

Consequências da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações de previdência complementar fechada

Danilo Ribeiro Miranda Martins*

I. Introdução

Tema recorrente no âmbito da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, autarquia responsável pela fiscalização dos Fundos de Pensão, é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC às relações de previdência complementar fechada.

Na última manifestação que se tem notícia, sustentou-se o entendimento de que a Previc apenas pode aplicar sanções administrativas em decorrência de infração às Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001, e aos respectivos atos normativos infralegais (Parecer PF/Previc 27/2011). Não caberia à Previc, assim, fiscalizar a aplicação de outras legislações, nem tampouco definir a competência de outros órgãos de fiscalização.

No âmbito judicial, o Superior Tribunal de Justiça expediu sobre o tema a Súmula 321, com o seguinte teor:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.

Pela análise de alguns dos recursos especiais que serviram de fundamento para a expedição da súmula¹, pode-se extrair os principais argumentos que levaram a essa conclusão.

Defende-se, nas referidas manifestações, que a entidade fechada de previdência complementar pode se enquadrar no conceito de fornecedor de serviços previsto no art. 3º do CDC. O participante, desse modo, seria destinatário final de serviço de natureza securitária, mencionado no art. 3º, § 2º, do CDC.

Há menção ainda à vulnerabilidade econômica do participante, que seria acentuada pelo fato de os contratos previdenciários celebrados com a entidade privada constituírem contrato de adesão.

Por outro lado, aqueles que defendem a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações de previdência complementar fechada sustentam que a inexistência de finalidade lucrativa (art. 31, § 1º, LC 109/2001) e o oferecimento do plano apenas a um grupo específico (art. 31, incisos I e II, LC 109/2001) afastariam sua caracterização como relação de consumo.²

Além disso, destacam que os participantes e assistidos possuem participação ativa nos conselhos deliberativo e fiscal de entidades fechadas de previdência complementar (art. 202, § 6º, CF/1988, art. 35, § 1º, LC 109/2001, e arts. 11 e 15, LC 108/2001), o que lhes colocaria em condição diferenciada em relação aos consumidores em geral.

Sustentam, por fim, que a existência de legislação específica afastaria a incidência das normas do CDC, com as quais seriam incompatíveis.³

Trata-se, sem dúvida, de posições antagônicas que encontram fundamentos sólidos, ora invocando a literalidade de determinadas disposições, ora utilizando o recurso da interpretação finalística.

Não pretendemos, neste artigo, elencar mais argumentos a favor de uma ou de outra posição. Isso não só por que consideramos suficientes os fundamentos já elencados para a adequada compreensão do problema, mas também por entendermos como natural a tentativa de ampliar o escopo de uma legislação muito bem vista pela sociedade de forma geral.

Desse modo, embora os juristas comumente ainda não aceitem bem a utilização explícita de argumentos políticos, econômicos, sociais, entre

¹ Recursos Especiais 600.744-DF, 306.155-MG e 567.938-RO.

* Procurador federal da Advocacia-Geral da União; coordenador-geral de consultoria e assessoramento jurídico da Procuradoria Federal junto à Previc, com especialização em Direito Previdenciário, Gestão Previdenciária e Previdência Complementar pelo UniCEUB (2006) e MBA em Finanças pelo IBMEC (2013).

² REIS, Adacir *et al.* *A Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. 1. ed. São Paulo: Abrapp, 2013.

³ Discussão semelhante ocorreu com relação à tentativa de aplicação da legislação trabalhista à relação de previdência complementar fechada, entendimento que só foi revertido após a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Recurso Extraordinário 586453/SE, que reconheceu a autonomia do contrato previdenciário face ao contrato de trabalho, preservando a aplicação da legislação específica às relações de previdência complementar fechada. No mesmo sentido vale a leitura da decisão proferida pela Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em 08/05/2013, no processo RR 27800-68.2008.5.15.2005, em sentido contrário à jurisprudência até então dominante.

outros considerados *não jurídicos* em suas decisões, não raro são eles os principais fundamentos de muitas das posições adotadas. E este caso, a nosso ver, não é diferente. Em termos leigos, parece-nos que poderia *pegar mal* sustentar a não aplicação do CDC, razão pela qual o referido código acaba sendo transformado em um *remédio para todos os males*.

