

A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR ÀS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA
COMPLEMENTAR: UMA ANÁLISE DA SÚMULA Nº 321 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE INAPPLICABILITY OF THE CODE CONSUMER TO THE
CLOSED PENSION FUNDS: AN ANALYSIS OF THE DOCKET NO.
321 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

DANIEL POLIGNANO GODOY

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Classificação das entidades de previdência complementar. 3. Da natureza do vínculo entre Entidades Fechadas de Previdência Complementar e seus participantes. 4. Da classificação do contrato celebrado entre Entidades Fechadas de Previdência Complementar e seus participantes. 5. Dos pressupostos do CDC para a configuração de uma relação consumerista. 5.1. Conceito de fornecedor. 5.2. Conceito de remuneração. 6. A Súmula nº 321 do Superior Tribunal de Justiça e seus precedentes. 7. Conclusão. 8. Bibliografia

RESUMO: o presente trabalho pretende abordar conceitos básicos relativos à previdência complementar para situar o leitor sobre o tema e, a partir dos conceitos desenvolvidos, fazer uma análise crítica da Súmula nº 321 do Superior Tribunal de Justiça, propondo uma interpretação considerada compatível com as conclusões alcançadas.

Palavras-chave: CDC – Súmula 321 do STJ – inaplicabilidade – entidades previdenciárias fechadas

ABSTRACT: The present work aims to address basic concepts relating to pension funds to situate the reader on the subject, and from the concepts developed, a critical analysis of Docket No. 321 of the Superior Court, proposing an

interpretation considered compatible with the conclusions reached.

Keywords: CDC - Docket 321 of the STJ - inapplicability - closed pension funds.

I. Introdução

Segundo definição fornecida pelo Ministério da Previdência Social em material educativo disponível na rede mundial de computadores, “A previdência complementar é um regime de previdência privada de caráter complementar e facultativo (voluntário), organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência”¹. Ainda segundo mencionado material, a previdência complementar “Tem como objetivo principal recompor o nível de renda, por ocasião das seguintes situações: A) aposentadoria; B) invalidez; C) morte (através de pensão aos dependentes)”². Vê-se, portanto, que a previdência complementar caminha de forma paralela ao regime geral de previdência e é uma maneira eficiente de consolidar a seguridade social.

O serviço prestado pelas entidades de previdência complementar é de utilidade pública, ficando na dependência de autorização e fiscalização por órgãos do Poder Executivo, como a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) e o Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC), nos casos das entidades fechadas, e pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), nos casos das entidades abertas, nos termos do art. 74 da Lei Complementar 109/01 e da Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009.

Seu objetivo primordial é a manutenção do nível de renda de seus beneficiários quando atingidos pelas situações comumente resguardadas nos regimes previdenciários (aposentadoria, invalidez e morte, por exemplo). A complementação se dá por meio do pagamento de um benefício cumulável com eventual pensão concedida pelo regime de previdência geral, calculado nos termos contratuais estabelecidos entre o participante e a entidade previdenciária. Pode servir, assim, como um valioso instrumento

1 Disponível em http://www.previdencia.gov.br/arquivos/flash/3_090416-152304-068.swf . Consulta realizada em 20/03/2012, às 16:10h.

2 Disponível em http://www.previdencia.gov.br/arquivos/flash/3_090416-152304-068.swf . Consulta realizada em 20/03/2012, às 16:10h.

de planejamento familiar, tendo em vista que supre algumas limitações da previdência social causadas pelas restrições orçamentárias e estruturais, como o baixo valor do limite máximo dos benefícios. Com isso, a previdência complementar irradia reflexos positivos também na economia, pois aumenta o poder aquisitivo dos trabalhadores que a ela aderem e, ainda, leva à formação de vultosos fundos administrados pelas entidades previdenciárias, que devem ser investidos e expandidos para garantir o pagamento de suas obrigações.

