

*Temas essenciais de
direito empresarial*

Estudos em homenagem
a **MODESTO CARVALHOSA**

COORDENADOR
LUIZ FERNANDO MARTINS KUYVEN



RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÕES GESTORAS DE PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Osmar Brina Corrêa Lima

Professor Titular de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFMG.
Master of Comparative Law – Southern Methodist University – Dallas (EUA).
Doutor em Direito pela UFMG. Subprocurador-Geral da República aposentado.

Sérgio Mourão Corrêa Lima

Professor Adjunto de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFMG. Professor Convidado do Departamento de Direito Mercantil da Universidad de Valencia – Espanha (2009/2010). Doutor em Direito pela UFMG. Pós-Doutor pela Universidad de Alcalá de Henares (Espanha). Indicado como Expert pelo Governo brasileiro para o Mecanismo de Solução de Controvérsias do Mercosul.

INTRODUÇÃO

Risco, segurança e previdência são palavras cujos significados guardam estreita relação.

Risco corresponde ao grau de incerteza a respeito do futuro¹, que pode se manifestar de forma mais ou menos favorável. Todas as pessoas, com maior ou menor intensidade, dispendo de meios, se empenham em eliminá-lo ou minimizá-lo.

Em grande parte dos casos, não é possível evitar que as pessoas sofram acidentes, adoeçam ou fiquem velhas; mas é viável provê-las de recursos e meios para que, em quaisquer destas circunstâncias, mantenham condições dignas de vida.

Nessa linha, a seguridade social compreende “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”².

¹ SOLOMON, E.; PRINGLE, J. J. *Introdução à administração financeira*. São Paulo: Atlas, 1981.

² “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (...)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (...)

A previdência, que consiste em uma das modalidades de seguridade, implementa-se por meio de contribuição ao governo (previdência social) e/ou de participação e aporte de dinheiro em plano de previdência complementar, de modo a assegurar posterior recebimento “de pecúlios ou de rendas”³, como forma de “proteger e amparar” a si e a sua família, no futuro e no caso de infortúnio ou enfermidade⁴.

Portanto, o objetivo da previdência é propiciar segurança⁵, tranquilidade e conforto às pessoas, em diferentes circunstâncias da vida. Contudo, no Brasil, o quadro previdenciário é preocupante, principalmente nas classes menos favorecidas, mais vulneráveis às doenças, acidentes, mortes e a uma série de danos e perdas decorrentes de suas atividades e do ambiente em que vivem.

O quadro é alarmante, principalmente porque a previdência social estatal (INSS), muito eficiente em recolher a contribuição das pessoas, tem se mostrado absolutamente ineficiente em assegurar-lhes condições razoáveis de vida, principalmente na velhice, que é quando necessitam de maiores cuidados.

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 (...)

Art. 202. O 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. (...)

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (...).”

³ Lei n. 6.435/77:

“Art. 1º Entidades de previdência privada, para os efeitos da presente Lei, são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.”

⁴ “pre.vi.dên.cia sf (lat praeventitia) 1 Previsão conjetural do futuro. 2 Ato ou qualidade do que é previdente. 3 Faculdade de ver antecipadamente; antevidência. P. divina: conhecimento certo que Deus tem do futuro. P. privada: forma de previdência na qual o trabalhador paga uma quantia mensal a uma empresa privada, até se aposentar, recebendo então um certo valor mensal, como complemento à aposentadoria paga pelo governo. P. social: conjunto de providências públicas para proteger e amparar o trabalhador e o funcionário e suas famílias, na velhice e nas enfermidades, por meio de aposentadoria e assistência médica e hospitalar”. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=previd%EAncia>>.

⁵ “se.gu.ran.ça sf (seguro+ança) 1 Ato ou efeito de segurar; segurança. 2 Estado do que se acha seguro; garantia. 3 Proteção: Os abrigos antiaéreos não oferecem segurança contra bombas atômicas. 4 Certeza, confiança, firmeza, infalibilidade. (...)”. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=seguran%EA>>, consultado em 2-8-2011.

OPERAÇÕES PRIVADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

O mercado da previdência comporta operações públicas e privadas. As primeiras são tratadas por legislação especial e inserem-se no âmbito da previdência social estatal (INSS)⁶. As operações privadas, por sua vez, envolvem a previdência complementar⁷.

Note-se que, no Brasil, a previdência complementar, que remonta à década de 60, foi intensificada com a edição da Lei n. 6.435/77, mediante a criação de planos restritos, em grande medida, a empregados (e familiares) de empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Constituição da República de 1988, no art. 202, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, dispôs que “o 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”.

Nessa linha, as Leis Complementares n. 108/2001 e 109/2001, que revogaram a Lei n. 6.435/77, instituíram duas modalidades de previdência complementar: fechada e aberta; que se submetem a tratamentos jurídicos distintos.