Contudo, quer se sustente a não aplicação do CDC quer se defenda a sua aplicação, um aspecto merece ser objeto de melhor aprofundamento. Referimo-nos, aqui, à identificação das disposições do CDC que não se conformam às normas previstas na legislação relativa à previdência complementar fechada.

Para uns, tais situações serão argumentos a mais em reforço da tese da não aplicabilidade; para outros, antinomias entre as legislações que devem ser dirimidas pelo intérprete. Passemos ao seu enfrentamento caso a caso.

II. Desenvolvimento

Inicialmente, note-se que enquanto a formulação de políticas públicas referentes à previdência complementar fechada cabe atualmente ao Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC (arts. 3º, incisos I e II, e 74, LC 109/2001, c/c art. 13 da Lei 12.154/2009)⁴, a elaboração de políticas públicas referentes às relações de consumo fica a cargo do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC (art. 106, CDC, c/c Decreto 2.181/1997).

O SNDC é coordenado pela Secretaria Nacional do Consumidor, órgão que integra a estrutura do Ministério da Justiça, e composto por Procons, Ministério Público, Defensoria Pública e entidades civis de defesa do consumidor. Tais órgãos têm competência concorrente para receber denúncias e apurar irregularidades, visando à aplicação das sanções previstas no CDC.

A legislação relativa à previdência complementar fechada, por sua vez, atribui privativamente à Previc, por meio de seus auditores fiscais, a competência para verificar o descumprimento da legislação respectiva e lavrar auto de infração (art. 72, LC 109/2001, art. 2º, inciso I, da Lei 12.154/2009 e art. 11, § 3º, da Lei 11.457/2007).

Vale ressaltar que o art. 72 da LC 109/2001 afasta expressamente a competência do Ministério Público para fiscalização das fundações em geral, sem prejuízo da notificação posterior ao *Parquet*, em caso de verificação de irregularidades nas fiscalizações efetuadas pela Previc (art. 64).

Não há, na Lei Complementar 109/2001, nenhuma menção a atuação de Procons ou da Defensoria Pública. Tampouco se prevê a participação de qualquer outro órgão estadual ou municipal, diferentemente do que ocorre no SNDC (art. 105, CDC).

Verifica-se ademais que, enquanto o CDC prevê competência normativa concorrente (art. 55), a legislação de previdência complementar fechada atribuiu tal competência exclusivamente ao CNPC (art. 13, Lei 12.154/2009).⁵

O descumprimento das normas relativas às relações de consumo estão relacionadas no art. 56 do CDC e não guardam correspondência necessária com as sanções administrativas estabelecidas no art. 65 da LC 109/2001.

Pode-se, inclusive, questionar como compatibilizar a previsão de suspensão do fornecimento do serviço, ou mesmo a cassação de licença do estabelecimento, com a competência deferida unicamente à Previc para a autorização de funcionamento de entidade fechada de previdência complementar (art. 2º, inciso IV, alínea *a*, Lei 12.154/2009). O mesmo se diga com relação à intervenção (art. 2º, inciso VI, Lei 12.154/2009), integralmente regulada pela legislação específica (Capítulo IV, LC 109/2001).

Não se deve, ainda, afastar o risco de *bis in idem*, na medida em que a mesma infração poderia estar sujeita a sanção administrativa com fundamento no art. 56 do CDC e no art. 65 da LC 109/2001 — isso, evidentemente, se as normas infralegais e as interpretações da legislação forem convergentes. Em caso de divergência, o problema seria ainda maior, considerando a insegurança jurídica que poderia gerar para o sistema.

Discussão semelhante, nesse ponto, ocorreu na Previc quanto à competência da Controladoria-Geral da União – CGU e do Tribunal de Contas da União –

⁴ Saliente-se que referido órgão é composto por representantes do Poder Público, das entidades fechadas de previdência complementar, dos patrocinadores e instituidores, bem como dos participantes e assistidos (art. 14, Lei 12.154/2009).

⁵ Cabe mencionar, adicionalmente, que o CDC prevê, em seu art. 107, a possibilidade que entidades representativas de fornecedores e consumidores regulem, por convenção escrita, determinados aspectos da relação de consumo, em espécie de autorregulação também não admitida, até hoje, no regime de previdência complementar fechada.

