

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.354.963 - SP (2013/0167328-1)

EMBARGANTE	:	REAL CAPITALIZAÇÃO S/A
ADVOGADOS	:	FÁBIO LIMA QUINTAS WANESSA DE CÁSSIA FRANÇOLIN LUCIANO CORREA GOMES LUIZ CARLOS STURZENEGGER E OUTRO(S)
EMBARGADO	:	ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR - ANADEC
ADVOGADO	:	RONNI FRATTI

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se de embargos de divergência opostos por Real Capitalização Ltda. em face do acórdão proferido pela Terceira Turma, em sede de agravo regimental (REsp n. 1.354.963/SP), que teve como Relatora para o acórdão a em. Ministra Nancy Andrighi e recebeu a seguinte ementa:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TÍTULOS DE CAPITALIZAÇÃO. RESGATE ANTECIPADO. CLÁUSULA INSTITUIDORA DE PRAZO DE CARÊNCIA. ABUSIVIDADE. OCORRÊNCIA.

1. Os títulos de capitalização não se confundem com investimentos ou contratos de consórcio.
2. O desenho legal dos títulos de capitalização tem em sua essência o desestímulo à desistência e o incentivo à pontualidade das aplicações, afastando-se qualquer fundamento teleológico para a instituição de prazo de carência para devolução da cota capitalizada ao consumidor.
3. A previsão de faculdade, em favor da sociedade de capitalização, para instituição do prazo de carência, prevista no 23, § 1º, da Circular SUSEP nº 365/08, ofende a finalidade da atuação estatal que, segundo o art. 2º do Decreto-Lei nº 261/67, deve ser exercido "no interesse dos portadores de títulos de capitalização".
4. Por contrariar as finalidades legalmente previstas, bem como por ofender os critérios de razoabilidade, a previsão contratual de prazo de carência para devolução de valores relativos à cota de capitalização é abusiva.
5. Negado provimento ao recurso especial.

Foram opostos embargos de declaração, acolhidos sem efeitos modificativos, o qual se encontra resumido nos termos a seguir transcritos:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO JULGADO. ABRANGÊNCIA DA EFICÁCIA ERGA OMNES DA

SENTENÇA COLETIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

1. Verificada a existência de omissão no acórdão, é de rigor o acolhimento dos embargos de declaração para suprimento do vício.
2. Os embargos de declaração pretendem restringir os efeitos da sentença coletiva ao âmbito territorial do Tribunal de origem, o que foi efetivamente reconhecido pelo acórdão de origem. Desse modo, não há interesse recursal quanto ao tema.
3. Embargos de declaração no recurso especial acolhidos sem efeitos modificativos.

Alega a embargante divergência com o REsp n. 1.216.673/SP, da Quarta Turma, que teve como relator o Ministro João Otávio de Noronha, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TÍTULOS DE CAPITALIZAÇÃO. CLÁUSULA INSTITUIDORA DE PRAZO DE CARÊNCIA PARA DEVOLUÇÃO DE VALORES APLICADOS. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A manifestação do Ministério Público após a sustentação oral realizada pela parte não importa em violação do art. 554 do CPC se sua presença no processo se dá na condição de fiscal da lei.
2. Não pode ser considerada abusiva cláusula contratual que apenas repercute norma legal em vigor, sem fugir aos parâmetros estabelecidos para sua incidência.
3. Nos contratos de capitalização, é válida a convenção que prevê, para o caso de resgate antecipado, o prazo de carência de até 24 (vinte e quatro) meses para a devolução do montante da provisão matemática.
4. Não pode o juiz, com base no CDC, determinar a anulação de cláusula contratual expressamente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio se não houver evidência de que o consumidor tenha sido levado a erro quanto ao seu conteúdo. No caso concreto, não há nenhuma alegação de que a recorrente tenha omitido informações aos aplicadores ou agido de maneira a neles incutir falsas expectativas.
5. Deve ser utilizada a técnica do "diálogo das fontes" para harmonizar a aplicação concomitante de dois diplomas legais ao mesmo negócio jurídico; no caso, as normas específicas que regulam os títulos de capitalização e o CDC, que assegura aos investidores a transparência e as informações necessárias ao perfeito conhecimento do produto.
6. Recurso especial conhecido e provido.

Nas razões recursais (fls. 869/917), sustenta existência de divergência de entendimentos entre as Turmas que compõem a Segunda Seção, especialmente no que "diz respeito à legitimidade da prática comercial consistente na instituição de prazo de carência para devolução de importâncias recolhidas pelo cliente desistente de plano de títulos de capitalização"

Defende que há similitude fática entre acórdão embargado e aresto indicado como paradigma, que se distanciam apenas na conclusão jurídica que adotam: "enquanto o acórdão recorrido reputou abusiva a prática comercial de instituir prazo de carência para resgate em títulos de capitalização, o acórdão paradigma entendeu que essa espécie de prática é plenamente lícita, mostrando-se compatível com o Código de Defesa do Consumidor".

Salienta ter realizado o cotejo analítico entre os julgados e aduz que o acórdão embargado violou o regime jurídico especial para disciplinar os títulos de capitalização, regulado pelo CNPS e pela SUSEP.

Assevera que a cláusula que institui a carência para o desistente é legítima, não podendo ser tida como abusiva. Ademais, argumenta que não há falar em prevalência do Código de Defesa do Consumidor porque o regime legal dos títulos de capitalização tem a mesma força de lei que o código consumerista.

