



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano VI, Vol.VI, n.23, jul./set., 2015.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2015.

Data de reformulação: 15/08/2015.

Data de aceite definitivo: 28/08/2015.

Data de publicação: 20/09/2015.

A SÚMULA 312 DO STJ E A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE OS PLANOS DE BENEFÍCIOS DAS EFPC¹

Manoel Veras Nascimento²

RESUMO:

Este artigo tem como escopo analisar a não aplicação da Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) às Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), que não possuem com seus participantes e assistidos uma relação de consumo, o que não justifica a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor – CDC.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Complementar. Direito do Consumidor. Entidades Fechadas e Abertas de Previdência Complementar. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade.

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou Súmula 321, em 2005, com base no julgamento de cinco Recursos Especiais, julgados entre 1999 e 2004.

Desse modo, foi consolidado o entendimento de que as normas do Código do Consumidor (CDC) podem incidir sobre a relação entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) e seus participantes e assistidos³.

O teor dessa súmula vem sendo questionada pelas EFPC, pelos órgãos governamentais responsáveis pela fiscalização desse setor e a comunidade jurídica, posto que não levou em conta as especificidades dessa relação que em muito difere de uma relação de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor –CDC.

¹ Artigo para a conclusão da disciplina de Direito do Consumidor.

² Aluno Especial do Mestrado de Direito do Uniceub.

³ Art. 8º. Para efeito desta Lei Complementar, considera-se: I - participante, a pessoa física que aderir aos planos de benefícios; e II - assistido, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada (Lei Complementar 109/2001).

Este artigo, portanto, tem como escopo demonstrar, a partir da análise das características da relação de consumo e do contrato entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) e seus participantes e assistidos, mostrar a inviabilidade da incidência dessa Súmula.

1. ORIGEM DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (EFPC) NO BRASIL

No Brasil a primeira Entidade Fechada de Previdência Complementar (EFPC) surgiu no início do século passado, antes mesmo que houvesse qualquer legislação que regulamentasse essa atividade.

Assim, em 1904, foi criada a CAPRE, hoje PREVI (Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil), com o objetivo de oferecer benefícios complementares aos empregados do Banco do Brasil.

Nos anos 70 foram criadas mais duas EFPC com objetivo de ajudar a complementação dos benefícios concedidos pela previdência social a empregados públicos.

Em 1970, a maior empresa brasileira, a Petrobras, instituiu a Fundação Petrobras de Seguridade Social (PETROS), para amparar seus empregados, que em 14 de julho do mesmo ano, pagou o primeiro benefício, um pecúlio por morte. No estado de São Paulo, em 1979, foi instituída pela Companhia de Energia do Estado de São Paulo a Fundação de Previdência Complementar para seus empregados, a FUNCESP.

A primeira legislação que regulamentou as atividades das entidades de previdência complementar surgiu em 1977 com a Lei 6.435, regulamentada pelos Decretos 81.240/78, com relação às entidades fechadas, e 81.402/78, com relação às entidades abertas.

As entidades fechadas, de acordo com o art. 4º da Lei 6.435/77, são aquelas *acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, as quais, para os efeitos desta Lei, serão denominadas patrocinadoras.*

No entanto, a Constituição Federal de 1988, apesar de inovar nos termos de proteção social, com a adoção da política pública de Seguridade Social, art. 194, que abrange a Saúde, a Assistência e a Previdência Social, não fez nenhuma menção à Previdência Complementar, falha que somente foi reparada em dezembro 1998, com a promulgação da Emenda Constitucional 20, ao reformular completamente a redação do art. 202.

Desse modo, a matéria passou a ter assento constitucional, passando a integrar a Seguridade Social, tendo sido regulamentada pelas Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001.

2. CARACTERÍSTICAS DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR –EFPC

O Regime de Previdência Privado, organizado de forma complementar e de forma autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que abarca a maioria dos trabalhadores brasileiros, e aos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), que podem ser instituídos pelos entes federados para seus servidores que ocupam cargo efetivo, tem filiação facultativa, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

Ao contrário do que ocorre no RPPS e no RGPS, em que a filiação é obrigatória àqueles que exercem cargo público efetivo ou que exercem atividade laboral de vinculação obrigatória, a participação no Regime de Previdência Complementar é opcional, de forma a garantir ao trabalhador um seguro previdenciário adicional, assegurando-lhe uma renda extra.

Esse Regime de Previdência é operacionalizado por Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) e por Entidades Abertas de Previdência Complementar – EAPC.

