJ: "o direito à complementação de aposentadoria, criado pela empresa, com requisitos próprios, não se altera pela instituição de benefício previdenciário por órgão oficial" (WEINTRAUB, 2004, p. 25-26).

O Estado, porém, permeando o caráter institucional da Previdência, mantém um caráter extremamente regulador, cerceando (com uma legislação extremamente minuciosa e burocratizante) de certa forma a supracitada liberdade contratual, em desprezo à contratualidade. Não podemos olvidar o alcance protetivo das normas públicas sobre esse tipo de relação privada, cabendo ao magistrado observar quais são as prioridades, caso a caso. A autonomia da vontade não é absoluta, mas não havendo previsão contrária de ius cogens, a vontade do participante é plena. Há, portanto, uma ambivalência entre institucionalidade e contratualidade. (WEINTRAUB, 2004, p. 26).

Contratos de adesão são regulados tanto pelo Código Civil¹⁸, quanto pelo Código de Defesa do Consumidor¹⁹. Mas em se tratando este de lei especial, é quase

¹⁸ Código Civil - CC:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

¹⁹ Código de Defesa do Consumidor – CDC:

sempre instanciado para proteger os interesses da parte mais frágil da relação contratual.

É bem verdade que no contrato de adesão, não se possa falar em relação bilateral de vontade entre os contratantes, uma vez que as cláusulas já estão estipuladas e serão aceitas ou não pelo interessado em contratar, afinal ele não está obrigado a firmar o contrato como já afirmado. Não estão presentes nesse tipo de relação contratual as características do *pacta sunt servanda*, uma vez que o mesmo não será debatido, discutido ou modificado.

Mas importa destacar que a natureza das relações entre as entidades e seus participantes deve ser considerada mista, sendo uma parcela contratual e outra parcela institucional, conforme lição de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub (2004, p. 76-77), em seu Manual de Direito Previdenciário Privado:

Acreditamos que haja um caráter misto (institucional e contratual simultaneamente). O caráter institucional diz respeito ao aspecto cogente envolvendo a matéria, ou seja, que não é passível de pactuação com liberdade contratual das partes.

O elemento cogente não está na obrigatoriedade de ingresso no sistema de Previdência Complementar Privada (que é constitucionalmente facultativo); está na imposição de limites legais que cercam as liberdades contratuais. Uma vez que haja o ingresso no sistema, existe uma esfera cogente envolvendo as relações jurídicas que transcendem aquilo que foi contratado.

É preciso ainda, considerar também, que a relação entre a entidade e o participante é em verdade uma relação entre o participante que está contratando e os demais, uma vez que a entidade apenas representa o interesse do grupo e que todas as contribuições arrecadadas dos participantes são revertidas em prol dos mesmos, por meio da contraprestação de benefícios previdenciários²⁰.

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

²⁰ Há uma comunidade, num circuito fechado, daí o nome de entidade fechada de previdência complementar. Um conflito entre participantes e a entidade fechada de previdência complementar é, na verdade, um conflito entre participantes e outros participantes da mesma entidade previdenciária,

Hoje a busca maior pela Previdência Privada, se dá com a finalidade de complementação dos benefícios pagos pela Previdência oficial²¹, no caso a ideia é a manutenção da renda no patamar alcançado enquanto na ativa e até mesmo o resgate do valor vertido com a resolução do contrato, como afirma Bruno Miragem (2014, p. 465), em sua obra Curso de direito do consumidor:

Dentre os direitos reconhecidos aos participantes dos planos estão, além do equilíbrio econômico-financeiro que assegure o valor do benefício nos termos o contrato, o direito à resolução do contrato de previdência complementar, bem como o resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano, descontadas as parcelas do custeio administrativo.

Assim, podemos afirmar que a natureza jurídica das contribuições previdenciárias é de cunho privado, correspondendo a um prêmio de seguro ou reserva financeira, que será revertida ao participante em algum momento, como leciona Weintraub (2004, p. 71):

A natureza jurídica da Previdência Privada está centrada na supletividade facultativa da Previdência Social, dentro do âmbito de proteção social. Podemos dizer que a relação jurídica previdenciária privada se desenvolve por meio de um contrato de trato sucessivo, aleatório e de adesão, caracterizando, em princípio, um mútuo securitário de consumo.

De todo o exposto, é possível se depreender que, predomina quanto à adesão ao regime de previdência privada, em especial a relação entre os participantes e as Entidades fechadas de previdência complementar, a natureza contratual.

Uma vez que o participante só se vincula se quiser, sendo assim facultativo, e a regulação de tal pacto se dá através de regras que ultrapassam os limites das vontades dos contratantes desse modo, podemos considerar o vínculo existente entre as entidades, patrocinadores e participantes de caráter civil-previdenciário, já que regulados por normas das duas esferas do Direito.

Passaremos a verificação quanto a possibilidade de enquadrar, tal relação aos conceitos adotados pelo Código de Defesa do Consumidor.

já que esta não tem vida própria ou patrimônio autônomo, pois os recursos geridos por essa entidade são destinados exclusivamente ao pagamento de benefícios previdenciários para os que dela fazem parte. (REIS, 2013, p.17).

