

OS FUNDOS DE PENSÃO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

JAIME LUIZ VICARI

Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

EXCERTOS

"Foi no final da década de 90 que a previdência privada, de caráter complementar, passou a figurar como uma alternativa para a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro"

"A aplicação indistinta do Código de Defesa do Consumidor a uma e outra entidade de previdência complementar não seja juridicamente acertada, pois a relação existente entre os participantes e as entidades fechadas não se amolda ao conceito de relação de consumo proposto por aquele diploma legal, que reclama figure de um lado um fornecedor e de outro um consumidor"

"É equivocado supor que os fundos de pensão, por operarem em regime de capitalização e serem mobilizadores de vultosa quantidade de recursos, dispõem de elevada capacidade financeira. As reservas acumuladas no regime de capitalização destinam-se a ser consumidas posteriormente. Se mal empregados no presente, faltarão recursos para saldar compromissos previdenciários futuros"

"As entidades fechadas de previdência complementar não oferecem seus planos de benefícios no mercado de consumo, ao público em geral, mas apenas a determinadas coletividades, quais sejam, aos empregados das empresas patrocinadoras ou aos associados das chamadas instituidoras (pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial)"

Os sistemas de previdência são um fenômeno relativamente novo. O primeiro plano formal de aposentadoria de que se tem notícia era privado e datava de 1875. Foi instituído pelo hoje pujante grupo financeiro norte-americano *American Express Company*, que na ocasião era uma empresa de transportes. Era um plano privado instituído por iniciativa do empregador e voltado a seus empregados.

Já o primeiro programa público de previdência é ainda mais recente: nasceu em 1880, no império alemão do chanceler Otto Von Bismarck – que embora levasse a alcunha de ‘Chanceler de Ferro’ (*Eiserner Kanzler*), instituiu, de forma pragmática, não só um regime público de previdência, mas um regime de seguro de saúde, doença ou invalidez e uma lei de acidentes de trabalho, bem assim reconheceu a organização de sindicatos.

A propagação desses sistemas previdenciários com a dimensão que hoje conhecemos é fato ainda mais recente. Foi no segundo pós-guerra, com a sedimentação do chamado Estado-Providência (Estado do Bem-Estar Social ou *welfare state*) e o advento dos chamados direitos fundamentais de segunda geração, que se reconheceu a este sistema protetivo a natureza fundamental à pessoa humana.

Já no Brasil, os primeiros institutos de aposentadoria e pensões (IAPs) datam da década de 30 do século passado.

Foi no final da década de 90 que a previdência privada, de caráter complementar, passou a figurar como uma alternativa para a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro. Com a Emenda Constitucional 20/98, a previdência privada alcançou *status* constitucional, ao que se seguiu a edição das Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001.

O sistema brasileiro de previdência seguiu, assim, a forma adotada por grande parte dos países, no que se denominou chamar de “sistema de múltiplos pilares” (*multipillar system*)¹: um pilar representado pela **previdência pública** (operacionalizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS) e os outros dois representados, respectivamente, pela **previdência privada fechada** ou fundos de pensão (cujas entidades constituem-se sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, com planos voltados para empregados de uma determinada empresa ou grupo de empresas, ou para pessoas que possuam um vínculo associativo ou sindical) e pela **previdência privada aberta** (cujas entidades gestoras são constituídas sob a forma de sociedades anônimas, com planos acessíveis a quaisquer pessoas físicas).

No que interessa mais diretamente ao tema, as sociedades de previdência privada desenvolvem, ao lado da previdência pública, destacado papel social. São valioso instrumento de recursos humanos das empresas patrocinadoras, pois propiciam uma vida digna aos empregados dessas empresas inscritos em seus planos de benefícios, quando da passagem para a inatividade, bem assim servem de incentivo à aposentadoria dos empregados aposentáveis, o que importa a renovação dos quadros de pessoal.

Além disso, as sociedades de previdência privada exercem relevante papel como formadoras de poupança nacional e propulsoras do desenvolvimento econômico.

Números divulgados pela Fenaprevi (Federação Nacional de Previdência e Vida)² indicam que o mercado de previdência privada fechou o primeiro trimestre de 2011 com arrecadação de R\$ 11,7 bilhões, consolidando crescimento de 16,62% se comparado com o primeiro trimestre de 2010. O número de contratos de plano de previdência privada aberta cresceu 2% no primeiro trimestre: saltou de 10,3 milhões para 10,5 milhões. O sistema contabiliza atualmente 96,8 mil participantes que já recebem benefícios.