As primeiras, também denominados de Fundos de Pensão, são acessíveis a empregados de empresas patrocinadoras que, em muitos casos, são utilizadas como política de recursos humanos cujo objetivo é a retenção de mão-de-obra, especialmente para os trabalhadores mais especializados. Atualmente os grandes fundos de pensão são patrocinados por empresas de grande porte, como as estatais.

Como forma de democratizar o acesso à previdência complementar a trabalhadores que não possuem relação empregatícia, a Lei Complementar 109/2001 trouxe a figura do instituidor, entidades de classe, cooperativas ou sindicatos que podem constituir EFPC aos seus associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

No entanto, caso não desejem constituir uma EFPC, essas entidades podem instituir um plano de benefício junto a uma EFPC em funcionamento, as chamadas entidades multipatrocinadas, que congregarem mais de um patrocinador ou instituidor que, entretanto, preservam as características individuais de cada plano, mantendo-o adequando à realidade de seu instituidor, pois cada um terá seu próprio estudo atuarial, propiciando a apuração de

custos em função do perfil demográfico de cada empresa (ou entidade instituidora) e dos benefícios existentes em cada plano (SANTOS, 2004, p. 345).

Atualmente existem cerca de 317 entidades de previdência complementar fechadas, que operam cerca de 1.134 planos de benefícios definidos (PREVIC, 2014, p. 4 e 17).

AS EAPC, por seu turno, são administradas por entidades financeiras, têm finalidade lucrativa, sendo acessíveis a qualquer pessoa física, não exigindo por tipo de vínculo empregatício ou associativo. Sendo 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.

Para Fábio Zambitte Ibrahim (2015, p. 790), o regime de previdência complementar aberta não é verdadeiramente previdenciário, pois, na sua essência, é uma mera aplicação financeira, com aparente vocação para o longo prazo, o que raramente ocorre, devido às contingências da vida que estimulam a retirada precoce dos valores aplicados.

Há exigência legal de que as EFPC sejam pessoas de direito privado, que devem se constituir sob a forma de fundação ou sociedade civil, e sua constituição, funcionamento, fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária, as retiradas de patrocinadores, e as transferências de patrocínio depende de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador, que é exercido atualmente pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc (art. 19 da Lei Complementar 109/2001).

As EFPC, conforme disposição da Lei Complementar 109/2001, não podem ter finalidade lucrativa porém, são obrigadas a constituir reservas técnicas, conforme o art. 18, §3º, da Lei Complementar 109/2001:

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

[...]

§ 3º - As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas exceções definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

O custeio dos planos de benefícios é feito por patrocinadores ou instituidores e pelos participantes (empregados, cooperados, associados, membros de categoria profissional, filiados a sindicatos) com vistas à obtenção de benefícios, devendo as EFPC

serem responsáveis pela administração das contribuições, constituindo reservas cuja finalidade é a provisão para pagamento de benefícios, favorecendo assim os próprios participantes.

As EFPC devem oferecer planos de benefícios na modalidade de Contribuição Definida, quando o valor da prestações não é preestabelecido, de modo que o participante deve perfazer um certo número de contribuições para que possa fazer jus ao recebimento de benefícios, os quais têm seus valores calculados levando em conta as contribuições realizadas e os rendimentos auferidos, durante todo o período de aplicação do capital (IBRAHIM, 2015, p. 793).

3. O CONTEXTO DE EDIÇÃO DA SÚMULA 321 DOSTJ

Publicada em novembro de 2005, a Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça tem como precedentes cinco acórdãos de Recurso Especiais, publicados ente 1999 e 2004 que, em seguida apresentamos uma breve síntese.

O primeiro, o Recurso Especial nº 119.267-SP (BRASIL, STJ, 1999), com relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, discutia o local em que deve ser ajuizada ação de prestação de contas contra uma EFPC após a vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Prevaleceu o entendimento de que o foro competente é aquele onde poderá se produzir o dano, uma vez que o consumidor não possui livre escolha em relação ao foro contratual de eleição, mas mera adesão. Desse modo, a cláusula pré-estabelecida pela EFPC que seleciona a comarca onde tem sede, dificulta a defesa da parte mais fraca, que tem dificuldades de acompanhar o andamento do processo em local distante daquele onde reside.

Essa decisão mostra que o participante de plano de benefícios administrado por EFPC foi equiparado a consumidor, de que trata o Código de Defesa do Consumidor, parte vulnerável da relação de consumo.