Por fim, destaca que "nada há de ilegal ou ilegítimo na cláusula que veicula prazo de carência para títulos de capitalização. É legal porque consentânea com as normas editadas pelo CNSP e pela Susep, dentro das suas competências normativas. É legítima porque constitui cláusula que viabiliza a própria existência do título de capitalização, sem a qual o equilíbrio econômico do contrato restará irremedialvelmente comprometido".

Demonstrada, em princípio, a divergência e cumpridas as formalidades legais e regimentais, os embargos de divergência foram admitidos, sendo determinada a intimação da embargada para oferecer impugnação no prazo legal (fls. 922/924).

A impugnação (fls. 928/943) sustenta ser "ilegal a cláusula que estipula prazo de carência de 12 meses para o recebimento dos valores de títulos de capitalização, quando há cancelamento por desistência antecipada ou inadimplência do consumidor no primeiro ano de vigência do contrato".

Expõe que não se deve estender o entendimento jurisprudencial dos consórcios aos títulos de capitalização e enfatiza que "a retenção dos valores é coisa abusiva, considerando que já há uma penalidade econômico-financeira pela desistência do participante, como bem entendeu o v. acórdão embargado".

Observa que, com o desfazimento do contrato entre as partes, não se justifica que o banco continue trabalhando com dinheiro alheio, resultando em um enriquecimento ilícito.

Aduz haver ofensa ao disposto nos artigos 422, 424 e 478 do Código Civil; 51 e 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Assegura que quem adquire um título de capitalização não deseja rescindir o contrato antes do seu término e receber menos do que pagou, "mas se lhe sobreveio uma situação financeira delicada, além de não poder pagar os meses restantes do plano de capitalização, ele precisa do dinheiro imediatamente, mesmo que em valor inferior ao que aplicou. Do contrário, a se manter essas penalidades, via acolhimento do recurso especial, são elas exageradas, desproporcionais e somente beneficiam o Banco, majorando ainda mais seus ganhos no mercado".

Enfatiza que penalizar o consumidor, forçando-o a esperar 12 (doze) meses para poder resgatar os valores, é inadmissível à luz da boa-fé e equilíbrio contratual.

Argumenta que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao caso em tela e pondera que circulares e portarias não seriam leis federais como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Entende que "pelo aspecto puramente constitucional, embora ordem econômica e defesa do consumidor estejam inseridas em igualdade hierárquica, por uma redação de imposição dos princípios no início, abrindo a Constituição Brasileira, é de se afirmar que em primeiro lugar observar-se-á o respeito aos consumidores, seus direitos e interesses, para depois se exercer a atividade lucrativa (economicamente viável)".

Pugna pelo não provimento do presente recurso.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pelo não provimento dos embargos de divergência (fls. 945/947), nos termos da seguinte ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. A cláusula que obriga o contratado a resgatar a quantia depositada, após um período de carência, deve ser considerada abusiva, ante a afronta ao princípio da razoabilidade e aos princípios que regem as relações de consumo. PARECER PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.354.963 - SP (2013/0167328-1)

RELATOR	: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
EMBARGANTE	: REAL CAPITALIZAÇÃO S/A
ADVOGADOS	: FÁBIO LIMA QUINTAS WANESSA DE CÁSSIA FRANÇOLIN LUCIANO CORREA GOMES LUIZ CARLOS STURZENEGGER E OUTRO(S)
EMBARGADO	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR - ANADEC
ADVOGADO	: RONNI FRATTI

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TÍTULOS DE CAPITALIZAÇÃO. RESGATE ANTECIPADO. CLÁUSULA INSTITUIDORA DE PRAZO DE CARÊNCIA. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A capitalização é um contrato onde uma das partes se compromete a aportar contribuições à outra, no caso uma sociedade de capitalização, que deverá realizar sorteios e promover reservas matemáticas em favor do aderente. Nessa linha de intelecção, o título de capitalização é o documento entregue ao consumidor como prova do contrato.
2. A validade de cláusula contratual instituidora de prazo de carência pode perfeitamente ser analisada à luz da regulamentação do CNSP e da SUSEP, desde que sejam respeitados os limites explicitados no ato de delegação respectivo, qual seja, o Decreto-Lei n. 261, de 28 de fevereiro de 1967. Ademais, deve-se ter ciência de que eventual lacuna legislativa também pode – e deve – ser suprida pela aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.
3. Analisando detidamente os artigos 71, § 1º, da CNPS n. 015/1992 e 23, §§ 1º e 2º, da Circular Susep n. 365/2008, nota-se que o primeiro admite, genericamente, a estipulação de prazo de carência, enquanto o segundo, de forma específica, permite a fixação do mesmo tipo de prazo, não superior à 24 (vinte e quatro) meses, contados da data de início de vigência do título de capitalização. Assim, não há falar em abusividade de cláusula contratual que estipule prazo de carência para devolução de valores aplicados em planos de capitalização, desde que redigida em estrita obediência ao previsto na legislação vigente sobre a matéria.