TCU, no que toca à fiscalização de entidades fechadas de previdência complementar.

Com relação à CGU, o órgão supervisor expediu o Parecer 3/2005/Dejur/SPC, com a seguinte conclusão:

A CGU, enquanto órgão incumbido do controle interno da Administração direta da União, pode e deve fiscalizar os órgãos do Poder Executivo Federal, aí incluída a própria Secretaria de Previdência Complementar.

Tendo em vista a necessária repartição de atribuições entre os órgãos estatais, como realçado no tópico inicial deste parecer, tem-se que, à Controladoria-Geral da União cabe fiscalizar os órgãos e agentes do Executivo, integrantes da estrutura governamental, no exercício de sua missão institucional alinhada ao controle administrativo interno; já à SPC [hoje, PREVIC] incumbe fiscalizar as entidades fechadas de previdência complementar, nos termos do art. 24 da LC no 108 e do art. 74 da LC no 109.

Mais recentemente a Procuradoria Federal junto à Previc enfrentou a questão da competência do TCU, no Parecer PF/Previc 167/2011, lançando as seguintes reflexões:

[...] uma das dificuldades que se vislumbra, quanto à efetivação do controle das EFPC's pela Corte de Contas, consiste no questionamento acerca da amplitude e das hipóteses desse controle. Ao nos referirmos à amplitude da fiscalização em comento pretendemos questionar em que medida e sobre quais aspectos dar-se-á a mencionada aferição.

Poderia o Tribunal de Contas, por exemplo, adentrar em aspectos eminentemente técnicos, questionando os métodos de gestão adotados pelos administradores das EFPC's? Ainda, quais os parâmetros a serem utilizados pela Corte de Contas, a fim de se aferir se a gestão imprimida a esta ou àquela entidade fechada de previdência complementar originou, em última análise, prejuízos ao erário? Uma carteira de investimentos mais heterodoxa, ainda que dentro dos delineamentos autorizados pelos normativos de regência, que venha a ter sua expectativa de ganhos frustrada, terá sua conduta considerada pela Corte de Contas, de alguma maneira, como passível de sofrer multa proporcional ao dano causado ao Erário?

Ademais, o art. 5º da Lei complementar nº 108/2001, combinado com o artigo 13 da Lei nº 12.154/2009, expressamente atribui ao Conselho Nacional de Previdência Complementar - CNPC a competência para regular o regime de previdência complementar fechado, Desse modo, *no caso de entendimentos diversos entre a Interpretação da lei dada pelo CNPC e o TCU sobre determinado dispositivo das LC nos 108 e 109, tanto o órgão fiscalizador quanto as entidades fechadas terão dificuldade em definir*

os parâmetros pelos quais devem se pautar em sua atuação.

[...] Da mesma maneira, o receio de conflito em potencial se torna indesejavelmente robusto, haja vista as inúmeras hipóteses propiciadoras de entendimentos diversos contidas na lei de regência: arts. 10; 13, § 2º; 17; 21, § 1º; 22; 23; 25; 31, § 4º; 34; 55; 61 e 72, todos da LC nº 109/2001. Não se sabe, ainda, se a fiscalização do TCU se restringirá às disposições da LC nº 108/2001 ou se dirigirá também à interpretação dos dispositivos legais da LC nº 109/2001 aqui mencionados.

[...] Nos casos de efetivo prejuízo, quais seriam as penalidades adotadas pela Corte de Contas? O TCU poderia lançar mão do Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003, o qual regulamenta o processo administrativo para a apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, de que trata o artigo 66 da Lei Complementar nº 109/2001? E como seria solucionada eventual verificação de bis in idem, haja vista que à PREVIC foi atribuída à fiscalização do sistema de previdência complementar fechado, aplicando as sanções cabíveis às EFPC's, em conformidade com o art. 65 da Lei Complementar 109/2001? (grifou-se)

A nosso ver, as preocupações consignadas nas referidas manifestações são igualmente aplicáveis aqui, caso se entenda pela utilização das regras do CDC, relativas à normatização e aplicação de sanções administrativas, no regime de previdência complementar fechada.

No tocante à responsabilidade civil, o art. 63 da LC 109/2001 e o art. 79 do Decreto 4.942/2003 impõem aos dirigentes o dever de adoção de providências, inclusive judiciais, visando ao ressarcimento da entidade ou do plano de benefícios. Não há previsão de outros legitimados na legislação de previdência complementar fechada.