O segundo precedente, trata de pedido de declaração de assistido sobre o direito de complementação de aposentadoria, na conformidade do regulamento de uma EFPC, vigente à época em que aderiu ao plano, em que não havia previsão de limite mínimo de idade para o benefício.

Discutido no Recurso Especial nº 306.155-MG (BRASIL, STJ, 2002), sob a relatoria da Ministra Nancy Andrichi, prevaleceu o entendimento de que é possível a aplicação das normas do CDC ao contrato entre as partes:

[...] o participante transfere à entidade certos riscos sociais ou previdenciários, mediante o pagamento de contribuições, a fim de que,

ocorrendo determinada situação prevista contratualmente, obtenha da entidade benefícios pecuniários ou prestação de serviços. A obrigação da entidade previdenciária, portanto, é atividade de natureza securitária.

[...] a caracterização do participante de plano de previdência privada fechada como consumidor não oferece obstáculos, pois certamente trata-se de pessoa que adquire prestação de serviço como destinatário final, ou seja, para atender à necessidade própria, na conceituação de José Geraldo Brito Junior.

No julgamento dos Recursos Especiais n.º 600.744-DF (BRASIL, STJ, 2004a) e 567.938-RO (BRASIL, STJ, 2004b), ambos com relatoria do Ministro Castro Filho, em que assim com acórdão citado há o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado à relação jurídica existente entre as entidades de previdência privada e os seus participantes, posto que elas se enquadram no conceito de fornecedor de serviços do art. 3º desta norma.

Por fim, o Recurso Especial n.º 591.756-RS (BRASIL, STJ, 2005), publicado em 21/02/2005, com relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, discutiu sobre a incidência das normas do CDC em relação a contrato de auxílio financeiro entre uma EFPC e seu assistido.

Concluiu o relator que deve haver a incidência do Código de Defesa do Consumidor, posto que, além da equiparação às instituições financeiras, as entidades de previdência privada têm com seus assistidos uma inegável relação de consumo.

4. A DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR PARA O CDC E DE PARTICIPANTE E ASSISTIDO DE EFPC, DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Inicialmente, cabe ressaltar que a defesa do consumidor, princípio da Ordem Econômica, está inserida no Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira da Constituição Federal, enquanto a previdência complementar, conforme já destacamos anteriormente, com Emenda Constitucional 20/98, passou a constar no art. 202 do mesmo diploma, no Título VIII – “Da Ordem Social” no âmbito da “Ordem Social”.

Assim, enquanto o Código de Defesa do Consumidor (CDC) tem como escopo a tutela da relação entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços, a Previdência Complementar Fechada, e o arcabouço jurídico derivado da norma constitucional do art. 202

veio disciplinar uma relação específica, que tem como base a formação de fundos de investimento para grupo de pessoas determinadas.

De acordo com o CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, equiparandoa essa categoria uma coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, coletividade de pessoas cujos interesses ou direitos são desrespeitados pelo fornecedor de produtos ou serviços (art. 2º, parágrafo único, do CDC).

No entanto, Marques *et al.*, (2010, p. 81) argumenta que consumidor não é apenas a definição no art. 2º e em seu parágrafo único, mas ainda os dispositivos dos artigos 17 e 29 do CDC.

O art. 17 do CDC⁴ equiparou a definição de consumidor à figura do *bystander*, do direito anglo-saxão, ou seja, aquele que foi vítima da relação de consumo.

Trata-se do instituto que “a teoria da responsabilidade civil norteamericana chama de extensão aos bystanders, ou seja, circunstantes ou terceiros”. Vale dizer, são pessoas estranhas à relação jurídica de consumo, mas que sofreram danos em razão dos defeitos do produto ou serviço que podem ser de ordem intrínseca ou extrínseca (BOLZAN, 2014, p.483).

Par fins de tutela contra os acidentes de consumo, consumidor é qualquer vítima, mesmo que jamais tenha contratado ou não conheça sequer o sujeito responsável. É a regra adotada no direito comparado. O Código de Defesa do Consumidor a acolhe (MARQUES *et al.*, 2010, p.165).

Por outro lado, posto que o conceito de consumidor do art. 2.º, *caput*, não alcança o consumidor antes da conclusão do negócio jurídico, o CDC o equiparou a *todas as pessoas, determináveis ou não, expostas à spráticas*, art. 29 do CDC, de forma a conferir *proteção legal aos potenciais adquirentes de produtos e serviços*, como forma de prevenir a ocorrência de dano, *prevenção esta consagrada, no art. 6º, VI, do CDC, como um direito básico do consumidor* (ZANELATO, 2003, p. 175).

