

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PATROCINADORA PELO RESULTADO NEGATIVO DAS APLICAÇÕES DAS RESERVAS MATEMÁTICAS PELA ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - EFPC

Carlos Antônio Silva

Advogado

RESUMO

Considerando a importância da Reforma da Previdência que vem sendo implementada, com destaque para o incremento da Previdência Complementar Fechada, vamos desenvolver, neste artigo, uma abordagem orgânica e sistêmica dos aspectos que induziram a referida reforma, por meio do estudo das principais modificações apresentadas pelo arcabouço legal que legitima e introduz (Leis Complementares n.ºs 108 e 109, 2.001) o novo modelo de Previdência Complementar, bem como de que modo a legislação civil e de consumo podem influenciar nas relações jurídicas previdenciárias complementares. Buscaremos, igualmente, avaliar o papel de cada um dos agentes que interagem nessas relações jurídicas, sempre com a principal preocupação de delinear a responsabilidade civil da patrocinadora das Entidades Fechadas de Previdência Complementar quanto aos resultados negativos na gestão dos recursos que são alocados ao Fundo de Pensão respectivo, além de abordarmos as causas que podem induzir aos resultados negativos, e algumas sugestões para proteção das carreiras dos fundos de pensão, as quais poderão evitar ou reduzir o risco de os resultados indesejados virem a ocorrer.

Palavras-chave: Reforma da Previdência. Entidade Fechada. Responsabilidade Civil. Proteção.

ABSTRACT

Considering the importance of the Welfare system reforms which are being implemented, with emphasis on the increase of the Closed Complementary Welfare, we are going to develop in this paper, an organic and systemic approach to aspects which induced the reform, by way of the studying of the main modifications presented by the legal framework which makes it legitimate and introduces (Leis Complementares n.ºs 108 e 109, 2.001) the new model of Complementary Pension System, as well as the way civil and consumer legislation can influence in the juridical relationship of the complementary Pension System. We will also seek to evaluate the role of each agent that interacts in these juridical relationships, always with the main concern of delineating civil responsibility of the sponsor of the Closed Entities of Complementary Pension, regarding the negative results in the resource management which are placed with the respective pension fund. Besides the approach of causes which can induce the negative results and some suggestions for the protection of the pension funds portfolio which could avoid or reduce the risk of undesirable results.

Key words: Pension System Reforms. Closed Entities. Civil Responsibility. Protection.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por finalidade abordar “*A Responsabilidade Civil da Patrocinadora pelo Resultado Negativo das aplicações das Reservas Matemáticas pela Entidade Fechada de Previdência Complementar - EFPC*”.

A crise mundial dos modelos de Previdência, oficial e privada, levou os governantes à preocupação de como corrigi-la e garantir o futuro daqueles que dependem de um ou de outro regime.

No Brasil, a reforma da previdência foi capitaneada pelo argumento de que a Previdência Oficial, proporcionada pelo Estado brasileiro, tornou-se incapaz de atender a crescente demanda por seus recursos.

O aumento da longevidade das pessoas que dependem do sistema, face aos avanços da ciência e da medicina, é apontado como principal fator para a crise.

Outro ponto que muito contribuiu para a alegada crise é a baixa taxa de fecundidade das mulheres, haja vista que as famílias reduziram o número de filhos, quando não optam por não tê-los.

Esses dois primeiros pontos combinados levam à redução da base contributiva da previdência oficial, uma vez que um número menor de pessoas ingressa no mercado de trabalho, mas, mesmo assim, usufruirá os recursos carregados para a previdência oficial.

O elevado índice de desemprego, com um indisfarçável aumento da economia informal, realça o problema no Brasil.

O sistema do mutualismo, onde os recursos que ingressam no sistema vão servir para o pagamento dos benefícios devidos aos indivíduos já aposentados, também contribui para agravar a situação.

Os fundos de pensão que adotam a modalidade de benefício definido, também se ressentem do problema.

Existem setores, entretanto, que afirmam não haver crise da Previdência Oficial, pois na verdade ela seria superavitária, e que tudo não passaria de uma manobra neoliberal para privatizar a previdência e privilegiar interesses de grupos particulares.

Afirmam, ainda, que os maiores problemas do regime oficial devem-se à péssima gestão desempenhada pelo Estado, às inúmeras fraudes contra os seus cofres, e a aplicação indevida de seus recursos.

Diante desse cenário, o Brasil tratou de criar todo um arcabouço legal a fim de introduzir a reforma defendida como necessária.

O ponto de partida foi a edição da Emenda Constitucional n.º 20, de 1998, e também das Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001, que estabeleceram como objetivos viabilizar o crescimento e desenvolvimento do Regime de Previdência Complementar, como alternativa para redução dos problemas da Previdência Oficial.

No Regime de Previdência Complementar Fechado agem como atores principais a Patrocinadora, a Entidade Fechada de Previdência Complementar, os participantes e assistidos, e os entes estatais ligados à normatização e fiscalização desse seguimento.