Além disso, como se vê pelo teor do art. 21, § 3º, da LC 109/2001, *os recursos que ingressarem por meio de ação judicial ou administrativa necessariamente serão revertidos em prol da totalidade dos participantes e assistidos.*

O CDC, por sua vez, traz em seu art. 82 um extenso rol de legitimados para a defesa do consumidor em juízo⁶, além de prever a possibilidade de destinação de parte dos recursos para o fundo de direito difusos

⁶ Cabe questionar, inclusive, a possibilidade de a Previc ajuizar ação civil coletiva visando ao ressarcimento de entidade fechada de previdência complementar ou de seus planos de benefícios, com fundamento no art. 82, inciso III, do CDC.

(arts. 99 e 100, CDC), o que não se coaduna com as disposições da Lei Complementar 109/2001 (visto que os recursos devem ser revertidos integralmente para o plano de benefícios).

Outra diferença significativa refere-se ao fato de que, enquanto a LC 109/2001 possibilita a imputação de responsabilidade por prejuízos diretamente aos administradores dos Fundos (art. 63), o CDC exige a verificação de determinadas circunstâncias aptas a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica da entidade (art. 28).

Do ponto de vista do direito material, há forte sintonia entre o CDC e a legislação de previdência complementar fechada quanto ao acesso à informação e à educação. Nesse sentido, vale a leitura da Recomendação CGPC 1/2008⁷, que dispõe sobre as ações de educação previdenciária no âmbito do regime de previdência complementar, bem como da Resolução CGPC 23/2006⁸, que trata da divulgação de informações para os participantes e assistidos.

Esta norma distingue informações e documentos que devem ser apresentados no momento da adesão do participante ao Fundo de Pensão (art. 2º) e informações que devem ser prestadas periodicamente (arts. 3º e 5º). Prevê, ainda, que a entidade fechada deve disponibilizar no prazo de 30 dias qualquer informação de interesse do participante que ele venha a solicitar (art. 6º).

O CDC autoriza, porém, que os órgãos oficiais expeçam notificação obrigando os fornecedores a prestar informações sobre questões de interesse do consumidor sob pena de desobediência (art. 55, § 4º). Para a legislação de previdência complementar fechada a situação está sujeita apenas a pena de multa, prevista no art. 84 do Decreto 4.942/2003.

A solução, nesse caso, poder-se-ia dar pela aplicação da multa combinada com a apuração do crime de desobediência, dada a independência das instâncias administrativa e judicial. Deve-se lembrar, porém, que há a previsão de aplicação de multa tanto pela LC 109/2001 (art. 65), quanto pelo CDC (art. 56, inciso I), ficando em aberto a questão de serem elas cumulativas ou não.

Outro aspecto controverso diz respeito à regra do art. 30 do CDC, que obriga o fornecedor a oferecer

serviço na forma veiculada em publicidade⁹. As entidades fechadas de previdência complementar, ao contrário, apenas podem oferecer planos de benefícios nos exatos termos aprovados pelo órgão supervisor (art. 33, inciso I, LC 109/2001).

Caso a entidade divulgue informação distinta do regulamento¹⁰ aprovado estará sujeita à sanção estabelecida no art. 66 do Decreto 4.942/2003. E caso adote cláusula de regulamento sem submetê-la previamente à Previc, aplicam-se as penalidades do art. 90 do referido decreto.

À Previc cabe, portanto, garantir que a entidade aplicará o regulamento na forma por ela aprovada, e não nas condições divulgadas em publicidade, podendo inclusive utilizar o mecanismo previsto no art. 22, § 2º, do decreto a fim de possibilitar a correção da irregularidade.

Não faria sentido agir de forma diferente, visto que os planos de benefícios são aprovados observadas normas que garantam padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial (arts. 3º, inciso III, e 10, *caput*, da LC 109). Desse modo, *manter a aplicação de um regulamento que não foi autorizado pelo órgão fiscalizador implica maior risco para os participantes e assistidos, podendo criar ainda diferenciações não previstas entre participantes de um mesmo plano de benefícios.*¹¹

As maiores preocupações, porém, se voltam para as disposições referentes ao contrato de consumo e ao contrato de previdência complementar fechada.