Nenhuma das quatro definições de consumidor que constam no CDC se aplicam aos trabalhadores que se filiam voluntariamente a uma plano de benefícios de Previdência Complementar Fechada, posto que nesse tipo de contrato não há uma relação de consumo.

Há, na verdade, a constituição de um fundo de investimento formado com as contribuições dos trabalhadores participantes, acrescidas das contribuições dos patrocinadores

⁴ Art. 17 - Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

(empregadores), que, diante de variáveis como longevidade, inflação, desempenho da economia e o retorno de investimentos, tem como finalidade arcar com a complementação de aposentadoria do grupamento associativo da entidade fechada de previdência complementar (REIS, 2013, p. 13).

Esses fundos de investimento formam um condomínio visando à aplicação coletiva das contribuições dos participantes do plano de benefícios, regido por meio de regulamento, tendo como mecanismo básico de decisão assembleiageral.

Portanto, não ocorre fornecimento de produtos e serviços, pois não há previsão no regulamento de venda de benefícios, mas tomada de decisões coletivas com finalidade de manter e/ou multiplicar o valor de compra dessas contribuições vertidas durante um determinado período de tempo.

Não há também *a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*, de que trata o parágrafo único do art. 2º do CDC; não vítimas de consumo, de que trata o art. 17 do CDC, pois a formação de um fundo de investimentos com recursos próprios e dos empregadores, no caso dos empregados, e a consequente concessão de benefícios não viola direito de terceiros, pelo contrário, beneficia os dependentes dos participantes dos fundos de pensão, e por fim, como não destinatário final, não há *potenciais adquirentes de produtos e serviços*, de que trata o art. 29 do CDC.

Assim, não havendo relação de consumo, não há que se falar de vulnerabilidade, nos termos do inciso I do art. 4º do CDC, que segundo Marques *et al.*, (2010, p. 87) “é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo”, que como assevera Leonardo Roscoe Bessa, não se confunde com hipossuficiência, posto que vai além de mero reflexo de uma desigualdade econômica abrangendo aspectos como a carência de informações, a existência de manobras entre empresários para fraudar a livre concorrência (BESSA, 2009, p.41).

No que concerne à adesão do trabalhador a um plano de benefícios administrado por uma EFPC, não existe essa vulnerabilidade, posto que, conforme já destacamos, é facultativa (art. 16, §2º, Lei Complementar 109/2001), cujo escopo é a formação de poupança de longo prazo, por meio de fundo de investimento. Devendo essa entidade fornecer certificado de participação, que deve conter as características do plano de benefícios, com a modalidade, os requisitos de adesão e de manutenção da qualidade de participante, bem como os requisitos de elegibilidade, os critérios de contribuição e a forma de cálculo de benefícios, deve ser confeccionado em linguagem simples e precisa (art. 2º da Instrução/PREVIC nº 5/2013).

Essa vulnerabilidade também não está presente nas EFPC, posto que os próprios participantes e assistidos têm assento nos conselhos deliberativos e fiscais, determinação

contida no §6º do art. 202 da Constituição Federal, e no art. 35 da Lei Complementar 109/2001:

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 35. As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.

§ 1º. O estatuto deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas.

§ 2º. Na composição dos conselhos deliberativo e fiscal das entidades qualificadas como multipatrocinadas, deverá ser considerado o número de participantes vinculados a cada patrocinador ou instituidor, bem como o montante dos respectivos patrimônios.

Por outro lado, em caso de extinção do plano de benefícios, desde que autorizado órgão regulador e fiscalizador, os patrocinadores e instituidores ficam obrigados ao cumprimento da totalidade dos compromissos assumidos com a entidade relativamente aos direitos dos participantes, assistidos e obrigações legais, até a data da retirada ou extinção do plano (art. 25 da Lei Complementar 109/2001).

5. O CONCEITO DE FORNECEDOR DO CDC E O PAPEL DE ADMINISTRADOS DE FUNDOS DASEFPC

A definição de fornecedor consta no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

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.

Segundo Marques *et al.*, (2010, p. 103):

O art. 3º do CDC bem especifica que o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos e da cadeia de fornecimento de serviços”.