A pessoa que adere ao regime de previdência complementar é chamada participante. É possível que empresas privadas e pessoas jurídicas de direito público instituem entidades previdenciárias em favor de seus trabalhadores ou servidores, situação na qual serão denominadas patrocinadoras ou instituidoras (este assunto será mais bem tratado adiante). Nestes casos, o plano de benefício terá acesso restrito apenas ao grupo de trabalhadores ou servidores da instituidora, dando origem ao que se chama entidade previdenciária fechada. As entidades acessíveis ao público em geral são denominadas abertas. Quem recebe o auxílio pecuniário prestado pelas entidades previdenciárias é chamado beneficiário, e pode ser o próprio participante ou seus dependentes.

Seu funcionamento, de maneira superficial, baseia-se no recolhimento de contribuições mensais, normalmente oriundas de um sistema de coparticipação entre trabalhadores e patrocinadoras/instituidoras, no caso das entidades fechadas. A entidade previdenciária deve gerir o fundo (composto pelas contribuições de participantes e patrocinadoras) de forma rentável e segura, garantindo a saúde financeira da entidade para o pagamento dos benefícios futuros. Também deve formar reservas técnicas com o fito de resguardar o fundo de quaisquer instabilidades econômico-financeiras, cumprindo com o seu objetivo primordial de complementar a renda dos beneficiários, em qualquer contexto econômico.

Alternativamente, as entidades previdenciárias oferecem a possibilidade de resgate das contribuições vertidas ao fundo pelo participante, denominadas reservas de poupança, corrigidas monetariamente e acumuladas com juros contratuais (normalmente equiparados a um dos índices de correção monetária), funcionando, neste caso, como uma espécie de poupança popular mesmo. No caso de resgate da reserva de poupança, deverá ser devolvido o valor integral das contribuições, descontados apenas os custos administrativos de funcionamento da entidade durante o período em que geriu a reserva.

A previdência complementar tem previsão constitucional na Seção III, do Capítulo II, do Título VIII da Constituição Republicana de 1988, integrando, ao lado da Saúde, da Previdência Social e da Assistência Social, o tratamento constitucional relativo à Seguridade Social. Diz o art. 202 da CR/88:

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.

A Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001, dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar regulamentando as disposições contidas no art. 202 da Constituição Republicana de 1988.

Como se pode perceber pelos breves apontamentos acima, a previdência complementar é tema relevante, que chega com frequência aos Tribunais pátrios. Inobstante, ainda é matéria pouco estudada, sendo parcamente mencionada nas Faculdades de Direito. Por outro lado, as decisões do Poder Judiciário sobre a matéria possuem enorme repercussão, pois influenciam o funcionamento e a gestão de fundos em que milhares de pessoas depositam suas economias. É nesse contexto que se propõe a presente análise.

Naturalmente, contando com tantos participantes e prestando um serviço de tamanha relevância, as demandas judiciais propostas em face destas entidades representam um volume relevante o suficiente para levar o Superior Tribunal de Justiça a editar várias súmulas relacionadas à previdência complementar, como as Súmulas nº 289, 290, 291 e, mais especificamente para o presente estudo, a Súmula nº 321, determinando que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações entre as entidades de previdência complementar e seus participantes.

2. Classificação das entidades de previdência complementar

Antes de se adentrar a análise da Súmula nº 321, faz-se necessário abordar o tema da classificação das entidades de previdência complementar, pois é de suma importância para a compreensão do raciocínio que será adiante desenvolvido.

Classificam-se as entidades de previdência complementar como fechadas e abertas, conforme tenham autorização para oferecer seus pla-

nos de benefício ao público em geral ou somente a um grupo restrito. O art. 31 da Lei Complementar 109 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.

Assim, as entidades fechadas de previdência complementar são criadas pelas patrocinadoras ou instituidoras com o objeto específico de executar e administrar planos de benefício de natureza previdenciária de acesso exclusivo aos seus empregados, servidores ou associados. O acesso de quaisquer outras pessoas é vedado, conforme texto legal acima colacionado.

As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, nos termos do parágrafo 1º do art. 31 da Lei Complementar 109. Na prática, o mais comum é a escolha pela instituição de uma fundação. A partir de sua criação, a entidade adquire autonomia administrativa e financeira em relação à patrocinadora e o único vínculo que permanece é o dever da patrocinadora de contribuir para o plano de benefício, com valor, normalmente, igual ao descontado do salário do empregado/participante, a título de contribuição.