A previdência fechada é implementada através da criação de Planos de pensão restritos à participação de pessoas vinculadas a empregador específico⁸, que às vezes funciona como Patrocinador, porque contribui, juntamente com os seus empregados, para a formação do fundo de reserva (dinheiro), necessário ao pagamento dos “pecúlios ou rendas” aos Participantes dos Planos. Os recursos são geridos por fundações ou associações (sem finalidade lucrativa); são exemplos a PREVI, a PETROS e a FUNCEF, de cujos planos participam os empregados, respectivamente, do Banco do Brasil, da Petrobrás e da Caixa Econômica Federal, que figuram como Patrocinadores. O Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC) é o órgão responsável pela regulamentação da atividade de previdência complementar fechada⁹; a supervisão e a fiscalização competem à

⁶ Decreto-Lei n. 73/66:

Art. 3º (...). Parágrafo único. Ficam excluídos das disposições deste Decreto-lei os seguros do âmbito da Previdência Social, regidos pela legislação especial pertinente.

⁷ Lei Complementar n. 109/2001:

Art. 63. As entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras.

⁸ Lei Complementar n. 109/2001:

“Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I – aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e (...).”

⁹ Lei n. 12.154/2009:

“Art. 13. O Conselho de Gestão da Previdência Complementar, órgão da estrutura básica do Ministério da Previdência Social, passa a denominar-se Conselho Nacional de Previdência Complementar, que exercerá a função de órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.”

Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, criada pela Lei n. 12.154/2009¹⁰, que sucedeu a Secretaria de Previdência Complementar – SPC.

A previdência aberta ocorre através da formação de Planos abertos à participação das pessoas em geral, que aportam dinheiro para a formação do fundo de reserva, utilizado para pagamento dos “pecúlios ou rendas” aos Participantes. Os recursos são geridos por sociedades com finalidade lucrativa. O Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) é o órgão responsável pela regulamentação da atividade de previdência complementar aberta¹¹; o controle e a fiscalização competem à SUSEP – Superintendência de Seguros Privados¹².

O Conselho Monetário Nacional, por sua vez, tem a incumbência de estabelecer normas acerca da aplicação do dinheiro aportado pelos Participantes e administrado pelas entidades de previdência complementar, que compõem as reservas, as provisões e os fundos¹³.

¹⁰ A Lei n. 12.154, de 23-12-2009, “cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC e dispõe sobre o seu pessoal; inclui a Câmara de Recursos da Previdência Complementar na estrutura básica do Ministério da Previdência Social; altera disposições referentes a auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil; altera as Leis n. 11.457, de 16 de março de 2007, e 10.683, de 28 de maio de 2003; e dá outras providências”.

¹¹ Lei Complementar n. 109/2001:

“Art. 74. Até que seja publicada a lei de que trata o art. 5º desta Lei Complementar, as funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador serão exercidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas, e pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em relação, respectivamente, à regulação e fiscalização das entidades abertas.”

¹² “Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) – autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda; é responsável pelo controle e fiscalização do mercado de seguro, previdência privada aberta e capitalização. Dentre suas atribuições estão: fiscalizar a constituição, organização, funcionamento e operação das Sociedades Seguradoras, de Capitalização, Entidades de Previdência Privada Aberta e Resseguradores, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP; atuar no sentido de proteger a captação de poupança popular que se efetua através das operações de seguro, previdência privada aberta, de capitalização e resseguro; zelar pela defesa dos interesses e dos instrumentos operacionais a eles vinculados; promover o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos operacionais a eles vinculados; promover a estabilidade dos mercados sob sua jurisdição; zelar pela liquidez e solvência das sociedades que integram o mercado; disciplinar e acompanhar os investimentos daquelas entidades, em especial os efetuados em bens garantidores de provisões técnicas; cumprir e fazer cumprir as deliberações do CNSP e exercer as atividades que por este forem delegadas; prover os serviços de Secretaria Executiva do CNSP.” Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/ssp.asp>> (sítio consultado em: 8-10-2011).

¹³ Lei Complementar n. 109/2001:

“Art. 9º. As entidades de previdência complementar constituirão reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador. § 1º A aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o caput será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. § 2º É vedado o estabelecimento de aplicações compulsórias ou limites mínimos de aplicação.”

Por administrar recursos da coletividade de pessoas (Participantes), as instituições gestoras de Planos de previdência complementar fechados e abertos são consideradas instituições financeiras e integram o Sistema Financeiro Nacional¹⁴. Também por esta razão, o Superior Tribunal de Justiça externou preocupação com que o dinheiro, que compõe as reservas, não seja apropriado indevidamente ou geridos fraudulentamente (*Habeas Corpus* n. 33.674/SP).