E complementa:

Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta, menciona apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*. Mesmo o §2º do art. 3º define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...” não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional. A *remuneração* do serviço é o único elemento caracterizador, e não a profissionalidade de quem o presta. A expressão “atividades” no caput do art. 3º parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, à dependência única de ser o co-contratante um consumidor.

Desse modo, as EFPC seriam fornecedores nos termos do art. 3º do CDC, pois exercem “atividade” de receber contribuições e pagar benefícios com habitualidade, como enfatiza Claudia Marques, e proporcionam a seus participantes benefícios pecuniários ou prestação de serviços, posto que sua atividade é de natureza securitária, conforme entendimento da Ministra Nancy Andrichi (BRASIL, STJ,2002).

No entanto, as especificidades e peculiaridades das EFPC mostram que elas não se adequam ao conceito de fornecedor do art. 3º do CDC, posto que as contribuições feitas dos participantes têm como escopo a formação de um patrimônio que beneficia esses mesmos participantes.

A remuneração que corresponde a contraprestação pelo fornecimento de serviço no mercado de consumo (§2º do art. 3º do CDC⁵) e que, segundo Marques *et al.*, (2010, p. 102), “...permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), como no caso das contas de poupança...” é incompatível com a natureza jurídica das EFPC, uma vez que, primeiro, os planos de benefícios não é *atividade fornecida no mercado de consumo*, e sim destinados a grupos determinados e específicos, que possuem vínculo de emprego com o patrocinador ou tenha alguma vinculação com o instituidor e, segundo, a obrigação legal de organizarem-se sob a

⁵ Art. 3º (...) § 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.

forma de fundação ou sociedade civil⁶, sem fins lucrativos (§1º do art. 31 da Lei Complementar 109/2001).

A contribuição dos participantes de um plano de benefícios não equivale à remuneração ou ao preço, pois são os participantes os próprios beneficiados, portanto, não há lucro, os recursos acumulados têm como destinação exclusiva o pagamento de benefícios destinados aos próprios participantes e seus dependentes, conforme previsão do art. 19 da Lei Complementar 109/2001⁷, conforme enfatiza Jerônimo José Jesus:

É de salientar que o aludido preceptivo prevê destinação específica para as reservas matemáticas, qual seja prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, disso resulta serem os participantes-assistido dos respectivos planos de benefícios os seus legítimos titulares, sobretudo face ao previsto neste dispositivo com o §1º do art. 68 (SANTOS, 2004, p. 271).

Deve-se ressaltar ainda que a Súmula 321 do STJ não delimitou qual o ramo da previdência privada que está tratando, o que vem acarretando o enquadramento de forma genérica, ou seja, toda e qualquer entidade de previdência complementar estariam sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor (REIS, 2013, p. 15).

No entanto, no julgamento do Recurso Especial 1421951/SE, em 25/11/2014, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, é dada uma nova interpretação à Súmula 321, em que os Ministros da 3ª Turma do STJ decidiram de forma unânime sobre a não aplicação do CDC às EFPC, ficando a aplicação restrita às EAPC:

Com efeito, a despeito de existirem precedentes qualificando de fornecedoras as entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), por equiparar suas atividades aos serviços securitários (a exemplo do REsp nº 306.155/MG), ressalte-se que apenas às entidades abertas é que se aplicam subsidiariamente as normas que regulam as sociedades seguradoras (art. 73 da Lei Complementar nº 109/2001).

Ao contrário do que consta nos mencionados precedentes, as entidades fechadas de previdência privada não comercializam os seus benefícios ao público em geral ou os distribuem no mercado de consumo, não podendo, por isso mesmo, ser enquadradas no conceito legal de fornecedor.

Além disso, não há remuneração pela contraprestação dos serviços prestados e, conseqüentemente, a finalidade é não lucrativa (arts. 4º da Lei nº 6.435/1977 e 4º, II, e § 1º, da Lei Complementar nº 109/2001),

⁶ Apesar do art. 2.031 do Código Civil de 2002 estabelecer a extinção das sociedades civis sem fins lucrativas, a Portaria/SPC02, de 8 de janeiro de 2004, determinou que as entidades fechadas de previdência complementar, regidas por Lei Complementar 109/2001, não estão obrigadas a promover em seus estatutos.

⁷ “Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar”.

já que o patrimônio da entidade e respectivos rendimentos, auferidos pela capitalização de investimentos, reverterem-se integralmente na concessão e manutenção do pagamento de benefícios aos seus participantes e assistidos (BRASIL, STJ, 2014)

6. SUPERVISÃO E FISCALIZAÇÃO DAS EFPC

As atividades das EFPC e suas relações com seus participantes e assistidos são supervisionadas e fiscalizadas pelo Ministério da Previdência Social, por meio da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), autarquia federal, diferindo, portanto, do sistema do CDC.