²¹ Os planos das EFPC's objetivam a concessão de benefício previdenciário, de natureza suplementar ou complementar, aos benefícios concedidos pela Previdência Social. A proibição de finalidade lucrativa para os fundos de pensão e as demais características das entidades fechadas e abertas (lucrativas) de previdência privada foram mantidas por esta LC nº 109, de 2001, que sucedeu a Lei nº 6.435, de 1977, ex vi os arts. 12, 31, 32, 33, 36, 38 e 79 desta LC. (Previdência Privada. Lei da Previdência Complementar Comentada, 2005, p. 231)

2 DOS PRESSUPOSTOS DO CDC (LEI Nº 8.078/90), PARA A CONFIGURAÇÃO DE UMA RELAÇÃO CONSUMERISTA

2.1 Conceito de fornecedor

O artigo 3º do CDC, deixa bem claro a definição daquilo que deverá ser protegido pela letra dele constante. O legislador estabeleceu que:

Artigo 3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º: Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º: Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Para ser um fornecedor é necessário que este oferte no mercado produto e/ou serviço, a destinatários que podem ser pessoas físicas ou jurídicas (consumidores). Não estipula o CDC que este público destinatário seja exclusivo, restrito ou limitado.

Destaque-se, portanto, que serviço é para o CDC, aquela atividade que é fornecida mediante remuneração (pagamento), ou seja, as atividades prestadas sem remuneração, ao menos em tese, não podem ser reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Necessário destacar que algumas vezes o produto ou serviço (não é o caso da relação em estudo), são ofertados de modo gratuitos ao consumidor, mas trata-se apenas de um chamativo, pois na realidade o preço daquele produto ou serviço está incluído no valor de outro (produto ou serviço) que o consumidor deverá adquirir, tratando-se de pagamento indireto. Este tipo de relação é considerado um serviço realizado mediante pagamento, já que o consumidor acaba pagando indiretamente pelo serviço, sendo também este tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor.

No caso das entidades fechadas de previdência complementar, temos uma relação especial e específica, uma vez que o produto ou serviço ofertado destina-se a um público específico e não sendo direcionado ao mercado de consumo. Tais

entidades se caracterizam por serem reservadas, de acesso exclusivo aos membros de um determinado grupo sem finalidade lucrativa, ou seja, não há aqui remuneração, que é um outro aspecto que baliza a relação fornecedor x consumidor.

A partir da leitura e interpretação isolada do artigo em questão (artigo 3º do CDC), é possível enquadrar as entidades fechadas de previdência complementar a tal regramento, uma vez se tratar de pessoa jurídica que oferece produto ou serviço, mas faz-se necessário avaliar também os demais conceitos que delineiam uma relação de consumo, quais sejam, o conceito de Consumidor e de Remuneração, pois juntas possibilitam avaliar a existência de uma relação entre quem fornece e quem consome um produto ou serviço.

2.2 Conceito de consumidor

Não haveremos de aprofundar sobre a definição de consumidor ao nível de explanar sobre as teorias que envolvem a sua conceituação, mas nos ateremos tão somente ao ponto que traz luz ao trabalho em questão.

Para o CDC, “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”²², tendo sua abrangência expandida a partir do parágrafo único do mesmo artigo 2º e artigos 17 e 29.²³

Um dos pontos de atração da legislação consumerista para as relações, diz respeito a existência de uma (ou mais) parte que adquire ou utiliza um produto ou serviço, sendo esta considerada a parte vulnerável da relação, uma vez que do outro lado está o responsável pela produção e/ou comercialização do produto ou serviço.

A ideia de proteção à parte hipossuficiente em relação à empresa com a qual mantém uma relação jurídica, economicamente falando, é considerada uma

²² Caput do artigo 2º do CDC

²³ Artigo 2º, Parágrafo único do CDC: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Artigo 17 do CDC: Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Artigo 29 do CDC: Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

característica do consumidor, vulnerabilidade esta acentuada pela celebração de um contrato de adesão, vez que o aderente não tem qualquer possibilidade de participar da estipulação das cláusulas ou mesmo modifica-las.

Ora, como apresentado anteriormente, as entidades fechadas de previdência complementar além de não ofertarem seus produtos no mercado, são administradas e regidas por legislação específica, de modo que mesmo havendo a celebração de um contrato de adesão, existe uma relação condominial²⁴ entre participantes, inexistindo uma parte mais forte que implemente e oferte um produto a uma parte vulnerável.

Esse também é o entendimento de Lygia Avena (2013, p. 80):

Tais características, expressas no CDC para fins de configurar a relação de consumo, não estão presentes na relação previdenciária entre participantes e entidades fechadas de previdência complementar, sendo legalmente vedado às EFPCs auferirem lucro ou distribuírem os seus planos de benefícios no mercado de consumo.

