

Ano 2 • vol. 5 • set.-out. / 2014

*Coordenação*

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

REVISTA DE  
DIREITO  
EMPRESARIAL

Ano 2 • vol. 5 • set.-out. / 2014

*Coordenação*

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Alberto Camelier, Alfredo Assis Gonçalves, André Antunes Soares de Camargo, Alexandre Broedel, Alexandre Bueno Cateb, Alexandre Demetrius Pereira, Alfredo de Assis Gonçalves, Ana Paula Deda Gordilho, Antonio Penteado Mendonça, Antonio Martin, Armando Rovai, Carlos Klein Zanini, Carlos Alberto Carmona, Cláudio Valença, Cristiano Brito, Décio Policastro, Décio Zilberstein, Eduardo Damiano Gonçalves, Emanuelle Urbano Mafioletti, Erasmo Valladão E. e N. França, Erika Gorga, Ernesto Tzulrínik, Felipe Chagas Villasuso Chagas, Fernando Pinheiro, Francisco Satiro de Souza Junior, Frederico José Straube, Gilberto Giusti, Giovanni Magalhães, Gustavo Saad Dinis, Gustavo Tepedino, Ivo Waisberg, José Alexandre Tavares Guerreiro, Juliana Abrusio, Juliana Krueger Pela, Leandro Rennó, Judith Martins-Costa, Leandro Rennó, Leonardo M. Morato, Lauro Gama, Luciano Benetti Timm, Luiz Felipe Amaral Calabró, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Luiz Olavo Batista, Marcos, Paulo de Almeida Salles, Maristela Basso, Mauro Rodrigues Penteado, Modesto de Souza Barros Carvalhosa, Milton Barossi, Nelson Eizirik, Nelson Nery Junior, Newton Silveira, Otavio Yazbek, Paulo Succar, Rachel Sztajn, Renato Macedo Buranello, Rui Alves, Sergio Botrel, Sérgio Mourão Correa Lima, Sílvio Venosa, Tarcísio Oliveira, Thiago Spercel, Vera Fradera, Vera Helena de Mello Franco, Ubiratan Mattos, Uinie Caminha

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Ana Sofia Carvalho (Universidade do Porto, Portugal), Guy Horsmans (Universidade de Louvain Le Neuf, Bélgica), Ingeborg Schwenzer (Universidade da Basileia), Isabel Candelario Macias (Universidade Carlos III de Madrid), Isabel Gemma Fajado de Garcia (Universidade de Valencia), Masao Ikeda (Universidade Keio), Maurizio Levi-Minzi (Universidade de Nova York), Peter Sester (Universidade St. Gallen, Suíça), Robert Hillman (Universidade da Califórnia, Davis, USA)

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™

## SÚMULA 321 DO STJ: PRIMEIRAS REFLEXÕES ACERCA DA (IN)APLICABILIDADE ÀS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

FELIPE FERNANDES RIBEIRO MAIA

Doutor e Mestre em Direito Empresarial pela UFMG. Especialista em Direito de Empresa e da Economia pela FGV. Professor da Pós-graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor da Pós-graduação *Lato Sensu* do IBMEC-MG. Advogado.

MAYSA MARISE MOREIRA RAMOS DOS SANTOS

Mestranda em Direito Empresarial pelas Faculdades Milton Campos. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos – Belo Horizonte/MG. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Consumidor; Previdenciário

**RESUMO:** Este artigo traça as primeiras reflexões sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como do Enunciado da Súmula 321 do STJ, à relação jurídica existente entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) e seus participantes, partindo do pressuposto de que a EFPC não oferta serviço ao mercado mediante remuneração, portanto, não se qualifica ou pode qualificar como "fornecedora", nos termos do art. 3.º do CDC. A EFPC tem viés associativo, finalidade estritamente previdenciária, com base em gestão participativa e objetivos comuns, que se resume na formação de reservas técnicas, derivada das contribuições vertidas pelos empregadores (quando patrocinadores) e seus empregados (participantes) para os planos de benefícios previdenciais, além da rentabilidade do próprio patrimônio, para garantia do pagamento futuro de complementação de benefícios previdenciários a grupo fechado de participantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Entidades fechadas de previdência complementar – Participantes – Benefícios previdenciais – Código Defesa do Consumidor – Fornecedor – Serviço – Mercado.

**ABSTRACT:** This article provides the earliest reflections on the applicability of the Code of Consumer Protection (CDC) and the Statement of Precedent 321 of the STJ, the legal relationship between the Closed Entities (Supplementary Pension EFPC) and their participants, starting from the premise that EFPC does not offer service to market remuneration, therefore, does not qualify or could qualify as "provider" under art. 3 of the CDC. The CVET has associative bias, strictly welfare purpose, based on participative management and common goals, which is summarized in the formation of technical reserves, derived from contributions made by employers (as sponsors) and their employees (participants) plans for welfare benefits in addition to the profitability of own assets, to guarantee the future payment of supplemental pension benefits to closed group of participants.