As entidades abertas podem oferecer seus planos de benefício ao público em geral e, muitas vezes, são oferecidas por bancos e outras instituições financeiras. Por óbvio, costumam ter fins lucrativos.

3. Da natureza parcialmente contratual do vínculo entre Entidades Fechadas de Previdência Complementar e seus participantes

A natureza das relações entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar e seus participantes é mista, com uma parcela contratual e uma parcela institucional, conforme lição de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub em seu Manual de Direito Previdenciário Privado³:

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.

Daí se depreende que, apesar de parte da relação existente entre Entidades Fechadas de Previdência Complementar e seus participantes ser regida por um aspecto cogente, pois regulada em lei e submetida à fiscalização do Estado, predomina quanto à adesão ao regime de previdência privada a natureza contratual pois, por força de disposição constitucional, o participante só se vincula se quiser (facultativo).

As Entidades Fechadas de Previdência Complementar são pessoas jurídicas de Direito Privado. Logicamente, se submetem a todo o regime brasileiro de Direito Civil em seu trato com os participantes, sobretudo na regulamentação dos contratos (consubstanciados nos termos de adesão e regulamentos dos planos de benefício).

Cada entidade pode definir características dos benefícios oferecidos, os requisitos de elegibilidade para o recebimento das vantagens, as formas de contribuição e os valores dos salários-de-participação.

3 WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Manual de Direito Previdenciário Privado. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. Págs. 76-77.

4. Da classificação do contrato celebrado entre Entidades Fechadas de Previdência Complementar e seus participantes

Estabelecida a natureza mista do vínculo, com uma preponderante parcela contratual, nota-se que o contrato celebrado entre entidades fechadas de previdência complementar e seus participantes classifica-se em *atípico* (não se encontra tipificado na legislação), *formal* (deve ser sempre celebrado por escrito, pois a Lei Complementar 109/01 exige a entrega a todo participante de cópias por escrito dos regulamentos, dos certificados que indiquem os requisitos de admissão e manutenção da qualidade de participante, bem como dos requisitos de elegibilidade, e de cópias dos contratos celebrados), *bilateral* (o participante se obriga a efetuar contribuições mensais e a entidade a pagar os benefícios previstos no plano ou permitir o resgate das reservas de poupança do participante), *de trato sucessivo* (perdura a obrigação mensal do participante em efetuar as contribuições mensais e, da Entidade, de pagar mensalmente os benefícios a que os participantes venham a fazer jus), *aleatório* (a contraprestação da entidade não pode ser previamente determinada, pois não se sabe exatamente quando ocorrerão os fatos jurídicos segurados – morte, invalidez e aposentadoria –, caracterizando verdadeira *álea* transferida à entidade, conferindo-lhe o caráter de serviço de seguridade social), *individual* (forma-se pelo consentimento de pessoas, cujas vontades são individualmente consideradas, dada a facultatividade do regime de previdência complementar positivado nos arts. 202 da Constituição e 1º da Lei Complementar 109) e *de adesão* (o participante aceita as cláusulas e condições postas no instrumento contratual previamente elaborado pela entidade, com pouco, ou nenhum espaço para debate entre as partes), aplicando os critérios genéricos de classificação dos contratos do Professor Caio Mário da Silva Pereira.⁴ Em conformidade com as classificações acima, Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub em seu Manual de Direito Previdenciário Privado⁵.

Quanto à onerosidade/gratuidade, a classificação será mais bem analisada em tópico adiante, vez que integra ponto fundamental e complexo do estudo, fonte de profundas controvérsias.

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil. Volume III. 13 Edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. Págs. 49-66.

5 WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Manual de Direito Previdenciário Privado. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. Págs. 76-77.

5. Dos requisitos para aplicação do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor determina o âmbito de sua aplicabilidade nos art. 2º e 3º, nos quais define os conceitos legais de consumidor e fornecedor e afirma que as relações entre estas partes é que serão regidas pelo regime protetivo diferenciado.