Essas entidades, nos expressos termos do art. 31, inciso I, da Lei Complementar n. 109/01, possuem abrangência restrita, tendo os seus planos de benefícios direcionados a um grupo fechado de empregados de uma empresa ou grupo de empresas patrocinadoras, sendo ainda previstos, como seus destinatários, nos termos de lei específica a regular a matéria, os servidores da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que optem por serem filiados aos planos de benefícios. No caso de associações ou entidades de classe de caráter profissional ou setorial, mencionadas no inciso II do mesmo artigo e não enfocadas neste estudo, estas abrangem somente os seus associados ou membros filiados

Como demonstrado, não existem na relação entre as EFPC e seus participantes, uma relação tal como se percebe em uma relação entre produtor ou prestador de serviços e um consumidor.

O participante de uma EFPC está mais para um condômino que um consumidor de produto ou serviço, tal qual definido na lei e na doutrina. Tanto porque a EFPC não produz ou oferta produtos ou serviços no mercado, como também os

²⁴ O próprio nome da entidade fechada de previdência complementar já evidencia que os planos de previdência são de acesso restrito, pois o art. 31 da Lei Complementar n. 109/01 estabelece que a entidade fechada, ou seja, é acessível "exclusivamente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores" (inciso I) ou "aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, entes denominados instituidores" (inciso II).

Portanto, não há que se falar em mercado de consumo.

O que existe é uma relação condominial, na qual tanto as reservas garantidoras dos benefícios como as despesas são suportadas por esforço solidário dos participantes e assistidos do plano previdenciário e, se for o caso, do empregador (patrocinador). (REIS, 2013, p. 15),

participantes são parte do conjunto de pessoas que são a razão da existência da instituição e estão nela para o alcance do bem comum.

2.3 Conceito de remuneração

Outro ponto de discussão que atrai o CDC para a relação contratual, é a incidência de remuneração sobre os produtos ou serviços ofertados, uma vez que parte da doutrina enxerga a existência de remuneração na relação entre as EFPC e seus participantes.

O artigo 3º, § 2º, considera que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (grifo nosso), de modo que para o enquadramento de uma relação contratual no regramento do CDC, faz-se necessário existir o fornecimento de um serviço ou produto a um consumidor (determinado pelo artigo 2º do CDC), mediante a respectiva remuneração.

No caso em estudo, destacamos que a lei complementar 109/01, em seu artigo 18, define a forma como entidades fechadas de previdência complementar, obterão os meios para sua manutenção e a provisão dos benefícios dos seus participantes:

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição de reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador. (Grifos nossos).

Como é possível verificar a partir da leitura do artigo 18, existe um plano de custeio que estabelecerá o nível de contribuição correspondente a cada participante, não se caracterizando uma remuneração por serviço prestado ou produto ofertado, mas um meio de manutenção da instituição e de provimento futuro dos benefícios contratados. Trata-se de limitação legal que não poderá ser transposta pela entidade.

Assim também entende Lygia Avena:

Neste contexto legal, a contribuição previdenciária paga pelo participante para o custeio do plano de benefícios de uma entidade fechada de previdência complementar não possui o condão de constituir-se em preço ou

remuneração, na acepção comercial ou lucrativa de que trata o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. (AVENA, 2013, p. 81)

Quanto à finalidade lucrativa: nos termos conceituados pelo art. 3º da n. 8.078/90, a relação de consumo está vinculada às noções de comercialização de produtos e/ou serviços e sua distribuição ampla, no mercado de consumo com escopo comercial ou lucrativo. Já na relação previdenciária, por força da lei de regência de tais entidades, inexistente finalidade comercial ou lucrativa, sendo estas entidades constituídas sob a forma de fundações ou sociedades civis, sempre sem fins lucrativos. O fim de lucro é vedado pela legislação em razão dos objetivos para os quais foram criadas tais entidades, pelos fundamentos antes mencionados. (AVENA, 2013, p.90)

Temos ainda a lição de Adacir Reis (2013, p. 18-19):

Portanto, o conceito de remuneração, que pressupõe contraprestação e margem de lucro pelo fornecimento de um serviço ou produto no mercado de consumo, conforme previsto no art. 30 da Lei n. 8.078/90 (CDC), é totalmente estranho ao universo das entidades fechadas de previdência complementar.

A entidade fechada de previdência complementar não recebe qualquer vantagem econômica, pois as contribuições recolhidas e aplicadas destinam-se exclusivamente à "constituição de reservas garantidoras de benefícios" e à "cobertura das demais despesas", conforme dicção expressa do art. 18 da Lei Complementar n. 109 / 01.

Assim como não pode haver relação de consumo entre um condômino e o condomínio (conjunto de condôminos) de determinado edifício residencial, não parece apropriado falar-se em relação de consumo no interior de uma entidade fechada de previdência complementar.

As entidades fechadas de previdência complementar, como apresentado anteriormente, não oferecem seu produto ao mercado consumidor, uma vez estarem vinculadas por lei a um público restrito, a um meio fechado, onde não há comercialização de produto ou serviço, não auferem lucro e nem praticam o comércio, uma vez que não existe remuneração para o produto ou serviço prestado ao participante. Existe tão somente a soma dos esforços dos participantes, para o alcance do bem comum, de modo que não é se mostra viável seu enquadramento às regras do CDC.