⁹ Percebe-se que no CDC há certa preocupação com o aspecto concorrencial (art. 4º, inciso VI), o que se reflete também de alguma forma nas normas sobre publicidade (art. 6º, inciso IV). Sob esse aspecto, considerando que a previdência fechada é acessível a apenas um grupo específico, não há qualquer preocupação com o aspecto concorrencial. Tanto é assim que o artigo 16, *caput*, da LC 109/2001 determina o oferecimento do plano de benefícios a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores, não se preocupando com a forma de comunicação.

¹⁰ No regime de previdência complementar fechada a adesão do participante a um plano de benefícios normalmente se perfaz pela assinatura de um termo de inscrição, que faz remissão ao regulamento do plano de benefícios. É neste que costumam constar as principais cláusulas do contrato previdenciário. Não por outro motivo o art. 10, § 1º, inciso II, da LC 109/2001 determina a entrega de cópia do regulamento ao participante no momento da sua inscrição.

¹¹ Tais situações são referidas usualmente como *submassas* e costumam agregar mais risco jurídico ao plano de benefícios. Nesses casos, por exemplo, é bastante difícil identificar o direito acumulado de cada participante (art. 15, parágrafo único, LC 109) ou a responsabilidade de cada um pelo equacionamento de um eventual déficit no plano (art. 21, LC 109/2001).

⁷ Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081014-110055-034.pdf>. Acesso em 16/09/13.

⁸ Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081014-110807-129.pdf>. Acesso em 16/09/13.

Como se sabe, o CDC identifica no consumidor uma parte vulnerável (art. 4º, inciso I), e por isso estabelece uma série de regras protetivas. Entre elas estão o estabelecimento de presunções a favor do consumidor (art. 6º, inciso VIII, e art. 47) bem como a nulidade de cláusulas denominadas abusivas (art. 51).

Embora à primeira vista não se vislumbre impeditivo para a aplicação das normas da LC 109/2001 e do CDC com relação ao contrato celebrado, há um aspecto que merece ser esclarecido.

Em geral, no regime de previdência complementar fechada, verifica-se a propositura de uma série de ações individuais questionando valores de benefícios, quase sempre no momento do deferimento do benefício. É na interpretação dessas regras, constantes de regulamento aprovado pelo órgão supervisor, que o Poder Judiciário às vezes aplica a presunção em favor do participante.

Ocorre que, de acordo com o art. 202, *caput*, da Constituição Federal, *o regime de previdência privada é baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado*. Assim, quando uma decisão judicial altera o conteúdo (ou a interpretação) de determinada norma do regulamento para um participante específico, no momento da percepção do benefício, impossibilita-se o cumprimento daquela diretriz constitucional.

Observe-se que, de acordo com o art. 18 da LC 109/2001, o plano de custeio anual define o nível de contribuições (dos participantes, assistidos e patrocinadores) necessárias para a constituição das reservas garantidoras de benefícios. E, como reforça o § 3º do mencionado dispositivo, tais reservas devem atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios.

Essa foi uma das razões que levou o Superior Tribunal de Justiça a alterar o entendimento que impedia até então sobre a integração do auxílio cesta-alimentação ao benefício de previdência complementar. É o que ficou registrado no voto vencedor proferido no julgamento do REsp 1023053:

[...] O exame da legislação específica que rege as entidades de previdência privada e suas relações com seus filiados (art. 202 da CF e suas Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001) revela que o sistema de previdência complementar brasileiro foi concebido, não para instituir a paridade de vencimentos entre empregados ativos e aposentados, mas com a finalidade de constituir reservas financeiras, a partir de contribuições de filiados e patrocinador, destinadas a assegurar o pagamento dos benefícios oferecidos e, no caso da

complementação de aposentadoria, proporcionar ao trabalhador aposentado padrão de vida próximo ao que desfrutava quando em atividade, com observância, todavia, dos parâmetros atuariais estabelecidos nos planos de custeio, com a finalidade de manutenção do equilíbrio econômico e financeiro.