**KEYWORDS:** Closed entities of pension funds – Participants – Benefits welfare – Consumer Defence Code.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A Previdência Social no Brasil: 2.1. Enquadramento constitucional e legal do regime de previdência complementar no Brasil – 3. A Súmula 321 do STJ e sua conse-

quência - 4. A inaplicabilidade do Código de Defesa de Consumidor às entidades fechadas de previdência complementar: inexistência de oferta de serviço ao mercado - 5. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo traça as primeiras reflexões sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como do Enunciado da Súmula 321 do STJ, à relação jurídica existente entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) e seus participantes, partindo do pressuposto de que a EFPC não oferta serviço ao mercado mediante remuneração, portanto, não se qualifica ou pode qualificar como “fornecedora”, nos termos do art. 3.º do CDC.

O estudo é de extrema relevância, pois atinge às Entidades de Previdência Complementar (EFPC)<sup>1</sup> que “constituem segmento de investidores institucionais com grande potencial no financiamento de setores econômicos estratégicos”.<sup>2</sup>

## 2. A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A Previdência Oficial, hoje na figura do Regime Geral de Previdência Social – RGPS e do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, foi criada com o objetivo de ser um dos principais instrumentos de estabilidade social, visando à proteção do trabalhador e de sua família, por meio de sistema público de política previdenciária solidária, inclusiva e sustentável, cujo objetivo é promover o bem-estar social, assegurando direitos básicos ao cidadão, por meio dos pagamentos de benefícios.

O Sistema Previdenciário Brasileiro está organizado em três regimes distintos: Regime Geral de Previdência Social, gerido pelo Poder Público, apto a garantir as necessidades básicas dos beneficiários; Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos vinculados a diversas pessoas políticas e Regime de Previdência Complementar, não revestido da obrigatoriedade dos demais regimes, facultativo e autônomo em relação aos outros, posto sob os cuidados dos particulares.

1. 25 (vinte e cinco) são entidades abertas vinculadas à Susep (Disponível em: [www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/mercado-supervisionado/entidades-supervisionadas]. Acesso em: 20.02.2012) e 334 (trezentas e trinta e quatro) entidades fechadas vinculadas ao Ministério da Previdência Social (Disponível em: [www.mps.gov.br/arquivos/office/3\_091207-141057-663.pdf]. Acesso em: 20.02.2012, dados referentes a agosto de 2009).

2. BURANELLO, Renato; CERQUEIRA, Bruno. Regulação dos fundos de pensão brasileiros ou entidades fechadas de previdência complementar. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. ano XLVI. n. 147. p. 234, São Paulo: Malheiros, jul.-set. 2007.

É traço significativo, no modelo contemporâneo de proteção, a combinação entre atuação do Poder Público e das Entidades Privadas de Previdência Complementar no esforço de unificação das políticas sociais para o setor.

A Previdência Social, na década de 1980, tornou-se deficitária, devido às profundas modificações do mercado de trabalho, em especial o aumento da informalidade e o envelhecimento da população, cujo efeito resulta da combinação entre a redução dos níveis de fecundidade, mortalidade e aumento da expectativa de vida, consequência do desenvolvimento tecnológico, do acesso à educação, da proteção social, da modernização da indústria alimentícia e principalmente dos avanços da medicina.

A necessidade de o cidadão se prevenir financeiramente antes da aposentadoria, se torna cada dia mais importante, sendo relevante o papel desempenhado pelas entidades administradoras de planos de previdência privada, que acabam por contribuir para o desenvolvimento da economia do país. O capital – componente das reservas técnicas dos planos de benefícios – é destinado, observado a regulamentação, a investimentos,<sup>3</sup> no âmbito dos mercados financeiro e de capitais. E tais investimentos se tornam, como dito, reservas técnicas dos planos, na medida em que representam a expressão objetiva da massa patrimonial formada pelos recursos dos diversos participantes (e também dos “patrocinadores”, quando e se existentes). É inegável, contudo, que tal massa patrimonial impulsiona a economia e se capitaliza por meio de sua própria rentabilidade, se torna parte significativa e indispensável ao pagamento de benefícios futuros aos seus participantes.

A previdência complementar acabou por se tornar importante segmento para a economia, pois, além de serem as EFPC “veículos de *captação de poupança* junto aos seus inúmeros participantes,<sup>4</sup> contribuem para desenvolver diversas atividades

3. Resolução CMN 3.792, de 24.09.2009, dispõe sobre as diretrizes de aplicação de recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar, com redação alterada pelas Resoluções CMN 3.846, de 25.03.2010, e CMN 4.275, de 31.10.2013.