A Professora Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 59), uma das autoras do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, esclarece em brilhante parecer jurídico elaborado a partir de consulta formulada pela Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP:

(...) não há como, para o fim de aplicação do CDC, equiparar entidades que, quando menos, se distinguem pela questão da busca do lucro (inocorrente nas entidades fechadas). Ora, como visto à sociedade, não há como pensar na qualificação de uma relação de consumo sem que esteja estabelecida uma forma de remuneração do suposto fornecedor (ainda que indireta) e sem que esse esteja organizado ou estruturado precisamente para a obtenção do lucro.

Importa destacamos que a lei complementar 109/01, em seu artigo 31, § 1º, estabelece que “as entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos”, de modo que não há como considera-las empresas participantes do mercado com a finalidade de obtenção de lucros a partir da comercialização dos seus produtos e serviços, como bem define Lygia Avena (2013, p.81):

Portanto, conforme disposição legal, diversamente da relação de consumo na qual os produtos e serviços são distribuídos de forma ampla, ao público em geral, os planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar não podem ser distribuídos no mercado de consumo, sendo tão somente oferecidos em âmbito circunscrito, para aqueles empregados dos seus patrocinadores ou associados de instituidores que queiram se filiar.

Outra característica distintiva da relação previdenciária da relação de consumo é a inexistência de finalidade lucrativa que se verifica na primeira, em razão da natureza das entidades fechadas de previdência complementar e dos seus objetivos.

Ou seja, a despeito do que informa o artigo 3º, § 2º do CDC, não é possível enquadrar a relação entre as entidades fechadas de previdência complementar e seus participantes, por total inexistência de requisito intrínseco a relação de consumo, nesse caso, o aspecto remuneração, já que os participantes tão somente “contribuem” para a manutenção da instituição e do bem comum, inexistindo, portanto, uma relação consumerista a ser regulada pelo CDC.

Assim sendo e por todo o exposto, não se mostra viável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações das EFPC com seus participantes.

Cabe por fim, a partir dos pontos tratados ao longo do trabalho, analisar a aplicabilidade da Súmula 321 do STJ.

3 A SÚMULA Nº 321 DO STJ E SEUS DESDOBRAMENTOS

Um grande mérito do Código Civil brasileiro, é a valorização dos contratos firmados entre as partes e a boa-fé inerentes a tais relações, visando acima de tudo a vontade dos contratantes e a segurança jurídica. Nesse aspecto, a legislação civilista possui instrumentos suficientes para a proteção das relações contratuais.

No caso dos contratos firmados com as entidades de previdência privada, o que se busca é a garantia de que ante a ocorrência de um infortúnio, o contratante tenha o suporte financeiro necessário à manutenção da qualidade de vida dele e de sua família.

Em 23 de novembro de 2005, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 321 e ela trata da incidência dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas existentes entre as entidades de previdência privada e seus participantes, tendo por referência legal os artigos 2º e 3º, § 2º do CDC.

O texto da referida Súmula é direto: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes. ”, não fazendo distinção entre entidades (Abertas ou Fechadas) o que seria essencial quando da elaboração da referida Súmula. Nesse sentido ensina Bruno Miragem (2014, p. 463):

Esta distinção entre entidades fechadas e abertas vem a suscitar dúvida sobre eventuais limites da aplicação do CDC a tais entidades. Embora quanto à caracterização como relação de consumo das entidades abertas não haja dúvida, porquanto, inclusive, atuam livremente no mercado de consumo mediante oferta e contratação dos serviços, alguma dúvida pode haver em relação às entidades fechadas, as quais pressupõem a existência de um vínculo anterior entre o participante e o patrocinador ou instituidor do plano, o que autorizaria remissão da relação jurídica contratual à relação original, de natureza trabalhista, estatutária ou associativa. Nesta mesma linha de entendimento, constitui reforço a este argumento a circunstância dos serviços da entidade fechada não serem oferecidos livremente no mercado, senão mediante a existência de vínculo específico que reúna um determinado grupo de participantes. São, indiscutivelmente, sólidos os argumentos a sustentar a distinção.

Mas como apontado nos capítulos anteriores, o público atingido e a natureza jurídica de tais entidades são diametralmente diverso, não havendo como aplicar de “tacada única” um regulamento que possa abarcar os dois tipos de entidade. Faz-se necessário avaliar de modo mais atento, suas peculiaridades e as

consequências de tentarmos trata-las de modo isonômico, sob pena de lhes causarmos diversos prejuízos.

O Código de Defesa do Consumidor deixa bem clara a definição daquilo que deverá ser protegido pela letra dele constante. O legislador em seu artigo 3º, estabeleceu que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. ”, sendo que neste ponto, como apresentado anteriormente, é possível enquadrar as entidades de previdência privada de um modo geral.