O regime consumerista trata o consumidor de forma mais benéfica do que o regime cível, visando eliminar, ou ao menos amenizar, as desigualdades jurídicas, econômicas, técnicas e materiais existentes entre consumidor e fornecedor. Por conferirem a uma das partes um tratamento mais benevolente, as normas estabelecidas neste diploma normativo somente devem se aplicar às relações jurídico-obrigacionais em que as partes envolvidas se caracterizem efetivamente como consumidor e fornecedor, sob pena de se violar o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição Republicana de 1988) ao conceder tratamento mais benéfico a sujeito que não esteja na posição de hipossuficiência que o Código visa eliminar.

Quanto à possibilidade de o participante enquadrar-se no conceito de consumidor plácido no código, não há qualquer discussão, já que sempre serão “pessoas físicas ou jurídicas que adquirem ou utilizam produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º, *caput*, do CDC).

No presente estudo, em verdade, interessa a conceituação de fornecedor. Passa-se, portanto, ao exame dos requisitos para tanto.

5.1. Conceito de fornecedor

Segundo o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 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. (negrito nosso)

Do conceito de fornecedor positivado neste artigo do diploma consumerista depreende-se que as entidades fechadas de previdência complementar, que podem ser organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil, somente se caracterizarão como fornecedoras se colocarem produto ou exercerem atividade definida como prestação de serviço, disponibilizando-os no mercado de consumo, mediante remuneração.

No entanto, as entidades fechadas de previdência complementar encontram-se em posição *sui generis* em relação à definição de remuneração. Esse é o estudo que se propõe abaixo.

5.1.1. Conceito de remuneração

A remuneração no contrato de prestação de serviços foi da seguinte forma tratada na obra de Caio Mário Pereira da Silva:

B – O trabalhador tem direito a uma remuneração ou retribuição como pagamento da sua prestação. Sujeito ao arbítrio das partes, que o condicionam livremente, normalmente importa em prestação pecuniária.

E mais adiante, na mesma obra: “Não é a gratuidade incompatível com o contrato civil de prestação de serviços, ao contrário do de trabalho, obrigatoriamente assalariado (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 2 e 3).”

No mesmo sentido, lição de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamim e Bruno Miragem sobre a remuneração do fornecedor, em obra conjunta, sobre direito do consumidor⁶:

‘Remuneração’ (direta ou indireta) significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. ‘Gratuidade’ significa que o consumidor não ‘paga’, logo, não sofre um *minus* em seu patrimônio. ‘Oneroso’ é o serviço que onera o patrimônio do consumidor.

De acordo com as lições colacionadas, a obrigação pecuniária contraída pelo participante em face das Entidades Fechadas de Previdência Complementar de efetuar contribuições mensais para custear o benefício pretendido não se caracteriza como remuneração ao serviço prestado, já que não configura contraprestação à obrigação das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, pois não representa um ganho para a entidade e nem um *minus* para o patrimônio do participante.

6 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1. ao 74: aspectos materiais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003. Pág. 94.

Explica-se

Do parágrafo 1º do art. 31 da Lei Complementar 109 depreende-se que a entidade fechada de previdência complementar presta serviço de utilidade pública **sem fins lucrativos**, seja ela organizada sob a forma de fundação, seja ela organizada sob a forma de sociedade civil.

O princípio do prévio custeio é base do funcionamento das Entidades de Previdência Complementar e foi consagrado nos art. 202 da Constituição e 1º da Lei Complementar 109/01, conforme se depreende do trecho em destaque:

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.

A determinação constitucional de que o regime de previdência privada será baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado visa assegurar a sustentabilidade e segurança da previdência complementar. Por isso, todo benefício pago por uma Entidade de Previdência Complementar deve ter sido previamente custeado por seu beneficiário. Isso significa que as contribuições pessoais vertidas pelo participante, somadas às contribuições da patrocinadora, adicionadas à capitalização obtida pela entidade com investimentos dos recursos do fundo, acrescidas ainda, a demais fontes eventuais de receita devem cobrir as metas atuariais previstas para o custeio do benefício, mantendo a sustentabilidade do plano de benefício contratado.