OBSERVAÇÃO INICIAL

Para facilitar a leitura deste trabalho, nele serão adotadas as seguintes expressões simplificadas:

Expressão Simplificada	Significado
Plano	Plano aberto ou fechado de previdência complementar
Gestor	Instituição gestora de Planos abertos ou fechados de previdência complementar
Participantes	Participantes/Assistidos/Beneficiados dos Planos abertos ou fechados de previdência complementar
Patrocinador	Sociedade empregadora, que contribui, juntamente com os seus empregados, para a formação do Fundo de Reserva (dinheiro), necessário ao pagamento dos “pecúlios ou rendas” aos Participantes dos Planos fechados de previdência complementar
Fundo de Reserva	Dinheiro aportado pelos Participantes (e, às vezes, pelo Patrocinador, no caso dos planos fechados), necessário ao pagamento dos “pecúlios ou rendas”
Administrador	Cada um dos Administradores das instituições gestoras de Planos de previdência complementar

NATUREZA JURÍDICA DA INSTITUIÇÃO GESTORA DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (GESTOR)

O Código Civil de 2002 aponta as fundações, as associações e as sociedades como principais pessoas jurídicas de direito privado¹⁵.

¹⁴ <<http://www.bcb.gov.br/?SFNCOMP>>, consultada em 6-9-2010.

¹⁵ Código Civil:

“Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I – as associações;

II – as sociedades;

III – as fundações.

Parágrafo único. As disposições concernentes às associações aplicam-se, subsidiariamente, às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.”

Recorde-se que as fundações decorrem do destaque de patrimônio, por ato de vontade de instituidor, para determinada finalidade, descrita em seu estatuto. Não há associados ou sócios; portanto, suas atividades devem girar em torno de seu objeto; não de seus dirigentes. O instituidor poderá definir a forma de administração da fundação, que “somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”, e não pode ter seus objetivos desvirtuados¹⁶.

A constituição das associações¹⁷ e das sociedades¹⁸ também decorre de ato de vontade de seus fundadores. Contudo, não resulta de destaque patrimonial, mas da comunhão de objetivos de seus associados ou sócios.

¹⁶ Código Civil:

“Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. (...)”

Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma:

I – seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação;

II – não contrarie ou desvirtue o fim desta;

III – seja aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado.”

¹⁷ Código Civil:

“Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:

I – a denominação, os fins e a sede da associação;

II – os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III – os direitos e deveres dos associados;

IV – as fontes de recursos para sua manutenção;

V – o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos;

VI – as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução;

VII – a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.”

¹⁸ Código Civil:

“Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I – nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

II – denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

III – capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

IV – a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

V – as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;

VI – as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;

VII – a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

VIII – se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.”

Nas associações, os associados se organizam com fins não lucrativos¹⁹. Nas sociedades, diversamente, os sócios têm tais objetivos²⁰. Note-se que, tanto a associação, quanto a sociedade, devem funcionar com *superavit*, na medida em que *deficit* e prejuízos sucessivos certamente as conduziriam à insolvência ou à falência. Todavia, enquanto na associação os lucros não podem ser distribuídos aos associados, na sociedade a partilha dos resultados pode e deve ocorrer²¹. Nesse ponto reside a diferença entre a associação e a sociedade.

As sociedades consistem na reunião de pessoas “para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”²². As associações também resultam da “união de pessoas”²³, mas sem fins econômicos. Assim, enquanto nas sociedades pode e deve haver distribuição de dividendos para os sócios, nas associações o lucro tem que ser integralmente reinvestido em suas atividades (não pode ser apropriado por seus associados ou administradores)²⁴.

¹⁹ Código Civil:

“Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.”

²⁰ Código Civil:

“Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

²¹ “Vetor de grupamento no qual os membros aportam em conjunto, de forma permanente, seus conhecimentos ou suas atividades de maneira diversa que a partilha dos benefícios – não é vedado que os lucros sejam realizados, mas excluída sua distribuição entre os sócios”.

“Vecteur de groupement dont les membres mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que le partage de bénéfices – ce qui n'interdit pas que des profits soient réalisés mais exclut qu'ils soient répartis entre les sociétaires”. TEYSSIE, Bernard. Droit Civil – Les Personnes. Paris: LITEC, 2001, p. 330.

²² Código Civil:

“Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

²³ Código Civil:

“Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.”

²⁴ “Em pura doutrina, há distinção nas designações sociedade e associação, que servem para denominar, de um lado, as pessoas jurídicas formadas por um grupo (...) de pessoas, visando a uma finalidade econômica (sociedades), e, de outro lado (associações), as constituídas de um número (...) de indivíduos, tendo em vista fins morais, pios, literários, em suma, objetivos não econômicos ou ideais. O Código Civil, porém, deixou de se ater à distinção, e, se mais adequado é utilizar-se a designação associações para as pessoas jurídicas de fins não econômicos, nenhuma obrigatoriedade existe neste sentido, admitidas as expressões como sinônimas no Código Civil de 1916.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, p. 214-215.

Em regra, as fundações e as associações têm vantagens fiscais em relação às sociedades, exatamente porque o lucro, fruto do superávit no confronto de receitas e despesas, não pode ser distribuído a seus fundadores, associados, administradores ou terceiros. Por essa razão, eventual distribuição evidente ou disfarçada de dividendos, inclusive o lucro gerado em decorrência da falta de recolhimento de tributos, pode ensejar a responsabilidade civil e penal de seus administradores e de todos aqueles que também se beneficiaram do desvio de recursos da fundação ou da associação.

No caso das sociedades, nas quais a distribuição de lucros a seus sócios é admitida, a responsabilidade civil e penal cinge-se aos administradores e demais beneficiários de desvio ilícito de recursos.