Mas não basta o fornecer algum produto ou serviço para caracterização de uma relação consumerista, temos ainda a necessidade de existência de remuneração e a finalidade de obtenção do lucro. Nesse ponto nos deparamos ainda com um detalhe importante na redação do parágrafo segundo do mesmo artigo, o qual determina que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. ” (Grifamos). Nesse ponto observamos mais uma característica importante, que afasta as EFPC do Código de Defesa do Consumidor.

Primeiro porque como já demonstrado anteriormente, não há um produto ou serviço ofertado ao público, porque restrito a um grupo fechado e não existe o aspecto da “remuneração” para os serviços disponibilizados por elas. Em segundo, o parágrafo excepciona as atividades “...decorrentes das relações de caráter trabalhista”, que no caso das EFPC, é a razão, o início e o fim da criação de tais entidades, uma vez que são formadas a partir da necessidade de provisão futura de pessoas que têm em comum o mesmo empregador.

O artigo 31 da Lei Complementar 109/01²⁵ deixa muito claro que a relação de trabalho é a razão de existência de tais entidades, quando informa que “as entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão

²⁵ Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - Aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores;

regulador e fiscalizador, exclusivamente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas...” (grifo nosso), de modo que não há como enquadrá-las em uma relação de consumo como estabelecido pela Súmula 321 d STJ.

Podemos facilmente perceber tal situação, através da lição do Prof. Fabio Zambitte Ibrahim (2009, p. 785-786):

As entidades fechadas, já que desprovidas de finalidade lucrativa, ao contrário das abertas, são constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil. A finalidade lucrativa é outra distinção relevante entre as entidades abertas e as fechadas de previdência complementar.

Vale dizer que as entidades fechadas, constituídas por instituidores deverão também terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões, mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente e ofertar exclusivamente planos de benefícios na modalidade contribuição definida (art. 31, § 20, da LC no 109/01).

Ao contrário das entidades abertas, as quais podem desenvolver outras atividades econômicas, desde que acessórias, as fechadas têm como objeto exclusivo a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, salvo serviços relativos à saúde, desde que já estivessem disponíveis em 30/05/2001, data da publicação da LC no 109/01.

Tanto assim o é, que encerrado o contrato de trabalho com a patrocinadora, deverá o participante receber o saldo relativo ao que fora depositado e se assim desejar, leva-lo para seu novo “grupo” de previdência privada (aberta ou fechada), de acordo com suas aceções.

Assim ensina Thais Riedel Zuba (2013, p. 99), sobre a possibilidade de movimentação dos recursos aportados nas entidades de previdência complementar:

Mas em ambos os tipos devem estar presentes dois traços fundamentais: a portabilidade (direito de o participante mover os recursos que lhe pertencem, alocados a qualquer um dos tipos de planos existentes, para outro plano) e o resgate (levantamento dos valores consignados ao fundo previdenciário pelo participante assim que o desejar, deduzidas as despesas de gestão especificadas no negócio previdenciário)

Fato interessante a ser destacado em relação à súmula 321, é que por se tratar de súmula simples, ou não vinculante, por si só, ela serve apenas como parâmetro, como balizador para decisões posteriores, não carrega a obrigatoriedade de ser seguida, uma vez que não possui força de lei, mas apenas qualidade legal. Entretanto, importa destacar que se uma decisão estiver em conformidade com tal

súmula, o recurso de apelação não será admitido, conforme §1.º do artigo 518 do Código de Processo Civil - CPC²⁶.

Mas durante a vigência da Súmula 321, não se viam decisões contrárias nas esferas judiciárias, apesar da incansável luta de eminentes doutrinadores em demonstrar a incorreção na sua aplicação indiscriminadas a todo tipo de entidade de previdência complementar privada.

A partir das percepções apresentadas ao longo de quase dez anos, desde a edição da Súmula, recentemente o Superior Tribunal de Justiça passou a emitir decisões que ressalvam e resguardam os interesses das entidades fechadas de previdência complementar.

Não que tais decisões contrariem a Súmula 321, mas delimitam sua eficácia, no que tange a incidência dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, apenas às entidades abertas de previdência complementar, como podemos verificar em cinco, entre dezenas de decisões, abaixo transcritas:

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.
(AgRg nos EDcl no REsp 1234789/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 17/08/2015)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO COM A PATROCINADORA. EXIGÊNCIA DE CESSAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A

²⁶ Conhecida como "súmula impeditiva de recurso".

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

§ 1o O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

PATROCINADORA. CABIMENTO. RELAÇÃO NÃO REGIDA PELO DIREITO DO CONSUMIDOR. NECESSIDADE DE REVISÃO DA SÚMULA Nº 321 DO STJ. INCIDÊNCIA DAS NORMAS VIGENTES NO MOMENTO EM QUE REUNIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

1. Não há litisconsórcio passivo necessário entre o fundo de previdência complementar fechada e a instituição patrocinadora, tendo em vista a autonomia de patrimônio e a personalidade jurídica própria de cada um. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

2. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica existente entre o participante e a entidade fechada de previdência privada. Necessidade de revisão do teor da Súmula nº 321 desta Corte, para restringir a sua aplicabilidade às entidades abertas de previdência privada.