4. A estipulação de cláusula de carência para resgate visa proteger os recursos da capitalização, a fim de impedir que a desistência de algum dos aderentes prejudique os demais detentores de títulos dentro de uma mesma sociedade de capitalização, impedindo o cumprimento de obrigações previstas pela companhia como, por exemplo, o pagamento da premiação por sorteio.
5. Na espécie, a cláusula contratual que estipule prazo de carência foi elaborada em conformidade com a legislação vigente, não podendo ser considerada abusiva por não causar prejuízo ao consumidor, além de não ter a intenção de puni-lo, antes tem por objetivo proteger o interesse coletivo dos participantes (também consumidores) dos planos de capitalização.
6. A cláusula que estipule prazo de carência nos contratos de capitalização deve ser clara e precisa, a fim de atender todas as diretrizes insculpidas no Código de defesa do Consumidor e garantir transparência suficiente nas relações jurídicas estabelecidas entre aderente e sociedade de capitalização.
7. Embargos de divergência conhecidos e providos

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Cinge-se a controvérsia em definir quanto a validade ou não de cláusula contratual instituidora de prazo de carência para devolução de valores aplicados em títulos de capitalização.

Inicialmente, no tocante a admissibilidade dos embargos de divergência em exame, é bem de ver que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a previsão contratual de prazo de carência para devolução de valores aplicados em cotas de capitalização é abusiva, por contrariar as finalidades legalmente previstas para o referido título, bem como por ofender critérios de razoabilidade. Confira-se a ementa do acórdão embargado:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TÍTULOS DE CAPITALIZAÇÃO. RESGATE

ANTECIPADO. CLÁUSULA INSTITUIDORA DE PRAZO DE CARÊNCIA. ABUSIVIDADE. OCORRÊNCIA.

1. Os títulos de capitalização não se confundem com investimentos ou contratos de consórcio.
2. O desenho legal dos títulos de capitalização tem em sua essência o desestímulo à desistência e o incentivo à pontualidade das aplicações, afastando-se qualquer fundamento teleológico para a instituição de prazo de carência para devolução da cota capitalizada ao consumidor.
3. A previsão de faculdade, em favor da sociedade de capitalização, para instituição do prazo de carência, prevista no 23, § 1º, da Circular SUSEP nº 365/08, ofende a finalidade da atuação estatal que, segundo o art. 2º do Decreto-Lei nº 261/67, deve ser exercido "no interesse dos portadores de títulos de capitalização".
4. Por contrariar as finalidades legalmente previstas, bem como por ofender os critérios de razoabilidade, a previsão contratual de prazo de carência para devolução de valores relativos à cota de capitalização é abusiva.
5. Negado provimento ao recurso especial.

Naquela oportunidade, o então Relator, Ministro Sidnei Beneti, ficou vencido, tendo os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva acompanhado a divergência inaugurada pela Ministra Nancy Andrighi (fls. 844/845).

Por outro lado, a Quarta Turma deste Tribunal Superior, no julgamento do REsp n. 1.216.673/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, apontado como paradigma, assentou, expressamente, que "o formato desenhado para os títulos de capitalização, com suas cláusulas de devolução apenas parcial do capital investido e de prazo de carência para que ocorra essa devolução, além de estar revestido de legalidade, como se viu, tem raízes também em fundamentos econômicos que justificam o modelo adotado. A desistência, a qualquer tempo, dos investidores com a devolução imediata dos recursos por eles vertidos para o plano de capitalização prejudica os demais aplicadores que pretendam manter o plano estabelecido, uma vez que a saída de recursos extemporaneamente reduz a capacidade da sociedade que administra o plano de obter maiores rendimentos nas aplicações de longo prazo e, por consequência, de proporcionar maiores ganhos a seus clientes".

No mencionado julgamento, acompanhei o entendimento do em. Ministro João Otávio de Noronha, juntamente com o Ministro Raul Araújo e a Ministra Maria Isabel Gallotti.

É de se concluir, pois, que do acórdão paradigma colhe-se que é válida previsão contratual que prevê, para o resgate antecipado, prazo de carência para devolução de quantia aplicada em títulos de capitalização, o que,

como se constata, confronta com o entendimento defendido no acórdão embargado, no sentido de que cláusula contratual que estipule prazo de carência para a devolução de valores relativos à títulos de capitalização é abusiva.

Nesse contexto, o tratamento jurídico aplicado à luz da mesma legislação federal – Decreto-Lei n. 261, de 28 de fevereiro de 1967 – foi diverso, configurando-se a divergência entre julgados das turmas que compõem esta Segunda Seção.

4. Quanto ao mérito, anoto que Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti apresenta profícuo e extenso estudo sobre a origem histórica dos planos de capitalização:

Há unanimidade quanto ao nascimento da capitalização, sendo seu momento inicial, segundo os autores, o ano de 1850, quando Paul Viget, diretor de uma cooperativa francesa de mineiros, teve a idéia de estabelecer uma forma de auxílio financeiro para os associados através de suas próprias poupanças. Da evolução surgiu uma operação complexa, na qual se combina "a captação de poupança programada pela comercialização de títulos com sorteio de prêmios periódicos". Os planos de capitalização, sem prejuízo de sua sofisticação e adequação aos novos tempos, continuam seguindo a arquitetura tradicional da combinação destes dois aspectos.

A idéia inicial de capitalização ganhou um extraordinário impulso na França, chegando alguns autores a afirmar que a capitalização foi um dos pilares da captação de poupança popular naquele país, tendo de lá se propagado para outras nações de origem latina, no alvorecer do século XX.

Existe também segurança quanto ao momento da chegada da capitalização no Brasil, sendo todos concordes quanto ao ano de 1929, com o funcionamento da primeira sociedade voltada para este fim. É interessante notar que naquele mesmo ano a capitalização aporta na vizinha Argentina.