Dessa forma, patrocinadora ou instituidora, nos termos do Artigo 31 da LC 109, criam uma Entidade Fechada de Previdência Complementar – EFPC, para administrar os recursos das contribuições dos seus empregados ou associados, e as suas próprias contribuições.

Neste artigo a abordagem ficará restrita à relação patrocinadora e os participantes/assistidos da EFPC constituída.

Na modalidade de benefício definido os recursos dos trabalhadores ativos, juntamente com os recursos da patrocinadora, constituem o monte que irá responder pelas obrigações atuariais relativas aos participantes que ingressam na inatividade, segundo o regime mutualista.

Com a reforma foi introduzido o regime de contribuição definida, no qual os recursos, tanto da patrocinadora como do participante, serão alocados em uma conta individual titulada pelo participante.

Esse regime possibilita ao participante contribuir segundo as suas possibilidades financeiras, ou seja, quem pode mais contribui mais quem pode menos contribui menos.

A contribuição normal da patrocinadora jamais poderá ser maior que a do participante e é limitada a um teto. É a paridade contributiva.

Há também as contribuições extraordinárias, que têm por finalidade custear *déficits*, serviço passado e outras finalidades.

ALC 109, tida como a Lei Básica da Previdência Complementar, e a LC 108, específica para EFPC patrocinadas por entes públicos, trouxeram algumas novidades como os institutos da Portabilidade, do *vesting* (Benefício Proporcional Diferido), a retirada de patrocínio, as EFPC multipatrocinadas, a contribuição paritária, inclusive, para a cobertura de *déficits*, a administração paritária, a possibilidade de resgatar as contribuições e o autopatrocínio.

Essas leis também regulamentaram os direitos, prerrogativas, obrigações e as responsabilidades daqueles que atuam dentro do sistema complementar.

Mas a maior preocupação do legislador foi estabelecer critérios precisos para garantir transparência aos participantes e assistidos, relativos à gestão dos recursos alocados na EFPC.

I - A ATUAÇÃO DA PATROCINADORA, DAS EFPC E DOS PARTICIPANTES

A evolução humana do “estado de natureza”, no qual a sobrevivência tinha de ser assegurada mediante o emprego da força, para a organização dos indivíduos sob a tutela do Estado, passou por inúmeros estágios, sempre com a preocupação fundamental de garantir aos indivíduos uma melhor existência sobre a terra.

É evidente que muitas distorções desse ideário aconteceram, e ainda acontecem, caracterizadas pelos Estados totalitários, ditatoriais, tirânicos etc.

Assim, o Estado ficou responsável por garantir assistência aos indivíduos, isto é, uma vida livre e segura, porém sem impedir suas iniciativas comerciais,

empresariais, sociais, e outras que não se contraponham aos regramentos sociais.

Em uma dessas fases, o Estado passou a desempenhar funções de natureza econômica e social, pois o homem era tido como razão primeira e finalística da existência do próprio Estado. Era o Estado do bem-estar-social ou o *welfare-state*.

O Estado-liberal, adepto do “laissez faire, laissez passer”, ficou bastante enfraquecido à medida que os indivíduos, membros da comunidade, reivindicaram maior dignidade ao Estado, cabendo a este prover os meios para assegurar-lhes esse *status*.

O Estado, então, assumiu inúmeras funções, tornando-se um ente pesado e lento, com grandes responsabilidades e sem os meios estruturais e materiais para atendê-las.

Para aliviar o peso estatal, os donos dos meios-de-produção e os trabalhadores, tiveram de firmar um novo “Pacto Social”, a fim de garantir vida digna e justiça social, bem como deixar o Estado mais leve e ágil para exercer as suas atividades típicas, e, transferir à sociedade a tarefa de assegurar as demais necessidades da coletividade.

A reforma da previdência foi estruturada com base nesse pensamento, pois o Estado, ao reconhecer sua impotência em atender aos serviços da previdência oficial e da seguridade, passou a fomentar a iniciativa privada no regime de previdência complementar, e reservou a si o papel de normatizador e fiscalizador do sistema.

Assim é que a legislação erigida visa assegurar à empresa a faculdade de constituir uma EFPC, na condição de patrocinadora.

Embora seja uma faculdade, ao optar por fazê-lo, a patrocinadora assume um compromisso frente ao Estado, e fica jungida ao interesse público de realizar a prestação de serviço de natureza previdenciária.

Como se vê, a obrigação de assegurar ao indivíduo a prestação do benefício previdenciário passa ao Fundo de Pensão, gerido pela EFPC, sob as normas e a fiscalização do Estado.

Assim, não se pode cogitar de que a empresa possa descurar de acompanhar a *performance* do Fundo de Pensão que patrocina.