3. O participante tem mera expectativa de que permanecerão íntegras as regras vigentes no momento de sua adesão ao plano de previdência complementar fechada. Alterações posteriores do regime a ele se aplicarão, pois não há direito adquirido a regime jurídico.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, invertidos os ônus sucumbenciais.

(REsp 1431273/SE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PATROCINADOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. REGULAMENTO DA ÉPOCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO BENEFÍCIO. INCIDÊNCIA. NORMAS REGULAMENTARES VIGENTES NA DATA DA ADESÃO. AFASTAMENTO. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.

1. Ação ordinária em que se discute se na previdência complementar fechada o regime regulamentar para o cálculo da renda mensal inicial de benefício de prestação programada e continuada é o da data da adesão do participante ou o da data do cumprimento dos requisitos necessários à sua percepção.

2. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior é no sentido de que o patrocinador não possui legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que envolvam participante e entidade de previdência privada, ainda mais se a controvérsia se referir ao plano de benefícios, como a concessão de aposentadoria suplementar.

Isso porque o patrocinador e o fundo de pensão são dotados de personalidades jurídicas próprias e patrimônios distintos, sendo o interesse daquele meramente econômico e não jurídico.

3. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica mantida entre a entidade fechada de previdência privada e seus participantes, porquanto o patrimônio da entidade e os respectivos rendimentos revertem-se integralmente na concessão e manutenção do pagamento de benefícios, prevalecendo o associativismo e o mutualismo, o que afasta o intuito lucrativo. Desse modo, o fundo de pensão não se enquadra no conceito legal de fornecedor, devendo a Súmula nº 321/STJ ser aplicada somente às entidades abertas de previdência complementar. Precedente.

4. A relação jurídica estabelecida entre o participante e a entidade fechada de previdência privada é de índole civil e não trabalhista, não se confundindo, portanto, com a relação formada entre o empregador (patrocinador) e o empregado (participante). Assim, para a solução das controvérsias atinentes à previdência privada, devem incidir, prioritariamente, as normas que a disciplinam e não outras, alheias às suas peculiaridades.

5. Seja sob a égide da Lei nº 6.435/1977 ou das Leis Complementares nºs 108/2001 e 109/2001, sempre foi permitida à entidade fechada de previdência

privada alterar os regulamentos dos planos de custeio e de benefícios como forma de manter o equilíbrio atuarial das reservas e cumprir os compromissos assumidos diante das novas realidades econômicas e de mercado que vão surgindo ao longo do tempo. Por isso é que periodicamente há adaptações e revisões dos planos de benefícios a conceder, incidindo as modificações a todos os participantes do fundo de pensão após a devida aprovação pelos órgãos competentes (regulador e fiscalizador), observado, em qualquer caso, o direito acumulado de cada aderente. Daí o caráter estatutário do plano de previdência complementar, próprio do regime de capitalização.

6. Não há falar em direito adquirido, mas em mera expectativa de direito do participante, à aplicação das regras de concessão da aposentadoria suplementar quando de sua admissão ao plano, sendo apenas assegurada a incidência das disposições regulamentares vigentes na data em que cumprir todos os requisitos exigidos para obtenção do benefício, tornando-o elegível.

7. O participante de plano de aposentadoria complementar somente possuirá direito adquirido a regime regulamentar de cálculo de renda mensal inicial de benefício suplementar quando preencher os requisitos necessários à sua percepção, devendo ser ressalvado, entretanto, o direito acumulado, que, na previdência privada, possui sentido estritamente financeiro: reservas constituídas pelo participante ou reserva matemática, o que lhe for mais favorável (art. 15, parágrafo único, da Lei Complementar nº 109/2001).

8. Não há ilegalidade no ato da entidade de previdência privada que aplicou fator redutor no cálculo da suplementação de aposentadoria do participante, visto que tão somente observou o regulamento em vigor na ocasião em que foram implementadas todas as condições de elegibilidade do benefício, ou seja, em que o direito foi adquirido, sendo descabida a pretensão de revisão da renda mensal inicial para fazer incidir fórmula não mais vigente, prevista em norma estatutária da época da adesão ao plano, quando o que reinava era apenas a mera expectativa de direito.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1443304/SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA SUPLEMENTAR. REQUISITOS. CESSAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ADESÃO AO PLANO DE BENEFÍCIOS. CONDIÇÃO INEXISTENTE. DIREITO ADQUIRIDO. AFASTAMENTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. EXIGÊNCIA INSTITUÍDA POR LEI. CARÁTER COGENTE. NORMAS APLICÁVEIS. CUMPRIMENTO DE REQUISITOS.

1. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica mantida entre a entidade fechada de previdência privada e seus participantes, porquanto o patrimônio da entidade e os respectivos rendimentos reverterem-se integralmente na concessão e manutenção do pagamento de benefícios, prevalecendo o associativismo e o mutualismo, o que afasta o intuito lucrativo. Desse modo, o fundo de pensão não se enquadra no conceito legal de fornecedor, devendo a Súmula nº 321/STJ ser aplicada somente às entidades abertas de previdência complementar. Precedente.