Recorde-se que *as instituições gestoras dos Planos fechados de previdência complementar devem estruturar-se como fundação ou associação; aquelas incumbidas da gestão de Planos abertos constituem-se sob a forma de sociedade.*

NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (PLANO)

Em termos econômicos, a operação dos Planos de benefícios consiste na entrega do dinheiro, pelos Participantes e, às vezes, por Patrocinador, a uma instituição gestora de previdência complementar, que administra a soma dos recursos financeiros, investindo-os conforme as melhores alternativas do mercado, observados os parâmetros impostos pela autoridade reguladora e fiscalizadora.

Portanto, o Gestor atua gerindo bens de terceiros (a coletividade dos Participantes e, às vezes, o Patrocinador), assegurando recursos para o pagamento dos benefícios, no futuro.

Lembre-se que há sociedade quando pessoas “reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”²⁵. A lei atribui ou não personalidade jurídica à sociedade, que: no primeiro caso, é regular; e, no segundo, é “de fato” ou em comum²⁶.

No caso dos Planos, há “um aglomerado de pessoas naturais”²⁷, os Participantes, reunidos em sociedade. Todavia, a lei não lhes atribui personalidade jurídica própria. Essa coletividade de indivíduos exerce propriedade comum (condomínio) sobre o dinheiro e demais ativos adquiridos a partir dos recursos aportados pelos Participantes.

²⁵ Código Civil:

“Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

²⁶ Código Civil:

“Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.”

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I, p. 187.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que há “condomínio, quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes (...). A cada condômino é assegurada uma quota ou fração ideal da coisa e não uma parcela material desta. Cada cota ou fração não significa que a cada um dos comproprietários se reconhece a plenitude dominial sobre um fragmento físico do bem, mas que todos os comunheiros têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade dele, limitados, contudo, na proporção quantitativa em que concorre com os outros comproprietários na titularidade sobre o conjunto”²⁸.

Constata-se, pois, que os Planos de previdência complementar, tal como os fundos de investimento e os grupos de consórcio financeiro, sob o prisma subjetivo, consistem em coletividade de pessoas, que “reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade”, bem como “a partilha, entre si, dos resultados.” No campo objetivo, o conjunto de pessoas exerce a copropriedade (que o Direito designa por condomínio) sobre o dinheiro e os demais ativos.

A teoria geral do Direito distingue, com precisão, os compartimentos jurídicos voltados aos direitos da personalidade (que englobam também os entes despersonalizados, como as sociedades de fato ou em comum) e aqueles voltados aos direitos reais (que englobam a propriedade e a posse, exercidas individualmente ou em conjunto – condomínio e composses).

É verdade que o Direito processual atribui legitimidade processual a ente despersonalizado, formado pelo conjunto de pessoas que compartilham a propriedade em edifício: o condomínio edilício²⁹. Este, sob o prisma subjetivo, abarca o grupo de condôminos; e, sob o prisma objetivo, é formado pelo edifício, objeto da propriedade comum³⁰. Da mesma forma, a massa falida, no âmbito subjetivo, é composta pelo conjunto de credores; e, na esfera objetiva, envolve o conjunto de bens do Falido³¹.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. IV, p. 130.

²⁹ Código de Processo Civil:

“Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...)

III – a massa falida, pelo síndico; (...)

IX – o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.”

³⁰ “Art. 12: 24. (...) O condomínio edilício regularmente instituído e registrado no Registro de Imóveis (CC 1.332), é representado pelo síndico; quanto à representação do condomínio edilício irregular, sem registro, incide o CC 1.324, pelo qual o condômino que administrar sem oposição dos outros presume-se representante comum.

Art. 12: 24a. Há um acórdão entendendo que *este dispositivo aplica-se apenas ao condomínio edilício regularmente registrado* (STJ – 5ª T., REsp 20.343-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 1º-3-2001, não conheceram, v.u., DJU 19-3-2001, p. 129).”

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134.

³¹ “A partir da quebra, forma-se a massa falida, ente despersonalizado, representado pelo administrador judicial (antigo síndico), que: (a) sob o aspecto subjetivo, é formado pela coletividade de credores do falido; e (b) sob o enfoque objetivo, é composta pelo conjunto de bens do empresário.” CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 17.

O tratamento legal atribuído pelo Direito processual ao condomínio edilício e à massa falida não significa que todo conjunto de pessoas que exerçam a copropriedade sobre determinado patrimônio; ou que todo conjunto de credores; se tornem, sob o prisma subjetivo, condomínios edilícios e massas falidas (entes despersonalizados), respectivamente.

Nessa linha e considerando que os Planos de previdência complementar subjetivamente são formados pelos Participantes; que o patrimônio (dinheiro e os demais ativos) pertence aos Participantes, na medida em que cada Plano não tem personalidade jurídica; e que a gestão dos recursos é feita conforme o interesse dos Participantes, pode-se concluir que os Planos são sociedades de fato, formadas por Participantes (sócios), que exercem propriedade comum (condomínio) sobre o dinheiro e demais ativos adquiridos a partir dos recursos aportados pelos Participantes.

