

Por Danielle Ferreira Glielmo (*)

O Código de Defesa do Consumidor foi criado a partir da publicação da Lei 8.078, em 11 de setembro de 1990. A sua elaboração estava prevista nas Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988, que alçou a proteção do consumidor à categoria de direito fundamental, merecendo tutela do Estado. Não há dúvidas que sua edição representou uma importante conquista para a sociedade brasileira e um divisor de águas nas relações comerciais.

Além da sua importância na regulação dos negócios jurídicos havidos entre consumidores e fornecedores, pode-se dizer que o advento do CDC foi também um importante instrumento para a efetivação de direitos individuais e coletivos em um período cujo país ainda experimentava a abertura política. A efetiva proteção do consumidor inspirou os brasileiros a exercitar outros direitos inerentes à plena vivência da cidadania, auxiliando a concretizar, assim, o então incipiente regime democrático.

O Poder Judiciário, após um período de maciça aplicação de seus dispositivos às relações no âmbito do direito privado e da ampliação dos conceitos de fornecedor e consumidor, sempre privilegiando estes àqueles – como bem determina a referida lei em seu art. 47 –, chegou a um momento de amadurecimento e ponderação, passando a observar também as disposições de outros sistemas legais à medida de suas especificidades.

De fato, apesar da indiscutível importância do CDC, essa lei não pode ser utilizada indistintamente, pois há determinadas relações que não se submetem às normas ali dispostas.

Uma interessante discussão sobre a questão diz respeito à possibilidade de aplicação do CDC às entidades de previdência privada.

A edição das Leis Complementares 108 e 109 representou um novo marco regulatório para o sistema previdenciário complementar, até então regulado pela Lei 6.435/77, buscando uma melhor regulação e o fomento da criação dessas entidades.

De acordo com a LC 109, a previdência privada, de caráter complementar e autônomo em relação ao regime geral de previdência social, é operada por entidades de previdência complementar que têm por objetivo instituir e administrar planos de benefícios de caráter previdenciário. A modelagem e o desenho dos planos de benefícios, cujos regulamentos se consubstanciam em contratos de natureza civil-previdenciária, estão baseados em complexas premissas atuariais e devem atender a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, assegurando a transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Essas entidades são divididas entre as chamadas entidades abertas e fechadas de previdência complementar, estas também denominadas Fundos de Pensão. A aplicação do CDC às entidades abertas é perfeitamente cabível, mas o mesmo não pode ser dito para as entidades fechadas de previdência complementar em razão de suas peculiaridades.

Em que pesem as claras distinções contidas no moderno marco regulatório, os participantes e os beneficiários de planos administrados por entidades fechadas de previdência complementar passaram a buscar no Judiciário a alteração dos regulamentos a partir da aplicação dos princípios protetivos do CDC. Atualmente, são milhares os processos judiciais em curso, o que muitas vezes serve ao enfraquecimento do próprio sistema.

O acolhimento dessas pretensões pelo Judiciário foi tamanho que, em 2005, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 321, para estabelecer que as disposições do CDC se aplicavam as entidades de previdência complementar, sem fazer qualquer distinção entre as abertas e as fechadas,

igualando-as como instituições financeiras.

Esse posicionamento gera um grande risco para a longevidade do sistema, pois desvirtua os contratos e ameaça o delicado equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos, já que estende a alguns o pagamento de parcelas não previstas no regulamento e, portanto, sem a correspondente fonte de custeio. A manutenção desse quadro poderia causar, a médio e longo prazo, o déficit dos planos, a ser suportado pelos próprios participantes, beneficiários e patrocinadores. Assim, os ganhos imprevistos de alguns são pagos por todos, o que desvirtua o princípio de cooperação que deve reger essas relações.

Durante mais de dez anos, as EFPC buscaram, sem sucesso, afastar as disposições do CDC para que restassem integralmente aplicadas as disposições contratuais, a legislação específica e, subsidiariamente, a legislação civil e previdenciária.

Muitos são os fundamentos que demonstram a inadequação da aplicação do CDC a esses contratos.

A lei estabeleceu que as entidades fechadas de previdência complementar são criadas por empresas patrocinadoras ou por instituidores com o objetivo de oferecer, exclusivamente aos seus empregados ou associados, a opção de contratarem um plano de benefícios que lhes permita complementar os rendimentos a serem pagos futuramente pela previdência social, mantendo o padrão de vida que desfrutavam enquanto ativos. Nessas entidades, além das contribuições vertidas pelos participantes, a empresa também contribui financeiramente para a formação das reservas. Nas EFPC criadas por instituidores, o custeio para o pagamento dos benefícios futuros é obtido apenas a partir da contribuição dos associados.

Nas entidades abertas de previdência complementar, porém, não há exclusividade: os serviços de previdência complementar são oferecidos livremente ao mercado de consumo e podem ser contratados por quaisquer pessoas, inexistindo a figura do patrocinador.