Assim, sem fins lucrativos, e com funcionamento baseado no princípio do prévio custeio, as Entidades Fechadas de Previdência Complementar retiram para si das contribuições vertidas somente o necessário para a cobertura dos custos administrativos de funcionamento. É o que determina o art. 18 da Lei Complementar 109/01:

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.

As reservas garantidoras de benefícios, fundos e provisões voltam-se diretamente ao interesse dos participantes, conforme o princípio do prévio custeio acima referido, consubstanciado nos arts. 202 da CR/88

e 1º da Lei Complementar 109/01. Por isso, as contribuições do participante se prestam a custear o próprio benefício que receberá no futuro. Essa contribuição, portanto, embora possua caráter pecuniário, não é uma contraprestação do participante à entidade, pois o que a entidade pode retirar para si, conforme dispositivo da lei complementar colacionado, é somente o custo para cobertura das despesas de funcionamento da entidade; nada mais. Desse modo, não auferirá nenhum ganho com as contribuições, tão-somente recolhe valores suficientes a custear suas obrigações e seu funcionamento.

O que caracterizaria remuneração ou ganho na relação entre participantes e Entidades Fechadas de Previdência Complementar seria a retirada de lucro pela entidade das contribuições, reservas, fundos e rendimentos obtidos com a aplicação da arrecadação, que é o que fazem as entidades de previdência privada com fins lucrativos (necessariamente classificadas como entidades abertas).

Entretanto, por força de lei (parágrafo 1º do art. 31 da Lei Complementar 109/01), a retirada desse lucro, que seria a remuneração do serviço prestado pela entidade fechada é terminantemente vedada. Percebe-se, com isso, que o contrato não é oneroso para o participante, pois este não deve uma contraprestação à atividade exercida pela entidade, mas tão-somente o custeio do seu benefício e do funcionamento da entidade.

De outro lado, também não se pode dizer que haja um *minus* no patrimônio do participante, tendo em vista que a qualquer momento antes de sua aposentadoria poderá resgatar integralmente suas reservas de poupança corrigidas e cumuladas com juros, com desconto apenas dos custos administrativos ou, preenchendo algum dos requisitos de elegibilidade, receberá, para si, ou para seus dependentes, um benefício previdenciário.

Como poderia parecer à primeira vista, o fato de o participante efetuar contribuições pecuniárias mensais elidiria a possibilidade de este contrato ser gratuito. Entretanto, neste ponto, impende demonstrar que a classificação quanto à onerosidade/gratuidade dos contratos não é diretamente atrelada à existência de prestação pecuniária. Segundo a melhor doutrina a respeito da classificação dos contratos, a onerosidade/gratuidade contratual relaciona-se à existência de contraprestação de uma parte à prestação da outra. Conforme se depreende dos excertos doutrinários colacionados a seguir, a configuração de uma obrigação como contraprestação depende de correspondência entre as obrigações de parte a parte, independentemente da natureza das obrigações contraídas. Não havendo

correspondência ou proporcionalidade, fala-se em contrato gratuito ou, ainda, em contrato desinteressado.

Veja-se trecho da obra do Professor Caio Mário Pereira da Silva⁷:

Encarados quanto ao objeto perseguido pelas partes, os contratos são: Onerosos, aqueles dos quais ambas as partes visam a obter vantagens ou benefícios, impondo-se encargos reciprocamente em benefício uma da outra. Gratuitos ou benéficos, aqueles dos quais somente uma auferir a vantagem, e a outra suporta, só ela, o encargo. Há quem distinga os contratos gratuitos propriamente ditos, ou pura liberalidade, dos contratos desinteressados, com a observação de que, naqueles, há diminuição patrimonial de uma das partes em proveito da outra (como na doação), enquanto que nos outros um dos contratantes presta um serviço ao outro sem nada receber em troca da prestação feita ou prometida, porém sem empobrecer-se, ou sem sofrer diminuição no seu patrimônio.

Em convergência com as lições colacionadas, excertos de autoria do Professor Cezar Fiúza⁸ sobre a onerosidade dos contratos:

São contratos em que à prestação de uma das partes corresponde uma contraprestação da outra. Assim é na compra e venda em que à prestação do vendedor de entregar o objeto corresponde uma contraprestação do comprador de pagar o preço.