Toda esta evolução e crescimento veio acompanhada do incremento na complexidade das relações jurídicas firmadas entre os participantes das entidades de previdência privada. Os conflitos oriundos dessas relações desembocaram, logicamente, no Poder Judiciário.

Não tenho comigo o percentual das ações envolvendo fundos de pensão que se encontram em trâmite nos tribunais de cada um dos estados-membros. Até mesmo desconheço a existência de estudo que tenha apurado esses números.

Mas, se vale uma comparação, em meu gabinete no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, recursos originários de ações que têm como parte entidades de previdência complementar representam aproximadamente 6% do acervo total de processos. Ou seja, no universo de todas as causas cíveis, 6% são relacionadas à previdência complementar.

A título de comparação, as causas atinentes a temas do direito de família (tais como alimentos, separação, divórcio, partilha de bens, união estável e todas as modalidades de ações relativas ao estado de filiação) e as causas relativas ao direito da criança e do adolescente (guarda, tutela e adoção), se somadas, representam 5% do acervo do gabinete.

Já as causas originárias de acidentes de trânsito representam aproximadamente 7% desse total. Ou seja, se os números de meu gabinete representassem fielmente os números da Justiça brasileira, poder-se-ia dizer que a cada acidente de trânsito que acontece em nossas vias uma pessoa firma um contrato com uma entidade de previdência privada.

Pois bem.

Questão de grande significado é a que diz respeito à sujeição ou não dos planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar ao regime instituído pela Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça, no intento de pacificar a controvérsia a esse respeito, editou a Súmula 321, que reza que *"o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes"*.

Este verbete sumular, embora sem efeito vinculante, tem tido reiterada aplicação naquele tribunal superior, seja com relação aos conflitos envolvendo entidades abertas de previdência complementar, seja com relação às entidades fechadas (p. ex., AgRg no Ag 766.447/RN, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 28/09/2010).

Penso, todavia, que essa aplicação indistinta do Código de Defesa do Consumidor a uma e outra entidade de previdência complementar não seja juridicamente acertada, pois a relação existente entre os participantes e as entidades fechadas não se amolda ao conceito de relação de consumo proposto por aquele diploma legal, que reclama figure de um lado um fornecedor e de outro um consumidor.

Consumidor, conforme o art. 2º da Lei 8.078/90, *"é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"*.

Fornecedor, ao seu turno, *"é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, comercialização, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos"*.

As sociedades de previdência privada desenvolvem, ao lado da previdência pública, destacado papel social

ou prestação de serviços". Para integrar o conceito de fornecedor, o § 1º desse art. 3º conceitua produto como "*qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial*"; e o § 2º desse mesmo artigo conceitua serviço como "*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*".

E é demonstrando que a relação entre participantes e entidades de previdência privada não se amolda a tais conceitos que pretendemos justificar a necessidade de que a Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça seja interpretada de acordo com os preceitos normativos existentes.

Como ponto de partida é forçoso invocar a observação feita por Lygia Avena³ acerca do enquadramento constitucional do regime de previdência complementar. Enquanto as entidades de previdência fechada complementar, por sua natureza e seus objetivos, se desenvolvem e estão inseridas no âmbito da "Ordem Social", no título VIII da Constituição, o princípio da defesa do consumidor é destinado expressamente à "Ordem Econômica", inserido no título VII da Carta Magna.

As entidades fechadas de previdência complementar são instituídas pelas chamadas *patrocinadoras* (empresa ou grupo de empresas) ou *instituidoras* (pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial), que se organizam sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, para oferecer a seus empregados (no caso de patrocinadores) ou associados (no caso das chamadas instituidoras) planos de benefícios de natureza previdenciária por elas administrados e executados.

O patrimônio dessas entidades é exclusivamente destinado à concessão e manutenção dos benefícios previdenciários, por expressa disposição legal do art. 19 da Lei Complementar 109/01, que reza: "*as contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário*".

Operam essas entidades no chamado regime de capitalização: acumulam-se valores durante a fase ativa do empregado e essa reserva suportará os custos de seu benefício futuro. Neste processo, os integrantes do grupo (empregados-participantes e empregadores-patrocinadores) alocam esforços financeiros que serão utilizados em favor de todos com vistas ao pagamento de benefícios devidos. Os aportes financeiros são feitos segundo rigoroso regime atuarial,

de modo que eventos como o aumento da expectativa de vida ou a baixa rentabilidade dos ativos não comprometam os benefícios prometidos.

