

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do**  
**Trabalho e Processo do Trabalho**

**Felipe Alves Vaz e Silva**

**Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**  
**as Entidades de Previdência Privada: Estudo**  
**de Caso da Súmula 321 do STJ**

**Brasília – DF**

**2012**

**Felipe Alves Vaz e Silva**

**Aplicação do Código de Defesa do Consumidor  
as Entidades de Previdência Privada: Estudo  
de Caso da Súmula 321 do STJ**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: **Prof. Dr. Luis André**

**Brasília – DF**

**2012**

**Felipe Alves Vaz e Silva**

# **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor as Entidades de Previdência Privada: Estudo de Caso da Súmula 321 do STJ**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção \_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar os fundamentos presentes nos acórdãos que culminaram na Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça, esta, por sua vez, determina a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação entre os participantes e a entidade de previdência privada. A metodologia utilizada foi a dogmática jurídica. Primeiramente, procurou estabelecer as principais características e princípios dos sistemas público e privado de previdência adotado pela Constituição Federal. Em seguida houve a análise da relação consumerista por meio das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, construiu-se a análise jurisprudencial e legal das relações entre os participantes e as entidades, especificando as suas características para enquadrá-la no Código de Defesa do Consumidor. O trabalho conclui que a relação é consumerista, principalmente, pela natureza do serviço prestado, bem como o entendimento jurisprudencial que se faz em torno das entidades de previdência privada, que são instituições financeiras.

Palavras-chave: Súmula 321, Superior Tribunal de Justiça, Consumidor, Fornecedor, produto e serviço, instituição financeira plano de benefício, entidade de previdência complementar, conselho de gestão de previdência complementar, previdência complementar, fundos de pensão, previdência social, regime geral de previdência social, regulação do sistema pelo Estado, seguridade social.

## **ABSTRACT**

This paper aims at studying the fundamentals in judgments culminating in Precedent 321 of the Superior Court, this, in turn, determines the application of the Code of Consumer Protection in the relationship between the participants and pension fund contributions. The methodology used was legal dogmatics. First, it sought to establish the main features and principles of the public and private pension adopted by the Federal Constitution. Then there was the analysis of the consumerist through the provisions of the Consumer Protection Code. Finally, we constructed the jurisprudential and legal analysis of the relationships between participants and entities, specifying its characteristics to fit it in the Code of Consumer Protection. The paper concludes that the relationship is consumerist, primarily by the nature of service, as well as understanding jurisprudence that does around the private pension funds, which are financial institutions.

Keywords: Gist 321, Superior Court, Consumer, Supplier, Product and service financial institution benefit plan, pension entity, the board of management of pension funds, pension funds, pension funds, social security general scheme social security, system regulation by the state social security.:

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
1 ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO .....	8
1.1 Princípios do Sistema Previdenciário Brasileiro .....	8
1.1.1 Princípios Constitucionais Gerais .....	10
1.1.2 Princípios Constitucionais Específicos.....	12
1.1.3 Princípios Constitucionais da Previdência Privada.....	15
1.2 Regime Geral de Previdência.....	19
1.3 Regime de Previdência Privada .....	20
2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	23
2.1 Princípio Constitucional da Defesa do Consumidor .....	23
2.2 Princípios do Código de Defesa do Consumidor.....	24
2.2.1 Princípio da Isonomia.....	25
2.2.2 Princípio da Vulnerabilidade .....	26
2.2.3 Princípio da Boa Fé.....	27
2.2.4 Proibição das Cláusulas Abusivas .....	28
2.3 Relação de Consumo .....	29
2.3.1 Consumidor.....	29
2.3.2 Fornecedor.....	30
2.3.3 Produto e Serviço.....	31
2.3.4 Contrato de Adesão .....	32
3 ESTUDO DA SÚMULA 321 DO STJ.....	35
3.1 Participante do plano de benefício como consumidor .....	37
3.2 Entidade de Previdência privada como Fornecedora.....	38
3.3 Finalidade da Entidade de Previdência Privada: Serviços de Plano de Benefício.....	43
3.4 Relação de Consumo: Contrato de Previdência de Adesão .....	45
CONCLUSÃO.....	49
BIBLIOGRAFIA .....	54

## INTRODUÇÃO

A seguridade social tem seu início na antiguidade, pois faz parte desde os primórdios da civilização a preocupação em reduzir as adversidades da vida e seus infortúnios, como, por exemplo, traumas e doenças. Assim, inicialmente, era responsabilidade da família em cuidar dos mais carentes, idosos e incapacitados.

Porém, com o advento da revolução industrial criou-se uma discrepância econômica, social, bem como uma desigualdade de oportunidade. Nesse sentido, a manutenção dos mais necessitados pelo núcleo familiar tornou-se economicamente inviável, ensejando a procura por outros mecanismos proteção.

Neste contexto o Estado adquiriu importância, pois a sua ingerência gradativa na área é na direção de amenizar as desigualdades sociais, bem como em garantir as mínimas condições de uma vida digna. Ou seja, os meios de subsistências básicos do indivíduo no presente e no futuro. Trata-se de uma consequência do reconhecimento de direito de natureza social.

Entretanto, a sociedade encontra-se perante um novo paradigma, pois o elevado custo de manutenção da previdência social vem ensejando constantes reformas no sistema público. Conseqüentemente, o Estado passa a incentivar o desenvolvimento de uma aposentadoria privada, no intuito de dividir com a sociedade a manutenção do sistema.

Dessa nova dinâmica social decorreu-se novos conflitos na sociedade e um dos debates seria a possibilidade de aplicar o Código de Defesa do Consumidor as entidades de previdência privada.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de justiça emitiu a Súmula 321 com o enunciado “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”. Assim, o presente trabalho procurará entender os fundamentos que permite a publicação da referida súmula. Para isso desenvolverá o estudo, primeiramente, no modelo de previdência abraçada pela constituição federal de 1988.

Em seguida, focaremos o estudo no Código de Defesa do Consumidor, quais as características da relação consumerista. Por fim, estudaremos os fundamentos presente nos acórdão que ensejaram a elaboração de enunciado da Súmula 321.

# 1 ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

## 1.1 Princípios do Sistema Previdenciário Brasileiro

Ao estudar a Previdência Complementar é necessário posicioná-la dentro do ordenamento jurídico brasileiro. O legislador na Constituição de 1988, no artigo 194, definiu a seguridade social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e privados destinados a assegurar os direitos inerentes à saúde, à previdência social e à assistência social.

No que corresponde a definição legal de seguridade social, cabe destacar a opinião de Wladimir Novaes Martinez citado por Ibrahim (2006, p. 6):

tecnicamente não se trata de uma definição, já que a Constituição meramente relacionou os componentes da seguridade, embora seja muito comum a norma constitucional ser encarada como definição da seguridade social brasileira.

Ao tratar da finalidade da seguridade social, Martinez (2006) ressalta que a previdência social é um sistema da seguridade social, que mediante contribuição, possui como objetivo essencial fornecer ao indivíduo, família ou dependentes, na ocorrência de infortúnios, a possibilidade da qualidade de vida não ser substancialmente afetada, o que não significa a manutenção do seu padrão de vida.

No espectro da Seguridade Social nos interessa a previdência social, que é uma espécie do gênero seguro social, e destina-se a estabelecer um sistema de proteção social, com o objetivo de proporcionar meios indispensáveis à subsistência do assegurado e de sua família, quando ocorrer contingências presentes na lei (MARTINS, 2006).

No âmbito constitucional, os artigos 201 e 202, da Carta Magna, determinaram os critérios gerais em que deve ser estruturado o modelo brasileiro, sendo dividido em dois regimes: o público e o privado.

O artigo 201 da Constituição Federal determina a estrutura do regime público de previdência, ou seja, o regime geral de previdência social deve ser de caráter contributivo e de filiação obrigatória a todo brasileiro. Ainda, neste artigo, são

definidas as regras gerais que devem ser seguidas pelos órgãos públicos, alguns benefícios e, em seus incisos, as condições mínimas para se adquirir o benefício, sendo o tema posteriormente detalhado em leis ordinárias, decretos e resoluções.

Por sua vez, o artigo 202 da Constituição define os aspectos constitucionais relacionados à previdência privada complementar, fornecendo as suas principais características, definições e princípios relacionados com o modelo privado de previdência social. Sendo este último regulado principalmente pelas Leis Complementares 108 e 109 de 2001, assim como por resoluções e decretos dos órgãos competentes.

Assim, o Direito Previdenciário constitui-se num ramo autônomo dentro do ordenamento jurídico, possuindo instituições, regras e princípios próprios e outros comuns a vários campos do conhecimento jurídico.

Nesse sentido, algumas normas constitucionais possuem caráter de princípios, de maneira que ganham novas dimensões no ordenamento jurídico, bem como na sua aplicação ao caso fático. O termo princípio é proveniente do latim *principium* que significa origem, ou seja, ponto de partida que fundamenta qualquer processo (ARRUDA, 2004).

Os princípios constitucionais relacionados com a seguridade social estão dispostos em três artigos. O primeiro é o artigo 194 da CF traça disposições gerais para todos os ramos da seguridade social; o segundo é o artigo 201 da CF que se refere aos específicos da previdência social; e, por fim, o artigo 202 da CF pertinente a previdência privada (WEINTRAUB, 2005).

Ressalta-se que ao abordar os princípios constitucionais que regulam o ramo previdenciário da seguridade social serão abordadas as principais características do sistema, de maneira a distinguir os dois regimes de previdência que a Constituição Federal abarcou.

Assim, será analisado individualmente cada grupo para entender quais os princípios influenciam e estruturam o sistema da previdência privada, procurando entender a sua finalidade na aplicação da norma constitucional aos casos fáticos.

### 1.1.1 Princípios Constitucionais Gerais

Essencialmente são três princípios Constitucionais pertinentes à outros ramos do saber jurídico e, ao mesmo tempo, ao sistema da seguridade social, quais são: o da igualdade exposto no art. 5º, inciso I da CF; o da legalidade presente no art. 5º, II; e o do direito adquirido constante no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.

O primeiro deles, o princípio da igualdade, pode ser encontrado na Constituição em seu artigo 5º onde preceitua que: “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

No que concerne a esse princípio cabe fazer a citação do ilustre Rui Barbosa, no célebre livro *Oração aos Moços*, citada por Martins (2006, p. 69), no seu livro *Direito da Seguridade Social*, que afirma:

[...] regra da igualdade consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que sejam desiguais. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira igualdade. Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real [...]

Ainda que todos sejam iguais perante a lei, deve-se buscar a igualdade na sua devida medida, ou seja, tratar os desiguais na sua desigualdade e os iguais na extensão de sua igualdade.

O segundo princípio é o da legalidade e disserta que na relação as partes só serão obrigadas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da lei. Neste aspecto, a seguridade social é de interesse público, e as instituições previdenciárias só podem pagar o benefício autorizado por lei.

A autonomia da vontade no regime geral da previdência social é restrita, bem como na previdência privada, pois as instituições que operam no setor estão restritas ao corpo normativo das determinações provenientes do órgão regulador e fiscalizador. Entretanto, a autonomia da vontade é relevante na relação previdenciária complementar, pois, esta relação só se consubstancia mediante vontade das partes e sem nenhum dos vícios que sondam o contrato de natureza privada.

O último princípio é o do direito adquirido, presente no artigo 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Este princípio é de suma importância, uma vez que há uma constante mudança na legislação para se adquirir os benefícios da seguridade social, principalmente, na área da previdência pública.

Na seguridade social há uma mera expectativa de direito, tendo o direito adquirido somente a partir do momento que o participante adquire todos os requisitos referentes a algum benefício presente na lei em vigor, independentemente se a pessoa começou a contribuir para a seguridade social na vigência de leis anteriores.