4. Manoel Sebastião Soares Póvoas, ao criticar a opção do legislador de incumbir o CMN de regular os investimentos das entidades de previdência complementar, salienta que o sistema de previdência complementar é um “polo de atração da poupança popular” (*Previdência privada. Filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 160). O STJ também reconheceu a atividade de captação de poupança popular pelas entidades no julgamento do HC 33.674/SP. Marcelo Augusto Lima Vieira de Mello, com base em tal acórdão, afirmou tal característica: “A posição adotada pelo STJ é correta. Não se pode negar que as entidades de previdência complementar têm como atividade a captação e a aplicação de recursos de terceiros.” Apenas o objetivo com que captam e aplicam é diferente das instituições financeiras propriamente ditas (“bancos”): pagamento de benefícios de natureza previdenciária. A intermediação, para as Entidades, é apenas um “meio” e não um fim, como é para os bancos. (*A intervenção e a liquidação*

produtivas de nossa economia através de seus investimentos". O sistema de previdência privada acumulava, em junho/2011, R\$ 565 bilhões em ativos<sup>5</sup> e 1,7 milhão de participantes.<sup>6</sup>

### 2.1 Enquadramento constitucional e legal do regime de previdência complementar no Brasil

O grande marco regulatório da previdência complementar no Brasil ocorreu com o advento da Lei 6.435, de 15.07.1997, que definiu as regras de constituição, organização e funcionamento das entidades de previdência privada.

A modernização da legislação da previdência complementar iniciou-se a partir da EC 20, de 15.12.1998, que deu nova redação ao art. 202 da CF/1988. O novo texto passou a disciplinar a previdência complementar dentro do título da ordem social, o que exigiu a elaboração de duas leis complementares, que vieram a ser, mais tarde, as Leis Complementares de ns. 108 e 109, ambas de 2001.

Neste contexto, a LC 109/2001, intitulada norma geral, foi responsável pela regulamentação do art. 202, *caput*, da CF, que definiu as regras gerais para a previdência complementar no Brasil:

"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".

Da mesma forma, a LC 108/2001, ao tratar da relação entre as patrocinadoras de empresas públicas, sociedades de economia mista e o ente federado e suas respec-

*extrajudicial das entidades de previdência complementar*. 2008. 203 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 97-98).

5. "Até junho, o setor acumulava R\$ 565 bilhões em ativos." (MOTA, Marcelo; FOLEGO, Thaís. Fundos de pensão não batem suas metas e ampliam risco. *Valor Econômico*. Disponível em: [www.valor.com.br/financas/2499284/fundos-de-pensao-nao-batem-suas-metas-e-ampliam-o-risco]. Acesso em: 24.01.2012). Dados relativos apenas às EFPC segundo a Abrapp. Os dados da Fenaprevi, para as abertas, indicam ativos em carteira de investimentos à da ordem de R\$ 265 bilhões (em nov. 2011) e receita de R\$ 46 bilhões de janeiro a novembro de 2011. Disponível em: [www.viverseguro.org.br/main.asp?View=%7B24739578%2DE792%2D4916%2DA16C%2D60C0D39216A7%7D&Team=&params=ite mID=%7BB74C7364%2D1AE9%2D4BE3%2D8C21%2DEAB6F7B3723D%7D%3B&UIPar tUID=%7B3822DBC5%2D4F58%2D4D6%2DB54F%2DC0D1C818CFDC%7D]. Acesso em: 24.01.2012.
6. Dado referente às Entidades Fechadas de Previdência Privada vinculadas à Abrapp, que correspondem a 96% (nove e seis) por cento desse mercado. Disponível em: [www.abrapp.org.br/ppub/pef.dll?pagina=script&QUALS=entidade/entidade.html&idConteudo=18&idMenu=11]. Acesso em: 24.01.2012.

tivas Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), regulamentou o § 4.º do citado art. 202:

"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.º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada."

Os novos atos normativos trouxeram para o segmento da previdência privada significativas mudanças, adequando o seu conteúdo às novas realidades do mercado, por exemplo, a supressão da referência "seguros, previdência e capitalização" no art. 192<sup>7</sup> da CF/1988, por força da EC 40, de 29.05.2003

No mesmo ano, por intermédio da EC 41, de 19.12.2003, nova redação também foi dada ao art. 40 da CF/1988, restando disposto em seu § 15.<sup>8</sup>a instituição por meio de lei ordinária, de previdência complementar para os servidores públicos nas três esferas federativas.

É nítido que a previdência complementar, desde 2003, vive uma fase de expansão que reverteu a sua tendência de estagnação materializada desde meados de 1990. Esse fato resulta da combinação de alguns fatores, como as fragilidades da previdência oficial, bem como da crescente preocupação da população com relação

7. "Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram."

8. "Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida."

à capacidade de tal regime de garantir uma aposentadoria mais próxima da renda percebida enquanto na atividade laboral.