Por isso, é equivocado supor que os fundos de pensão, por operarem em regime de capitalização e serem mobilizadores de vultosa quantidade de recursos, dispõem de elevada capacidade financeira. As reservas acumuladas no regime de capitalização destinam-se a ser consumidas posteriormente. Se mal empregados no presente, faltarão recursos para saldar compromissos previdenciários futuros.

Ademais, não se pode confundir com lucro os eventuais resultados superavitários dessas entidades fechadas. O art. 20 da Lei Complementar 109/01 dá tratamento claro à matéria ao dispor que tais resultados superavitários dos planos de benefícios das entidades fechadas, após satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, serão destinados à *constituição de reserva de contingência*, para garantia de benefícios.

A inexistência de finalidade lucrativa é reiterada pelo art. 18, § 3º, da Lei Complementar 109/01, que prevê que "*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 excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador*".

Portanto, como todas as contribuições vertidas pelos participantes são destinadas a eles mesmos, e como, além disso, o art. 14, inciso III, da Lei Complementar 109/01 assegura aos participantes o resgate dessas contribuições na hipótese de saída dos planos antes de auferirem os benefícios, não podem as contribuições ser tratadas como se fossem *remuneração* por serviço, no contexto da comercialização a que refere o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. Como indicado há pouco, o § 2º desse art. 3º conceitua serviço como "*qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração*".

Se não há remuneração, não há *serviço* para efeito de caracterização de uma relação de consumo.

No universo de todas as causas cíveis, 6% são relacionadas à previdência complementar

Ademais, as entidades fechadas de previdência complementar não oferecem seus planos de benefícios no mercado de consumo, ao público em geral, mas apenas a determinadas *coletividades*, quais sejam, aos *empregados* das empresas patrocinadoras ou aos *associados* das chamadas instituidoras (pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial).

Isso também impede sejam tais entidades classificadas como fornecedoras, já que seus serviços não são prestados "no mercado de consumo" como exige o mesmo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Deve-se ver, ainda, que as entidades fechadas são fiscalizadas pela Secretaria de Previdência Complementar, e sua regulação cabe ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar, ambos órgãos do **Ministério da Previdência Social**.

Avultam distinções com relação às chamadas entidades abertas de previdência complementar. Estas, na exata expressão do art. 36, *caput*, da Lei Complementar 109/01, "*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*".

Os planos de benefícios das entidades abertas, diferentemente do que se passa com os planos das entidades fechadas, são oferecidos no mercado de consumo ao *público em geral*, e não apenas a determinadas coletividades (empregados das patrocinadoras ou aos associados das instituidoras). Além disso, essas entidades abertas são sociedades empresárias, com finalidades lucrativas, que vendem planos de aposentadoria mediante remuneração – tanto assim que reguladas e fiscalizadas por órgãos integrantes da estrutura do **Ministério da Fazenda**, não pelo Ministério da Previdência Social.

As entidades abertas são sociedades que desempenham *empresa*, pois têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário, qual seja, exercem "*profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*" (art. 966, *caput*, combinado com o art. 982, *caput*, ambos do Código Civil).

Essas diferenças que se verificam entre as entidades abertas e as fechadas servem para lançar luz sobre a aplicação da Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça. O tratamento dispensado a ambas entidades não pode ser o mesmo, haja vista as viscerais distinções entre umas e outras.

A natureza empresarial, a finalidade lucrativa e o oferecimento de seus planos de benefícios a toda a sociedade de consumo justificam a sujeição das entidades abertas às disposições do Código de Defesa do Consumidor, nos exatos termos propostos pela enunciado sumular.

Diverso, no entanto, é o tratamento que se deve dispensar às entidades de natureza não empresarial, que operam sem visar lucro e que disponibilizam seus planos de benefícios apenas aos integrantes de uma coletividade determinada. É o que se dá no caso das entidades fechadas de previdência complementar.

Aos contratos firmados entre tais entidades fechadas e seus participantes não se pode atribuir a natureza de relação de consumo, haja vista que elas não atuam como fornecedores na sociedade consumerista.

A chamada relação de consumo, cujo conceito se extrai do art. 3º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 8.078/90, está vinculada ao *comércio* de produtos ou serviços e à sua *distribuição no mercado de consumo*, com *finalidade lucrativa*, características que não se encontram presentes na relação entre participantes e entidades de previdência privada complementar.