Neste sentido, cumpre observar a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1º Região:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ÓBITO POSTERIOR À REVOGAÇÃO DO ART. 16, IV, DA LEI 8.213/91. INEXISTÊNCIA DE **DIREITO** ADQUIRIDO. MERA **EXPECTATIVA DE DIREITO**. 1. A concessão de benefício previdenciário pressupõe a qualidade de segurado ou dependente no momento da ocorrência do fato gerador respectivo. 2. Na hipótese em causa, quando do falecimento do segurado, já se encontrava vigindo disposição legal que, revocatória de anterior, retirara o menor designado do rol de dependentes da **Previdência Social**, não se podendo, por isso mesmo, cogitar de existência de **direito** adquirido ao pensionamento, que pressupunha a condição de dependente, então já não mais presente. 3. Recurso de apelação e remessa oficial a que se dá provimento. 4. Segurança denegada. (Processo AMS 2000.01.00.000111-6/PI. Rel: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Segunda Turma, DJ p.11 de 17/11/2006).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PESSOA DESIGNADA. AUSÊNCIA DE **DIREITO** ADQUIRIDO. 1. O entendimento jurisprudencial é de que o benefício é regido pela legislação da época em que implementados os requisitos para a sua concessão. Aplicação da Lei 8.213/91 com as alterações promovidas pela Lei nº 9.032/95. 2. A figura existente no art. 16, IV, da Lei 8.213/91, foi expressamente revogada pela Lei nº 9.032/95. Uma vez revogado o dispositivo legal que embasava o **direito** da autora, não há de se invocar qualquer proteção a **direito** adquirido, uma vez que ela possuía mera **expectativa** de **direito**. Precedentes. 3. Apelação provida. 4. Agravo Retido e Remessa Oficial prejudicados. (Processo: AC 1999.38.00.025947-5/MG; APELAÇÃO CIVEL. Rel: Desembargador Catão Alves. Segunda Turma. DJ p.61 de 23/06/2004).

Assim, os Tribunais explicitam que não se pode invocar o direito adquirido na previdência social, uma vez que para se ter o benefício é necessário o preenchimento de requisitos previstos em lei no momento do fato gerador.

### 1.1.2 Princípios Constitucionais Específicos

Os princípios pertinentes apenas à seguridade social são, ao mesmo tempo, intrínsecos aos seus três sistemas: à saúde, a previdência social (previdência privada e o regime geral de previdência social) e a assistência social. Sendo de caráter estritamente constitucional, são abrangidos pela Constituição nos artigos 194º, inciso I, e no 195º.

O primeiro que merece destaque é o princípio da Solidariedade, uma vez que norteia o sistema de contribuição da seguridade social, onde as pessoas economicamente ativas contribuem para assegurar o benefício daquelas que não possuem condição de o proverem sozinhas, por razão de alguma continência determinada na lei.

Ainda sobre este princípio cabe ressaltar que a contribuição segue o princípio da igualdade, onde cada pessoa remunerada contribui na razão da proporcionalidade de seus rendimentos, ou seja, as pessoas que possuem renda maior contribuirão mais, enquanto que aquelas que detêm um poder econômico menor contribuirão com uma parcela reduzida.

No que corresponde à aplicabilidade do Princípio da Solidariedade na Seguridade Social, esclarece com mais precisão o doutrinador Martins (2006, p. 76), conforme transcrevo:

Aplicando este preceito à Seguridade Social, vamos encontrar que aqueles que têm melhores condições financeiras devem contribuir com uma parcela maior para financiar a Seguridade Social. Ao contrário os que têm menores condições de contribuir devem, ter uma participação menor no custeio da Seguridade Social.

Outro princípio que constitui o arcabouço da seguridade social é o da Universalidade, exposto no artigo 194 inciso I da Constituição Federal, determinando a universalidade da cobertura e do atendimento. Isso significa que todos brasileiros e estrangeiros estarão assistidos pela seguridade social.

Sobre este princípio cabe tecer uma melhor explicação. No que diz respeito ao termo 'universalidade' usado no inciso I do art. 194 da Constituição, o motivo dessa expressão pelo legislador não é sem razão, pois, a seguridade social deve cobrir todas as necessidades provenientes da área securitária, sendo que nenhuma

parcela da sociedade deve ser excluída dela, porém só terá direito a cobertura de uma contingência expressa em lei, devendo ainda, preencher certos requisitos.

Não é difícil a compreensão do princípio da universalidade no que corresponde à assistência social e à saúde. Todavia, na previdência social, deve-se dividir esse princípio em dois aspectos: o subjetivo e o objetivo.

O Princípio da Universalidade Subjetiva refere-se à cobertura determinada pela Constituição que a seguridade social deve possuir, ou seja, a todas as parcelas da sociedade sem exceção.

Por sua vez, o Princípio da Universalidade Objetiva diz respeito aquelas contingências presentes na lei, ou seja, somente haverá cobertura daqueles infortúnios presentes em lei, desde que preenchidos os requisitos para adquirir o uso do benefício (MARTINS, 2006).

Neste sentido, ao se falar em universalidade no âmbito da previdência privada, refere-se aos planos de benefícios oferecidos a população em geral. Estes, porém, são restritos a quem deseja ou possui condição financeira para arcar com o custo. Assim há uma preponderante incidência do Princípio da Universalidade Objetiva.

A Constituição estabeleceu os princípios da equivalência e da uniformidade para os benefícios e serviços prestados às populações urbanas e rurais, trata-se de um desdobramento dos princípios da igualdade e da universalidade. O termo população utilizado pela Constituição Federal é amplo e vale para todo o sistema, isto é, para todas as pessoas exceto os funcionários públicos (MARTINS, 2006).

Nesse sentido, o princípio da uniformidade incidirá nas contingências que irão ser cobertas, bem como o princípio da equivalência que trata dos benefícios e dos serviços que serão prestados. Isto para evitar distinção entre os habitantes das regiões urbanas e rurais.

O Princípio da Seletividade e Distribuição na Prestação de Benefícios e Serviços significa dizer que estes serão distribuídos de acordo com a disponibilidade financeira e econômica do sistema de seguridade social, ressaltando a saúde, que terá atendimento e assistência igual para todos.

Este princípio tem em vista que os recursos da seguridade social não são ilimitados, mas na verdade são escassos e limitados e, por isso, em face ao princípio da solidariedade, deve-se procurar dar prioridade a quem mais precisa do benefício, que só é concedido mediante o preenchimento de requisitos exigidos em lei.

O princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios, expresso no artigo 194, inciso IV e 201, § 4º, diz respeito à correção dos benefícios em face da inflação, pois durante anos o país viveu a mercê de uma alta instabilidade econômica que corroía o valor real dos benefícios. Assim, é previsto que os benefícios devem ser reajustados de acordo com o que for estabelecido em lei.

Ademais, cabe ressaltar que durante o período da constituinte, houve um grande debate e preocupação por parte do legislador em manter o valor real do benefício em face aos altos índices de inflação, pois nem a vinculação do benefício ao salário mínimo garantia que não houvesse perdas em relação ao valor real do mesmo (IBRAHIM, 2006). O resultado disso foi, primeiramente, uma segurança jurídica de que haveria reajuste e, segundo, foi à extensão de uma garantia que outros setores da sociedade já haviam adquirido, como por exemplo, magistrados e servidores públicos.

Na previdência privada, após a efetivação da aposentadoria, há irredutibilidade do benefício, ou seja, o valor real deverá ser mantido recuperando as eventuais perdas. Porém, não há vedação para que o segurado volte a contribuir ao fundo de pensão, em razão do déficit que a entidade de previdência privada pode apresentar em virtude de seu equilíbrio financeiro e econômico.

A equidade na forma de participação no custeio e a diversidade da base de financiamento são princípios que se complementam e se interligam no que corresponde a sua finalidade, que é a viabilidade econômica do sistema.

A seguridade social, por se tratar de um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e particulares abarca, também, o financiamento e o custeio do sistema de seguridade social. Dessa maneira, o empregado não pode contribuir como o seu empregador, ou seja, a contribuição será proporcional à razão econômica de cada parte.

Destaca-se que o princípio da equidade é dirigida ao legislador, que deve observá-lo ao majorar novas formas de custeio. Pode-se dizer que, assim como outros princípios, a equidade na participação do custeio é um desdobramento do princípio da igualdade (MARTINS, 2006).

Por sua vez, o princípio da diversidade da base de financiamento se apresenta na incidência de contribuição de diversos setores da sociedade no financiamento da seguridade social. Ressalta-se que o termo correto seria custeio e

não financiamento, pois o objetivo é custear o sistema e não financiar como se fosse um empréstimo (MARTINS, 2006).

A Constituição estabelece diversas formas de custeio previstas nos artigos 195, incisos I a IV. Todavia, nada impede que o legislador institua outras fontes, desde que observados os requisitos necessários.

Nessa direção, emerge o princípio da preexistência de custeio em relação ao benefício ou serviço, ou seja, ao criar um novo benefício ou serviço deve-se indicar a procedência dos recursos financeiros para a sua manutenção. A não indicação da origem da receita para o custeio dos serviços e benefícios que se pretende implementar, acarretará na inconstitucionalidade da lei que os majorou.

O último princípio que a Constituição traz é o do caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, presente no artigo 194, inciso VII da CF. A finalidade é a participação das várias parcelas da sociedade nas decisões e na condução das políticas públicas relacionadas à área.

A participação que trata a Constituição será exercida em conjunto com governo, aposentados, trabalhadores e empregadores, ou seja, por parcelas da sociedade que estão envolvidas com a seguridade social, enaltecendo o caráter democrático e cidadão que objetiva a Constituição Federal.

### **1.1.3 Princípios Constitucionais da Previdência Privada**

O artigo 202 da Constituição Federal regula os aspectos gerais referentes à previdência privada complementar, reforçados posteriormente nas Leis Complementares e nas disposições normativas do órgão regulador e fiscalizador. Das principais características fornecidas pela constituição resultam, pelo menos, 05 (cinco) princípios no que diz respeito à organização e afinidade da previdência privada.

O primeiro princípio que deve ser observado é o da Complementaridade, ou seja, o caráter complementar que deve ter a previdência privada em face ao regime geral de previdência social. Esse princípio diz respeito à intenção do legislador em fornecer ao beneficiário a opção de acrescentar outro rendimento ao seu benefício do regime legal. O outro meio que se fornece é o plano de benefício privado.

O caráter complementar não fica restrito à área previdenciária. As entidades podem atuar no que diz respeito àqueles espaços da sociedade que não são abrangidos pela seguridade pública.

O segundo princípio é o da Autonomia, pois a constituição determinou que a previdência privada deve ser organizada de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, aspecto reforçado pelas Leis complementares nº 108 e 109 de 2001.

O princípio da autonomia corresponde à organização da entidade de previdência privada e à concessão de seu benefício, como ressalta a Lei Complementar nº 109 de 2001, artigo 68, § 2º. Sobre o este princípio afirma Lima (2004, p.63) “a concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social”. Ou seja, não se aplica só a estrutura organizacional da previdência complementar, mas, também, na autonomia das partes em contratar.

Entretanto, ainda que a previdência privada seja autônoma em relação ao regime geral de previdência social, a sua liberdade é restrita ao princípio da legalidade, uma vez que previdência complementar faz parte da seguridade social, bem como do interesse público.