2. Não há falar em direito adquirido, mas em mera expectativa de direito do participante, à aplicação das regras de concessão da aposentadoria suplementar quando de sua admissão ao plano, sendo apenas assegurada a incidência das disposições regulamentares vigentes na data em que cumprir todos os requisitos exigidos para obtenção do benefício, tornando-o elegível.

3. Não há ilegalidade na exigência feita pela entidade de previdência privada do requisito da cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador (empregador) como condição para a concessão da

aposentadoria complementar, haja vista a alteração regulamentar ocorrida por força de lei (art. 3º, I, da LC nº 108/2001) antes de implementados os requisitos para a obtenção do benefício, o que acabou por atingir a sua situação jurídica, em que pese tal condição não ter constado quando da adesão ao plano de benefícios.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 549.742/SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 27/05/2015)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. PATROCINADOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA SUPLEMENTAR. REQUISITOS. CESSAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ADESÃO AO PLANO DE BENEFÍCIOS. CONDIÇÃO INEXISTENTE. DIREITO ADQUIRIDO. AFASTAMENTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. EXIGÊNCIA INSTITUÍDA POR LEI. CARÁTER COGENTE. NORMAS APLICÁVEIS AO TEMPO DO CUMPRIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO.

1. Esta Corte possui o entendimento de que é desnecessária a intimação do agravado para oferecer impugnação ao agravo regimental, quando exercido o juízo de retratação, porque o contraditório e a ampla defesa estão assegurados com a possibilidade da interposição de novo agravo regimental, momento em que a matéria discutida será também examinada pelo colegiado (AgRg no AgRg no RMS nº 37.778/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe 20/11/2014).

2. Não há litisconsórcio passivo necessário entre o fundo de previdência complementar e a instituição patrocinadora, tendo em vista a autonomia de patrimônio e a personalidade jurídica própria do ente previdenciário. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

3. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica existente entre o participante e a entidade fechada de previdência privada. Necessidade de revisão do teor da Súmula nº 321 desta Corte, para restringir a sua aplicabilidade às entidades abertas de previdência privada.

4. No tocante ao regime de previdência privada complementar, é pacífica a orientação desta Corte de que o direito adquirido somente se aperfeiçoa no momento em que o participante preencher os requisitos para a percepção do benefício previdenciário (AgRg no REsp nº 989.392/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, DJe 14/4/2014).

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1483876/SE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 05/05/2015)

São decisões recentes, datam de 2014 e 2015, mas demonstram que após quase dez anos, a jurisprudência está sendo modificada e se tornando ajustada aos princípios normativos vigentes, favoráveis a não aplicação do CDC àquelas relações.

Tais decisões acompanham o raciocínio da eminente jurista Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 38):

Assim, reconhecer que uma das partes, em dada relação contratual, possa ser hipossuficiente ou mesmo "vulnerável" não é pressuposto suficiente para que se qualifique uma relação jurídica como sendo de consumo e, portanto,

sujeita às regras particulares e especiais do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, é oportuno observar que o direito privado "comum" não desconhece, pelo trabalho da doutrina e da jurisprudência, hoje positivado no Código Civil em vigor, princípios como os da boa-fé objetiva e da função social do contrato, princípios esses que são aptos a, quando da efetiva aplicação do direito ao caso concreto, resolver questões postas entre partes não necessariamente protagonistas de uma relação de consumo.

Em todas as decisões destacamos já ser assente o entendimento de que o CDC não deve ser aplicado às relações entre as EFPC e seus participantes por entender que tais entidades não se enquadram no conceito legal de fornecedor:

O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica mantida entre a entidade fechada de previdência privada e seus participantes, porquanto o patrimônio da entidade e os respectivos rendimentos revertem-se integralmente na concessão e manutenção do pagamento de benefícios, prevalecendo o associativismo e o mutualismo, o que afasta o intuito lucrativo. Desse modo, o fundo de pensão não se enquadra no conceito legal de fornecedor, devendo a Súmula nº 321/STJ ser aplicada somente às entidades abertas de previdência complementar. (AgRg no AgRg no REsp 1483876/SE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 05/05/2015)

Nesse sentido, podemos afirmar categoricamente que, as Entidades Fechadas não se enquadram no conceito de fornecedor previsto no art. 3º, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, tornando, assim, inaplicável a Súmula 321 do STJ às lides envolvendo tais entidades e seus participantes.

Acreditamos que a recomendação seja que a súmula 321 seja reformada de modo a restringir sua aplicabilidade, afastando-a das Entidades de Fechadas de Previdência Complementar, aplicando-se o Código Civil às relações entre esta e seus participantes.

CONCLUSÃO

O estudo permitiu compreender que a relação entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC e seus participantes, possui um caráter contratual previdenciário que visa a provisão de recursos para subsistência futura, demonstrando que a relação perpassa a relação entidade participante, uma vez que cada participante é ao mesmo tempo contribuinte e interessado no sucesso daquela. E desse modo, a relação existente entre a entidade e os participantes tem mais características de uma relação associativa ou condominial, que uma relação consumerista.