Introduzida entre nós a capitalização, quatro anos depois veio a primeira norma disciplinadora da modalidade contratual, especificamente o Decreto-lei nº 22.456, de 10.2.1933 (revogado pelo Decreto-lei nº 261, de 28.2.1967). Sem desconsiderar o momento histórico, no qual se permitia a edição de normas com força de lei sem necessidade dos processos democráticos, a celeridade do legislador encontrava justo motivo por se tratar fundamentalmente de instrumento de captação de poupança popular.

A norma legal em questão era assaz enxuta, acolhendo o modelo já praticado em nosso país. Note-se que naquele momento era grande a popularidade do instituto, considerando, inclusive, que nas décadas de 1930 e 1940 a capitalização foi largamente difundida, sendo este período antecedente ao trauma inflacionário. A partir da década de 1950 é que se iniciou o processo de retração da capitalização.

Daí em diante, a evolução da capitalização no Brasil, na síntese de Rita Batista, ocorre nos seguintes termos:

A implantação da correção monetária na década de 1960 e a introdução de reformas no Sistema Financeiro Nacional proporcionaram o ressurgimento da capitalização, dando-lhe novo impulso na década seguinte. Os anos 1980 foram marcados pela entrada no setor de grandes conglomerados financeiros, fato que alterou para sempre o funcionamento do mercado nacional de capitalização. Na década de 1990, ocorreu um desenvolvimento mais estruturado do segmento, acentuando-se ainda mais o crescimento da capitalização no País, consequência do controle inflacionário e estabilidade monetária.

A partir de 2000, em decorrência da estabilização financeira e das modificações que permitiram maior flexibilidade aos produtos ofertados pelas companhias de capitalização, passa a ocorrer um novo crescimento do mercado de capitalização brasileiro. (CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Títulos de capitalização*. São Paulo: MP, 2007, p. 11-13).

Com efeito, a regulamentação do mercado de capitalização brasileiro teve origem no Decreto-Lei n. 22.456, de 10 de fevereiro de 1933, posteriormente revogado pelo Decreto-Lei n. 261, de 28 de fevereiro de 1967 (alterado pela Lei Complementar n. 137, de 26/08/2010), que remeteu ao Conselho Nacional de Seguros Privados - CNPS (órgão da União Federal componente da estrutura do Ministério da Fazenda) -, o poder regulamentar sobre a matéria e à Superintendência de Seguros Privados - Susep, a execução da política de capitalização traçada pelo CNPS.

4.1. De fato, a capitalização é um contrato onde uma das partes se compromete a aportar contribuições à outra, no caso uma sociedade de capitalização, que deverá realizar sorteios e promover reservas matemáticas em favor do subscritor do instrumento contratual.

César Fiúza traz o seguinte conceito para contrato de capitalização:

Capitalização é contrato pelo qual uma parte, o aderente, se obriga a formar durante certo tempo uma cotização, pagável ordinariamente em mensalidades e, a outra parte, a empresa capitalizadora, se obriga a lhe entregar uma soma previamente determinada, quer no término do contrato, quer antecipadamente por sorteio. O contrato gera um título que fica em poder do prestamista. (FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 15. ed. rev., atual. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 738).

Arnaldo Rizzato também aborda esse tipo de contrato, conceituando-o da seguinte maneira:

Pelo contrato de capitalização, ajustam as partes que uma delas se compromete a entregar uma prestação pecuniária mensal

durante certo tempo para outra, a qual, por seu turno, fica obrigada a pagar, no vencimento da estipulação ou em momento anterior, o total das prestações efetuadas, acrescido de juros e correção monetária. Mas o pagamento poderá ser antecipado, caso for sorteado a ele o número conferido à pessoa que paga as prestações.

Aquele que satisfaz as prestações denomina-se aderente ou prestamista. Quem recebe os valores é a companhia de capitalização. (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 13. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 1405).

4.2. Nessa linha de intelecção, o título de capitalização é o documento entregue ao aderente como prova do contrato, devendo sempre ser nominativo e trazer em seu corpo a indicação do número ou letras para o sorteio, as condições gerais do contrato e, de forma pormenorizada, as vantagens que a sociedade de capitalização garante, bem como todos os casos de caducidade ou redução dos benefícios. (FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 15. ed. rev., atual. e amp. - Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 740-741).

Aqui, peço *venia* à Ministra Nancy Andrighi para divergir quando ela afirma, no acórdão embargado, que, "em linhas gerais, os títulos de capitalização são títulos de crédito comercializados por sociedades constituídas e autorizadas a funcionar especificamente para sua comercialização e administração".

Como já dito, o título de capitalização é apenas o instrumento probatório do contrato, onde estão dispostas as cláusulas contratuais e condições da operação.

A professora Maria Helena Diniz é categórica ao afirmar que título de capitalização não é título de crédito (DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v.4 - 7. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 814).

Novamente Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti (obra citada) esclarece:

O chamado título de capitalização não preenche os requisitos caracterizadores de um título de crédito, não se configurando como ato jurídico unilateral, nem sendo documento necessário ou suficiente para o exercício dos direitos pelo seu portador.

4.3. Em relação às mencionadas companhias ou sociedades de capitalização, o artigo 1º, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 261/1967 as define como sendo aquelas que "tiverem por objetivo fornecer ao público, de acordo com planos aprovados pelo Governo Federal, a constituição de um capital perfeitamente determinado em cada plano, e pago em moeda corrente em um prazo máximo indicado no mesmo plano, a pessoa que possuir um título, segundo cláusulas e regras aprovadas e mencionadas no próprio título".