Neste sentido, as entidades de previdência privada devem seguir as disposições exigidas pela lei, através dos órgãos estatais responsáveis pela fiscalização e regulação do sistema (IBRAHIM, 2006). Observa-se este aspecto nas decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça-STJ nos REsp nº 567.938-RO do Ministro Castro Filho e no REsp nº 591.756-RS do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que entendem ser possível à aplicação do Código de Defesa do Consumidor as entidades de previdência privada, como demonstra as ementas a seguir:

Recurso especial. Entidade de previdência privada. Contrato de abertura de crédito. Instituição financeira. Taxa de juros. Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte. 1. "Segundo o disposto no art. 29 da Lei nº 8.177, de 1º.3.1991, vigente à época da celebração do contrato, as entidades de previdência privada são equiparadas às instituições financeiras" (REsp nº 235.067/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 1º/7/04). 2. Na linha da jurisprudência da Segunda Seção, afasta-se a limitação da taxa de juros imposta pelo Tribunal de origem no presente caso. É que não se pode dizer abusiva a taxa de juros e limitá-la desconsiderando todos os aspectos que compõem o sistema financeiro e os diversos componentes do custo final do dinheiro emprestado, tais como o custo de captação, a taxa de risco, e os custos administrativos (pessoal, estabelecimento, material de consumo, etc.) e tributários e, finalmente, o

lucro do banco. Com efeito, a limitação da taxa de juros em face de suposta abusividade somente tem razão diante de uma demonstração cabal da excessividade do lucro da intermediação financeira. 3. "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (Súmula nº 297/STJ) e às entidades de previdência privada, já que caracterizada relação de consumo. 4. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp 591756/RS. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito. Órgão Julgador: Terceira Turma. DJ 21/02/2005 p. 176)

Previdência Privada. Fundação SISTEL de Seguridade Social. Recurso Especial. Falta de Prequestionamento. Súmula 211/STJ. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Restituição das Contribuições Pessoais. Atualização Monetária. Inclusão dos Expurgos Inflacionários. Cabimento. I-A exigência do prequestionamento está adstrita à própria existência do recurso especial, que tem por pressuposto constitucional tenha o processo sido decidido em única ou última instância. II-Não obstante a oposição de embargos de declaração, a material veiculada no especial não foi objeto de deliberação no tribunal de origem, incidindo, na espécie, a dicção da Súmula 211 desta Corte. III - As regras do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis à relação jurídica existente entre as entidades de previdência privada e os seus participantes. IV-A restituição das contribuições destinadas às entidades de previdência privada deve se dar de forma plena, utilizando-se no cálculo da atualização monetária índice que reflita a real desvalorização da moeda no período, ainda que outro tenha sido avençado. Recurso especial não conhecido. (REsp 567938/RO. Relator: Ministro Castro Filho. Órgão julgador: Terceira Turma. DJ 01/07/2004 p. 192).

O princípio da Facultatividade tem relação direta com a liberdade que qualquer pessoa tem de optar ou não por uma previdência privada, sendo um desdobramento natural do princípio da autonomia.

A previdência social, no seu regime geral, exige que toda pessoa que exerça uma atividade remunerada seja compulsoriamente inscrita e assim contribua para o regime geral, contudo, foi assegurado o direito de optar por uma previdência privada no sentido complementar ao regime geral, uma vez que não é facultado o desligamento da previdência pública.

A facultatividade evidencia-se, também, na possibilidade do beneficiário se desligar do plano, sendo reembolsado do montante adquirido, conforme entendimentos jurisprudencial do STJ no REsp nº 600.744-DF do Ministro Castro Filho.

O princípio da contratualidade diz respeito ao caráter privado que possui a previdência complementar, uma vez que será exercido, como dispõe os parágrafos do artigo 202 da Carta Magna, por meio de entidades de previdência privada.

O princípio da contratualidade encontra-se presente no contrato previdenciário, que deve ser acordado pela livre vontade das partes, ocorrendo à ingerência dos princípios da autonomia da vontade e da facultatividade, formando o

negócio jurídico previdenciário, desde que não fique caracterizado vício de vontade do participante.

Ainda, no que corresponde ao negócio jurídico vale lembrar a lição do doutrinador Balera (2005, p. 21):

[...] nota dominante do plano previdenciário, que estrutura o contrato de adesão facultativo [...] a vontade dos participantes, coincidindo com a proposta dos patrocinadores, pode implementar modificações no clausulado que configura o plano, ao ponto de arma-lo com fortificações que, a um só tempo, garantam a respectiva sobrevida, continuidade e progresso, em constante aperfeiçoamento [...]

No âmbito jurisprudencial o contrato de adesão previdenciário ganha relevância, uma vez que serve de referência para definição da relação constituída e da legislação aplicável, como se observa no REsp nº 306.155 da Ministra Nancy Andrighi e no REsp nº 119.267-SP do Ministro Aldir Passarinho Junior.

Essa definição do caráter contratual será importante, pois confere o caráter cogente público que envolve às relações de previdência privada, o que possibilita a intervenção do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, fica demonstrado que no negócio jurídico previdenciário vigora a autonomia da vontade e o aspecto contratual, constituindo-se de maneira independente em relação ao regime geral de previdência social.

O princípio da Formação de Reservas Técnicas, presente no artigo 202 da CF, fica observado principalmente na Lei Complementar nº 109/01, em seu artigo 9º ao dispor que as entidades de previdência complementar deverão constituir reservas técnicas, provisões e fundos, em conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, visando cobrir os pagamentos a serem realizados pelas entidades previdenciárias, por meio de seus planos de benefício, seguindo padrões técnicos atuariais (BALERA, 2005).

Assim, o equilíbrio financeiro se aplica às entidades de previdência privada, bem como ao regime geral de previdência social, uma vez que o sistema como um todo deve ser auto-sustentável.

## 1.2 Regime Geral de Previdência

O artigo 201 da Constituição Federal estrutura o regime geral de previdência social, traz as características do regime, bem como as contingências e os benefícios, conforme se transcreve:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. [...]

Assim, a organização do regime geral, é que o modelo deve ser abrangente à todas as pessoas que exerçam uma atividade remunerada. Dessa maneira, a princípio, todos estarão cobertos pelo regime geral, tendo por consequência, direito aos benefícios.

Nessa direção, o regime geral apresenta duas características de caráter obrigatório. A primeira é que a sua filiação deve ser compulsória, o segurado não manifesta o interesse em querer ser filiado. A decorrência é que a natureza jurídica do regime geral não é contratual, mas institucional já que o Estado faz a vinculação automática de todo brasileiro ou estrangeiro, a partir do exercício de atividade remunerada.

O segundo aspecto de caráter obrigatório é a sua contribuição. O indivíduo encontra-se contribuindo compulsoriamente para a previdência social a partir do momento que exerce uma atividade remunerada.

Ressalta-se que o modelo de contribuições é de repartição simples, ou seja, as pessoas ativas contribuem para que as pessoas inativas recebam o benefício, o que evidencia a solidariedade entre as pessoas. Como também é mutualista, uma vez que confere outros benefícios além da aposentadoria, como por exemplo, auxílio doença e invalidez (MARTINS, 2006).

O sistema como um todo deveria ser auto-sustentável, de forma a evitar a dependência indevida de recursos estatais. Para isso, o legislador determinou a

observância dos critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, estando presente a diferença entre a receita e o cumprimento das obrigações decorrentes dos benefícios. Materializa-se também por meio do controle e dos tipos de prevenções e variações no corpo de pessoas que recebem os benefícios, ou seja, analisará os riscos e os recursos para a sua cobertura em diversos cenários (IBRAHIM, 2006).

Importante salientar que apesar da determinação de observância dos critérios de equilíbrio financeiro e atuarial, existe um constante déficit nas contas públicas no que corresponde a previdência social, o que vem ensejando constantes reformas no sistema e no incentivo à previdência complementar.

Dessa direção, emerge-se a necessidade da estipulação de um teto legal para o regime geral de previdência social, ou seja, há um limite ao valor econômico dos benefícios previdenciários (IBRAHIM, 2006), juridicamente instituídos, com a finalidade de amenizar o déficit e preservar o equilíbrio financeiro.

As instituições do Regime Geral de previdência são: o Instituto Nacional da Seguro Social-INSS, que se trata de uma autarquia responsável em pagar os benefícios aos segurados; e o Ministério da Previdência Social, que exerce o papel regulador e fiscalizador do sistema.

### **1.3 Regime de Previdência Privada**

No que corresponde a previdência privada, o artigo 202 da Constituição expressa em seu âmbito as principais características do sistema, como se insurge da leitura de seu caput, segue:

[...] 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 [...]

Os aspectos presentes no artigo supracitado são de suma importância, uma vez que os seus preceitos acompanharão o hábil desenvolvimento e a abordagem do tema no presente trabalho.

Nesse sentido, destaca-se a relevância que o legislador conferiu a Previdência Privada, uma vez que esta se encontra presente na constituição federal, dentro do capítulo da previdência social. Demonstra-se que a previdência privada faz parte da estrutura da seguridade social, de forma que se amplia da característica de um direito para o horizonte de uma prerrogativa do Estado em zelar pelo pleno exercício desse direito.

Neste ponto o doutrinador Bragança (2005, p. 63), ressalta que:

A análise de Seguridade Social dentro da questão de direitos fundamentais é importante para também enquadrar a Previdência Privada no contexto de direitos fundamentais, haja vista que a Previdência Privada esta inserida no sistema de Seguridade Social.

Assim, constitui um dever do Estado preservar o direito das pessoas que ingressam em uma previdência complementar, o que justifica a sua ingerência dentro da área, como regulador e normatizador do sistema, como por exemplo, na aprovação do estatuto e do regimento interno das entidades, para comercialização de planos de benefício, pelos órgãos estatais.

A primeira característica constitucional da previdência privada é o seu caráter complementar em relação ao regime geral de previdência social, pois não deixa de contribuir para o regime legal. Assim, emerge-se a finalidade do regime privado, que é a de suplementar a seguridade social, sendo tarefa do Estado e dos particulares a delimitação da finalidade e da estrutura sistemática da previdência privada.

Por sua vez, a intenção de complementar o benefício do regime geral é que enseja a segunda característica. Trata-se da autonomia da previdência complementar em relação ao regime geral de previdência social, assim como a sua organização, que também é independente.

A autonomia e a independência aferidas pela legislação encontram contornos mais substanciais na questão dos modelos de financiamento adotados pelos regimes previdenciários. Nesse aspecto, enquanto a previdência privada foca na capitalização dos recursos, o regime geral se difere na compulsoriedade das contribuições sociais destinadas ao manejo do benefício.

Do caráter complementar e de sua autonomia organizacional decorre a terceira característica, que é a facultatividade por parte de qualquer pessoa em aderir à previdência privada. Essa característica se concretiza por meio da autonomia da vontade, ou seja, a faculdade que seus participantes possuem em

aderir à previdência complementar, de forma a constituir uma relação jurídica de Direito Privado.

Neste sentido, Balera, ressalta que a faculdade dos participantes, corresponde ao poder conferido pelo ordenamento jurídico que permite aos interessados deixarem ou não de fazerem alguma, sendo exercício da faculdade como exposto pela legislação “um exercício de direito cujo o título se renova constantemente”. (2005, p. 20)

Ainda nesta abordagem, Weintraub (2005, p. 21).expõe sobre a faculdade em aceitar um contrato de adesão e a possibilidade de alterar suas clausulas, como se transcreve:

A adesão é facultativa, e o que é aceito não é imposto, cada patrocinador e cada participantes conserva, consigo, o poder de disposição que lhe permite  
– respeitados os termos da obrigação e segundo o procedimento pertinente  
– modificar os critérios da adesão, tanto quanto ao objeto da proteção previdenciária como quanto ao respectivo exercício

No que corresponde ao ambiente contratual resultante da autonomia e da faculdade dos participantes, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou por meio da Súmula 92, que entende que “o direito à complementação de aposentadoria, criado pela empresa, com requisitos próprios, não se altera pela instituição de benefícios previdenciários por órgão oficial”.