[...] As entidades fechadas de previdência privada têm, pois, por função administrar os recursos das contribuições dos participantes, assistidos e patrocinador, constituindo reservas financeiras aptas a garantir os pagamentos previstos nos planos de benefícios, motivo pelo qual o patrimônio decorrente da participação dos filiados e patrocinador, acumulado sob o regime de capitalização, destina-se não à livre gestão das referidas entidades, mas aos compromissos estabelecidos no plano de benefícios, o que se traduz na sua “independência patrimonial” atribuída pela LC 109/2001 (art. 34, I, “b”), com a precisa finalidade de conferir maior proteção ao patrimônio destinado a custear benefícios de longo prazo.

[...] Verifico, pois, que a extensão de vantagens pecuniárias ou mesmo reajustes salariais concedidos aos empregados de uma empresa ou categoria profissional, de forma direta e automática, aos proventos de complementação de aposentadoria de ex-integrantes dessa mesma empresa ou categoria profissional, independentemente de previsão de custeio para o plano de benefícios correspondente, não se compatibiliza com o princípio do mutualismo inerente ao regime fechado de previdência privada e nem com dispositivos da Constituição e da legislação complementar acima mencionada, porque enseja a transferência de reservas financeiras a parcela dos filiados, frustrando o objetivo legal de proporcionar benefícios previdenciários ao conjunto dos participantes e assistidos, a quem, de fato, pertence o patrimônio constituído.

[...] Diante disso, o auxílio cesta-alimentação não pode ser computado na complementação de aposentadoria por ser vedada a inclusão de ganhos de produtividade, abonos e vantagens de quaisquer natureza (LC 108/2001, art. 3º, parágrafo único), restrição que decorre do caráter variável da fixação desse tipo de verba, não incluída previamente no cálculo do valor de contribuição para o plano de custeio da entidade, inviabilizando a manutenção de equilíbrio financeiro e atuarial do correspondente plano de benefícios exigido pela legislação de regência (Constituição, art. 202 e Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001). (grifou-se)

Cumpra-se recordar que o resultado deficitário (insuficiência de reservas) deve ser equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições (art. 21, *caput*, LC 109). Não é, portanto, a entidade fechada de previdência complementar quem arca com esse

débito¹², mas sim todos os demais integrantes da relação jurídica previdenciária.

É por todos esses motivos que entendemos que a presunção estabelecida em favor do consumidor, no presente caso, não é uma presunção diante da entidade fechada de previdência complementar. É, ao contrário, uma presunção face a todos os outros integrantes da relação jurídica de previdência complementar fechada (patrocinadores e demais participantes e assistidos), o que torna altamente discutível sua aplicação.

Interessante notar ainda que o CDC assegura igualdade nas contratações pelos consumidores (art. 6º, inciso II). Na previdência fechada, essa igualdade também é assegurada de alguma forma pela determinação de oferecimento do plano de benefícios a todos os empregados (art. 16, *caput*, LC 109/2001). A regra encontra limitação, no entanto, na previsão de possibilidade de fechamento de plano de benefícios (art. 16, § 3º).

Há distinções significativas ainda nas duas legislações quanto à possibilidade de alteração dos contratos celebrados.

A esse respeito, o CDC estipula não ser possível a modificação de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas (art. 6º, inciso V, e art. 39, inciso X)¹³. Também determina a nulidade de cláusulas que permitam ao fornecedor fazer alterações de forma unilateral (art. 51, incisos X e XIII).

A LC 109/2001 não possui disposições no mesmo sentido. Dispõe apenas que as alterações nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes, respeitados o direito acumulado e o direito adquirido (art. 17).

Cumpra, aqui, transcrever alguns trechos do Parecer PF/Previc 158/2012, no qual se discutiu sobre a aplicação da Súmula TST 288, que trata de alterações no contrato de trabalho, ao regime de previdência complementar fechada:

No âmbito do Direito do Trabalho, percebe-se uma extensa regulação voltada para a *proteção do trabalhador*, com regras que vão desde a formação até a extinção do contrato de trabalho. Especificamente com relação à possibilidade de alterações no contrato de trabalho, estabelece o artigo 468 da CLT:

‘Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.’

Trata-se de uma regra limitadora da autonomia da vontade das partes contratantes que visa evitar a utilização do poder hierárquico do empregador com a finalidade de submeter o empregado a regras mais desfavoráveis.

Certamente, é nesse dispositivo que se inspirou a Súmula 288 do TST, estendendo sua aplicação, contudo, ao contrato previdenciário.