DISTINÇÃO PESSOAL E PATRIMONIAL ENTRE A INSTITUIÇÃO GESTORA (GESTOR) E OS PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (PLANO), FORMADO PELOS PARTICIPANTES

Não se confundem, de maneira alguma, a personalidade jurídica, o nome, e o patrimônio do Gestor – de um lado – e as personalidades, os nomes, e os patrimônios dos Participantes dos Planos geridos pelo Gestor.

Aplica-se *in casu* a norma basilar da “Chinese wall” (“Muralha da China”, em tradução livre), que consiste na separação clara entre o patrimônio da instituição administradora e o patrimônio da coletividade dos Participantes, reunidos em sociedade de fato (Plano). *Esta regra econômico/contábil visa a impedir que o dinheiro e os ativos dos Participantes-condôminos sejam confundidos com os recursos próprios do Gestor, o que poderia desvirtuar a natureza das operações de previdência complementar*³². Portanto, os recursos investidos no Plano e os ativos adquiridos pelo Plano não são do Gestor.

Note-se que a soma de todos os ativos do Plano, deduzidos seus passivos, corresponde ao seu patrimônio líquido³³.

BALIZAS PARA O INVESTIMENTO DO DINHEIRO DOS PARTICIPANTES DOS PLANOS PELO GESTOR

No que tange à aplicação do dinheiro recebido dos diversos Participantes dos Planos, os Gestores devem seguir as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, que visam a minimizar os riscos de perda de capital, distribuindo os investimentos nos seguintes segmentos: de renda fixa; renda variável; imóveis; empréstimos e financiamentos.

³² Caso isso ocorresse, haveria, na verdade, apropriação indébita.

³³ Instrução CVM n. 438/2006:

“Entende-se por Patrimônio Líquido do fundo a diferença entre o total do ativo realizável e do passivo exigível”. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/snc/Inst438Anexo.pdf>>, sítio consultado em 28-12-2010, às 12:28 horas do Brasil.

Cada um desses segmentos compreende investimentos diversos, que sempre devem ser implementados de acordo com elevados padrões éticos.

ATRIBUIÇÕES E DEVERES DOS ADMINISTRADORES DA INSTITUIÇÃO GESTORA DO PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Os Administradores (diretores e conselheiros) das instituições gestoras de Planos de previdência complementar têm atribuições e deveres.

As atribuições lhes abrem alguma margem de discricionariedade. Os deveres, não, porque o seu cumprimento é imperativo legal.

Cada Administrador da instituição gestora tem os deveres de:

- obediência ao ordenamento jurídico, mesmo porque “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”³⁴;
- diligência; e
- lealdade.

Os deveres de diligência e lealdade são meros corolários do dever de obediência, como demonstrado com este silogismo da Lógica formal ou menor:

1ª proposição (premissa maior):

O ordenamento jurídico impõe aos Administradores da instituição gestora os deveres de diligência e de lealdade;

2ª proposição (premissa menor):

O descumprimento dos deveres de diligência e de lealdade significa desobediência ao ordenamento jurídico.

Conclusão:

Logo, todo aquele que descumpra os deveres de diligência e de lealdade também descumpra, necessária e simultaneamente, o dever de obediência ao ordenamento jurídico.

O DEVER DE DILIGÊNCIA, O DEVER DE LEALDADE E O CONFLITO DE INTERESSES

Diligência é “interesse ou cuidado aplicado na execução de uma tarefa; zelo”³⁵.

O padrão clássico e abstrato do dever de diligência é a regra do *bonus pater familias* (bom pai de família): o Administrador da instituição gestora deve gerir o dinheiro e os ativos dos Participantes do Plano como o bom pai de família administra a sua casa³⁶.

³⁴ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942).

³⁵ *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0*, verbete “diligência”.

³⁶ PARÁBOLA DOS TALENTOS: “O Senhor age como um homem que, devendo fazer uma longa viagem para fora do país, chamou seus servidores e lhes colocou nas mãos seus bens. E tendo dado cinco talentos a um, dois a outro e um a outro, segundo a capacidade diferente de cada um, logo partiu. Aquele, pois, que tinha recebido cinco talentos, foi-se embora; negociou com seu dinheiro e ganhou cinco outros. Aquele que havia recebido dois, ganhou da mesma forma outros dois. Mas aquele que não havia recebido senão um, foi cavar na terra e

O conceito de lealdade, por sua vez, já se encontrava aninhado na Teologia (no Decálogo) e na Ética; no Direito, viu-se recebido como Princípio desde tempos imemoriais; em Roma, já se encontrava aninhado na própria definição do Direito: *Jus est ars boni et aequi* (o Direito é a arte do bom e do justo), na qual também se inseria a preocupação com o *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).

Assim, a lealdade é o “respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade”; a “fidelidade aos compromissos assumidos”; o “caráter do que é inspirado por este respeito ou fidelidade”³⁷.