Foi possível demonstrar através de posições doutrinárias, contando com posições de juristas de grande expressão no meio acadêmico e jurídico, que a legislação consumerista não é aplicável às EFPC, uma vez serem as entidades fechadas constituídas com um fim comum a seus participantes, não oferecer seus produtos no mercado, mas tão somente a um grupo fechado de pessoa, e por estarem proibidas por leis de auferirem lucros com sua atividade.

Tomando-se como base a definição de consumidor e fornecedor, expressa no CDC e levando-se em consideração as características das entidades fechadas de previdência complementar, sua natureza jurídica e objetivos, mostra-se clara a inaplicabilidade daquela norma legal, mas ela se mostra adequada aos litígios envolvendo participantes e as Entidades Abertas de Previdência Complementar, essas regida por leis de mercado, com produtos oferecidos ao público em geral e que obtêm lucro com a sua comercialização.

Temos então que, se a relação não é exercida mediante contraprestação, não está configurado requisito essencial para a configuração de uma das partes como fornecedor, nos moldes do artigo 3º, caput, e § 2º do CDC, afastando a existência de uma relação de consumo e, assim, impedindo a aplicação do CDC às relações existentes entre participantes e Entidades Fechadas de Previdência Complementar.

A finalidade do presente trabalho foi demonstrar ainda, que há uma inadequação da Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a qual institui que o Código de Defesa do Consumidor deverá ser aplicado aos litígios decorrentes de relações previdenciárias privadas, sem considerar as especificidades das EFPC. Da

forma como redigida, a súmula não faz distinção entre as entidades de previdência complementar e mesmo não possuindo obrigatoriedade de sua aplicação, ele tem sido seguida pelos juízes de primeiro grau em prejuízo às entidades fechadas.

A recomendação do trabalho é que a redação da Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, seja revista e adequada, de modo a excluir as Entidades Fechadas de Previdência Complementar da sua incidência, como já vem ocorrendo através de recentes decisões daquela corte, aplicando-se o Código Civil às relações entre esta e seus participantes, tornando-a aplicável às Entidades Abertas de Previdência Complementar, a exemplo de instituições bancárias que ofereçam esse tipo de serviço, uma vez que estas sim praticam relação comercial com seus participantes com a finalidade de obtenção de lucro, portanto enquadrada nas relações de consumo e reguladas pelo CDC. Entender de modo diverso, abre espaço para o estabelecimento de antinomia entre a norma federal (artigo 3º, caput, e § 2º do CDC) e a norma interpretativa editada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual é responsável pela guarda da legislação federal.

As relações de litígio relacionadas a contratos, se encontram bem amparadas pelo Código Civil Brasileiro, de modo que em não cabendo a aplicabilidade do CDC, como demonstrado até aqui, aplica-se a legislação cível para regular tais conflitos, não ocorrendo, portanto, nenhum vácuo jurídico.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Maria da Gloria Chagas. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em face da previdência fechada*. 1. ed. São Paulo. Editora LTR. 2008.

_____. *A Previdência privada fechada e o Código de Defesa do Consumidor*. In: REIS, Adacir (Coord.) et al. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as entidades fechadas de previdência Complementar*. 1. ed. São Paulo: ABRAPP, 2013

AVENA, Lygia. *As entidades fechadas de previdência complementar e o Código de Defesa do Consumidor*. In: REIS, Adacir (Coord.) et al. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as entidades fechadas de previdência Complementar*. 1. ed. São Paulo: ABRAPP, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BRASIL. EC 20/98. *Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>. Acesso em: 06 de jun. 2015.

BRASIL. EC 41/03. *Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BRASIL. LC 109/01. *Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BRASIL. CDC/90. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 321*. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_26_capSumula321.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2015.

FRANCHINI, Roger. Da inaplicabilidade do CDC entre as entidades fechadas de previdência complementar e seus membros. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13 (2013). Acesso em: 03 jun. 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. código comentado e jurisprudência. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer jurídico sobre o Código de Defesa do Consumidor e as Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. In: REIS, Adacir (Coord.) et al. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as entidades fechadas de previdência Complementar*. 1. ed. São Paulo: ABRAPP, 2013.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Resumo de Direito Previdenciário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2011.

_____. *Curso de Direito Previdenciário*. 14. Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2009.

MARTINS, Sergio Pinto, *Direito da Seguridade Social*, 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REIS, Adacir (Coord.) et al. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as entidades fechadas de previdência Complementar*. 1. ed. São Paulo: ABRAPP, 2013.

_____. *As entidades fechadas de previdência complementar e a súmula n 321 do Superior Tribunal de Justiça*. In: REIS, Adacir (Coord.) et al. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as entidades fechadas de previdência Complementar*. 1. ed. São Paulo: ABRAPP, 2013.

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Previdência Privada. Lei da Previdência Complementar Comentada*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Manual de Direito Previdenciário Privado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: editora LTr, 2013.