Não obstante a louvável intenção, a simples incorporação de princípios e regras do Direito do Trabalho ao ambiente da previdência complementar fechada não nos parece adequada.

Primeiro porque o contrato previdenciário é uma relação instituída diretamente entre os participantes e assistidos com a entidade fechada de previdência complementar. Não se confunde, pois, essa relação com a estabelecida entre a entidade fechada e o patrocinador (empregador), objeto de instrumento contratual específico denominado convênio de adesão (art. 13, LC nº 109/2001). Ou seja, *o contrato de trabalho e o contrato previdenciário envolvem sujeitos totalmente distintos*.

Segundo porque a relação de previdência complementar *não trata da proteção de apenas um indivíduo, mas sim de uma coletividade de participantes* reunidos em um regime com características mutualísticas. Desse modo, tanto o resultado superavitário quanto o deficitário são compartilhados pelos participantes, como se extrai dos artigos 20 e 21 da LC nº 109/2001.

A rigor, *a aplicação literal da Súmula nº 288 do TST resultaria na possibilidade de revisão do contrato previdenciário apenas para a distribuição de superávit, mas jamais para o equacionamento de situações de déficit, o que não se mostra razoável*.

Sabedor de que a relação previdenciária é de longo prazo, *indo além muitas vezes da própria relação de trabalho* (por exemplo, na situação de que trata o artigo 14, inciso IV, da LC nº 109/2001), e que alterações nos contratos previdenciários celebrados

¹² Destaque-se que, pela regulação atualmente em vigor, a entidade fechada de previdência complementar não possui patrimônio próprio. Todos os recursos nela alocados estão vinculados a algum plano de benefícios, com independência patrimonial (art. 34, inciso I, alínea b, LC 109/2001).

¹³ Como visto, pela legislação de previdência fechada de previdência complementar o volume de contribuições é sempre definido em função dos compromissos no plano (art. 18). Em caso de insuficiência de reservas, deve ser providenciado o equacionamento do déficit (art. 21) por meio de contribuições extraordinárias dos patrocinadores, participantes e assistidos. Não há qualquer regra que limite a revisão das contribuições em função de onerosidade excessiva. Ademais, enquanto o CDC não permite a redução do “valor do serviço”, a LC 109/2001 autoriza expressamente a possibilidade de redução dos benefícios como forma de equacionamento de déficit, exceto para os assistidos (art. 21, §§ 1º e 3º, LC 109/2001).

poderiam ser necessárias para se adequar a novas realidades, o legislador optou por uma regra bastante distinta da adotada pela legislação trabalhista.

Vejam os que dispõem o artigo 17 da LC nº 109/2001:

‘Art. 17. As alterações processadas nos regulamentos dos planos *aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante.*

Parágrafo único. Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano *é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria.*

Como se vê, a Lei Complementar nº 109/2001 distingue claramente duas situações com relação aos efeitos das alterações dos regulamentos dos planos de benefícios, quais sejam a dos participantes elegíveis e dos não elegíveis. Enquanto na primeira é reconhecida a natureza de “direito adquirido”, à segunda é dado o tratamento de mera *expectativa de direito*, firmando-se o conceito de ‘direito acumulado’.

Tais conceitos ficam mais claros em outros dispositivos da LC nº 109/2001, abaixo transcritos:

‘Art. 15. [...]’

Parágrafo único. *O direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável.*

Art. 68. [...]’

§ 1º *Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.* (grifou-se)

Vê-se, portanto, que não há que se falar em direito adquirido do participante que ainda não implementou todas as condições estabelecidas para a elegibilidade. Esse participante, ao contrário, tem direito apenas às reservas por ele constituídas, ou seja, o montante financeiro a ele atribuível no instante considerado.

Vale ressaltar que há ainda a hipótese de encerramento da relação previdenciária, seja por iniciativa do participante (pelo resgate ou portabilidade, por exemplo, previstos no art. 14, incisos II e III, da LC nº 109/2001), ou por iniciativa do patrocinador (pela retirada de patrocínio, de que trata o art. 25 da LC nº 109/2001), os participantes não elegíveis também não terão direito à manutenção das regras originais do contrato previdenciário.