Entretanto, é imprescindível fazer a ressalva de que a autonomia da vontade não é plena, devendo o Estado, manter uma postura fiscalizadora e reguladora, uma vez que não se pode negar o aspecto protetivo das normas públicas sobre essa relação privada. Entretanto, não ficando demonstrado *ius cogens* a vontade do participante é plena (WEINTRAUB, 2005).

## 2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

### 2.1 Princípio Constitucional da Defesa do Consumidor

No Estado Democrático de Direito as normas e princípios constitucionais são o ápice do sistema normativo jurídico, o qual todas as pessoas naturais e jurídicas, públicas ou privadas, inclusive o próprio Estado estão subordinadas (NUNES, 2009).

O Código de Defesa do Consumidor encontra a sua edificação no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal no capítulo I do Título II, destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, artigo 5º, inciso XXXII; e no capítulo I, do Título VII, direcionado aos princípios gerais da atividade econômica, artigo 170, inciso V.

A inserção da proteção do consumidor dentro da Constituição Federal demonstra a preocupação que o legislador originário tinha com o tema, uma vez que a defesa do consumidor encontra-se presente como garantia fundamental, bem como princípio da ordem econômica, de forma que confere legitimidade as medidas estatais que visem sua proteção.

Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que se trata de tentativa do legislador em responder as necessidades que surgem da transformação econômica-social, fruto de um mercado que flui no sentido da liberdade de consumo, que é a outra face do tráfico mercantil fundada na lei da oferta e da procura (*apud* Prieto, 2005, p. 263).

O legislador determinou no artigo 5º, inciso XXXII, da CF que a defesa do consumidor ocorrerá por meio de lei específica. Assim, segundo o entendimento de Silva (2005) as Constituições brasileiras possuíam um mecanismo que poderia ser usado na defesa do consumidor, que é a ideia de repressão ao poder econômico, porém eram carentes de eficácia, razão pela qual se optou por uma lei específica.

Por sua vez, os princípios constitucionais são os pilares do sistema jurídico, de maneira que influem na interpretação das normas jurídicas em geral. No que corresponde ao direito do consumidor, a aplicação dos princípios constitucionais ocorre de forma ampla, o que permite a incidência de vários dispositivos constitucionais. Neste aspecto esclarece Nunes (2009, p. 12):

A rigor, como a figura do consumidor em larga medida equipara-se à do cidadão são também, simultaneamente, extensivos ao consumidor pessoa física. Dessarte, por exemplo, os princípios fundamentais instituídos no artigo 5º da Constituição Federal são, no que forem compatíveis com a figura do consumidor na relação de consumo, aplicáveis como comando normativo institucional.

Continua Nunes (2009) constituem princípios constitucionais implícitos e explícitos, direta ou indiretamente, relacionados com a defesa do consumidor: dignidade da pessoa humana, liberdade, solidariedade, isonomia, justiça, direito a vida, intimidade, informação, publicidade, eficiência, entre outros.

Ademais, a Carta Magna no seu artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT determinou ao Congresso Nacional elaborar, no prazo de 120 dias da promulgação da Constituição, o do Código de Defesa do Consumidor. Em resposta ao artigo supracitado foi promulgado o referido código por meio da Lei 8.078/90.

## **2.2 Princípios do Código de Defesa do Consumidor**

O Código de Defesa do Consumidor é um código de elementos constitucionais, uma vez que está previsto no artigo 48 do ADCT. Entretanto, o CDC deve ser visto como uma lei principiológica, pois é um subsistema autônomo. Assim prevalece sobre todas as normas jurídicas, exceto a constituição, de forma que as outras regras do ordenamento jurídico são aplicadas de forma supletiva (NUNES, 2009).

Neste sentido, sobre o tema expressa o eminente doutrinador Nunes (2009):

Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo digamos assim, um corte horizontal, indo no caos do CDC, atingir roda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que seja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional.

A codificação do CDC torna explícita para a relação de consumo os princípios constitucionais fundamentais que norteiam as garantias e os direitos constitucionais, consubstanciando às normas consumerista o caráter de ordem pública e interesse social.

O eminente doutrinador Nelson Nery apud Arruda (2004, p. 169) diz que os principais princípios que a Lei nº8.070/90 traz encontram-se nos artigos 1º ao 7º, uma vez que trazem os temas mais relevantes para a relação de consumo, tendo-se uma pormerização de suas diretrizes para as outras partes do código.

Por sua vez, Eros Grau apud Arruda (2004, p. 169) afirma que o artigo 4º traz oito princípios que direcionam a política nacional das relações de consumo, todavia pode resumir-se a três princípios, que são: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, inciso I, do CDC), o princípio da harmonização dos interesses dos participantes (artigo 4º, inciso III, do CDC) e o princípio da coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo (artigo 4º, inciso VI, do CDC).

O eminente doutrinador Nunes apud Arruda (2004, p.170) manifesta que o artigo 4º do CDC traz os princípios que fundam todo o sistema de proteção ao consumidor, mas que é antecedido por outros princípios do artigo 1º e completado posteriormente nos artigos 6º e 7º do CDC.

Dessa maneira, não existe na doutrina pátria um consenso de quantos e quais são os princípios que o CDC traz em seu âmago, porém há uma convergência para o artigo 4º do CDC que trata da política nacional da relação de consumo.

Tendo em vista a enorme abrangência dos princípios colecionados pelo legislador no CDC, a ausência de unanimidade perante a doutrina, proposta do presente estudo, restringe-se a análise a quatro princípios, propostos por Arruda (2004, p. 170): princípio da isonomia, vulnerabilidade, princípio da coibição às cláusulas abusivas e ao princípio da boa-fé.

### **2.2.1 Princípio da Isonomia**

O princípio da isonomia encontra-se na Constituição no artigo 5º, caput, irrigando os seus efeitos a todo campo do ordenamento jurídico, servindo como direção ao legislador e ao aplicador.

A Constituição atua em consonância com esse princípio ao estabelecer que certos grupos de pessoas e certos indivíduos merecem proteção especial, entre eles encontra-se o consumidor, pois o texto constitucional impõe parâmetros para a

relação de consumo e a defesa do consumidor. Nesse sentido, tem-se o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor pela Carta Magna.

Por sua vez, o CDC consubstancia o princípio da isonomia na relação de consumo, atuando na promoção da igualdade entre as partes integrantes, mediante um conjunto de mecanismos, dentre os quais se destacam a inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII, do CDC) e a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor (artigo 47 do CDC) (ARRUDA, 2004).

A inversão do ônus da prova trata da “culpa objetiva” não sendo necessário provar dolo e culpa, todavia, a sua decretação fica a critério do juiz desde que esteja presente a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.

Nesse sentido, Cecília Matos *apud* Filomeno (2007, p. 151) afirma que a inversão do ônus é uma questão de produção de prova que beneficia o consumidor, uma vez que o modelo tradicional de prova demonstrou-se ineficaz às necessidades do modo produção industrial em larga escala, obstaculizando o acesso à ordem jurídica efetiva e justa.

Por sua vez, o artigo 47 do CDC determina a interpretação das cláusulas de maneira mais favorável ao consumidor, que, segundo Nelson Nery Junior et al. (2007) ocorre uma interpretação singular que se desdobra em outros princípios, que são: de atender às intenções das partes; princípio da boa fé; as cláusulas negociadas particularmente prevalecerão sobre as estipuladas pelo fornecedor; princípio de que no contrato de adesão as cláusulas prevalecem em favor do aderente; princípio de que as cláusulas tenham a máxima utilidade.

### **2.2.2 Princípio da Vulnerabilidade**

O princípio da vulnerabilidade é um desdobramento natural do princípio da isonomia. Assim, presume-se a vulnerabilidade de certos grupos da sociedade. No que corresponde ao consumidor, fica evidente a sua incapacidade de argumentar perante a estrutura técnica e econômica a ele imposta.

Nesse sentido, a vulnerabilidade técnica é decorrente do monopólio de produção detido pelo fornecedor, incluindo-se as circunstâncias técnicas para a

fabricação e distribuição. Decorrente disso, as escolhas que o consumidor possui são também determinadas pelo fornecedor (NUNES 2009).

Por sua vez, a vulnerabilidade econômica é fruto da incompatibilidade entre a renda da maioria dos consumidores e a renda do fornecedor.

Sobre o tema manifesta Filomeno et al. (2009, p. 130):

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é quem detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro.

Em razão da distância técnica e econômica que separa o consumidor do fornecedor é que a legislação brasileira reconheceu a vulnerabilidade dos consumidores, disponibilizando a estes mecanismos para equilibrar a relação consumerista.

### **2.2.3 Princípio da Boa Fé**

O princípio da boa fé encontra-se presente em vários dispositivos do ordenamento jurídico. É parte integrante da relação de consumo, e presente no artigo 4º, III, do CDC, assim como, em qualquer relação de ordem civil, como indica o artigo 422 do Código Civil.

No tocante à relação consumerista, a boa fé é viga mestre desta, devendo presidir todas as fases do contrato de consumo, sendo exigível do fornecedor e do consumidor para que se tenha a transparência e a harmonia na vontade das partes (ARRUDA, 2004).

Nesse sentido, ensina o respeitável doutrinador Nunes (2009):

[...] a boa fé objetiva, que esta presente no CDC pode ser definida, grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.

Ademais, segundo Orlando Gomes (1981) o princípio da boa fé atua no corpo do contrato, mas funciona primordialmente como vetor de interpretação do deste.

## 2.2.4 Proibição das Cláusulas Abusivas

O artigo 6º, inciso IV, do CDC prevê em seu corpo a proteção contra cláusulas abusivas, todavia é no artigo 51 que se materializa as causas mais comuns de abuso que ocorrem no mercado.

Primeiramente, cumpre destacar que a sistemática adotada pelo CDC destoa do Código Civil, uma vez que a legislação consumerista prevê apenas a nulidade absoluta, enquanto que a legislação civilista dispõe de dois tipos de nulidade: a relativa e a absoluta (NUNES, 2009).

Nesse sentido, se presente cláusula abusiva em processo, o juiz deve reconhecer a nulidade por ato ex officio, uma vez que a cláusula não pode ser validada. Essa medida é desdobramento do caráter protetivo que o legislador conferiu ao consumidor (NUNES, 2009).

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça entende em sentido contrário, de que as cláusulas abusivas não podem ser declaradas de ex-offício pelo juiz. Nesse sentido, manifestam os acórdãos:

“Processual – Ação Rescisória – Código do Consumidor– Direitos Disponíveis – Revelia – Cláusulas Contratuais – Apreciação ex officio – Princípio – Dispositivo – Impossibilidade. I – Ao dizer que as normas do CDC são 'de ordem pública e interesse social', o Art 1º da Lei 8.078/90 não faz indisponíveis os direitos outorgados ao consumidor – tanto que os submete à decadência e torna prescritíveis as respectivas pretensões. II – Assim, no processo em que se discutem direitos do consumidor, a revelia induz o efeito previsto no Art. 319 do Código de Processo Civil. III – Não ofende o Art 320, II do CPC, a sentença que, em processo de busca e apreensão relacionado com financiamento garantido por alienação fiduciária, aplica os efeitos da revelia. IV – Em homenagem ao método dispositivo (CPC, Art. 2º), é defeso ao juiz rever de ofício o contrato para, com base no Art. 51, IV, do CDC anular cláusulas que considere abusivas (Eresp 702.524/RS). V – Ação rescisória improcedente” (REsp 767.052-RS. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Órgão Julgador: Terceira Turma. DJ 01/08/2007)

“Processo civil. Recurso especial. Decretação, de ofício, de nulidade de cláusula por abusividade, em contrato regulado pelo Código de Defesa do Consumidor. Impossibilidade. Precedente. Alcance da regra. - Não é possível ao Tribunal de origem reconhecer, de ofício, a nulidade de cláusulas consideradas abusivas, em contratos regulados pelo Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, é necessário a interposição de recurso pela parte interessada. Precedente. Recurso conhecido e parcialmente provido”. (REsp N°612.470-RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. DJ: 30/06/2006”

O termo “cláusula abusiva” previsto nos artigos 6º e 51 do CDC é utilizado num sentido abrangente, pois trata de todo acerto ou estipulação contratual, escrito ou verbal. Sendo válido para todas as formas possíveis de relações jurídicas de consumo (NUNES, 2009).