No Direito brasileiro, a lealdade é um princípio particularmente importante em todas as situações em que alguém administra bens e interesses de terceiro, como no caso do administrador de organização de qualquer espécie ou tipo, qualquer que seja o seu objeto: fundação, associação, sociedade; com ou sem finalidade lucrativa; industrial, comercial, prestadora de serviços, etc.

Por fim, o ordenamento jurídico brasileiro mantém preocupação constante com as situações de conflito de interesses, conforme transparece de maneira bem explícita no art. 119 do Código Civil brasileiro de 2002:

“Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.”

aí escondeu o dinheiro do seu senhor. Muito tempo depois, o senhor desses servidores tendo retornado, pediu-lhes conta. E aquele que havia recebido cinco talentos veio lhe apresentar cinco outros, dizendo-lhe: Senhor, me havíeis colocado cinco talentos nas mãos, eis aqui cinco outros que ganhei. Seu senhor lhe respondeu: Bom e fiel servidor, porque fostes fiel em pouca coisa eu vos estabelecerei sobre muitas outras; entrai no gozo do vosso Senhor. Aquele que havia recebido dois talentos veio logo se apresentar a ele, dizendo-lhe: Senhor, me havíeis colocado dois talentos nas mãos, eis aqui dois outros que ganhei. Seu senhor lhe respondeu: Bom e fiel servidor, porque fostes fiel em pouca coisa, eu vos estabelecerei sobre muitas outras; entrai no gozo do vosso Senhor. Aquele que não havia recebido senão um talento, veio em seguida e lhe disse: Senhor, sei que sois um homem duro, que ceifais onde não haveis semeado, e colheis onde nada haveis empregado; por isso, como eu o temia, escondi vosso talento na terra; ei-lo, restituo o que é vosso. Mas seu senhor lhe respondeu: Servidor mau e preguiçoso, sabíeis que ceifo onde não semeiei, e que colho onde nada empreguei, devíeis, pois, colocar meu dinheiro nas mãos dos banqueiros, a fim de que, no meu retorno, eu retirasse com juro o que era meu. Que se lhe tire, pois, o talento que tem, e deem-no a aquele que tem dez talentos; porquanto dar-se-á a todos aqueles que já têm, e eles serão cumulados de bens; mas, para aquele que não tem, tirar-se-lhe-á mesmo o que pareça ter; e que se lance esse servidor inútil nas trevas exteriores; ali haverá choros e ranger de dentes” (Mateus, cap. XXV, v. de 14 a 30).

³⁷ Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0.

Note-se que o ordenamento jurídico brasileiro algumas vezes veda expressamente a própria situação de conflito de interesses³⁸; outras vezes permite ou tolera a situação de conflito de interesses com ressalvas³⁹.

Os deveres de diligência e de lealdade atingem frontalmente os Administradores das instituições gestoras de Planos de previdência complementar, principalmente porque responsáveis pela gestão de interesses, dinheiro e outros ativos de titularidade de vasto número de pessoas. Eis, por exemplo, o teor da Resolução n. 3.792/2009, do Conselho Monetário Nacional, tornada pública pelo Banco Central do Brasil e publicada no Diário Oficial da União de 28-9-2009, acerca dos Planos fechados de previdência complementar:

“Art. 4º Na aplicação dos recursos dos planos, os administradores da EFPC devem:

I – observar os princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez e transparência;

II – exercer suas atividades com boa fé, lealdade e diligência;

III – zelar por elevados padrões éticos; e

IV – adotar práticas que garantam o cumprimento do seu dever fiduciário em relação aos participantes dos planos de benefícios.”

O indesejável conflito de interesses também é preocupação que atinge as instituições gestoras, principalmente no caso dos Planos fechados de previdência complementar⁴⁰.

³⁸ Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76):

“Art. 162. (...) § 2º Não podem ser eleitos para o conselho fiscal (...) membros de órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia.

“Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse. (...)”

³⁹ Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76):

“Art. 156. (...) § 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido.”

⁴⁰ Resolução MPS/CGPC n. 13/2004, do Plenário do Conselho de Gestão da Previdência Complementar:

“Art. 3º Os conselheiros, diretores e empregados das EFPC devem manter e promover conduta permanentemente pautada por elevados padrões éticos e de integridade, orientando-se pela defesa dos direitos dos participantes e assistidos dos planos de benefícios que operam e impedindo a utilização da entidade fechada de previdência complementar em prol de interesses conflitantes com o alcance de seus objetivos.

Parágrafo único. É recomendável a instituição de código de ética e conduta, e sua ampla divulgação, inclusive aos participantes e assistidos e às partes relacionadas, assegurando-se o seu cumprimento.”

É que, não é raro que seus Administradores figurem: por um lado, como empregados de uma Patrocinadora; e por outro lado, como Administradores da instituição gestora dos Planos.

Assim, problema delicado ocorrerá se, em determinada situação concreta, o atendimento a pedido, solicitação, recomendação ou ordem da Patrocinadora significar ou implicar descumprimento do dever de lealdade para com os Participantes dos Planos de previdência complementar, na linha do preceito bíblico, do Evangelho de Mateus, Capítulo 6, n. 24: “Ninguém pode servir a dois senhores; porque ou há de odiar a um e amar o outro, ou há de dedicar-se a um e desprezar o outro. Não podeis servir a Deus e às riquezas.”