O fundo previdenciário,<sup>9</sup> instituído pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), nos termos do art. 68<sup>10</sup> da LC 101, de 04.05.2000, é espécie de seguro coletivo, engendrado em bem lançadas bases atuariais. Os planos de previdência complementar possuem inúmeros benefícios, cuja designação pode ser até idêntica. Entretanto, o revestimento, ou seja, a natureza deles é inconfundível, em nada se assemelham aos já existentes no Regime Geral de Previdência Social, já que as contribuições vertidas tanto pelos participantes quanto pelas patrocinadoras das entidades de previdência complementar, são direcionadas estritamente à formação do fundo previdenciário, o qual propiciará, no futuro, a concessão e a manutenção do pagamento de benefícios, conforme disposto no art. 19 da LC 109/2001.<sup>11</sup>

Neste sentido, destaca o autor Vladimir Novaes Martinez:<sup>12</sup>

“As fontes de custeio do plano de prestações de entidades consistem em contribuições patronais dos patrocinadores e pessoais, dos empregados, bem como no rendimento das aplicações patrimoniais e financeiras. A entidade previdenciária consubstancia-se em pessoa jurídica de direito privado, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, inteiramente distinto da mantenedora, geralmente socieda-

9. O art. 68 da LC 101/2000, dispõe: “Na forma do art. 250 da Constituição, é criado o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios do regime geral da previdência social”.

10. “Art. 68. Na forma do art. 250 da Constituição, é criado o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios do regime geral da previdência social. § 1.º O Fundo será constituído de:

I – bens móveis e imóveis, valores e rendas do Instituto Nacional do Seguro Social não utilizados na operacionalização deste;

II – bens e direitos que, a qualquer título, lhe sejam adjudicados ou que lhe vierem a ser vinculados por força de lei;

III – receita das contribuições sociais para a seguridade social, previstas na alínea a do inc. I e no inc. II do art. 195 da Constituição;

IV – produto da liquidação de bens e ativos de pessoa física ou jurídica em débito com a Previdência Social;

V – resultado da aplicação financeira de seus ativos;

VI – recursos provenientes do orçamento da União.

§ 2.º O Fundo será gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, na forma da lei.”

11. Nos termos do *caput* do art. 19 da LC 109/2001, “as contribuições destinadas à contribuição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar”.

12. MARTINEZ, Vladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. t. IV, previdência complementar, p. 137.

de civil ou fundação, regida pelo Estatuto Social, acompanhada de perto, mas não ficando à mercê da administração da instituidora.”

O Regime de Previdência Privada caracteriza-se por complementar, de forma autônoma, o Regime Geral de Previdência Social, mediante a constituição de reservas matemáticas advindas de contribuições de suas patrocinadoras e participantes, que garantam os fluxos de benefícios futuros ofertados pelos planos previdenciais geridos pelas entidades de previdência privada.

Na sua dinâmica, a exigência constitucional fundamental é que o Regime de previdência complementar seja mantido, na totalidade, por contribuições devidas pelos participantes, que podem ser tanto ativos quanto assistidos, por instituidores e patrocinadores, além de outras receitas advindas, por exemplo, de aportes individuais feitas por qualquer participante, nos termos do art. 6.º, § 2.º, da LC 108/2001.<sup>13</sup>

Neste contexto, a previdência complementar, voluntária e com administração privada, possui arranjos atuariais variados e destina-se a complementar os benefícios concedidos pelos RGPS e RPPS, embora alguns segmentos do regime privado não condicionem a concessão do benefício à concessão dos benefícios pelo regime de previdência oficial. Outro benefício do regime de previdência complementar é que ele também se estende aos trabalhadores do mercado informal, que pretendam garantir suas aposentadorias.

### 3. A SÚMULA 321 DO STJ E SUA CONSEQUÊNCIA

A Súmula 321 do STJ, publicada em 05.12.2005, estabelece, sem distinção entre Entidades Abertas (EAPC) e Fechadas (EFPC), que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

A aludida Súmula foi editada a partir de cinco precedentes julgados pelo STJ: REsp 591.756/RS, REsp 567.938/RO, REsp 600.744/DF, REsp 306.155/MG e REsp 119.267/SP.

Tendo em vista que tal Súmula, como dito, não distingue as entidades *fechadas* e as entidades *abertas* de previdência privada, o Poder Judiciário tem aplicado o Código de Defesa do Consumidor indistintamente para todas as entidades de previdência complementar.

A aplicação indistinta da Lei 8.078/1990 nas relações jurídicas entre participantes e entidades fechadas tem repercussão negativa e perigosa para o sistema, como

13. “Art. 6.º O custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos. (...) § 2.º Além das contribuições normais, os planos poderão prever o aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador.”

ilustra o aresto proferido no julgamento da ApCiv 1.0024.11.343131-6/001, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Confira-se:

“Ementa: Ação de cobrança – Complementação de aposentadoria – Previdência privada – Previsão no regulamento de impossibilidade de devolução das contribuições no caso de manutenção do vínculo empregatício – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Abusividade – Devolução devida.