Assim, a cláusula excessiva, não apenas a abusiva, exagera nos poderes conferidos ao fornecedor e é nula de pleno direito, e por sua vez o princípio ora exposto visa primordialmente efetivar a isonomia e o equilíbrio na relação de consumo.

## **2.3 Relação de Consumo**

### **2.3.1 Consumidor**

O conceito de consumidor encontra-se no artigo 2º do CDC, que explicita: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, prossegue no parágrafo único “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Entretanto, o conceito só é completado nos artigos 17 e 29 do CDC que determina a equiparação do consumidor às vítimas de eventos decorrentes de produtos e serviços e nas práticas comerciais.

Percebe-se que o código começa com um conceito restrito de consumidor, que é o consumidor de fato, e termina com o consumidor ideal, ampliado juridicamente tendo em vista a potencialidade de ser afetado pela relação de consumo (NUNES, 2009).

Nesse sentido, Thierry Bourgoignie citado por Arruda (2004, p. 182) afirma que “consumidor não é um conceito único, mas difuso; a qualidade de consumidor pertence a todos e a cada um seja empregador, trabalhador, cidadão, produtor etc.”

Parte da doutrina entende que o legislador definiu consumidor como destinatário final, isso é aquela pessoa que retira o bem do mercado e usa para fins

próprios, esta é a corrente finalista. Entretanto, outra corrente chamada de maximalista, entende que consumidor é aquele que usa o produto ou serviço para fins próprios, bem como para uso profissional.

Assim, segundo entendimento de Arruda (2004, p. 187), transcrito abaixo:

[...] o importante para a definição de consumidor não é a atividade que o destinatário final desenvolve, mas sim a intenção do fornecedor ao oferecer bens e/ou serviços no mercado de consumo. Se o bem foi produzido em série e entregue ao mercado como típico bem de consumo, e assim adquirido pelo destinatário final, não importa se o mesmo está utilizando-o em sua atividade profissional ou não.

Além disso, cumpre destacar que existe segundo Nelson Nery Junior citado por Arruda (2004, p. 188) a existência de quatro figuras de consumidor: o conceito padrão previsto no artigo 2º; a coletividade de pessoas indetermináveis que intervenham na relação, presente no artigo 2º, parágrafo único; as vítimas de acidente de consumo, tratado no artigo 17; e, por fim, aqueles que estiverem expostos a prática comercial abusiva, que encontra-se no artigo 29.

Em que pese os debates doutrinários sobre a figura do consumidor, nota-se que o legislador procurou abranger ao máximo os possíveis consumidores participantes da relação de consumo. Situação corroborada pelas diversas espécies de consumidores presente no Código de Defesa do Consumidor.

### **2.3.2 Fornecedor**

Por sua vez o CDC definiu no artigo 3º o conceito de fornecedor que “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”.

Trata-se de um conceito amplo e genérico, que inclui todas as pessoas capazes, físicas e jurídicas, públicas e privadas, que realizam atividade no mercado de consumo. A finalidade da amplitude para fornecedor é a necessidade de abranger toda e qualquer espécie de meio de produção e relação de consumo.

Em que pese a vastidão do termo fornecedor é necessário que este exerça atividade (típica ou atípica) desde que voltada para o mercado de consumo. Assim, o termo atividade ganha significativo destaque dentro do conceito, pois permite a caracterização de uma relação de consumo (NUNES, 2009).

O legislador incluiu todas as espécies de pessoas jurídicas, desde que exerça atividade ou serviço voltadas para o consumo. Entretanto, uma longa discussão procedeu-se para a aplicação do CDC às instituições financeiras, de maneira que o STF, por meio da ADIN n°2.591/DF, pronunciou-se pela constitucionalidade da aplicação do CDC as entidades financeiras.

As entidades financeiras são fornecedoras em razão do serviço que prestam perante a sociedade, uma vez que dentro do conceito de serviço previsto pelo CDC abrange aqueles prestados por financeiras, como será visto a seguir.

A Lei n°4.595/64, no seu artigo 17, entende que as financeiras são:

[...] pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

As entidades de previdência privada abertas são constituídas como Sociedades Anônimas e devem buscar o lucro, conforme ensinamento do artigo 36 da Lei Complementar 109.

Nesse aspecto, as entidades possuem como atividade acessória a utilização dos recursos financeiros de seus participantes, no intuito de realizar aplicações e investimentos rentáveis. No sentido de formar reservas técnicas hábeis à garantir a sua atividade principal: o pagamento dos benefícios.

### **2.3.3 Produto e Serviço**

O código define produto no parágrafo primeiro do artigo 3° como sendo “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e, no parágrafo segundo, o conceito de serviço que 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”

O conceito de produto usado no Código de Defesa do Consumidor está diretamente ligado com a ideia de bem, resultado da produção industrial, de característica móvel ou imóvel. Todavia, o conceito não se limita ao artigo 3º estendendo-se em outros artigos do código, como por exemplo, no artigo 26, que entende como produto os bens duráveis ou não duráveis (NUNES 2009).

Por sua vez, o serviço para ser caracterizado como objeto de consumo tem de ser habitual, mediante remuneração direta e indireta perante o fornecedor (ARRUDA, 2004). A remuneração é o elemento que define a natureza consumerista do consumo, esta expressão é utilizada para incluir na relação de consumo aqueles serviços não remunerados diretamente.

No que corresponde às entidades de previdência privada, o serviço prestado possui caráter estritamente securitário e financeiro. Securitário, pois trata de instituir e operar o plano de benefício que visam prover e fornecer o benefício securitário, conforme definição do artigo 2º da Lei Complementar nº109 de 2001. E são financeiros uma vez que as entidades de previdência atuam no mercado, sob a forma de sociedades anônimas e recebem dos seus participantes remuneração habitual e direta, que investidas visam a constituir reservas técnicas, como demonstrado pelo artigo 18 da Lei Complementar nº109 de 2001.

#### **2.3.4 Contrato de Adesão**

O contrato de adesão é uma espécie nova de contrato que se desenvolveu no começo do século XX, tendo obtido enorme sucesso pelas vantagens que a sua utilização trouxe aos fornecedores, pois não faz distinção de classe e racionaliza a transmissão de bens e os riscos do fornecedor, bem como a sua adaptação a situações novas (MARQUES, 2002).

No contexto da produção industrial e econômica caracterizada pela produção de produtos em massa, cada vez mais específicos, em série, e homogêneos, que necessitam de trabalhadores altamente especializados, forçou-se o

desenvolvimento de uma espécie de contrato que atendesse as necessidades do mercado (NUNES, 2009).

Nessa direção emerge o contrato de adesão que visa a atender as necessidades econômicas dentro dos parâmetros macroeconômicos de produção em massa. É considerado o contrato representativo de uma relação de consumo, uma vez que suas cláusulas são pré-fixadas e determinadas exclusivamente pelo fornecedor (NUNES, 2009).

O Código de Defesa do Consumidor normatizou o contrato de adesão nos artigo 54, que o define como:

[...] aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

A Lei nº 8078 de 1990 traz como principal característica do contrato de adesão o rompimento com *pacta sunt servanda*. Pois os contratos são elaborados pelo fornecedor, por meio da oferta unilateral. Não há o que se falar em concordância com os termos estabelecidos, tem-se a pura vinculação do contratante a eles, sem espaço para discutir ou concordar com os termos do contrato (NUNES 2009).

Sobre o contrato de adesão a autora Cláudia Lima Marque (2002, p.60) expressa algumas características, transcrito abaixo:

O elemento essencial do contrato de adesão, portanto, é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais e sim, a sua predisposição unilateral, restando ao outro parceiro a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo da maneira relevante.

A interpretação dessa espécie de contrato merece destaque, uma vez que o ordenamento pátrio determina no artigo 423 do CC, que as cláusulas contratuais devem ser lidas de maneira mais favorável ao aderente.

Ademais, as cláusulas presentes no contrato de adesão não precisam ser, necessariamente, estipuladas pelo fornecedor, pode ocorrer que os termos do contrato tenham de ser aprovados pelo poder público ou derivarem de disposição normativa fixadas por este.

Destaca-se que o contrato de adesão tem a peculiaridade de utilizar-se de condições gerais (ou cláusulas gerais), ou seja, de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número indeterminado de pessoas, bem como podem ser fruto de determinação legal ou de terceiro (MARQUES, 2002).

Nesse aspecto, segundo Nunes (2009) parte das cláusulas contratuais estabelecidas no contrato de adesão podem ser de natureza legal, pois as determinações são provenientes de lei, tendo como características: preestabelecimento, unilateralidade, uniformidade, abstração, rigidez.

Por fim, cumpre distinguir o contrato de adesão das cláusulas gerais, pois segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, apud Nunes (2009, p. 615), estas últimas constituem “regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo conforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre o predisponente e o respectivo aderente”.

### 3 ESTUDO DA SÚMULA 321 DO STJ

Nos capítulos anteriores analisamos os modelos de previdência da seguridade social adotados pelo Brasil e as principais características da relação de consumo, segundo o Código de Defesa do Consumidor. A partir de agora, passaremos a estudar a incidência das regras consumeristas à relação de previdência complementar, especificamente na Súmula 321 do STJ.

A previdência complementar encontra-se presente na realidade econômica e jurídica do Brasil desde 1960, entretanto o sistema era carente de uma legislação que se assegura maior segurança e transparência. Recentemente, no sentido de fornecer um corpo legislativo mais robusto foram publicadas as Leis Complementares n° 108 e 109 de 2001.

As referidas leis complementares proporcionaram o alcance da previdência privada a diferentes grupos da sociedade, permitindo que estes pudessem usufruir dos seus benefícios. Consequentemente, emergiu-se dessa nova realidade conflitos concernentes a relação entre as entidade de previdência e os seus participantes; entre estes encontra-se a possibilidade de aplicar o Código de Defesa do Consumidor à Previdência Privada.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça-STJ editou a Súmula 321, publicada em 05 de dezembro de 2005, que traz em seu âmago o enunciado: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

O posicionamento jurisprudencial foi importante para definir a natureza jurídica da relação entre as entidades de previdência privada e os seus participantes, que é consumerista. Todavia, para que se obtenha o pleno entendimento do tema, deve-se analisar as decisões do STJ para entender quais os fundamentos e princípios que tornaram possível a construção do enunciado.

Os acórdãos do STJ que ensejou a Súmula 321 são: REsp 591756/RS, DJ 21/02/2005; REsp 567938/RO, DJ 01/07/2004; REsp 600744/DF, DJ 24/05/2004; REsp 306155/MG, DJ 25/02/2002; REsp 119267/SP, DJ 06/12/1999.

Em que pese o fato dessas decisões servirem para consolidarem o assunto na jurisprudência do tribunal superior, existe uma decisão que merece destaque é o

REsp n°306.155/MG. Este acórdão serve como fundamento para as demais decisões. Assim, destaca-se que o tribunal não procurou debater com profundidade o tema, limitando-se a repetir a fundamentação do acórdão supracitado nas demais decisões.