Do contrário, sequer se poderia falar em possibilidade de encerramento do contrato, tornando obrigatória a manutenção de uma relação que tem natureza facultativa por expressa previsão constitucional (art. 202, CF/88).

A Súmula nº 288 do TST, assim, ao conferir ao participante o direito de preservar as regras em vigor na data de admissão do empregado, acaba por transformar em direito adquirido o que, para a LC nº 109/2001, é mera expectativa de direito.

[...] A própria Lei Complementar nº 109/2001 estabeleceu uma série de obrigações que pressuporiam a alteração subsequente de contratos previdenciários já celebrados. Entre elas, a inserção de institutos obrigatórios (art. 14), a adoção obrigatória do regime de capitalização financeira (art. 18, § 1º), a vedação de prestação de serviços que não estejam no âmbito do objeto das entidades fechadas (art. 32, parágrafo único), entre outras que não teriam como ser implementadas se o contrato previdenciário fosse revestido da cláusula de imutabilidade pretendida pela Súmula nº 288 do TST.

Vale ressaltar que, no intuito de permitir que eventuais propostas de alterações sejam sempre avaliadas do ponto de vista da sua conformidade com a legislação previdenciária, a LC nº 109/2001 determinou ainda que *tais alterações só podem produzir efeitos após a sua aprovação pelo órgão fiscalizador* (hoje, a PREVIC, nos termos da Lei nº 12.154/2009).

Cabe, pois, à PREVIC analisar tais pedidos sempre tendo em norte *proteger o interesse dos participantes e assistidos* (art. 2º, inciso VI, LC nº 109/2001) e *zelar pelas entidades fechadas de previdência complementar* (art. 72, LC nº 109/2001), observadas as diretrizes fornecidas, especialmente, pela Lei Complementar nº 109/2001. *Cuida-se, portanto, de mecanismo adicional de segurança, não previsto na legislação trabalhista, justificando também a existência de uma regulação mais flexível no sistema de previdência complementar fechada.* (grifos do original)

Essas observações relativas à aplicação da Súmula TST 288¹⁴, a nosso ver, podem ser aproveitadas no que concerne às regras sobre alteração de contratos previstas no CDC. São disposições radicalmente distintas, exigindo a aplicação do princípio segundo o qual a legislação específica deve prevalecer sobre as demais legislações.

As normas do CDC diferem ainda no tocante à forma de resolução do contrato. Para a legislação consumerista, sempre que o contrato previr a possibilidade de seu cancelamento pelo fornecedor, o mesmo direito deve ser conferido ao consumidor (art.

¹⁴ Recorde-se, novamente, que a aplicação da Súmula TST 288 ao contratos de previdência fechada foi afastada recentemente em decisão proferida pela Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em 08/05/2013, no processo RR 27800-68.2008.5.15.2005.

51, inciso XI). Nos contratos de adesão, ademais, esse direito é deferido apenas ao consumidor (art. 54, § 2º).

Na legislação de previdência complementar fechada, em decorrência do princípio da facultatividade, a patrocinadora pode se retirar a qualquer momento da relação jurídica estabelecida, desde que observadas determinadas condições. É o que prevê o art. 25 da LC 109/2001, regulado pela Resolução CNPC 11/2013¹⁵.

A saída antecipada do participante da relação previdenciária, por sua vez, ocorre geralmente por meio dos institutos previstos no art. 14, incisos II e III, da LC 109/2001, que encontram regulamentação específica na Resolução CGPC 6/2003¹⁶.

¹⁵ Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/1_130524-144031-564.pdf>. Acesso em: 16/09/2013.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/arquivos/>

III. Conclusão

Como se pode constatar, portanto, não são poucas as dúvidas decorrentes do entendimento, veiculado na Súmula STJ 321, quanto à aplicação do CDC aos contratos de previdência complementar fechada.

Considerando a posição adotada até então pela entidade responsável pela supervisão do sistema, de não se envolver de forma mais direta nesse debate, resta-nos aguardar o pronunciamento do Poder Judiciário em outros casos concretos. E às entidades fechadas de previdência complementar, aceitar a insegurança jurídica de continuar convivendo com sistemas tão diferentes e se reportando a órgãos de fiscalização e normatização tão diversos.

[office/3_081014-110809-967.pdf](http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081014-110809-967.pdf)> Acesso em: 16/09/2013.