Vale dizer, por fim, que assim como na relação empregador e empregado deve reinar a confiança, na relação previdenciária patrocinadora e participante, embora apartada da relação trabalhista, o participante adere ao fundo inspirado pela confiança que têm em seu empregador/patrocinador, e na confiança de que o Estado fará cumprir os termos do contrato e das leis.

Aliás, atualmente, na grande maioria das empresas os trabalhadores têm maior consciência de seus direitos, haja vista a necessidade do mercado de indivíduos cada vez mais preparados e especializados.

Esse preparo e especialização atribuem aos trabalhadores um perfil diferenciado dos primeiros operários fabris, pois, o seu elevado padrão de conhecimentos, os tornou informados quanto aos seus direitos que, no dizer de Garioli ([200-], p. 30/31) “os Fundos de Pensão e a Política de Recursos Humanos das Organizações”, já não podem mais ser vistos apenas como:

[...] massa amorfa orientada apenas por parâmetros de política trabalhista de divisão de classes, mas como conjunto de seres que sabem o valor do respectivo trabalho dentro da empresa e sabem, da mesma forma, o que a instituição empresarial representa no contexto sócio-econômico da nação, e de cujo êxito eles serão, indiretamente, os destinatários, em termos de elevação do nível de vida.

As EFPC são fundamentais ao sucesso e equilíbrio de todo o sistema de Previdência Complementar Fechado.

Tanto é verdade, que o artigo 202 da Constituição Federal vigente prevê 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”.

Assim, o principal objetivo da Previdência Privada é a complementação do benefício a ser obtido junto a Previdência Oficial.

Esse benefício complementar decorre das bases contratuais que tiverem sido estabelecidas na relação jurídica entre a EFPC e o Participante, e será regulado pelas disposições das Leis Complementares n.ºs 109 e 108, e demais normas infraconstitucionais.

Essa complementariedade não significa subsidiariedade, inclusive porque a própria CF/88, em seu Artigo 202, alterado pela Emenda Constitucional n.º 20/98, estabelece a autonomia do Sistema Previdenciário Complementar em relação ao Regime Oficial.

A relação jurídica estabelecida entre a Patrocinadora e a EFPC deverá ser regida por um Convênio de Adesão.

Na verdade, nesse instrumento são fixadas as condições de atuação da EFPC na gestão dos recursos alocados ao fundo de pensão, por meio das contribuições normais da própria patrocinadora e a dos participantes.

Segundo a doutrina a Patrocinadora adere a tais condições. Porém, em verdade, as condições acabam sendo negociadas entre os partícipes, vale dizer a Patrocinadora e a EFPC.

Já a relação jurídica havida entre os participantes e a EFPC será fixada e regida em um Contrato de Adesão, no qual serão estabelecidos os direitos e obrigações das partes.

Segundo Martinez (2003, p. 297), a “entidade fechada de previdência complementar é ‘a sociedade civil ou a fundação, estruturada na forma do art. 35 da Lei Complementar n.º 109, de 2001, sem fins lucrativos, que tenha por objeto **operar** plano de benefício de caráter previdenciário.’” (gifou-se)

Dessa forma, o papel das EFPC é gerir, administrar, e controlar as reservas constituídas pelos participantes e patrocinadora, de modo a alcançar resultados positivos com a gestão desses recursos.

Relativamente aos participantes, a legislação reformista trouxe inúmeras inovações.

Assim, quando o participante adere ao contrato da EFPC, o faz na expectativa de receber, no futuro, o produto que irá adquirir ao longo dos anos.

Esse produto, em verdade, é uma prestação de serviço por parte da EFPC.

Sobre essa relação jurídica incidem outras normas a exemplo do Código Civil brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Leis Ordinárias n.º 10.406, de 10.01.2002, e n.º 8.078, de 11.09.1990, respectivamente).

A incidência do Código Civil ocorre porque muitos institutos existentes na relação entre EFPC e participantes são próprios do Direito Civil. Segundo Lotufo (2003, p. 02):

[...] o que se tem que buscar é identificar quais institutos de direito civil que sofreram alteração no novo código de forma a poder interferir, ou ensejar o devido estudo e interpretação no sistema da previdência privada.

Por isso temos que identificar o que é específico do microsistema, como legislação especial e excepcionante, e o que é instituto do direito civil, sendo que neste segundo caso o conceito e o regime jurídico serão os do Código Civil.

Será que quando o microsistema estiver dispondo sobre a forma das entidades, dispondo sobre qual a tipificação do beneficiário, ou as especificidades dos benefícios, não estaremos diante de matéria específica e exclusiva do microsistema, que não pode ser alcançada pela generalidade do Código Civil?

A incidência do CDC deve-se à natureza consumerista da relação previdenciária complementar, vez que um consumidor (participante/assistido) adere a um contrato, disponibilizado por um fornecedor (EFPC), por meio do qual é contratada a prestação de serviços futuros.

É possível verificar na relação jurídica os elementos típicos formadores da relação de consumo.

Segundo Alvarez (2003, p.16), “a natureza jurídica das relações contratuais decorrentes da previdência complementar” é “típica relação de consumo”.