Extrai-se do mencionado conceito que a finalidade da capitalização é estimular o público a poupar, economizar um capital mínimo perfeitamente determinado. Ademais, o legislador, ao permitir a comercialização dos planos de capitalização, sem estabelecer um "valor mínimo de investimento", visou assegurar o acesso de todos a esse significativo sistema de poupança (artigo 2º, inciso I, do Decreto-Lei 261/67).

Fábio Ulhôa ressalta que:

É da essência econômica do contrato de capitalização a poupança do contratante que, ao se obrigar perante a sociedade pelas prestações periódicas, acaba forçando-se a economizar uma certa parte de sua renda. No prazo do contrato, ele terá direito à restituição do capital poupado, ou parte deste, acrescido dos consentirás definidos no título. (COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. 5. ed. - São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 478).

Em pesquisa encomendada pela BM&Bovespa, divulgada no final de 2012, apurou-se que "a poupança e a conta corrente são, disparados, os investimentos preferidos pelos brasileiros". As porcentagens foram as seguintes: **a) poupança: 44,4%; b) conta corrente: 37%; c) imóveis: 3,7%; d) títulos de capitalização: 3,3%; e) ações: 1%.** (<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/12/14/brasileiro-prefere-investir-em-poupanca-e-acha-que-bolsa-e-para-ricos.htm>).

Edmilson Gama da Silva, Marcos Eduardo de Carvalho e Ryvo Matias Pires dos Santos também trazem dados comparativos bastante interessantes sobre os dois institutos:

De 1996 a 2004, o mercado de capitalização movimentou um volume de faturamento acumulado da ordem de R\$ 44,6 bilhões, apresentando valores anuais médios de R\$ 4,9 bilhões. Para o ano 2005, estima-se um faturamento em torno de R\$ 7,5 bilhões.

Nesse mesmo período, os depósitos em caderneta de poupança apresentaram um crescimento contínuo, saltando de R\$ 72 bilhões, em dezembro de 1995, para R\$ 159,04 bilhões, em dezembro de 2004 - com a projeção de R\$ 170 bilhões para dezembro de 2005. (SANTOS, Ryvo Matias Pires dos Santos,

CARVALHO, Marcos Eduardo de, SILVA, Edmilson Gama da. *Capitalização: histórico, conceito, perspectivas*. - Brasília: FUNENSEG, 2006, p. 82).

5. Acerca da constituição do Sistema Nacional de Capitalização, o artigo 3º do Decreto-Lei n. 261/1967 distribuiu a competência entre o CNPS e a Susep para geri-lo:

Art. 3º. Fica instituído o Sistema Nacional de Capitalização, regulado pelo presente Decreto-lei e constituído:

I - Do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP).

II - Da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

III - Das sociedades autorizadas a operar a capitalização.

§ 1º. Compete privativamente ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) fixar as diretrizes e normas da política de capitalização e regulamentar as operações das sociedades do ramo, relativamente às quais exercerá atribuições idênticas às estabelecidas para as sociedades de seguros, nos termos dos incisos I a VI, X a XII e XVII a XIX do art. 32 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

§ 2º. A Susep é o órgão executor da política de capitalização traçada pelo CNSP, cabendo-lhe fiscalizar a constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades do ramo, relativamente às quais exercerá atribuições idênticas às estabelecidas para as sociedades de seguros, nos termos das alíneas a, b, c, g, h, i, k e i do art. 36 do Decreto-Lei nº 73, de 1966.

[...].

Dentro dessa competência instituída pelo referido Decreto-Lei, tem-se que, com base na autorização prevista no artigo 3º, o CNSP editou a Resolução CNPS n. 015, de 12/05/1992 (alterada pelas Resoluções CNSP 23/2002 e CNSP 101/2004), que estabelece as normas reguladoras das operações de capitalização no país, e a SUSEP editou a Circular 365, de 27 de maio de 2008 (alterada pelas Circulares Susep 378/2008, 396/2009 e 416/2010), que dispõe sobre as operações, condições gerais e a nota técnica atuarial dos títulos de capitalização.

Nesse passo, os artigos 71, § 1º, da CNPS n. 015/1992 e 23, §§ 1º e 2º, da Circular Susep n. 365/2008 regularam o tema tratado nos presentes embargos de divergência, qual seja, a validade de cláusula contratual instituidora de prazo de carência para devolução de valores aplicados em títulos de capitalização. Confira-se o disposto nos referidos dispositivos:

Art. 71 As Sociedades de Capitalização ficam obrigadas a prestar quaisquer esclarecimentos com relação ao título de capitalização, mediante solicitação por escrito dos interessados.

§ 1º Anualmente, deverá ser informado o valor de resgate atualizado ao subscritor de título cujo prazo de carência para resgate já tenha decorrido. (grifou-se).

§ 2º - As Sociedades de Capitalização deverão fornecer ao subscritor, no ato da subscrição do título, os percentuais em relação aos prêmios comerciais, que representam as quotas de capitalização utilizadas na formação da provisão matemática.

Art. 23. A sociedade de capitalização não poderá se apropriar da provisão matemática dos títulos suspensos ou caducos por inadimplência dos pagamentos, devendo colocar à disposição do titular, independentemente do número de pagamentos efetuados, o valor de resgate após o prazo de carência, ainda que a inadimplência ocorra em data anterior ao prazo de carência fixado.