As cláusulas do regulamento do plano de benefícios que impossibilitam o resgate ao associado, que não encerrou seu vínculo empregatício com a patrocinadora são nulas de pleno direito, pois impõem ao consumidor obrigação abusiva e excessivamente onerosa, a teor do disposto no art. 51, IV, e § 1.º, III, do CDC” (rel. Des. Newton Teixeira de Carvalho, DJ 04.07.2013).

Em seu voto condutor, o eminente Desembargador relator consignou categoricamente que “se aplicam ao caso em tela os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a relação de consumo existente entre as partes”. E, logo adiante, aplicou, efetivamente, os incisos I e IV do art. 51 daquele Código, para, então, considerar nulas as cláusulas contratuais (do contrato de participação no plano de benefícios privados) que “impliquem renúncia ou disposição de direitos ou que estabeleçam obrigações consideradas abusivas (...)”.

Ao aplicar o Código de Defesa do Consumidor, permitiu-se o resgate da reserva de poupança pelo participante (ou seja, de sua parcela de contribuição para a massa patrimonial que forma a poupança previdenciária da comunhão de participantes), sem o rompimento do vínculo empregatício com o empregador, mesmo diante da vedação expressa contida nos arts. 14 e 74 da LC 109/2001.

#### 4. A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DE CONSUMIDOR ÀS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: INEXISTÊNCIA DE OFERTA DE SERVIÇO AO MERCADO

A princípio, para melhor compreensão da matéria, antes de adentrarmos no mérito da questão, é preciso esclarecer que no regime de previdência complementar, existem entidades abertas e fechadas, com o mesmo objetivo, qual seja, a instituição, administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária. A partir de um determinado tempo de contribuição dos participantes, recursos financeiros são constituídos e devem ser suficientes para arcar com o pagamento de suas aposentadorias e pensões futuras. Geralmente estes fluxos de pagamentos são complementares aos pagamentos efetuados pela Previdência Social e a diferença entre estas duas entidades está na forma de organização de cada uma.

As Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC), organizadas na forma de sociedades anônimas e seguradoras, em geral, são abertas ao público, mediante a adesão a um plano de benefícios, mantendo pagamento regular de contribuições. Ao contrário das Entidades Fechadas de Previdência Comple-

mentar (EFPC), organizadas sob a forma de fundações ou sociedades civis, são pessoas jurídicas sem fins lucrativos, acessíveis apenas aos empregados de uma empresa ou de um grupo de empresas, denominadas patrocinadoras, que tem por objeto precípua a instituição, administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária,<sup>14</sup> nas condições previstas em seus regulamentos, nas resoluções editadas pela Secretaria de Previdência Complementar – Previc e na legislação específica, especialmente Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001.

As EFPC estão amparadas, nos seus atos de gestão financeira, pelo art. 202 da CF/1988, essencialmente pelo disposto em seus §§ 2.º e 4.º, além de estarem subordinadas à legislação federal, em especial, à LC 109/2001.

Uma questão relevante, atualmente, que nos auxilia nas reflexões aqui tratadas acerca da discussão quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação jurídica instaurada entre as EFPC e seus participantes, e que constitui grave problema para tais entidades, é o resgate antecipado das contribuições, por parte dos participantes que se desligam dos planos previdenciais, sem a perda do vínculo empregatício com a patrocinadora. Esse entendimento se baseia na Súmula 321 do STJ<sup>15</sup> que, apesar de não ser aplicável às aludidas entidades, tem conduzido o Poder Judiciário a deferir o pleito dos participantes, do resgate da reserva de poupança sem a perda do vínculo empregatício.

Como no Brasil o regime de previdência privada é composto por duas entidades privadas, em regimes distintos, já diferenciadas neste estudo, a própria LC 109/2001, nos arts. 31 e 36 ressalta as diferenças legais e os planos de benefícios administrados por ambas as entidades, o que por si só afasta a incidência da Súmula 321 do STJ às EFPC:

“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.

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

14. Na forma do art. 2º da LC 109/2001: “O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar”.

15. Súmula 321 STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

§ 2.º As entidades fechadas constituídas por instituidores referidos no inciso II do caput deste artigo deverão, cumulativamente:

I – 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;

II – ofertar exclusivamente planos de benefícios na modalidade contribuição definida, na forma do parágrafo único do art. 7.º desta Lei Complementar.

§ 3.º Os responsáveis pela gestão dos recursos de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada.

§ 4.º Na regulamentação de que trata o caput, o órgão regulador e fiscalizador estabelecerá o tempo mínimo de existência do instituidor e o seu número mínimo de associados.

(...)

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”.