A prestação de serviço da EFPC ao participante/assistido, de forma remunerada, é feita pela gestão dos recursos alocados ao fundo de pensão, por meio da qual se espera alcançar resultados financeiros positivos, que garantam ao participante um benefício futuro que assegure o seu padrão de vida.

Com essas considerações entendemos ser, *de lege ferenda*, desaconselhável o ingresso de participantes e assistidos nos Conselhos Deliberativo e Fiscal da EFPC, bem como em sua Diretoria.

Ao ingressarem nesses órgãos acabam por atrair responsabilidades que nada tem haver com sua posição de consumidores.

O Artigo 21, §1º da LBPC, estabeleceu a obrigação de participantes e assistidos contribuírem, por meio de contribuições extraordinárias, ou outros meios também questionáveis, juntamente com a patrocinadora, para a correção de resultados deficitários.

Isso só é possível porque os participantes foram inseridos como gestores dos recursos, embora no Conselho Deliberativo, que é paritário, os representantes da patrocinadora escolham o Presidente do Conselho e este tenha o voto de qualidade.

Já no Conselho Fiscal, que é quem deve aprovar contas, quem elege o Presidente são os representantes de participantes e assistidos, cabendo-lhe o voto de qualidade.

A Lei Complementar n.º 108/2001 estabelece a necessidade de eleições para a escolha dos representantes dos participantes. Isto pode se tornar extremamente negativo para o sistema, pois politiza o ambiente que deveria pautar-se pelas melhores técnicas de gestão.

Ademais, a politização gera conflitos entre os próprios participantes e assistidos, e o indesejável “conflito de agência”, caracterizado pelo choque de interesses entre participantes /assistidos e a patrocinadora.

O desconhecimento que esses indivíduos podem ter sobre matéria tão especializada também desaconselha o ingresso de participantes e assistidos nos colegiados referidos.

Ao politizar o sistema, os prejuízos podem ser imprevisíveis. Segundo Ferro (Valor Econômico: Jornal Impresso, de 18.06.2002), a entidade, referindo-se à PREVI, deveria ser gerida como uma empresa e remata dizendo que “a diretoria executiva, formada com três diretores eleitos, é o principal nó da administração da fundação”, de vez que “é um modelo que impõe um custo administrativo muito grande. Tudo é negociado, muitas vezes uma decisão pode sair rapidamente, mas demora”, o que certamente acarreta perdas e prejuízos, pois, “a alocação de recursos tem de ser aquela que busca otimizar resultados”, capazes de assegurar o resultado institucional dos fundos de pensão, ou seja, garantir a complementação de renda futura de seus participantes.

Assim, desconfiamos da aplicação de critérios que não aqueles que se conformam à gestão profissional, cuja gênese está no domínio de conhecimentos especializados, no predomínio da boa técnica, e no acúmulo de experiências.

Assim, melhor que o participante apenas fiscalize o cumprimento do contrato que aderiu junto a EFPC, e que lhe garante o *status* de consumidor.

Ao Estado cabe o papel de normatizar e fiscalizar as atividades da EFPC e do fundo de pensão, bem assim penalizar os infratores das leis, normas e contratos.

II - A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PATROCINADORA PELOS RESULTADOS NEGATIVOS NA ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDO DE PENSÃO PELA EFPC

O Artigo 13 da LC n.º 109/01 dispõe que a condição de patrocinador de plano de benefício “dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador” e a entidade de previdência complementar, relativamente a cada plano a ser administrado e executado, “mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.”

O Executivo regulou a matéria pelo Decreto n.º 4.206, de 23.04.2002. Todavia, o diploma legal foi revogado pelo Decreto n.º 4.942, de 30.12.2003, que omitiu inúmeros pontos antes disciplinados e trouxe insegurança jurídica ao processo.

A lacuna, entretanto, vem sendo suprida pela edição de normas da Secretaria de Previdência Complementar – SPC e do Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC.

O instrumento pelo qual a patrocinadora e a EFPC estabelecem as suas atribuições é o convênio de adesão, e daí se inicia a responsabilidade da patro-

cinadora pelos resultados ocorridos com a administração e execução dos planos de benefícios pela EFPC.

As Leis Complementares 108 e 109 trazem inúmeras disposições sobre a responsabilidade da patrocinadora, dos seus administradores etc.

Pode-se citar o § 2º do Artigo 41 da LC n.º 109 que, ao tratar da fiscalização das EFPC, assevera que “a fiscalização a cargo do Estado não exime os patrocinadores e os instituidores da responsabilidade pela supervisão sistemática.”

Desse modo, a patrocinadora pode vir a responder por culpa, seja na modalidade *in eligendo*, força de indicar a Diretoria da EFPC, ou seus representantes no Conselho Deliberativo, inclusive o presidente, ou *in vigilando*, se eventualmente não exercer a vigilância (fiscalização) recomendada na legislação.