§ 1º Para o caso de resgate antecipado, total ou parcial, do montante da provisão matemática, é facultada a fixação de um prazo de carência para efetivação do pagamento, não superior a 24 (vinte e quatro) meses, contados da data de início de vigência do Título de Capitalização. (grifou-se).

§ 2º O prazo de carência não poderá ser superior ao prazo de vigência do título, observado o disposto no parágrafo anterior.

De início, importante transcrever trecho do voto do em. Relator, Ministro João Otávio de Noronha, no acórdão indicado como paradigma (Resp 1.216.673/SP), sobre a edição de resoluções, circulares e outros instrumentos não legislativos, pela administração, para controlar e regular setores da economia, desde que "respeitados os limites explicitados no ato de delegação respectivo":

Abro aqui um parêntese para esclarecer que a normatização de algumas matérias, particularmente daquelas de cunho econômico-financeiro, por meio de resoluções, circulares e outros instrumentos não legislativos, tem sido aceita pela jurisprudência pátria, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, como forma de possibilitar à administração controlar e regular, de forma ágil e especializada, determinados setores da economia, respeitados os limites explicitados no ato de delegação respectivo. A Constituição Federal, enquanto tenha afastado o Estado da exploração direta de certas atividades econômicas, deu-lhe atribuições de agente normativo com a missão de fiscalizar, incentivar e planejar aquelas mesmas atividades, conforme previsto no art. 174.

Fábio Konder Comparato ao cuidar de análise das resoluções editadas pelo Conselho Monetário Nacional, em situação similar à que ora se apresenta, entende tratar-se de técnica legislativa que representa instrumento indispensável do Poder Público para acompanhar e influenciar a conjuntura econômica. Tais resoluções, ressalta o jurista, não constituem simples ato administrativo, mas, antes, atuam na realidade como o necessário momento integrativo do conteúdo legal, participando de sua

¹COMPARATO, Fábio Konder. Abertura de Crédito. Nulidade de cláusula contratual. Revista de Direito Mercantil, n. 3, ano 10: Nova Série, 1971, p. 62.

natureza ("Abertura de Crédito. Nulidade de cláusula contratual". Revista de Direito Mercantil n. 3, ano 10, Nova Série, 1971, p. 62). Eros Roberto Grau, antes mesmo de integrar a Suprema Corte brasileira, já ensinava o seguinte: "À potestade normativa por meio da qual essas normas são geradas, dentro de padrões de dinamismo e flexibilidade adequados à realidade, é que denomino capacidade normativa de conjuntura. Cuida-se – repita-se – de dever-poder, de órgãos e entidades da Administração, que envolve, entre outros aspectos, a definição de condições operacionais e negociais, em determinados setores dos mercados. Evidente que esse dever-poder há de ser ativado em coerência não apenas com as linhas fundamentais e objetivos determinados no nível constitucional, mas também com o que dispuser, a propósito do seu desempenho, a lei. Note-se, ademais, que, no exercício da capacidade normativa de conjuntura, nada mais faz a Administração senão atender às demandas do sistema econômico, provendo a fluência da circulação econômica e financeira. Os agentes econômicos com atuação em campo objeto de regulação por meio da capacidade normativa de conjuntura restam, em tais condições, nesta atuação, vinculados pelo que dispuserem tanto as emanações dessa capacidade normativa quanto a própria lei. Esta, de resto, haverá de ser sempre o fundamento de tal vinculação, visto que aludida capacidade normativa somente estará ungida de legalidade quanto e se ativada nos quadrantes da lei. Assim, o atuar de tais agentes econômicos estará sempre submetido aos ditames conjunturais que motivam a edição de atos normativos produzidos no âmbito daquela mesma capacidade normativa" ("A ordem econômica na Constituição de 1988; interpretação é crítica". São Paulo: RT, 1990, p. 171-172).

No mesmo sentido, precedente deste Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR PRÉ-PAGO. CRÉDITOS ADQUIRIDOS MEDIANTE CARTÕES PRÉ-PAGOS. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA UTILIZAÇÃO. DIREITO CONSUMERISTA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 81 E 82, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 129, III, DA CF. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. A regulação das atividades *pro populo* exercida pelas agências reguladoras, mediante normas secundárias, como, v.g., as Resoluções, são impositivas para as entidades atuantes no setor regulado.

2. Sob esse enfoque leciona a abalizada doutrina sobre o tema: "(...) Dado o princípio constitucional da legalidade, e consequente vedação a que os atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades há de cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem , na forma da lei, provir de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo

VI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir, as normas e determinações da alçada do poder concedente (cf. Capítulo XII, ns. 40-44) ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada "supremacia especial" (cf. Capítulo XIV, ns. 12 a 15)" Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 2006, p-172.

3. A presunção de legitimidade desses atos equipara-se a de qualquer ato administrativo, por isso que, enquanto não revogados, produzem os seus efeitos.

[...].

(REsp 806304/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008)

Nesse diapasão, a validade de cláusula contratual instituidora de prazo de carência pode perfeitamente ser analisada à luz da regulamentação do CNSP e da Susep, desde que, como bem ressaltado pelo Ministro João Otávio de Noronha, sejam respeitados os limites explicitados no ato de delegação respectivo, qual seja, o Decreto-Lei n. 261, de 28 de fevereiro de 1967.