Nesse contexto, a conceituada Ada Pellegrini Grinover, em parecer jurídico sobre o Código de Defesa do Consumidor e as Entidades Fechadas de Previdência Complementar, elaborado em consulta formulada pela Abrapp – Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar,<sup>16</sup> ao citar Paulo Sérgio João, não deixa qualquer dúvida quanto à distinção das referidas entidades:

“As Entidades Abertas de Previdência Privada estão situadas fora do âmbito do direito previdenciário, tratando-se antes de tudo de uma maneira de poupança individual. Situam-se no campo do direito comercial e a legislação prevê controle e subordinação de tais entidades pelo Ministério da Indústria e Comércio, através da Superintendência dos Seguros Privados – Susep (art. 11, Lei 6.435/1977), ao passo que as Entidades Fechadas de Previdência Privada ‘pertencem ao ramo da Previdência Social, posto que as condições de funcionamento e o campo de atuação relativamente aos benefícios estão limitados à legislação previdenciária’. O controle e a subordinação de tais entidades são exercidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (art. 39, § 3.º). E mais: ‘As entidades fechadas de previdência

16. GRINOVER, Ada Pellegrini; REIS, Adacir; AVENA, Lygia; ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as entidades fechadas de previdência complementar*. São Paulo: Abrapp, 2013. p. 58-59.

privada não poderão ter fins lucrativos e serão sempre, neste sentido, constituídas sob a forma de sociedades civis ou fundações”.

A diferença básica entre as duas modalidades de entidades de previdência privada é nítida, principalmente quanto ao caráter empresarial das atividades desempenhadas pelas EAPC, que atuam em regime de mercado, com estrita finalidade lucrativa, ao contrário das EFPC que são desprovidas de tal finalidade.

As EFPC não atuam no setor com finalidade lucrativa. Não raras vezes, referidas entidades constituídas na modalidade de previdência privada instituída, na busca da proteção de um grupo fechado de participantes, visam unicamente à complementação de benefício futuro, sem qualquer repartição de lucros, não se enquadrando assim no conceito de fornecedor, que na melhor acepção da palavra, trazida por Roberto Senise Lisboa “é indispensável que se forneça alguma atividade em prol de ‘filiados’, que possuem a obrigação de pagar uma manutenção periódica, mas que não têm qualquer poder deliberativo para influir, fazendo prevalecer a sua vontade nas decisões do ente moral”.<sup>17</sup>

Nessa linha de raciocínio, Ada P. Grinover<sup>18</sup> compara as relações estabelecidas entre as EFPC e seus participantes às relações entre condômino e condomínio, afirmando que:

“(…) particularmente nas situações que envolvem interesses de diferentes pessoas enfeixadas por uma relação de condomínio, fica clara a impossibilidade de se qualificar o vínculo como submetido às normas especiais que tutelam o consumo”. (Destacamos pela relevância).

Por analogia, conclui-se:

“(…) a reunião de pessoas com as características anteriormente indicadas, não autoriza a qualificação da relação daí resultante como de consumo”. (Destacamos pela relevância).

A jurisprudência é excelente fonte de exemplos a ilustrar a descaracterização da relação de consumo entre condômino e condomínio, uma vez que não há de se entender ser o condomínio prestador de serviços a serem tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor:

“Ementa. Tributário. Taxa de esgoto. Cobrança indevida. Relação de consumo. Condomínio. 1. É inaplicável o Código de Defesa de Consumidor às relações entre os condôminos e o condomínio quanto às despesas de manutenção deste. 2. Existe relação de consumo entre o condomínio de quem é cobrado indevidamente taxa de esgoto e a concessionária de serviço público. 3. Aplicação do art. 42 do CDC que determina o reembolso em dobro. 4. Recurso especial provido.

17. GRINOVER, Ada Pellegrini; REIS, Adacir; AVENA, Lygia; ARRUDA, Maria da Glória Chagas. Op. cit., p. 46.

18. *Ibidem*.