O Artigo 25 da LC n.º 108 repete a mesma obrigação da patrocinadora.

Mas importa, neste artigo, verificar outras hipóteses de responsabilidade civil da patrocinadora, vale dizer a relativa à aplicação dos recursos do fundo pela EFPC, se resultarem prejuízos ou déficits.

Três são os elementos fundamentais para caracterizar a responsabilidade civil: a ação (comissiva ou omissiva): o dano (moral ou patrimonial) e o nexo de causalidade, ou liame que liga a ação ao resultado danoso.

A culpa e o dolo aparecem como um quarto elemento, porém a doutrina mais moderna e o novo Código Civil - Artigo 927 e § Único - entendem que a culpa e o dolo não são os únicos elementos que obrigam a reparação do dano, haja vista que se admite a obrigação de indenizar face ao abuso de direito.

Haverá também obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, desde que haja previsão legal ou se a atividade exercida pelo autor do dano implicar em risco para direito de outrem.

Trata-se da responsabilidade civil objetiva.

Assim, se a EFPC cometer abuso de direitos e prerrogativas terá de reparar os danos decorrentes, bem como será possível a responsabilização solidária da patrocinadora.

Conforme ensina Diniz (2002, p. 36) ao tratar da Responsabilidade Civil:

Há atos que, embora não violem a norma jurídica, atingem o fim social a que ela se dirige, caso em que se têm os atos praticados com abuso de direito, e, se tais atos prejudicarem alguém, ter-se-á o dever ressarcitório. Deveras, a obrigação de indenizar dano causado a outrem pode advir de

determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido qualquer ato ilícito.

Para que haja responsabilização civil é necessário o nexo de causalidade, pois sem ele não há dano.

Há concorrência culposa se a parte prejudicada concorre para que o dano ocorra.

Deve ser ressaltado que o ingresso dos participantes nos colegiados gestores do fundo de pensão pode caracterizar a responsabilidade concorrente, o que legitima a disposição do Artigo 21 da 109/01 ou Lei Básica de Previdência Complementar - LBPC.

Pode-se lembrar, ainda, a responsabilidade civil contratual e a extracontratual.

Segundo Alonso a contratual pressupõe “a existência de um contrato vinculando as partes”, a extracontratual, ou aquiliana (*lex aquilia*), que procura “estabelecer bases jurídicas para essa espécie de responsabilidade civil, não exige nenhum vínculo anterior ao fato que gera a responsabilidade civil do agente”. Importa verificar se houve violação da conduta especificada na lei ou norma, com conseqüente dano ou prejuízo à vítima.

Necessário lembrar a responsabilidade civil presumida, derivada da Corrente Subjetiva como reação à Teoria Objetiva.

Segundo Gonçalves (2003, p.479):

Como a concepção clássica, baseada na culpa, impunha dificuldades, às vezes intransponíveis, à vítima para demonstrar a culpa do patrão, a nova teoria atendia à preocupação de facilitar ao trabalhador a obtenção do ressarcimento, exonerando-o do encargo de produzir a prova de culpa de seu empregador. Passou-se, então, à concepção de que aquele que, no seu interesse, criar um risco de causar dano a outrem, terá de repará-lo, se este dano sobrevier. A responsabilidade deixa de resultar da culpa-bilidade, para derivar exclusivamente da causalidade material. Responsável é aquele que causou o dano.

Ainda, assim, a Teoria Objetiva tem importância fundamental, e Código Civil brasileiro, no § Único, do Artigo 927, dispôs que independentemente de culpa, haverá a obrigação de reparar o dano quando a lei especificar, e “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para direito de outrem”.

Se da atividade da EFPC resultar dano aos participantes, *de lege ferenda*, parece-nos que seria adequada a responsabilização da EFPC.

Nesse ponto é interessante citar Gonçalves (2003, p. 21):

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura).

Na relação de consumo, firmada entre EFPC e participantes, pode-se, com Gonçalves (2003, p. 30), afirmar que:

De pronto, percebe-se que, tratando-se de relações de consumo, as normas de natureza privada, estabelecidas no Código Civil de 1916, onde campeava o princípio da autonomia da vontade, e em leis esparsas, deixaram de ser aplicadas. O Código de Defesa do Consumidor retirou da legislação civil (bem como de outras áreas do direito) a regulamentação das atividades humanas relacionadas com o consumo, criando uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal das partes, mas a vulnerabilidade do consumidor, que deve ser protegido.

Para Gonçalves (2003, p. 31), “tanto a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço como a oriunda do vício do produto ou serviço é de natureza objetiva, prescindindo do elemento culpa a obrigação de indenizar atribuída ao fornecedor”.

Para Kouri (2002, p. 160), entre consumidor e fornecedor deve haver um estado de confiança, pois “a quebra deste dever conjugada com a ocorrência de um dano já não será mais admitida como simples fatalidade, ainda que, dentre milhões de produtos da mesma espécie e qualidade introduzidos no mercado, apenas um acarrete um dano qualquer ao consumidor”.