O caso fático do REsp n°306.155/MG trata, sucintamente, sobre: um participante que requereu o desligamento do plano de benefício. Posteriormente, ele decidiu retornar sendo lhe garantido todas as condições que havia antes de se retirar, o que de fato não foi ocorreu. Assim, o participante demandou judicialmente com base na violação dos artigos 3°, da Lei n°8078 de 1990, artigos 34 e 36 da Lei n°6.435 de 1977 e do artigo 4° do Decreto n°81.240 de 1978. Por sua vez, a entidade de previdência privada arguiu em sua defesa a não incidência do CDC nos contratos celebrados por ela com os seus participantes, que houve violação ao artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, assim como, ao artigo 6°, § 1°, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Nesse sentido, o REsp 306.155/MG ao tratar da relação entre a entidade de previdência privada e os seus participantes, estabeleceu o seu caráter consumerista, para isso abordou quatro tópicos.

O primeiro diz respeito à circunstância do participante como consumidor, para isso pronunciou: “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”. Em seguida, tratou da situação da entidade de previdência privada como fornecedora e manifestou: “De outro lado, também se pode enquadrar a entidade de previdência privada no conceito de fornecedor de serviços do art. 3°, do CDC”. O terceiro ponto é o objeto da prestação jurídica, assim expõe: “o objetivo de fornecer determinado serviço, mediante cobrança de mensalidade ou contribuição”. Por fim, sustentou a maneira como a relação é constituída, assim, expressou: “A participação no plano oferecido pela previdência privada ocorre com a celebração do contrato previdenciário”.

No sentido de sistematizar os principais e argumentos que ensejaram a Súmula 321 do STJ, analisaremos sob os seguintes enfoques: o participante como consumidor; a caracterização das entidades de previdência privada como fornecedora; o plano de benefícios como serviço; e, por fim, a relação consumerista sacramentada por meio de contrato de adesão.

Dessa forma, a análise observará os principais temas abordados no acórdão supracitado, para isso utilizaremos do corpo normativo que os fundamenta, bem como o entendimento doutrinário que enseja a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

### **3.1 Participante do plano de benefício como consumidor**

A previdência privada complementar possui como uma das suas características o fato de ser facultativa e autônoma em relação a previdência pública.

Nesse sentido, a pessoa que decide participar da previdência complementar firma um contrato com uma entidade de previdência privada. Incide neste contrato o Código de Defesa de Consumidor, todavia para isso deve observar se o participante pode ser considerado consumidor.

O STJ no acórdão do REsp nº306.155/MG, entendeu que: “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”.

No capítulo 2 analisamos alguns princípios que envolve a relação de consumo, bem como o conceito de consumidor segundo o Código de Defesa do Consumidor. Assim, cumpre lembrar que o conceito legal de estende-se do consumidor de fato até o consumidor ideal. Este conceito é ampliado juridicamente tendo em razão a potencialidade das pessoas a serem afetadas pela relação de consumo (NUNES, 2009).

Ademais, ressalta-se que a definição de consumidor é direcionada para o destinatário final do produto ou serviço, ou seja, aquele que retira o bem do mercado de consumo. Este conceito é chamado de minimalista. Diferentemente, há uma segunda corrente chamada maximalista, que entende que consumidor é aquele que usa o produto ou serviço para fins próprios, bem como para uso profissional.

Entretanto, ao analisar o acórdão REsp nº306.155/MG fica claro que a relatora adotou o conceito minimalista, ou seja, consumidor é aquele que retira o bem do mercado de consumo atuando como destinatário final.

Nesse sentido, corrobora os seguintes trechos: “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”.

Outro aspecto que permite caracterizar o participante do plano de benefício como consumidor é a sua vulnerabilidade perante a entidade de previdência privada. Ou seja, é a incapacidade perante a complexidade técnica e econômica que envolve o tema. Acrescenta-se o monopólio por parte do fornecedor na produção e no limite de decisão que tem o consumidor.

A vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo é um princípio, trata-se de um desdobramento natural do princípio da isonomia. No caso em tela é evidente a situação de desequilíbrio que há na relação, uma vez que o contrato é firmado de maneira unilateral.

Assim, manifesta a relatora no acórdão sobre este tema: “nota-se facilmente a posição economicamente mais fraca do contribuinte em relação à entidade de previdência privada. A situação vulnerável do participante é acentuada ainda pelo fato de que os contratos previdenciários celebrados com a entidade privada são de adesão, em que o aderente não tem qualquer possibilidade de participar da estipulação das cláusulas”.

Dessa forma, podemos caracterizar o participante de um plano de benefício como consumidor, primeiro, em razão de adquirir um serviço como destinatário final, pois o bem destinado a uso próprio. Em segundo, em razão da vulnerabilidade técnica e econômica sobre o tema, bem como por haver limitação a sua liberdade de escolha.

### **3.2 Entidade de Previdência privada como Fornecedor**

Agora, cumpre analisar se as entidades de previdência privada podem ser consideradas como fornecedoras. Para isso, identificaremos as suas espécies e, em seguida, as características que a jurisprudência do STJ adotou para enquadrá-las como fornecedoras perante o CDC.

As entidades de previdência privada são os órgãos por meio dos quais a pessoa poderão receber os benefícios da previdência complementar. Essas podem ser constituídas por meio de um regime aberto, que visa o lucro e organizadas na forma de sociedade anônimas, o que permite a adesão de qualquer pessoa. Ou por meio do regime fechado que deve ser sem fins lucrativos, por isso são constituídas na forma de sociedade civis ou fundações, sendo restrito a um grupo de empregados de uma empresa, grupos de empresas, membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

Entretanto, as entidades de previdência privada são vistas pela jurisprudência como instituições financeiras, devendo, então, aplicar o CDC. Nesse aspecto, procuraremos os dispositivos legais que justificam que as entidades de previdência privada devam ser vistas como instituições financeiras.

A Lei nº4.595 de 1964 dispõe sobre políticas e instituições monetárias, e aborda, no artigo 17, as instituições financeiras como: “pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

Ainda no diploma normativo supracitado, no artigo 25, trata a forma que uma instituição financeira deve ser constituída que é por meio de Sociedade Anônima.

Assim, o legislador brasileiro determinou a finalidade das instituições financeiras, que é a intermediação ou aplicação de recursos financeiros, bem como, a maneira que elas devem ser constituídas, que é sob a forma de sociedades anônimas.

No âmbito de seguros privados, o Decreto Lei nº73 de 1966, no artigo 24, determinou que as empresas poderão operar no setor apenas na forma de sociedades anônimas.

Enquanto a lei nº6.435 de 1977 foi o primeiro diploma normativo sobre as entidades previdenciárias privadas. Determinava que estas tenham como objetivo instituir e operar planos de concessão de pecúlios ou rendas. A finalidade era de fornecer benefícios complementares semelhantes ao fornecidos pela previdência social.

Esse diploma normativo determinou a constituição das entidades privadas sob a forma das sociedades anônimas, quando obtiverem fins lucrativos; e sob a forma de sociedades civis ou fundações, quando atuarem sem fins lucrativos.

Importante disposição legal esta presente na Lei n° 8177, no seu artigo 29, que determina a equiparação das “entidades de previdência privada, as companhias seguradoras e as de capitalização às instituições financeiras”. Também determinou que essas empresas cumpram as diretrizes do Banco Central e do Conselho de Valores Mobiliários.

Ressalta-se que a Constituição de 1988, no seu artigo 192, inciso II, prevê a previdência e a capitalização como parte do sistema financeiro nacional, bem como a existência de um órgão fiscalizador. Entretanto, com advento da Emenda Constitucional n°40 de 2003 revogou o referido inciso, que constava do sistema financeiro as entidades previdenciárias.

Por sua vez, a Lei Complementar n° 109 de 2001, no artigo 36, manteve a estrutura da lei n° 6.435 de 1977. Todavia, ampliou os horizontes das entidades de previdência privada para fornecer diferentes planos de benefícios de caráter previdenciário (BALERA, 2005).

Assim, bancos, instituições financeiras e seguradores podem implementar planos previdenciários, todavia não há óbice para que essas instituições criem sociedades específicas e para operarem no âmbito da previdência privada

Nesse aspecto, pronuncia-se Balera (2005, p. 228) sobre o tema:

[...] a Lei Complementar n°109/01, determinou que as entidades abertas de somente poderiam ser constituídas sob a forma de sociedades anônimas. As sociedade anônimas oferecem estrutura econômica com liberdade de patrimônio, além de possuírem organização administrativa e comercial que facilitam a operacionalidade do processo previdenciário privado garantido a proteção dos interesses sociais de segmentos expressivos da sociedade ativa. Também facilita a tutela da administração pública, a imposição de exigências técnico-operacionais e a respectiva fiscalização. (...) As sociedades anônimas, conforme já declinado, perseguem o lucro, operando planos de benefícios previdenciários através do mutualismo, embora mais brando, mas muito semelhantes ao securitário.

Dessa forma, as entidades previdenciárias abertas devem ser vistas como instituições financeiras, não apenas pela sua constituição societária, mas, principalmente, pela natureza das atividades exercidas. Pois, atuam no mercado para captar e investir os recursos financeiros, de forma a manter os planos por elas instituídos.

Sobre este tema o Conselho de Gestão e Previdência Complementar editou duas resoluções a de N° 13 de 2004, que trata da política de governança, e a n° 07 de 2003, que trata da política de investimento. Levando em consideração o grau de

maturidade, o montante dos recursos garantidores das reservas técnicas e o modelo de gestão dos recursos do seu plano de benefícios, devendo, ainda, as entidades de previdência, observar as determinações contidas nas diretrizes específicas do Conselho Monetário Nacional, na aplicação de seus recursos.

No âmbito jurisprudencial o acórdão do REsp nº 591.756-RS merece especial atenção, pois é parte da fundamentação da Súmula 321 do STJ, pois assenta as bases jurídicas para que as entidades de previdência privada possam ser vistas como instituições financeiras e aplicar com efeito o código de defesa do consumidor.

O caso fático do REsp nº 591.756-RS trata: participante que obteve empréstimo junto a entidade de previdência privada, pleiteando o reconhecimento da violação do Código de Defesa do Consumidor e a ilegalidade do anatocismo e que os juros sejam limitados a 12% (doze por cento) ao ano. O autor pediu que a dívida fosse corrigida por índice diverso. Por sua vez, a entidade de previdência privada argumentou que o Tribunal em seu acórdão teria contrariedade aos artigos 4º, inciso IX, da Lei nº 4.595 de 1964 e ao artigo 29 da lei nº 8.177 de 1991, de maneira que, no processo, atuaria uma instituição financeira. Razão pela qual não se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor, mas, somente, a Lei nº 4595 de 1964.

No acórdão o ministro relator entendeu que a revisão dos juros são devidas, por ser “Equiparada a entidade de previdência privada a uma instituição financeira”. A decisão é fundamentada no artigo 29 da lei nº 8.177 de 1991, bem como na Súmula 297 do STJ de que seria possível aplicar o CDC às relações constituídas com instituições financeiras.