(...) Considera-se fornecedor à luz da conceituação feita pelo Código de Defesa do Consumidor: 'toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação ou exportação de produtos ou prestação de serviços'. Consumidor é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços como destinatário final. A ré, estará obrigada ao cumprimento das normas consumeristas sempre que existir a relação jurídica de consumo, assim considerada aquela que se destina a prestar serviços ao consumidor final. A relação jurídica de meio poderá vir a configurar relação entre fornecedores e neste caso, não se submetem às sanções próprias da relação de consumo, embora sofram os efeitos reflexos irradiados pela nova orientação do Código Consumerista, no sentido de igualar, sempre que possível, as partes, evitando prejuízos, como sejam, a desvantagem exagerada em benefício de uma das partes em detrimento da outra, o locupletamento ou enriquecimento sem causa, entre outras vantagens indevidas costumeiramente adotadas pelas partes, com arrimo do direito clássico e que a partir do advento do Código toma novos rumos, com a finalidade de que as relações jurídicas sejam aperfeiçoadas de forma justa, equilibrada e satisfazendo interesses mútuos para atender os fins sociais e legais (f.). O Tribunal caracterizou o ora recorrido como fornecedor ante o fato de que o condomínio realiza sua própria coleta de esgoto que, a posteriori, é encaminhado para o Canal de Marapendi. Diante desse fato, afastou o pagamento em dobro disposto no art. 42 do CDC. Data venia, esse não é o melhor entendimento acerca dos fatos. As relações entre condômino e condomínio não são pautadas pelo Código de Defesa do Consumidor, mas na Lei 4.591/1964, conforme expressou o Min. Carlos Alberto Menezes Direito no voto condutor do aresto 203.254/SP: 'Não creio que mereça ir adiante o especial por violação ao Código de Defesa do Consumidor. No caso, aplica-se a Lei Especial de Regência que é a Lei 4.591/1964. O Código de Defesa do Consumidor, embora muitos o considerem mesmo um 'sobredireito', não pode ultrapassar os limites das relações de consumo. E tais limites não alcançam, a meu sentir, as relações condominiais, que estão subordinadas ao pacto representado pela vontade dos condôminos, manifestada na convenção'. Nesse sentido, colaciono, também, o seguinte precedente: 'Civil. Processual civil. Acórdão. Fundamentação. Inspiração. Decisão. Anterior. Possibilidade. Omissão. Inexistência. Embargos declaratórios. Intuito procrastinatórios. Multa. Condomínio irregular. Taxas condominiais. Cobrança. Legitimação ativa. Multa moratória. Previsão. Convenção do condomínio. CDC. Inaplicabilidade. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Aferição. Súmula 7/STJ. Incidência (...). 3. As relações jurídicas existentes entre condomínio e condôminos são regidas por lei específica, sendo inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, o que permite a fixação, pela convenção de condomínio, de multa moratória superior ao limite estatuído no parágrafo primeiro do art. 52 da Lei 8.078/1990. Precedentes'.

(...) Nessa mesma trilha, confirmam-se, ainda: REsp 753.546/SC; REsp 679019/SP; REsp 655267/SP, todos relatados pelo Min. Jorge Scartezini; REsp 280.193/SP, rel.

Min. Barros Monteiro. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 3.º, define fornecedor como sendo 'toda pessoa física ou jurídica, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços'. O mesmo dispositivo, em seu parágrafo segundo, define serviço: 'é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações trabalhistas'. Portanto, acha-se descaracterizada a relação de consumo entre condômino e condomínio, não há de se entender ser o condomínio prestador de serviços a serem tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, pois a atividade por ele realizada frustra a definição de prestação de serviços em dois pontos, quais sejam: remuneração e fornecimento no mercado de consumo. (...) (STJ, REsp 650.791/RJ, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira. DJ 06.04.2006).<sup>19</sup> (destacamos pela relevância).

Nesta mesma linha de raciocínio, Wendel de Brito Lemos Teixeira,<sup>20</sup> apoiado em José Geraldo de Brito Filomeno, pondera que "não é possível configurar como de consumo a relação entre associação e associados, acarretando a impossibilidade de aplicação da Lei 8.078/1990, haja vista que sua relação com os associados é estatutária".<sup>21</sup>

Nesta concepção, nos ensinamentos de Rachel Sztajn,<sup>22</sup> à luz da teoria jurídica da empresa sob o cerne da atividade empresarial e dos mercados, para caracte-

19. Idem, p. 46.

20. TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *Associações civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 131-134.

21. Filomeno afirma que tanto as relações entre condomínio e condôminos, como associações e seus associados, não se classificam como de consumo: "Finalmente, um outro aspecto que deve ser levado em consideração diz respeito a certas universalidades de direito ou mesmo de fato, como, por exemplo, associações desportivas ou condomínios. Ou seja, indaga-se elas poderiam ou não ser consideradas como fornecedores de serviços, como os relativos aos associados ou então serviços em geral de manutenção de áreas comuns. A questão ora reacendeu em decorrência da recente modificação do § 1.º do art. 52 do CDC, segundo a qual as multas de mora passam a ser de ordem de 2%. Resta evidente que aqueles entes, despersonalizados ou não, não podem ser considerados como fornecedores. E isto porque, quer no que diz respeito às entidades associativas, quer no que concerne aos condomínios em edificações, seu fim ou objetivo social é deliberado pelos próprios interessados, em última análise, sejam representados ou não por intermédio de conselhos deliberativos, ou então mediante participação direta em assembleias gerais que, como se sabe, são os órgãos deliberativos soberanos nas chamadas 'sociedades contingenciais'. Decorre daí, por conseguinte, que quem delibera sobre seus destinos são os próprios interessados, não se podendo dizer que eventuais serviços prestados pelos seus empregados, funcionários ou diretores, síndico e demais dirigentes comunitários, sejam enquadráveis no rótulo 'fornecedores', conforme a nomenclatura do Código de Defesa do Consumidor". (Idem, *ibidem*).

22. SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa. Atividade empresarial e mercados*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 87.



rização de empresa se faz necessário o desempenho de atividade econômica que produza riqueza, mediante assunção do risco da organização, a economicidade da atividade e a produtividade voltada para mercados, daí porque haveriam de ser excluídas da noção de empresa as “atividades de mera fruição”.

A lei civilista ao disciplinar o direito de empresa, define a figura do empresário como aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” (art. 966 do CC).

Para Sztajn, a definição constante do *caput* do art. 966 estaria incompleta. Segundo a autora, o conceito deveria ser acrescido da seguinte frase: “que os bens e serviços são oferecidos em mercados, o que desde logo elimina atividade econômica exercidas para satisfação de necessidades dos agentes e familiares”.

Nesse particular, as EFPC podem se enquadrar no conceito de empresa apenas pelo desempenho de atividade conduzida com o método de organização econômica, de alta complexidade e sujeita a forte regulação e fiscalização pelo Estado, à medida que são responsáveis pela gestão de recursos de terceiros, visando manutenção constante das condições econômico-financeiras e patrimoniais para atender às obrigações assumidas contratualmente perante os participantes, assistidos e seus respectivos patrocinadores ou instituidores.

No aspecto produtividade, entendido como a criação de utilidades para satisfazer as necessidades humanas em sociedade, as EFPC são reconhecidas pela administração de planos de benefícios previdenciários de caráter complementar, que compreendem desde as atividades instrumentais de administração do financiamento e dos investimentos de recursos captados junto a patrocinadores e participantes, até o pagamento final de benefícios futuros.

Nada obstante, no que tange à destinação da atividade ao mercado e à busca da finalidade lucrativa, o papel das EFPC (administração de planos de benefícios de caráter complementar) é desempenhado sem a efetiva vantagem econômica ou com a finalidade propriamente dita de auferir lucros. Não há, com efeito, a destinação de produtos e serviços no mercado de consumo, mas apenas a administração de recursos de terceiros, através do provimento de planos de previdência destinados a um público restrito, constituído por empregados de patrocinadores ou filiados de entidades instituidoras, que por força de regulamento previdencial podem aderir aos planos de benefícios próprios, considerando, repita-se, a possibilidade de administração pelas EFPC de fundos multipatrocinados, ou seja, planos de benefícios destinados a diferentes grupos de participantes vinculados a patrocinadores ou instituidores independentes uns dos outros; ou seja, o pretense “serviço de administração” dos recursos de terceiros não é realizado de maneira especulativa, característica intrínseca à atividade empresária (fim lucrativo).

Dessa forma, não havendo oferta de planos de benefícios por tais entidades no mercado, não há busca da finalidade lucrativa, pois as referidas entidades apenas

se responsabilizam pela capitalização das reservas matemáticas, constituídas pelas contribuições vertidas por empregados e empregadores, seja na condição de patrocinador ou instituidor, cuja única finalidade é a administração dos ativos financeiros, para formação de fundos e reservas previdenciárias que garantam a execução de seus planos de benefícios.

## 5. CONCLUSÃO

De tudo o que se apresentou, restaram bem delimitadas as distinções entre a relação de consumo firmada entre o fornecedor de produtos e serviços e o seu consumidor, daquela relação estabelecida entre as EFPC e os seus participantes, na medida em que, nestas, inexistem, no âmbito da administração dos planos de benefícios privados, oferta de serviço ao “mercado”, mediante remuneração.

Nas relações previdenciárias estabelecidas pelas EFPC e seus participantes, não há o escopo comercial (especulativo), com a busca da finalidade lucrativa (margem líquida na prestação do serviço). Os participantes cotizam com os patrocinadores os custos da administração dos planos de benefícios, diferentemente do que ocorre nas EAPC. Não há, então, tecnicamente, nas EFPC, prestação de serviços mediante remuneração.

Nestas primeiras reflexões, observa-se que a Súmula 321 do STJ, ao conceder o mesmo tratamento e enquadramento a entidades distintas (abertas e fechadas), não assimilou adequadamente a realidade do sistema de previdência privada, na medida em que igualou os desiguais: as EFPC não fornecem serviço ao mercado, mediante remuneração, diferentemente do que se dá com as EAPC; estritamente comerciais e especulativas.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Distinções necessárias na previdência complementar, de Wladimir Novaes Martinez - *RDPrev* 1/149 (DTR\2014\356);
- Previdência complementar fechada, de Roberto Eiras Messina - *RDT* 117/224 (DTR\2005\108); e
- Previdência complementar privada e fechada (fundos de pensão), de João Carlos Pestana de Aguiar Silva - *RDT* 114/109 (DTR\2004\268).