Segundo Khouri (2002, p. 162) trata-se do princípio da garantia de adequação, que na doutrina “implica em que produtos e serviços devem atender adequadamente às necessidades dos consumidores em segurança e qualidade, respeitando a saúde, segurança, dignidade e interesses econômicos”.

Conclui-se que o objetivo da EFPC é prestar o serviço de administrar e executar planos de benefícios de natureza previdenciária de modo adequado aos interesses dos participantes e assistidos, consumidores finais na relação de consumo.

Segundo Queiroga (2003, p.58), ao abordar a responsabilidade por fato de terceiro, tem-se o seguinte ensinamento:

Para definir a culpa do patrão, amo ou comitente pelos atos praticados pelos seus empregados, serviçais e prepostos, coube à jurisprudência criar a presunção de culpa, mediante uma interpretação elástica da lei, atendendo, sobretudo, o interesse social. Esta nova tendência surgiu em todos os tribunais brasileiros e terminou gerando a Súmula n.º 341 do Supremo Tribunal Federal, nestes termos: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Como a EFPC age no interesse da patrocinadora, e segundo as diretrizes fixadas entre elas no Convênio de Adesão, admite-se a responsabilização da patrocinadora por ato da EFPC.

É importante, pois, proteger os participantes e assistidos dos fundos de pensão. Conforme Queiroz (1998, p. 91) ensina:

O direito do consumidor veio para proteger a vida quotidiana dos indivíduos, enquanto consumidores, oferecendo-lhes os mecanismos próprios e adequados para a sua defesa, em caso de patologia na relação de consumo, mas antes de tudo fornecer meios hábeis à prevenção da mesma.

III - CAUSAS INDUTORAS DOS RESULTADOS NEGATIVOS E AS PRÁTICAS QUE PODEM EVITAR SUA OCORRÊNCIA

As causas que determinam resultados negativos na aplicação dos recursos de um fundo de pensão são as objetivas, que ocorrem no âmbito externo do fundo, ou subjetivas, que ocorrem internamente ou se ligam aos sujeitos que o administram.

Quanto às objetivas, pode-se citar a conjuntura econômico-financeira do país, como o retorno da inflação; a política monetária com a elevação na taxa de juros; escândalos políticos e financeiros; ou ocorrências internacionais com reflexos negativos para o país, como a crise da Rússia; a crise dos *Tigres Asiáticos*; as crises da Argentina; o atentado ao World Trade Center; as Guerras do Golfo I e II etc.

Neste artigo serão tratados aqueles fenômenos que podem ocorrer dentro dos próprios fundos de pensão.

Referimo-nos às fraudes perpetradas contra essas entidades por seus gestores, mediante a aplicação inadequada de seus recursos ou desvio de tais recursos para outras atividades pouco recomendáveis.

Importa, pois, apontar quais os fatores que determinam essas práticas lesivas que conduzem aos resultados negativos dos fundos de pensão, bem como apontar os meios mais adequados para evitá-las.

Para isso vamos nos valer de Rezende (1992), que em trabalho intitulado “CIDADANIA – O Remédio para as Doenças Culturais Brasileiras” traça um perfeito diagnóstico desse aspecto.

Rezende (1992) aponta quatorze doenças culturais que influenciam o comportamento dos cidadãos brasileiros, desde a mais tenra idade até ingressarem no mercado de trabalho ou em outras instituições existentes na sociedade.

São elas, a saber: a) Cultura inflacionária; b) Cultura da esperteza; c) Cultura da transferência de responsabilidade; e) Cultura do imediatismo e superficialismo; f) Cultura do negativismo; g) Cultura da baixa auto-estima; h) Cultura da vergonha de cidadania e patriotismo; i) Cultura do piadismo ou do rir da própria desgraça; j) Cultura do emocionalismo e da ciclomania; k) Cultura do desperdício; l) Cultura do teorismo e do tecnicismo; m) Cultura do corporativismo; n) Cultura da politicagem, fisiologismo e nepotismo; o) Cultura do conformismo.

Após examinar o diagnóstico traçado pelo autor, não há como negar que o Brasil é um país doente culturalmente, e enquanto não receber tratamento para alcançar a cura, estará fadado ao insucesso relativamente ao crescimento econômico e desenvolvimento dos demais setores da sua sociedade.

Os fundos de pensão e as EFPC precisam ser imunizados relativamente a tais doenças, pois o passado nos ensina que todas as mazelas do setor encontram origem nos males apontados.

O maior sintoma dessas doenças é a corrupção que permeia a nossa sociedade, seja em menor ou maior grau, ou seja, desde o hábito abominável de

furar-se uma fila de Banco ou hospital até os crimes perpetrados contra a Previdência Social.

É necessário, urgentemente, conscientizar o país desse quadro clínico e, ato contínuo, partir para o combate eficaz e eficiente dessas doenças.