Sobre o tema, seguem decisões recentes do STJ que equipara as entidades de previdência privada às instituições financeiras, como transcrito abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **PREVIDÊNCIA PRIVADA**. EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE MÚTUO. LIMITAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA SÚMULA 596/STF. ABUSIVIDADE QUE DEVE SER DEMONSTRADA. CAPITALIZAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ. 1. "Nos termos da Lei Complementar nº 109/01, as **entidades** abertas de **previdência privada** podem realizar operações financeiras com os assistidos, com o que não se pode fugir do regime aplicado às instituições financeiras, prevalecendo a taxa de juros pactuada" (REsp 679.865/RS, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/09/2006, DJ 04/12/2006, p. 255). 2. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que os juros remuneratórios cobrados pelas instituições financeiras não sofrem a limitação imposta pelo Decreto nº 22.626/33, de forma que a abusividade do percentual pactuado deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com

a comprovação do desequilíbrio contratual ou **de** lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato **de** a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou **de** haver estabilidade inflacionária no período. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1212282 / RS, Rel: Min. Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. DJe 09/08/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ENTIDADE ABERTA **DE PREVIDÊNCIA PRIVADA**. EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. AUSÊNCIA **DE** PACTUAÇÃO EXPRESSA. 1. "Nos termos da Lei Complementar nº 109/01, as **entidades** abertas **de previdência privada** podem realizar operações financeiras com os assistidos, com o que não se pode fugir do regime aplicado às instituições financeiras, prevalecendo a taxa **de** juros pactuada" (REsp 679.865/RS, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/09/2006, DJ 04/12/2006, p. 255) 2. Permite-se a capitalização mensal dos juros, nas operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.00) e desde que pactuada, requisito este não observado no caso presente. 3. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. (AgRg no REsp 958210 / RS. Rel: Min. Paulo de Tarso Sandeiverino. Órgão Julgador: Terceira Turma. DJe 06/06/2011)

Cumprido destacar que no Capítulo 2 analisamos a características de fornecedor pelo CDC. Assim, é imprescindível para a seu enquadramento o fato de prestarem serviço ou produto no mercado de consumo. Ademais, soma-se a natureza do serviço prestado, que pode ser, por exemplo, bancária, financeira, de crédito e securitária.

Nesse sentido, que o acórdão REsp 306.155 não denomina as entidades de previdência privada como instituições financeiras, mas como fornecedoras por prestar serviço no mercado de consumo em conformidade com o artigo 3º, §2º do CDC.

Assim, segue a relatora do acórdão o raciocínio acima exposto: "pode-se enquadrar a entidade de previdência privada no conceito de fornecedor de serviços do art. 3º, do CDC". Todavia, avança na discussão ao especificar a finalidade da empresa ao afirmar que as entidades previdenciárias prestam um serviço e, assim, expõe: "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".

Ou seja, a relatora do acórdão REsp 306.155 entende que as entidades de previdência privada são fornecedores o que permite a aplicação CDC. A prática jurisprudencial era a aplicação do CDC em razão do enquadramento delas como instituições financeiras. Entretanto, a relatora avança na análise ao emoldurar o

produto oferecido no mercado como serviço, o que justificaria a incidência do parágrafo segundo do artigo 3º do CDC.

Ressalta-se que a Lei nº6.435 de 1977 e a Lei Complementar nº109 de 2001 classificam as instituições de previdência conforme a relação jurídica a ser constituída entre o participante e a entidades abertas ou fechadas (BALERA, 2005).

Dessa forma, podemos sintetizar o que permite as entidades de previdência privada serem vistas como fornecedoras seria, primeiro, a equiparação legal às instituições financeiras, por meio da lei nº8.177; e jurisprudencial em razão da Súmula 297. Em seguida, podemos entender que prestam um serviço no mercado de natureza econômica e securitária.

### **3.3 Finalidade da Entidade de Previdência Privada: Serviços de Plano de Benefício**

Como analisado anteriormente os participante de um plano de benefício são consumidores, enquanto que as entidades de previdência privada são fornecedoras, pois prestarem um serviço no mercado de consumo. Este serviço é consubstanciada no plano de benefício.

O STJ por meio do REsp 306.155/MG firma o entendimento de que “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”.

Assim, pode-se vislumbrar dentro da relação jurídica formada o objeto do contrato, que é o plano de benefício. Este, por sua vez, tem como finalidade fornecer um serviço previdenciário, de natureza securitária. Razão pela qual a entidade previdenciária deverá prestar benefícios expressos em pecúnia (ARRUDA, 2004).

A Lei Complementar nº109 de 2001, no seu artigo 6º, trata do tema ao afirmar que “as entidades de previdência privado somente poderão **instituir e operar** planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador” (grifo nosso).

Importante destacar os termos grifados, pois somente por meio da instituição e operacionalização é que a entidade de previdência complementar pode ser

implementada. Nesse aspecto, Balera (2005, p. 59) menciona sobre a constituição e administração de um plano de benefício:

Os planos de benefícios respectivos é que darão o conteúdo de atuação das aludidas entidades. Sem eles, a entidade de previdência complementar perde a sua razão de ser. Eles existem, justamente, para viabilizar a instituição e execução e planos de benefícios.

Cumprir destacar que os planos de benefício não apresentam personalidade jurídica, ou seja, não são sujeitos de direito com os seus efeitos legais. São na verdade normas de custeio previdenciário, aplicáveis, por meio da pessoa jurídica, que é a entidade de previdência complementar.

As entidades de previdência obrigatoriamente oferecerão três modalidades de planos de benefícios, por determinação do artigo 7º da L.C. nº109 de 2001, quais são: planos de benefícios na modalidade de benefício definido; contribuição definida e contribuição variável. A instituição dos três planos não impede que a entidade possa vir a oferecer outros modelos de planos.

Os planos podem ter características destinadas a individualidade ou a um grupo de pessoas (BALERA, 2005). Assim, o participante pode adquirir um plano que melhor se adequa as suas intenções de aposentadoria e, principalmente, ao seu regime financeiro.

A relação de serviço fica caracterizada pelo fato do participante atuar com o pagamento de uma remuneração de forma habitual a entidade. Essa característica é a razão pela qual aplica-se o conceito de serviço presente no Código de Defesa do Consumidor (ARRUDA, 2004).

Assim, a relação firmada tem como consequência uma interdependência entre a remuneração habitual do participante e a prestação do serviço contratado perante a entidade, que é fornecer o benefício previdenciário (ARRUDA, 2004).

Dessa forma, o plano de benefício ganha destaque, pois é por meio dele que a entidade de previdência determina as regras que permitirão o fornecimento e manutenção do benefício previdenciário. Entretanto, o plano de benefício não é pactuado de maneira isolada é, na verdade, uma parte do contrato firmado com a entidade de previdência privada.

### 3.4 Relação de Consumo: Contrato de Previdência de Adesão

A formação da relação jurídica entre a entidade de previdenciária complementar e o participante ocorre por meio de um contrato. Esse negócio jurídico determina a vinculação do participante a um plano de benefício, bem como constará os termos que regerão a relação entre as partes.

Ressalta-se que o contrato de previdência complementar é a materialização de um princípio presentes no artigo 202 da CF, que é a contratualidade.

No aspecto jurisprudencial, o REsp 306.155/MG, fundamenta que “a participação do plano oferecido pela previdência privada ocorre com a celebração do contrato previdenciário”; e continua ao afirma que: “os contrato previdenciários celebrados com a entidade privada são de adesão”.

Destaca-se, de imediato, que a principal característica do contrato previdenciário é a sua forma de pactuação, que é por meio de adesão. Assim, não é facultado ao participante discutir ou negociar as cláusulas contratuais (ARRUDA, 2004).

Nessa direção, cumpre mencionar a lição de Weintraub (2005, p. 162):

O contrato entre sujeitos da relação tem natureza de adesão até pelo formato difundido e disperso do sistema, que seria inevitável para a disseminação social se fosse feito por meio de contratos individuais. Para que os planos tenham praticidade, os contratos têm de ser genéricos (do ponto de vista pessoal), da mesma forma que há diversas opções de aplicação financeiras bancárias em que o aplicador adere tacitamente a um contrato ao fazer a aplicação.

Weintraub (2005) aprofunda a análise do contrato por entender que a natureza jurídica da previdência privada consiste em complementar a previdência social, e em decorrência disso a relação jurídica que se desenvolve é por meio de um contrato de trato sucessivo, aleatório e de adesão.

Assim, é a relação entre o segurado e a entidade de previdência que se aperfeiçoa ao longo do tempo. Pois é a pessoa jurídica da entidade que assume as obrigações da relação. Estas são decorrentes das normas de um plano de benefício, bem como das questões financeiras, contábeis, econômicas e atuariais constituídas.

Segundo Marques (2002) o contrato de adesão encontra-se presente quando na relação envolver uma superioridade técnica ou econômica por um dos contratantes, bem como nas relações de massa.

São características desse contrato, segundo Marques (2002, p. 60):

1) pré-elaboração unilateral; 2) a oferta uniforme e de caráter geral para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão.

Assim, o consumidor (participante ou beneficiário) não é permitido detalhar aspectos contratuais. No sentido de melhorar a sua posição, sendo facultado apenas uma alternativa, contratar nos termos estabelecidos ou então não aderir ao plano previdenciário (ARRUDA, 2004).

Destaca-se, que esta espécie de contrato também facilitou a inclusão de cláusulas abusivas ou que assegurem vantagens excessivas ao fornecedor (MARQUES, 2002).

O contrato de adesão também permite a inclusão de cláusulas de natureza legal, dispostas em lei ou por ato do poder público, trata-se das cláusulas gerais, abordadas no capítulo anterior.

Emerge-se da presente situação a condição de vulnerabilidade que o consumidor encontra-se perante a entidade de previdência privada, uma vez que este não é detentor dos meios ou mecanismos de produção, tendo que aceita-los na forma que expressa o fornecedor.

Dessa maneira, em razão do desequilíbrio na relação constituída entres as partes, que o Código de Defesa do Consumidor procurou estabelecer parâmetros e limites a esta espécie de contrato.

A vulnerabilidade do consumidor esta reconhecida no acórdão do REsp 306.155/MG que expressa: “no caso em exame, nota-se facilmente a posição economicamente mais fraca do contribuinte em relação à entidade de previdência privada. A situação vulnerável do participante é acentuada ainda pelo fato de que os contratos previdenciários celebrados com entidade privada são de adesão”.

Por sua vez, as cláusulas gerais para que surtam os efeitos estabelecidos são necessárias que estejam dispostas em um contrato, devendo ser informadas ao consumidor para que este tenha o pleno conhecimento do conteúdo real de forma clara e acessível, bem como a aceitação expressa ou tácita (MARQUES, 2002).

A imperiosidade de mencionar as cláusulas gerais ao consumidor adquirente é a materialização do princípio da boa-fé, trata-se da transparência que deve ter a relação de natureza jurídica. Este princípio pode ser enxergado como um dever de agir com lealdade e honestidade, que deve ter as partes.

Ressalta-se que a inserção das cláusulas gerais no contrato cumpre a distinção do caráter institucional ou contratual da relação previdenciária, pois possibilita a intervenção do Código de Defesa do Consumidor.

A relação é tipicamente de direito privado por estar inserido no âmbito particular da sociedade. Entretanto, não se afasta a inserção do direito público, pois a forma de contratar não ocorre num típico contrato privado, mas no contrato de adesão com cláusulas gerais (WEINTRAUB, 2005).

O caráter institucional trata do aspecto cogente, pois não é livre a liberdade das partes, tendo em vista a imposição de limites legais; e o caráter contratual corresponde aos elementos negociais decorrentes de um ambiente privado em que são exercidos os direitos, e que não sofrem ingerência estatal direta (WEINTRAUB, 2005).

Cumprir observar que as políticas de proteção social, independente de seu caráter privado ou público, se dedicam a oferecer um padrão mínimo de vida. Neste aspecto, a previdência privada atenta a uma política social que visa completar a proteção oferecida pela seguridade social (MARTINS, 2006).

Dessa forma, a previdência privada deve ter um caráter misto (institucional e contratual). Existe a liberdade de contratar que é caracterizada na vontade de aderir ao plano previdenciário, que é regulado pelo poder público por meio de normas cogentes, de previsão legal ou ato administrativo.

Assim, as relações previdenciárias privadas que norteiam possuem origem contratual, entretanto deve atender as funções econômicas e sociais. Em que pese o caráter privado, que norteia a entidade de previdência privada, não é sinônimo de plena autonomia da vontade e livre pactuação, mas em razão da função social do contrato há limites especificados nas cláusulas cogentes provenientes do interesse público.