Ademais, deve-se ter ciência de que eventual lacuna legislativa também pode – e deve – ser suprida pela aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

5.1. Analisando detidamente os artigos 71, § 1º, da CNPS n. 015/1992 e 23, §§ 1º e 2º, da Circular Susep n. 365/2008, nota-se que o primeiro admite, genericamente, a estipulação de prazo de carência, enquanto o segundo, de forma específica, permite a fixação de prazo da mesma natureza, não superior à 24 (vinte e quatro) meses, contados da data de início de vigência do título de capitalização.

Assim, a meu juízo, não há falar em abusividade de cláusula contratual que estipule prazo de carência para devolução de valores aplicados em planos de capitalização, desde que redigida em estrita obediência ao previsto na legislação vigente sobre a matéria.

Outrossim, ressalte-se que a estipulação de cláusula de carência para resgate visa proteger os recursos da capitalização, a fim de impedir que a desistência de algum dos aderentes prejudique os demais detentores de títulos dentro de uma mesma sociedade de capitalização, impedindo o cumprimento

de obrigações previstas pela companhia como, por exemplo, o pagamento da premiação por sorteio.

Deve-se ter em mente que o desfalque repentino do plano, caso não haja cláusula estipulando a carência, poderá impossibilitar o funcionamento das sociedades, prejudicando os demais detentores de títulos de capitalização, que funcionam dentro de uma estrutura matemática, e colocando em risco a própria atividade econômica.

O Ministro João Otávio de Noronha, em seu voto, enfatiza que "o formato desenhado para os títulos de capitalização, com suas cláusulas de devolução apenas parcial do capital investido e de prazo de carência para que ocorra essa devolução, além de estar revestido de legalidade, como se viu, tem raízes também em fundamentos econômicos que justificam o modelo adotado. A desistência, a qualquer tempo, dos investidores com a devolução imediata dos recursos por eles vertidos para o plano de capitalização prejudica os demais aplicadores que pretendam manter o plano estabelecido, uma vez que a saída de recursos extemporaneamente reduz a capacidade da sociedade que administra o plano de obter maiores rendimentos nas aplicações de longo prazo e, por consequência, de proporcionar maiores ganhos aos seus clientes".

Na doutrina, Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti defende a licitude das cláusulas que estipulam prazo de carência nos contratos de capitalização:

É possível e lícita a inclusão de cláusulas estipulando prazos de carência, que podem ser previstas em duas diferentes modalidades.

A cláusula pode prever um prazo mínimo para o início da formação da reserva matemática, ou estipular percentuais menores nos meses iniciais. O fundamento econômico desta previsão contratual é possibilitar o reembolso, através das primeiras contribuições, dos valores gastos para comercialização e operacionalização dos títulos e do plano de capitalização.

A cláusula de carência é válida e eficaz a fim de evitar maiores prejuízos, que a própria cessação das contribuições, quando da extinção unilateral do contrato, logo no início de sua vigência. Entender diferentemente implicaria na imposição à empresa de capitalização de arcar com os custos de operacionalização e comercialização, afora a frustração do não-cumprimento do contrato pelo outro. Não é jurídico o raciocínio que leve uma parte a arcar com os danos decorrentes do inadimplemento da outra.

[...].

As cláusulas restritivas podem também aparecer como estipulação de prazo mínimo para resgate, significando que o recebimento, em devolução, da reserva matemática (aqui já formada) só poderá ocorrer após um período demarcado, com as reduções postas em cláusula penal. O escopo desta previsão é

assegurar o equilíbrio e a administração do plano de capitalização, não sendo este, a todo instante, desfalcado para restituições. Também aqui a cláusula deve gozar de justa aceitação, ainda que nem sempre seja este o entendimento, por incompreensão dos fundamentos da regra contratual. Tais cláusulas encontram fundamento e razão de ser, não se configurando como abusivas. Ao contrário, propiciam mecanismo para o correto desenvolvimento do contrato e a proteção da coletividade de titulares das séries de capitalização. (CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Títulos de capitalização*. São Paulo: MP, 2007, p. 92-93)

Também nesse sentido, trago os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

O contrato de capitalização poderá conter: a) cláusula penal para evitar resolução unilateral pelo aderente para proteção dos demais subscritores e da sociedade de capitalização; b) cláusula sobre prazo mínimo de carência para o início da formação da reserva matemática, para que haja reembolso, com as primeiras contribuições, do quantum gasto com a comercialização dos títulos de capitalização; c) cláusula estipulando prazo mínimo para resgate para garantir que o plano de capitalização não sofra constantes desfalques para restituição de reserva matemática. (DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos, v.4 - 7. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 814-815). - grifou-se.

5.2. Entretanto, assim como disposto no artigo 23, § 1º, da Circular Susep n. 365/2008 e nas lições da professora Maria Helena Diniz, a estipulação de prazo de carência é facultativa para as sociedades de capitalização.

A Ministra Nancy Andrighi, no acórdão embargado, argumentou que essa facultatividade levaria a entender que "não é da essência dos títulos de capitalização a imposição do prazo de carência para a devolução dos valores aplicados".

Porém, essa facultatividade não existe para afastar o prazo de carência, e sim para permitir que alguns bancos, em busca de investidores, reduzam ou até abram mão do referido prazo:

Alguns bancos, em busca de investidores, procuram reduzir o prazo, aumentar a correção dos valores pagos, estipular a carência para saque passe para três meses ou oferecer a possibilidade de quitação antecipada do plano. Outros chegam a permitir que o investidor pague o plano a vista, ou em até cinco anos, e concorra durante dez anos a dois sorteios semanais pela Loteria Federal. Nos planos a vista, ou com pagamento em um ano, permite-se, em certos bancos, que o primeiro saque possa ser feito após doze meses. (DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico

e prático dos contratos, v.4 - 7. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 815).