Essa interferência do Estado ocorre por que, como ressalta Ibrahim (2015, p. 784), “a vontade do assistido restringe-se à opção pelo ingresso no sistema, não podendo discutir qualquer regra do pacto, verdadeiro contrato de adesão”.

A PREVIC, portanto, “deve proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios” (art. 3º, VI, da Lei Complementar 109/2001), e “proceder à fiscalização das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de suas operações” (art. 2º, I, da Lei 12.154/2009).

No papel de supervisor, e com base nos princípios da Supervisão Baseada em Riscos, a PREVIC deve “assegurar que a gestão da EFPC garanta os direitos dos participantes, em especial o pagamento dos benefícios conforme contratado” (MPS, 2011, p.9).

Por outro lado, há exigência de prévia e expressa autorização da PREVIC para (art. 39 da Lei Complementar 109/2001):

- a) a constituição e o funcionamento da entidade fechada, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações;
- b) as operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas;
- c) as retiradas de patrocinadores;
- d) as transferências de patrocínio, de grupo de participantes, de planos e de reservas entre entidades fechadas.

Por fim, deve-se o papel do Conselho Nacional de Previdência Complementar, como órgão regulador do regime de previdência complementar das EFPC, e, ainda, da criação da Câmara de Recursos da Previdência Complementar, instância recursal e de julgamento das decisões, cujo pronunciamento encerra a instância administrativa, devendo ser tal decisão e

votos publicados no Diário Oficial da União, com segredo da identidade dos autuados ou investigados, quando necessário (artigos 13 e 15 da Lei 12.154/2009).

Todo esse microsistema de proteção, por meio de um regime disciplinar, portanto, tem como escopo a proteção dos participantes e assistidos das EFPC.

CONCLUSÃO

A análise das características do Regime de Previdência Complementar Fechado, conforme o art. 202 da Constituição Federal e a Lei Complementar 109/2001, em relação ao Sistema de Proteção do Consumidor, que tem no Código de Proteção ao Consumidor (CDC) como principal norma, levaram a concluir que constituem dois sistemas com especificidades próprias destinadas a diferentes segmentos da população.

Assim, a Defesa do Consumidor, princípio da ordem econômica e financeira, tem como escopo a defesa do elo mais vulnerável na relação de consumo, o consumidor, quer em seu aspecto individual ou coletivo, independentemente do segmento social a que pertença, enquanto o Regime de Previdência Complementar Fechado visa proteger segmento de empregados ou associados a sindicatos, associações ou órgãos de classe que aderem a um plano privado de previdência.

Diante desse quadro, é urgente que o Superior Tribunal de Justiça proceda a revisão da Súmula 321, que vem gerando decisões contraditórias e que para proteger o direito de um único cidadão prejudica a coletividade dos trabalhadores que aderem a um plano de previdência complementar fechada, vez que se trata de plano coletivo.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. **REsp 119.267-SP**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 05 nov. 99. DJ 06.12.1999.

_____. 3ª Turma. **REsp. 306.155-MG**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19. nov. 2001. DJ25.02.2002.

_____. 3ª Turma. **REsp. 600.744-DF**. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, DF, 06. mai. 2004. DJ 24.05.2004.

_____. 3ª Turma. **REsp. 567.938-RO**. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, DF, 17. jun. 2004. DJ1º.07.2004.

_____. 3ª Turma. **REsp. 591.756-RS**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 07. out. 2004. DJ 21.02.2005.

_____. 3ª Turma. **REsp 1421951- SE**. Relator: Ministro Ricardo Villas BôasCueva. Brasília, DF, 25 nov. 2014. DJ 19.12.2014.

MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC, in BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Guia de Melhores Práticas em Investimento**. Brasília: MPS, 2011.

REIS, Adacir. As Entidades Fechadas De Previdência Complementar e a Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça, in REIS, Adacir (coord.). **A Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar**. São Paulo: ABRAPP, 2013.

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. **Previdência Privada**. Rio de Janeiro: E&J, 2004.

SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR
– PREVIC.

Estatística Trimestral – Setembro 2014. Brasília: MPS, 2014.

ZANELATO, Marco Antonio. **Considerações Sobre o Conceito Jurídico de Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 175, jan-mar, 2003.