Por sua vez, a origem das cláusulas gerais nos contratos previdenciários decorre dos órgãos de regulação do setor, que são: Conselho de Gestão de Previdência Privada – CGPC, e, um segundo órgão que exerce o papel de fiscalizador, que é a Secretaria de Previdência Complementar – SPC. Estes órgãos

estabelecem resoluções ou portarias para fomentar a política nacional de previdência privada.

Destaca-se que apesar do contrato previdenciário ser de adesão, este possui cláusulas gerais determinadas pelos órgãos estatais, assim, a sua interpretação requer especial atenção por parte do judiciário, pois deve ser feita sempre de maneira mais favorável ao consumidor, conforme o artigo 47 do CDC.

Dessa forma, o contrato previdenciário firma o negócio jurídico entre a entidade de previdência e o participante. Esse contrato possui a característica de ser de adesão e possui cláusula geral, que devem ser interpretadas de maneira favorável ao contratante. Por fim, a pactuação firmada é que enseja o participante a receber o benefício previdenciário, incorporado no plano de benefício.

## CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho analisamos a Súmula 321 do Superior do Tribunal de Justiça os princípios, a doutrina, a jurisprudência e o contexto fático em que esta inserida. Por meio desse conjunto procuramos entender de que maneira o Código de Defesa do Consumidor se aplica as instituições de previdência privada.

Inicialmente procuramos definir o paradigma constitucional que norteia o tema por meio dos dispositivos e princípios. Assim, notamos que no âmbito da previdência destacam-se os artigos 194, 201 e 202 da CF que ganham especial relevo, pois traz suas características que são, também, princípios, dos sistemas previdenciários que a Constituição de 1988 adotou.

O artigo 194 traz em seu caput o conceito de seguridade social, como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade. No parágrafo único do referido artigo encontram-se princípios específicos que definem o sistema e influenciam os artigos seguintes. Por sua vez, o artigo 201 traz o regime geral de previdência social, que será organizada pela filiação compulsória e a contribuição obrigatória, bem como define regras gerais à administração pública, benefícios e os requisitos para adquirí-los.

A filiação compulsória estende-se a todos que exercem atividade remunerada, tendo como consequência a contribuição obrigatória. Ressalta-se que o regime não se limita as pessoas que exercem atividade remunerada, podendo estender a outras, desde que cumpra com os requisitos definidos em lei.

O sistema do regime geral é de repartição, ou seja, quem trabalha contribui para que pessoas inativas recebam o benefício. Nesse sentido, devem-se observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro do regime geral. Entretanto a ausência de fundos para a manutenção do regime geral vem ensejando reformas constantes na previdência pública e o incentivo na previdência privada.

Por sua vez, o artigo 202 traça os princípios e as características correspondentes à previdência privada, definindo-a como autônoma e complementar em relação ao regime geral de previdência. Neste aspecto, o caráter complementar emerge do fato de que as pessoas não deixam de contribuir para o regime geral, todavia podem suplementar o seu benefício por meio da previdência privada.

A segunda característica do regime privado é a sua autonomia em relação ao regime geral. Entende-se como autonomia organizacional o fato de ser estruturada de forma independente do regime geral, assim como, financeiramente, uma vez que busca a capitalização dos rendimentos para prover os benefícios.

Como desdobramento natural da autonomia tem-se a facultatividade de uma pessoa complementar o seu benefício por meio da previdência privada. Trata-se da autonomia da vontade que se consubstancia no contrato de previdência privada.

Entretanto, esses artigos não estão isolados sofrendo influência de outros princípios disposto no corpo constitucional, entre eles, destacamos: o da igualdade, artigo 5º, inciso I; o da legalidade presente no art.5º, inciso II; e o do direito adquirido constante no art.5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Em seguida analisamos a relação consumerista dentro espectro do Código de defesa do consumidor e as suas principais características. Nesse sentido, procuramos definir o consumidor, o fornecedor, produto e serviço, bem como, o contrato de adesão.

Inicialmente notamos que a defesa do consumidor é um princípio presente nos direitos fundamentais, artigo 5º, inciso XXXII; e da ordem econômica, artigo 170, inciso V. Entretanto, foi concretizado por meio da lei 8078/90, que é o Código de Defesa do Consumidor - CDC. Destaca-se que o Código de Defesa do Consumidor tem natureza constitucional e é uma lei principiológica, uma vez que constitui um sistema autônomo.

Por sua vez, o CDC possui a um conjunto de normas que possuem natureza de princípios, presentes nos artigos 1º ao 7º do CDC. Entretanto, analisamos, no Capítulo 2, que podemos sintetiza-los em apenas três princípios que são: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor; o princípio da harmonização dos interesses dos participantes e o princípio da repressão eficiente de todos os abusos praticados no mercado de consumo.

O conceito de consumidor encontra-se no artigo 2º do CDC, como sendo aquele que adquire um produto e o retira do mercado e usa em proveito próprio, trata-se da corrente finalista. Todavia, o código não se limita a um único tipo de consumidor, alargando a sua definição ao longo do código por meio dos artigos 17 e 29, que seria o consumidor vítima e o ideal.

Por sua vez, o fornecedor é conceituado no artigo 3º, como sendo aquela pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que desenvolve atividade de produção,

montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Enquanto que no § 1º, do artigo 3º, trata como produto todo bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. E no § 2º, do artigo 3º, entende o serviço como aquele exercido, mediante remuneração, de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Importante destacar que as instituições financeiras entendiam que o CDC não era aplicável a elas. Todavia o STF por meio da ADIN nº2.591/DF, pronunciou-se pela constitucionalidade da aplicação do CDC as entidade financeiras. Essa decisão é relevante, pois as entidades de previdência privada são reconhecidas como instituições financeiras.

Por fim, analisamos o contrato de adesão como uma espécie de contrato que surgiu no século XX e que é largamente usado, tendo em vista as vantagens que possui e que serve para atender as necessidades econômicas de produção em massa.

Destaca-se que o contrato de adesão rompe com o pacta sunt servanda tendo apenas a concordância com os termos expressos, evidencia a ausência de uma fase pré-negocial. As cláusulas contratuais não precisam ser expressas pelo fornecedor, podem ser determinadas pelo poder público (por meio das leis) ou terceiro, trata-se das cláusulas gerais.

Após a análise dos sistemas previdenciários e das principais aspectos que formam a relação consumeristas, passamos ao estudo da aplicação do CDC as entidades de previdência privada, por meio da Súmula 321 do STJ.

A Súmula 321 é formada pelo conjunto de seis acórdãos, que envolve a aplicação do Código de Defesa do Consumidor as entidades de previdência privada. Cumpre informar que das seis decisões uma possui relevante destaque, pois serve de norte para outros acórdãos, trata-se do REsp 306155/MG, DJ 25/02/2002.

Emerge-se aqui a principal crítica sobre a Súmula 321, uma vez que ao ler os demais acórdãos nota-se que estes transcreveram a fundamentação presente no REsp 306155/MG. Ou seja, não aprofundaram o debate que envolve a matéria, limitando-se a simples referência a outro acórdão.

Dessa forma, a análise da Súmula 321 funda-se nos argumentos presentes no REsp 306155/MG, que consistem: participante como consumidor, entidades de

previdência privada como fornecedora, plano de benefício como serviço, e, por fim, relação consumerista firmada por meio do contrato de adesão.

O primeiro argumento analisado é a caracterização do participante da previdência privada como consumidor. O acórdão REsp 306155/MG identifica o consumidor como o destinatário final, ou seja, aquele que retira o bem do mercado. Uma segunda justificativa é o caráter da vulnerabilidade perante aspectos técnicos e econômicos, consubstanciado no contrato de adesão.

Por sua vez, as entidades de previdência privada podem ser caracterizadas como fornecedoras, uma vez que oferecem no mercado serviço de natureza financeira e securitária. Essa caracterização da atividade e da natureza do serviço atua como um dos motivos que venha a permitir a aplicação do CDC.

Assim, nos termos da Lei Complementar 109/01 as entidades previdência para oferecem um serviço tem de ser constituídas como sociedades anônimas ou fundações. Entretanto, pelo artigo 29, da Lei 8177, equipara as entidades de previdência privada às instituições financeiras. Por sua vez, estas têm como atividade a captação e intermediação de recursos financeiros, conforme o artigo 17 da Lei 4.595/64.

Por sua vez, o serviço oferecido pela entidade de previdência privada é de natureza securitária e financeira, permitindo o seu enquadramento no artigo 3º, parágrafo segundo, do CDC.

Outra aspecto ressaltado pelo REsp 306155/MG e no REsp nº 591.756-RS, que integra a Súmula 321, é que a jurisprudência emoldura a entidade de previdência privada como uma instituição financeira ensejando a aplicação da súmula 297, onde entende ser possível aplicar a elas o CDC.

O produto oferecido seria o plano de benefício, que o REsp 306155/MG enquadra como sendo um serviço. Dessa forma, a relação de serviço fica caracterizada, pois estabelece cobranças mensais a serem investidas e devolvidas ao participante na forma do benefício previdenciário.

O plano de benefício ganha especial relevo, pois é por meio dele que a entidade de previdência estabelece as regras, que lhe permitirão fornecer a complementação previdenciária pactuada. Assim, os planos de benefícios funcionam como norma de custeio previdenciário.

Todavia, o plano acima mencionado não atua de forma isolada, sendo parte do contrato de adesão firmado junto a entidade de previdência privada. Este contrato

que constituirá a vinculação do participante ao plano de benefício, bem como conterà as regras que direcionam a relação entre as partes.

Ressalta-se que nesse contrato poderá constar cláusulas gerais provenientes de disposição de lei ou de terceiro, que deverão ser informadas ao participante, em respeito ao princípio da boa fé.

Nesse sentido, que a jurisprudência por meio do REsp 306155/MG manifesta a participação no plano ocorre por meio de um contrato e que possui natureza de adesão. Ademais, o contrato previdenciário pode ser considerado como de trato sucessivo e aleatório. Assim, é a relação entre o segurado e a entidade de previdência que se aperfeiçoa ao longo do tempo.

Dessa forma, percebemos que existe um desdobramento natural dentro do ordenamento jurídico que permite a incidência do Código de Defesa do Consumidor as entidades de previdência privada.

Primeiramente, temos o fato das entidades de previdência privada serem legalmente equiparadas as instituições financeiras por meio da lei 8177. Em seguida a ADIN n°2.591/DF impetrada perante o STF reconheceu a possibilidade de aplicar o CDC as instituições financeiras, entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça na Súmula 297, e expresso no REsp n° 591.756-RS integrante da Súmula 321 do STJ.

Por sua vez, o REsp 306155/MG demonstrou que a relação constituída entre o participante e a entidade de previdência será de natureza consumerista, em razão das partes se enquadrarem nos conceitos de fornecedor e consumidor, pelo objeto prestado ser enquadrado como serviço, bem como no fato do contrato ser de adesão.

Por fim, em que pese o STJ na Súmula 321 expressar pela aplicação do CDC as entidade de previdência privada, tendo o REsp 306155/MG como paradigma para as demais decisões que fundamentam o enunciado da súmula, perdeu a oportunidade de realizar um debate mais profundo sobre o tema. Pois, como demonstrado no presente trabalho, há um conjunto de razões que permitem a incidência do Código de Defesa do Consumidor às relações constituídas com as entidades de previdência privada.

## BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A Previdência Privada Aberta Como Relação de Consumo*. São Paulo: LTR, 2004.

BALERA, Wagner. *Comentário à Lei de Previdência Complementar Privada*. São Paulo: Q. Latin, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 8. ed. Salvador: Podivm, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito; FINK, Daniel Roberto; BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário: Previdência Complementar*. 3. ed. São Paulo: Impetus, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência Privada*. São Paulo: Q.Latin, 2005.