RESPONSABILIDADE CIVIL

Enfim, o ordenamento jurídico impõe ao Administrador comportamento e decisões prudentes, desprendidas de interesses conflituosos; sem descuidar-se do cumprimento dos deveres de diligência e de lealdade, na linha do que recomenda Flávio Martins Rodrigues:

Eles “devem atuar com vistas ao atendimento do interesse dos participantes e beneficiários, utilizando todo zelo e técnicas próprias da ciência da administração negocial e da ciência atuarial, de forma a aferir e evitar riscos desnecessários. Sua atuação, ademais, deverá pautar-se pelo dever de exercer seu *munus* fiduciário com probidade e lealdade, observando sempre o dever de informar aos destinatários dos benefícios, patrocinadores, instituidores, eventuais circunstâncias negativas que estejam se dando com os planos ou possam razoavelmente interferir ou que poderão vir a ocorrer no futuro”⁴¹.

Deliberação impensada e irrefletida é decisão negligente e desleal.

Nesta linha, cada Administrador da fundação, associação ou sociedade gestora de Plano de previdência complementar, que descumprir os deveres de obediência ao ordenamento jurídico, de diligência e de lealdade ou que, envolvido numa situação de conflito de interesses, prejudicar ou causar dano ao próprio Gestor, a Plano de previdência complementar ou a seus Participantes comete ato ilícito e poderá ser responsabilizado pessoalmente por esse ato.

O Código Civil brasileiro é claro:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴¹ RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão: temas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 230.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

A responsabilização é pessoal e implementa-se conforme os preceitos dos arts. 942 e 943 do Código Civil:

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.”

À luz do art. 942 do Código Civil, cada Administrador da instituição gestora do Plano de previdência complementar se responsabilizará e responderá pelos seus próprios atos.

Cuidado especial deverá ser tomado em se tratando de decisão colegiada. Aquele que participar de decisão colegiada e não concordar com a deliberação da maioria deve fazer constar da ata a sua dissensão ou discordância fundamentada; se não fizer isso, ficará solidariamente responsável por reparar os eventuais efeitos danosos.

A LEGITIMATIO AD CAUSAM ATIVA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA O ADMINISTRADOR DA INSTITUIÇÃO GESTORA DO PLANO

O art. 63 da Lei Complementar n. 109/2001, que “dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências”, dispõe o seguinte:

“Art. 63. Os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar.

Parágrafo único. São também responsáveis, na forma do caput, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada.”

Da leitura do *caput* do art. 63 se deduz, com facilidade, que a instituição gestora de Plano de previdência complementar tem *legitimatío ad causam* ativa para a propositura de ação de responsabilidade civil por prejuízos causados a ela por seus administradores (diretores ou conselheiros).

O referido dispositivo não prevê expressamente a chamada ação social derivada (*derivative suit*), como faz, por exemplo, a Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76), no seu art. 159, §§ 3º e 4º⁴².

Mas o disposto no art. 63 da Complementar n. 109/2001 não exclui a legitimidade ativa dos Participantes de Planos de benefícios para a propositura de ações de responsabilidade civil por prejuízos causados a eles pela instituição gestora e por seus Administradores:

- a uma, porque a providência encontra respaldo nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002;
- a duas, porque os planos de previdência complementar são entes despersonalizados (“sociedades de fato”), formados pelo conjunto de Participantes, cujos recursos financeiros são geridos pela instituição gestora e seus Administradores. Logo, cada um dos componentes do Plano está autorizado a buscar a reparação dos prejuízos que lhes foram impostos em decorrência do descumprimento dos deveres de obediência ao ordenamento jurídico, diligência e lealdade, na linha do que dispõe o art. 667 do Código Civil⁴³;
- a três, porque cada Participante mantém, com a instituição gestora, relação protegida pelo Direito consumerista (Lei n. 8.078/1990), na linha da Súmula n. 321 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”; e o art. 81 desse Código dispõe que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo”.

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 65 da Lei Complementar dispõe que o Administrador da fundação, associação ou sociedade gestora de Planos, que infringir qualquer disposição da Lei

⁴² Lei n. 6.404, de 15-12-1976:

“Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. (...)

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia-geral.

§ 4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social. (...)”

⁴³ Código Civil:

“Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substa-
belecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

Art. 668. O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.”

Complementar n. 109, de 29-5-2001, que “dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências” ou de seu regulamento, sujeita-se às seguintes penalidades administrativas:

- advertência;
- suspensão do exercício de atividades em entidades de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias;
- inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público; e
- multa de dois mil reais a um milhão de reais, devendo esses valores ser reajustados de forma a preservar, em caráter permanente, seus valores reais; essa multa será imputada ao agente responsável, poderá ser aplicada cumulativamente com as três penalidades anteriores, e, em caso de reincidência por parte do administrador, será aplicada em dobro.