Relativamente à gestão dos fundos de pensão, pelos gestores das EFPC, e à responsabilidade das patrocinadoras pelos resultados negativos das aplicações dos recursos alocados ao fundo, vemos que a conscientização deve ser iniciada nas empresas patrocinadoras, por meio da disseminação de conceitos e práticas que podem e devem ser adotados, igualmente, em seus fundos de pensão.

As regras de prudência, a governança corporativa, a gestão profissional, a realização de *hedge* para assegurar as operações ativas e passivas do fundo de pensão, bem como que todas as ações da patrocinadora, da EFPC e do fundo de pensão sejam pautadas pelo princípio da Responsabilidade Social.

As regras de prudência são aquelas que disciplinam o tratamento dos recursos alocados ao fundo de pensão de uma EFPC.

Essas regras devem ser estabelecidas pelo poder estatal, no que concerne aos fundos de pensão, uma vez que tal poder desempenha os papéis de regulador e fiscalizador do sistema de previdência complementar.

Existe um trabalho realizado pela parceria firmada entre a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE e o Ministério da Previdência Social, no Itamaraty, nos dias 1º e 2º de outubro de 2003, que trata do assunto e resultou na apresentação pela OCDE dos *Fifteen Principles for the Regulation of Private Occupational Pension Schemes (Quinze Princípios para Regulação dos Sistemas de Previdência Privada Fechada)*.

Os princípios estão disponíveis no site: www.oecd.org/dataoecd/31/32/2403207.pdf e são, a saber: 1º) Estrutura Regulatória Adequada; 2º) Regulação Apropriada dos Mercados Financeiros; 3º) Direitos dos Participantes; 4º) Adequação dos Fundos Privados; 5º) Sistema Regulatório e Segregação Patrimonial; 6º) Capitalização; 7º) Técnicas e Cálculos; 8º) Estrutura de Supervisão; 9º) Auto Supervisão; 10º) Competição Justa; 11º) Investimento; 12º) Mecanismo de Seguro; 13º) Liquidação; 14º) Transparência e Informação e 15º) Governança Corporativa.

Merece destaque o princípio da Governança Corporativa, tendo em vista as melhorias que sua adoção pode agregar aos resultados do fundo de pensão.

É possível encontrar várias matérias e artigos sobre o tema no *site* do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC, o que facilita o entendi-

mento correto sobre a importância de as empresas, bem como outras entidades, adotarem as boas práticas de Governança Corporativa. Vejamos o texto abaixo, retirado do referido *site*:

Governança corporativa são as práticas e os relacionamentos entre os Acionistas/cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal, com a finalidade de otimizar o desempenho da empresa e facilitar o acesso ao capital.

A expressão é designada para abranger os assuntos relativos ao poder de controle e direção de uma empresa, bem como as diferentes formas e esferas de seu exercício e os diversos interesses que, de alguma forma, estão ligados à vida das sociedades anônimas.

Governança corporativa é valor, apesar de, por si só, não criá-lo. Isto somente ocorre quando ao lado de uma boa governança temos também um negócio de qualidade, lucrativo e bem administrado. Nesse caso, a boa governança permitirá uma administração ainda melhor, em benefício de todos os acionistas e daqueles que lidam com a empresa.

As práticas de Governança Corporativa, oriundas da teoria econômica tradicional, têm por fim romper o denominado “conflito de agência”, ou o embaite reinante entre a propriedade e a gestão empresarial. Isso ocorre quando o proprietário outorga poderes de gestão, ao gerente ou executivo, sobre a propriedade, e começam surgir entrechoques entre o interesse do proprietário e os interesses do gestor.

Por essa razão é que se justifica a adoção pelos fundos de pensão, *de lege ferenda*, da Gestão Profissional.

No Brasil já existem defensores da gestão profissional, que é mais uma manifestação das boas práticas de Governança Corporativa, que propugna pela contratação de “conselheiros profissionais e independentes” que surgiram como “resposta à necessidade de atrair capitais e fontes de financiamento para a atividade empresarial, o que foi acelerado pelo processo de globalização e pelas privatizações de empresas estatais no país”. (Texto: A boa governança – IBGC: <http://www.ibgc.org.br/ibconteudo.asp?IDArea=2>)

A Gestão Profissional possibilitará o estabelecimento de práticas que comportem as ações dos gestores e executivos, de uma empresa ou entidade, aos interesses dos sócios, acionistas, cotistas, participantes, e impeça o “conflito de agências”.

É desejável que os gestores dos fundos de pensão possuam sólidos conhecimentos e experiência sobre os mercados de capitais, financeiro e imobiliário, segmentos em que os fundos de pensão mais investem.

Quanto à utilização do *hedge* como mecanismo de proteção e garantia para o fundo de pensão, acreditamos haver campo amplo e fecundo para a sua utilização responsável.