Uma importante distinção diz respeito à gestão dessas entidades. Nas entidades fechadas, a administração é feita a partir de composição paritária, o que não ocorre nas abertas. Conforme os artigos 35 e 39, a participação dos contratantes na gestão das entidades fechadas é obrigatória, o mesmo não ocorrendo nas abertas, cuja gestão é feita exclusivamente pela instituição. Por outro lado, a fiscalização das entidades é feita por distintos órgãos do Poder Executivo. Enquanto as abertas são supervisionadas e reguladas pela SUSEP, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, as fechadas estão submetidas à PREVIC, órgão ligado ao Ministério da Previdência Social (artigo 74), restando clara a distinção das atividades e das finalidades de umas e outras.

Além disso, segundo os artigos 31 e 32 da LC, as EFPC têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios oferecidos exclusivamente aos empregados dos patrocinadores e aos associados dos instituidores. Ainda segundo a LC, as EFPC devem se organizar sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos. Essas entidades, portanto, não têm patrimônio próprio e eventual superávit é integralmente vertido para o próprio plano, isto é, para os participantes, beneficiários e patrocinadores, aos quais cabem a gestão dos fundos, conforme estabelece o artigo 35. Logo, essas entidades exercem atividade econômica, já que administram recursos, mas a proibição de oferta de planos de benefício ao mercado de consumo e a expressa vedação legal a persecução de lucros deixam claro a inexistência de finalidade econômica.

As entidades abertas, por sua vez, somente poderão se constituir sob a forma de sociedades anônimas e com o objetivo de instituir e operar planos de benefícios acessíveis ao público em geral, sendo possível que auferam lucros. Tratam-se de instituições financeiras e seguradoras que obtém permissão de atuação nesse nicho. Diante desse quadro, facilmente identificam-se as características de uma relação de consumo, em que há a figura de um fornecedor e a de um consumidor, destinatário final da prestação de serviço.

Nas EFPC, porém, tal distinção torna-se impossível em razão da natureza mutualista. Todos unem esforços pessoais para a formação das reservas e se solidarizam para suportar os riscos do negócio. Em resumo, se um ganha, ganham todos; se um perde, perdem todos.

Logo, nem mesmo com muito esforço interpretativo pode-se distinguir quem são os fornecedores e os consumidores de uma EFPC, pois inexiste o antagonismo representado por interesses diversos.

Essa impossibilidade foi o fato propulsor da paulatina mudança jurisprudencial ocorrida nas Turmas de Direito Privado do STJ, que é o Tribunal responsável por uniformizar a interpretação das leis federais. Em meados de 2013, quando do julgamento de recursos envolvendo as EFPC, as 3^a e 4^a Turmas, com composições renovadas, passaram a privilegiar em seus julgados o conteúdo normativo mais específico, afastando a aplicação do CDC por não vislumbrarem nesses negócios jurídicos os elementos que caracterizam as relações de consumo.

Finalmente, em 26 de agosto de 2015, a Segunda Seção do STJ, julgando o Recurso Especial Repetitivo 1.536.786/MG, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, por unanimidade, colocou fim a controvérsia e cravou que as disposições contidas no CDC não se aplicam as EFPC, sendo cabíveis apenas às entidades abertas.

Naquela ocasião, o STJ traçou as amplas distinções entre as entidades abertas e fechadas, concluindo que em razão de suas características, não se aplicam às EFPC as disposições gerais contidas no CDC, devendo ser privilegiadas as disposições regulamentares e as previstas na LC 109. Interessante destacar que os julgadores aprofundaram o tema e afirmaram que as regras do código consumerista, mesmo em situações que não estejam regulamentadas pela legislação especial, não se aplicam às relações envolvendo participantes, beneficiários e EFPC. Na conclusão do julgamento destacaram, com muita propriedade, que as relações havidas entre esse público é multipolar, ou associativa, pois o enfoque está na cooperação para atingir o fim comum, observada a boa-fé objetiva.

A Comissão de Jurisprudência do STJ decidirá agora se haverá a edição de nova súmula ou se apenas será alterado o conteúdo da já existente, para que reste expresso que as disposições do CDC somente se aplicam às entidades abertas de previdência complementar.

Quadro comparativo das entidades abertas e fechadas de previdência complementar:

Entidades

	Abertas	Fechadas
Contratantes	Quaisquer pessoas físicas (artigo 36)	Exclusivo para os empregados de uma empresa ou de um grupo de empresas, os servidores da União, Estados, DF, Municípios ou os associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, setorial ou classista (artigo 31, I e II)
Participação dos contratantes na gestão	Não obrigatória (artigo 39)	Obrigatória (artigo 35, parágrafo 1º)
Obtenção de lucro	Permitido (artigo 77)	Vedado (artigo 31, parágrafo 1º)
Forma atuação	Finalidade econômica	Atividade econômica
Subordinação	Ministério da Fazenda/SUSEP (artigo 74)	Ministério da Previdência Social/PREVIC (artigo 74)
Forma exclusiva de constituição	Sociedade anônima (artigo 36)	Fundação ou sociedade civil (artigo 31, parágrafo 1º)
Patrocinador	Não há	Há nos casos do inciso I, do art. 31.

(*) **Danielle Ferreira Glielmo** é sócia do escritório [Caldeira, Lôbo e Ottoni Advogados Associados](#).

Fonte: [Consulta Jurídico](#), em 03.10.2015.