A penalidade de multa é aplicável *solidariamente* ao Administrador e à própria instituição gestora dos Planos; mas, se esta for responsabilizada sozinha, ela poderá exercer o direito de regresso contra o Administrador infrator (Lei Complementar n. 109/2001, art. 65, § 1º).

As infrações serão apuradas mediante processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei n. 9.784, de 29-1-1999⁴⁴ (Lei Complementar n. 109/2001, art. 66).

RESPONSABILIDADE CRIMINAL

O Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus n. 33.674/SP⁴⁵, externou preocupação com que os recursos dos Participantes dos Planos, que compõem as reservas, não sejam apropriados indevidamente ou geridos fraudulentamente. Para tanto, entendeu que as entidades de previdência complementar, no âmbito criminal, estão equiparadas às instituições financeiras. Destaquem-se os seguintes excertos:

“EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. GESTÃO FRAUDULENTA. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

Instituição financeira, para os fins da Lei n. 7.492/86⁴⁶, é toda e qualquer pessoa jurídica de direito público ou privado, que, *como atividade principal ou acessória*,

⁴⁴ A Lei n. 9.784, de 29-1-1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

⁴⁵ STJ: Habeas Corpus n. 33.674 – SP (2004/0017491-7), Rel.: Ministro Hamilton Carvalhido; data de julgamento: 25-5-2004, DJU de 13-9-2004, p. 295.

⁴⁶ A Lei n. 7.492, de 16-6-1986, define os crimes contra o sistema financeiro nacional.

custodie, emita, distribua, negocie, intermedeie, ou administre valores mobiliários, ou capte, intermedeie, ou aplique recursos financeiros de terceiros, a ela se equiparando a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros, e a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas, ainda que de forma eventual.

O que caracteriza, para os fins da Lei n. 7.492/86, a instituição financeira, de natureza pública ou privada, é, essencialmente, que a sua atividade, principal ou acessória, tenha por objeto valores mobiliários ou recursos financeiros, por ela, sensu lato, captados ou administrados.

A entidade fechada de previdência privada, que capta e administra recursos destinados ao pagamento de benefícios de seus associados, equipara-se a instituição financeira para fins de incidência da Lei n. 7.492/86.

(...)

Desse modo, por força de natureza ou pela equiparação levada a cabo pela Lei 7.492/86 (artigo 1º, parágrafo único, inciso I, parte final), não há falar, relativamente às entidades fechadas de previdência complementar, na sua não recepção, nem na sua revogação pela Constituição Federal de 1988, à luz, respectivamente, da redação original do inciso II do seu artigo 192 ou da redação que lhe atribuiu a Emenda Constitucional n. 13, de 22 de agosto de 1996, que referiram, distintamente, estabelecimentos de seguro e de previdência entre outros, por incluído este último, estabelecimento de previdência, evidentemente, na disposição genérica da última parte do inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional.

A Emenda Constitucional n. 40/2003 – que reduziu as disposições referentes ao Sistema Financeiro Nacional ao que era o caput do artigo 192, com ligeiras modificações, suprimindo-lhe todos os demais incisos, com remessa da sua disciplina à lei complementar, e a Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001 – que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências, em nada repercutiram na Lei n. 7.492/86.

É que a decisão política de envio das entidades fechadas de previdência complementar do capítulo próprio do Sistema Financeiro Nacional para o capítulo da Seguridade Social não fez as entidades fechadas de previdência complementar estranhas à instituição financeira, nem as tornou independentes do Sistema Financeiro Nacional, como resulta do disposto nos artigos 192 da Constituição Federal e 3º, inciso II, e 31, parágrafo 2º, inciso I, da Lei Complementar n. 109, de 21 de maio de 2001 (...).”

Os crimes contra o sistema financeiro nacional acham-se tipificados na Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986.

Os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo encontram-se tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Os crimes contra o consumidor aparecem tipificados no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990).

CONCLUSÃO

O mais importante na vida e no mundo são as pessoas; em torno delas e para elas se voltam todos os ramos da ciência. O Direito não foge à regra; portanto, deve zelar pela segurança, tranquilidade e felicidade dos indivíduos.

Ainda assim, a população brasileira assistiu inerte e estupefata ao desvio do dinheiro da previdência social estatal (INSS) para outros destinos, nada vinculados às necessidades mais elementares dos cidadãos nos campos da saúde e da assistência social. Caiu por terra o propósito dos brasileiros de "proteger e amparar" a si e a sua família, no futuro e no caso de infortúnio ou enfermidade.

Em contrapartida, ofertou-se à população, *mas apenas aos mais abonados*, segurança, tranquilidade e conforto, através da participação em Planos de previdência complementar. Contudo, tal previdência será de nenhum efeito, se a gestão dos recursos da coletividade dos Participantes dos Planos for negligente e desleal.

A responsabilização ampla dos Administradores das instituições responsáveis por gerenciar o dinheiro e demais ativos da coletividade de Participantes dos Planos é maneira, senão de evitar, ao menos de desencorajar prática semelhante àquela constatada no âmbito da previdência social estatal.