Importante é ressaltar que a contraprestação deve ser realmente um ônus suportado por uma das partes, em virtude da vantagem que não auferiu. Deve, enfim, corresponder à prestação.

Ainda o mesmo doutrinador, com relação à gratuidade dos contratos:

Nos contratos gratuitos, não há qualquer ônus que corresponda à vantagem obtida. Na doação, v.g., o único ônus que há é por parte do doador, de entregar o objeto. A este ônus não corresponde nenhum outro por parte do donatário. O que pode haver é encargo, como construir escola, por exemplo, o que não configura contraprestação, por não ser devido ao doador como contrapartida direta pela doação feita. Além do mais, o encargo, diferentemente da contraprestação, é elemento acessório, secundário, desproporcional à vantagem recebida, não tendo, necessariamente, caráter patrimonial.

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 13 Edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. Pág. 56.

8 FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 12 Edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2008. Págs. 466 e 467

Portanto, a obrigação principal das Entidades Fechadas de Previdência Complementar em relação a seus participantes é desinteressada, quando não se admita considerá-la gratuita. As entidades fechadas não têm fins lucrativos, por força de lei. Por consequência, prestam o serviço a seus participantes sem remuneração, sem uma contraprestação proporcional, já que todas as contribuições arrecadadas devem ser utilizadas para o cumprimento do objeto social da entidade: complementação da previdência social por meio da concessão de benefícios aos próprios participantes. O que se quer dizer com isso é que, de uma forma ou de outra, seja pela complementação de aposentadoria, seja pelo resgate das reservas de poupança, o participante receberá de volta vantagens maiores ou equivalentes às contribuições que efetuou, descaracterizando o recolhimento de suas contribuições como uma contraprestação à entidade. Conclui-se, por isso, que o participante não suporta *minus* algum em seu patrimônio, pois, seja resgatando suas reservas de poupança, seja preenchendo requisitos de elegibilidade aos benefícios, receberá vantagem econômica superior à que desembolsou.

É certo que as Entidades Fechadas de Previdência Complementar incluem nos cálculos dos valores das contribuições o custeio de seu funcionamento administrativo, gastos com infraestrutura e mão-de-obra, e ainda retiram uma parcela das contribuições para formação de fundos para prevenção de contingências, conforme preceito do art. 18 da Lei Complementar 109/01. Entretanto, esses valores não constituem contraprestação, pois não possuem proporcionalidade e ligação direta com a obrigação pecuniária dos participantes, conforme as lições doutrinárias retro citadas. O valor cobrado a título de custeio do funcionamento administrativo cobre apenas o estrito valor necessário ao desenvolvimento da atividade, sem previsão de lucro e, assim, sem remuneração. Portanto, ausente a contraprestação ou o ganho necessários à identificação do fornecedor na relação de consumo.

Reconheça-se que durante o funcionamento das entidades previdenciárias há a possibilidade de *superávit* (obtenção de rendimentos maiores do que os necessários ao custeio dos benefícios), o que poderia ser tido como um exemplo de obtenção de lucro. Entretanto, nem mesmo nesse caso a entidade previdenciária poderia obter lucro ou remuneração, pois a Lei Complementar 109/01 determina a destinação do valor obtido a título de *superávit*:

Art. 20. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios.

Portanto, ainda que haja *superávit*, este não será revertido em lucro ou remuneração para a entidade fechada, visto que a destinação legal destes recursos excedentes é voltada à concessão de vantagens aos próprios participantes, seja através do fortalecimento das bases financeiras da entidade, com a constituição de reservas de contingências, seja pela revisão favorável do benefício. Na revisão, poder-se-ia diminuir o tempo de contribuição para custeio do benefício, reduzir o valor das contribuições, ou ainda manter o valor da prestação mensal e aumentar os valores dos benefícios.