6. Quanto à incidência do Código Consumerista, defendida pela embargada, o art. 6º, inciso V, do CDC, ao reconhecer, como direito do consumidor, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão, em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, tem como objetivo colocar dentro de padrões equilibrados a relação entre as partes, de tal sorte que o consumidor não fique preso a uma situação que lhe cause constante prejuízo.

O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, considera nula a cláusula contratual abusiva ou que seja incompatível com a boa-fé ou a eqüidade (inciso IV) e que esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (inciso XV).

O sistema de proteção ao consumidor, portanto, busca conferir equilíbrio a relação entre consumidor e fornecedor. Todavia, o Código de Defesa do Consumidor não tem por objetivo criar ou proteger situação em que o consumidor leve vantagem indevida sobre o fornecedor. O propósito da Lei é o de que cada parte receba o que lhe é devido, sem que ocorra exploração do consumidor ou prejuízo injustificado do fornecedor.

Na espécie, a cláusula contratual que estipule prazo de carência foi elaborada em conformidade com a legislação vigente, não podendo ser considerada abusiva por não causar prejuízo ao consumidor, além de não ter a intenção de puni-lo, antes tem por objetivo proteger o interesse coletivo dos participantes (também consumidores) dos planos de capitalização.

Trago, como reforço de argumentação, trecho do voto da Quarta Turma, quando o eminente Relator menciona a necessidade de aplicação da teoria do "diálogo das fontes", desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme e no Brasil pela professora Cláudia Lima Marques:

Como já acentuei anteriormente, nas relações jurídicas existentes entre a recorrente e seus clientes incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor. Tal não induz, porém, ao alijamento das demais normas legais que sejam aplicáveis a dado negócio jurídico realizado entre as partes, uma vez que é perfeitamente factível sua compatibilização. No caso em julgamento, é preciso, de um lado, preservar a identidade do produto concebido em conformidade com legislação especificamente prevista para abrangê-lo e, de outro, proteger o interesse do consumidor.

Exemplo perfeito e acabado dessa harmonização ocorreu no julgamento da ADI n. 2.591, sobre o qual escreveu a professora Cláudia Lima Marques:

"O Supremo Tribunal Federal, no histórico julgamento da ADIn 2.591, que concluiu pela constitucionalidade da aplicação do CDC a todas as atividades bancárias, reconheceu a necessidade atual do 'diálogo das fontes'. Do voto do Min. Joaquim Barbosa extrai-se a seguinte passagem: *'Entendo que o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver. Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que con clamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis'*. Em relação ao alegado confronto entre lei complementar disciplinadora da estrutura do sistema financeiro e CDC, o Min. Joaquim Barbosa, referindo-se à técnica do *diálogo das fontes*, observa: *'Não há, a priori, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em influências recíprocas, em aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente.'* ("Manual de Direito do Consumidor", 2^a ed., RT, 2008, p. 90.)

Na mesma obra, p. 91, vem o alerta:

"No Brasil de hoje, a construção de um direito privado com função social está a depender do grau de domínio que os aplicadores da lei conseguirem alcançar, neste momento, sobre o sistema de coexistência do direito do consumidor, do direito civil e do direito empresarial ou comercial das obrigações."

De minha parte, considero perfeitamente possível, sem desrespeitar os princípios do Código de Defesa do Consumidor, mas, até mesmo, harmonizando-os com outras normas legais que entendo aplicáveis ao caso em tela, reconhecer a validade da cláusula inquinada de abusiva nos contratos de capitalização por meio da qual se estipula prazo de carência para devolução dos valores investidos por quem desiste do plano a que aderiu.

Importante consignar, ainda, que a cláusula que estipule prazo de carência nos contratos de capitalização deve ser clara e precisa, a fim de atender todas as diretrizes insculpidas no Código de Defesa do Consumidor, e garantir transparência suficiente nas relações jurídicas estabelecidas entre aderente e sociedade de capitalização.

O Ministro Relator, no acórdão paradigmático, defende que " a incidência das normas consumeristas não deve se dar de forma tal que obrigue o fornecedor a desnaturar completamente os seus produtos, principalmente quando elaborados em conformidade com a legislação vigente. O que deve ser

assegurado ao consumidor, em casos tais, é a informação clara a respeito das características do produto, a perfeita explicitação dos seus termos e condições, a fim de que não haja surpresa para aquele que o adquire".

Assim, compartilho do entendimento da Quarta Turma no sentido de aceitar como válida cláusula contratual que estipule prazo de carência nos contratos de capitalização, pois o entendimento contrário, a meu juízo, representa duro golpe neste instrumento de formação de poupança, além de ferir o interesse coletivo dos participantes das companhias de capitalização.

6. Ante o exposto, CONHEÇO dos embargos de divergência e DOU-LHES PROVIMENTO para reconhecer a validade da cláusula contratual instituidora de prazo de carência para devolução de valores aplicados em títulos de capitalização, e, em consequência, julgar improcedente o pedido inicial, invertendo-se os ônus sucumbenciais, observado o artigo 18 da Lei n. 7.357/1985.

É como voto.