Equívoco que se vê nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, inclusive em acórdãos apontados como predecessores da referida súmula (REsp 591.756, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; e REsp 235.067, rel. Min. Barros Monteiro), é equiparar toda e qualquer entidade de previdência privada a uma instituição financeira.

Esta equiparação total não nos parece acertada.

Em primeiro lugar, porque muito embora o art. 29, *caput*, da Lei 8.177 efetivamente equipare indistintamente as entidades de previdência privada "*às instituições financeiras e às instituições do sistema de distribuição do mercado de valores mobiliários*", é indispensável ver que essa equiparação é limitada pelo mesmo diploma às operações realizadas por tais entidades "*nos mercados financeiro e de valores mobiliários respectivamente, inclusive em relação ao cumprimento das diretrizes do Conselho Monetário Nacional quanto às suas aplicações para efeito de fiscalização do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários e*

É equivocado supor que os fundos de pensão dispõem de elevada capacidade financeira

da aplicação de penalidades previstas nas Leis n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 6.385, de 7 de dezembro de 1976”.

Além disso, as entidades de previdência privada fechada, nos contratos entabulados com seus participantes, também não podem ser equiparadas a instituições financeiras, pois não captam recursos de uns para emprestar a outros. Operam, sim, o já indicado regime de capitalização: acumulam recursos dos participantes e os administram para, no futuro, pagar benefícios previdenciários a seus próprios titulares, os quais, como bem chama a atenção Adacir Reis⁴, inclusive têm representação nos conselhos deliberativos e fiscal, sem a caracterização da intermediação financeira.

E é justamente na gestão compartilhada que reside uma outra característica que fundamenta a *não aplicação* do Código de Defesa do Consumidor às entidades fechadas: os participantes (pessoas físicas que aderem ao plano de benefício) e assistidos (participantes ou seus beneficiários em gozo de benefícios de prestação continuada) tomam parte nas decisões dos conselhos deliberativo e fiscal, integrando-os na proporção de, no mínimo, um terço das vagas existentes em cada um desses órgãos.

O conselho deliberativo é a instância máxima de uma entidade de previdência fechada. Embora sua competência não esteja previamente definida na Lei Complementar 109/01, os estatutos dessas entidades normalmente acometem ao conselho deliberativo a definição da política geral de investimentos, a competência para alteração de seus estatutos e regulamentos dos planos de benefícios e a apreciação de recursos contra decisões da diretoria-executiva.

O conselho fiscal, por seu turno, fiscaliza as contas da entidade e de seus planos de benefícios.

O que se vê, em suma, é que os participantes e assistidos tomam parte da administração do fundo de previdência, coisa que não acontece numa relação de consumo, pois os consumidores não têm ingerência nos contratos que celebram com o fornecedor.

Ora, se os participantes deliberam sobre os rumos da entidade e sobre os planos por ela oferecidos, não há como ver exista relação de consumo (relação consumidor-fornecedor), pois o participante que “consome” também decide sobre aquilo que será “fornecido”.

Esta gestão compartilhada das entidades de previdência fechada é mecanismo fundamental de proteção dos participantes dos planos de benefícios.

Dessa feita, com o devido acatamento aos entendimentos contrários, a relação entre as entidades de previdência fechada e os seus participantes não se enquadra na tutela do chamado Código de Defesa do Consumidor.

A Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça, por isso, merece uma releitura, com a redução de seu âmbito de aplicação, de sorte a restringi-lo às entidades abertas de previdência complementar.

Notas

¹ RODRIGUES, Flávio Martins. *Previdência complementar: conceitos e elementos jurídicos fundamentais*. Disponível em: <http://www.bocater.com.br/artigos/fmr_aspectos_gerais.pdf>. Acesso em 18 mai. 2011.

² *Previdência privada aberta arrecada R\$ 11,7 bilhões no primeiro trimestre de 2011*. Disponível em: <<http://bagarai.com.br/previdencia-privada-aberta-arrecada-r-117-bilhoes-no-primeiro-trimestre-de-2011.html>>. Acesso em 23 de maio de 2011.

³ AVENA, Lygia. *As entidades fechadas de previdência complementar e o Código de Defesa do Consumidor*. In: Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais. Organizador: Adacir Reis. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2009, p. 67-84.

⁴ REIS, Adacir. *A natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar*. In: Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais. Organizador: Adacir Reis. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2009, p. 50-66.