Em conclusão, o contrato entre Entidades Fechadas de Previdência Complementar e participantes é desinteressado, isto é, não estabelece uma contraprestação do participante em relação à Fundação. Por óbvio, não há empobrecimento de uma das partes em proveito da outra, o que afastaria a configuração do contrato como gratuito, mas também não há nenhuma espécie de remuneração, pois, conforme explicitado, a entidade não obtém lucro com a administração e execução dos planos de benefício. Assim, a única conclusão viável é pela existência de um contrato desinteressado entre eles, em consonância com a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira acima colacionada.

Por fim, note-se que essa conclusão está de acordo com conceitos elementares de microeconomia, pois o objetivo de lucro é pressuposto de existência da relação de consumo, inserida que está no funcionamento do mercado.

As prestações de serviço sem fins lucrativos afastam-se das relações de consumo, pois não funcionam conforme o sistema da oferta/procura e do objetivo de lucro que baseiam o funcionamento do mercado, mas são apenas uma espécie de liberalidade ou de ação beneficente.

6. A Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça e seus Precedentes

A Súmula 321 do STJ, editada em 23 de novembro de 2005 e publicada no Diário de Justiça em 05 de dezembro de 2005, possui o seguinte teor: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.”

Em consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça é possível acessar a íntegra dos acórdãos e votos dos precedentes que levaram à edição da referida Súmula.

Analisando-se os precedentes é possível perceber que:

1. o primeiro precedente, o Recurso Especial nº 119267⁹, julgado em 1999, justifica a aplicabilidade do CDC à relação jurídica apenas com base na data de vigência do Código de Defesa do Consumidor. Discutia-se a validade de cláusula de eleição de foro que deslocava a competência para foro distante do domicílio do consumidor. O voto vencedor afirma que o CDC se aplica, pois tinha vigência imediata na data de sua promulgação.
2. no segundo precedente, o Recurso Especial nº 306155¹⁰, julgado em 2001, a Ilustre Relatora, Ministra Nancy Andrigui argumenta pela aplicabilidade do diploma consumerista devido à configuração de consumidor e fornecedor nos pólos da relação jurídica. Ao analisar o conceito de fornecedor afirma apenas que “se o ente é formado com o objetivo de fornecer determinado serviço, mediante cobrança de mensalidade ou contribuição e não exclusivamente para gerir os recursos comuns, caracteriza-se como fornecedor”. É o caso das entidades fechadas de previdência privada.

Entretanto, como se defendeu no tópico acima, o fato de o participante efetuar contribuições mensais pecuniárias à entidade previdenciária não significa que haja contraprestação. Não havendo contraprestação, descaracterizada está a remuneração exigida pelo conceito de fornecedor do art. 3º do CDC.

9 https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700100170&dt_publicacao=06/12/1999. Consulta realizada em 20/03/2012, às 16:10h.

10 https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100230270&dt_publicacao=25/02/2002. Consulta realizada em 20/03/2012, às 16:10h.

Além disso, embora o precedente em análise considere que a entidade previdenciária não gerencie recursos comuns, o princípio do mutualismo, que rege a previdência complementar, principalmente nas entidades fechadas, aproxima bastante a administração dos recursos que as entidades fazem do plano de benefício previdenciário à administração de recursos comuns. Referido princípio foi da seguinte forma tratado na lição de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub em seu Manual de Direito Previdenciário Privado¹¹:

O mutualismo, no contexto previdenciário, surge com a reminiscência securitária na Previdência. O mutualismo securitário consiste num esforço recíproco de indivíduos cujos interesses são semelhantes para que haja proteção de todos membros desse conjunto.

Estes indivíduos não tomam esta atitude por filantropia, pois objetivam suprir as contingências deletérias que possam vir a acontecer a qualquer dos membros participantes do sistema. É uma álea.

Há um cunho altruísta, mesmo que involuntário, no âmbito da solidariedade envolvendo o esforço conjunto para o bem-estar de alguns. O mutualismo seria oriundo desta solidariedade.

Do ponto de vista sociológico, o mutualismo é pautado na solidariedade e na boa-fé. A conceituação, entretanto, deve ser estudada, haja vista que ninguém ingressa num sistema securitário/previdenciário para proteger pessoas estranhas dos reveses da fortuna.

Dentro da idéia jurídica de mutualismo, como um sistema baseado na entidade mútua e na contribuição de todos para benefício individual de cada contribuinte, temos como sinônimo imediato a simbiose (syn = junto, bios = vida).

Sob o *prima* biológico, o mutualismo, ou a simbiose, é uma relação vantajosa, obrigatória e recíproca entre indivíduos.

3. todos os outros precedentes (Recursos Especiais nº 567938¹², 591756¹³ e 600744¹⁴, julgados por volta de 2004) citam *ipsis litte-*

11 WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Manual de Direito Previdenciário Privado. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. Págs. 67-68

12 https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301498988&dt_publicacao=01/07/2004. Consulta realizada em 20/03/2012, às 16:10h.

13 https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301644135&dt_publicacao=21/02/2005. Consulta realizada em 20/03/2012, às 16:10h.

14 https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301877171&dt_publicacao=24/05/2004. Consulta realizada em 20/03/2012, às 16:10h.

ris o mesmo trecho do voto proferido supra mencionado (item 2), oriundo do Recurso Especial nº 306155 como fundamento para a aplicação do CDC.

Conclui-se, portanto, que a Súmula em análise possui como *ratio decidendi* um fundamento retomado incontáveis vezes, talvez sem uma análise mais acurada em outros julgamentos.

Por isso, subsiste a possibilidade de que a Súmula em questão tenha deixado de lado as reflexões desenvolvidas no presente trabalho, olvidando a distinção entre a situação jurídica das entidades abertas (com fins lucrativos) e das entidades fechadas (sem fins lucrativos) de previdência complementar, conferindo-lhes tratamento idêntico, ao passo em que estes regimes de previdência possuem características elementares muito díspares, capazes de submetê-los a regimes jurídicos distintos.

7. Conclusão

Todo o estudo realizado leva à conclusão de que o serviço prestado pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar não é realizado mediante remuneração.

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

Por isso, propõe-se, no silêncio da Súmula 321 do STJ quanto à distinção entre entidades abertas e fechadas, adotar uma interpretação do referido comando jurisprudencial conforme o conceito de consumidor do CDC, restringindo o seu campo de aplicação às Entidades **Abertas** de Previdência Complementar (com fins lucrativos), a exemplo de instituições bancárias que ofereçam esse tipo de serviço. Entendendo-se de outra forma, estar-se-ia criando uma insustentável antinomia entre uma norma federal (art. 3º, *caput*, e § 2º do CDC) e uma norma interpretativa editada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 321), que é justamente o órgão jurisdicional responsável pela guarda da referida legislação federal, aplicando o regime consumerista a sujeito não caracterizado como fornecedor, o que seria inadmissível conceber.

8. Bibliografia

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **A relação jurídica de consumo: conceito e interpretação.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1456, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10069>>. Acesso em: 3 fev. 2011.

FRANCHINI, Roger. Da inaplicabilidade do CDC entre as entidades fechadas de previdência complementar e seus membros. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1959, 11 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11956>>. Acesso em: 3 fev. 2011.

FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 12ª Edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2008.

LEITE, Mércia Lopes. Inaplicabilidade do código de defesa do consumidor às Entidades fechadas de previdência complementar. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/11_284.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1. ao 74: aspectos materiais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. Ver., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões, jurisprudenciais. 2. tir. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil. Contratos. 13 Edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

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

http://www.previdencia.gov.br/arquivos/flash/3_090416-152304-068.swf . Consulta realizada em 03/02/2011, às 16:10h.

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301644135&dt_publicacao=21/02/2005. Consulta realizada em 03/02/2011, às 16:10h.

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301498988&dt_publicacao=01/07/2004. Consulta realizada em 03/02/2011, às 16:10h.

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301877171&dt_publicacao=24/05/2004. Consulta realizada em 03/02/2011, às 16:10h.

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100230270&dt_publicacao=25/02/2002. Consulta realizada em 03/02/2011, às 16:10h.

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700100170&dt_publicacao=06/12/1999. Consulta realizada em 03/02/2011, às 16:10h.