Os derivativos, utilizados para fazer *hedge*, são contratos firmados entre duas partes, no qual se estabelece que uma pagará à outra, no futuro, um preço pré-determinado, independentemente da evolução ou comportamento futuro do preço daquele ativo no mercado. Esse ativo recebe a denominação de ativo subjacente ou ativo objeto.

A finalidade dos derivativos é efetuar a transferência do risco daquele que deseja proteção para aquele que se dispõe a suportar o risco. É para este uma aposta, uma especulação, pois detém conhecimento ou informações que julga favoráveis à obtenção de uma vantagem.

Os derivativos também possibilitam àqueles detentores de riscos contrários, obter o cancelamento dos riscos.

Quanto à atuação pautada pelos princípios da Responsabilidade Social nada mais consentâneo com as atividades das EFPC e fundos de pensão.

Esse conceito espelha a exigência da sociedade para que não atuem no âmbito da comunidade apenas na intenção de preservar os interesses dos acionistas em detrimento dos interesses daquela comunidade.

Assim, a atividade da instituição deverá agregar valores à comunidade, à economia, ao meio ambiente, além de tratar com respeito à cultura e os costumes locais, mediante atuação ética e transparente.

A atuação responsável das instituições está fortemente ligada ao conceito de “desenvolvimento sustentado”, termo definido no Relatório *Brundtland*, no qual foi cunhada a definição seguinte: “desenvolvimento sustentável é atender as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades”.

Vale ressaltar que a responsabilidade social não é apenas mais um modismo.

Nos fundos de pensão, que albergam na sua finalidade estatutária uma grande carga de responsabilidade social, justifica-se e se magnifica, a encampação dos princípios da Responsabilidade Social, o que só contribuirá para o sucesso e atingimento de seus objetivos.

CONCLUSÃO

A primeira conclusão a que chegamos é que a Reforma da Previdência não se esgota com a edição das leis e regulamentos, nem tampouco com a veiculação na mídia de sua necessidade e vantagens.

Pelo contrário, a verdadeira e perene reforma deve, sobretudo, considerar o dinamismo social, político e econômico da sociedade, a qual está sempre à busca do incremento de ferramentas e institutos capazes de gerar riquezas e melhorar a condição de vida humana.

Não há dúvida que a Reforma da Previdência só poderá ser vista como uma mudança de sucesso à medida que seus resultados possam atender, senão a todos os indivíduos da sociedade, pelo menos a sua grande maioria.

Para isso será necessário que o Estado trabalhe para fortalecer a Previdência Oficial, bem como fortalecer o desenvolvimento do cidadão; o aperfeiçoamento de nossas instituições públicas e privadas; e o fortalecimento da economia do país, vale dizer mediante a ampliação do nível de emprego e o incremento da produção, e, naturalmente, uma melhor distribuição de riquezas.

Quanto à Previdência Complementar Fechada foi possível apontar aspectos que merecem profunda reflexão, por exemplo, nossa discordância com ingresso de participantes nos órgãos diretivos das EFPC, a discordância com a politização do ambiente previdenciário fechado, a adoção da Gestão Profissional etc.

Relativamente à gestão dos fundos de pensão foram apontadas as causas que podem conduzir a resultados negativos e danosos, a responsabilização da EFPC, da patrocinadora e respectivos administradores, bem como alguns meios de se proteger o fundo de pensão e evitar os resultados negativos.

Nesse particular, demos destaque à atuação da EFPC segundo os conceitos da Responsabilidade Social, especialmente, mediante a adoção das boas práticas de Governança Corporativa, além de outros meios de proteção.

Com isso não esperamos esgotar o assunto, que é vasto e complexo, mas esperamos contribuir para o engrandecimento da discussão e o aprimoramento dos conceitos e entendimento sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

- ALVAREZ, Anselmo Pirueto. *A Previdência Complementar, como Relação de Consumo*, p. 16 a 18. Terceiro Congresso Brasileiro de Previdência Complementar. Caderno Congressos LTr. Coordenação Wladimir Novaes Martinez, São Paulo: 28/29 JUL 2003.
- ANGHER, Anne Joyce. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ride-el, 2002.
- APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS ACADÊMICOS – *Guia para Alunos da Universidade Presbiteriana Mackenzie*. 2ª ed., São Paulo: Editora Mackenzie, 2003.
- BALERA, Wagner. *Curso de Direito Previdenciário – Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso Oliveira*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2002.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 41, de 10 de dezembro de 2003*. Modifica os art. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/>
- COLETÂNEA DE NORMAS DOS FUNDOS DE PENSÃO – Brasília: Ministério da Previdência Social - MPS, Secretaria de Previdência Complementar - SPC, Brasília: 2004.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1088, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 1/92 a 38/2002 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.ºs 1 a 6/94. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.
- COSTA, José Ricardo Caetano. *Previdência e Neoliberalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. - De acordo com o Novo Código Civil, 7º vol., 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRO, Luiz Tarquínio Sardinha. *Jornal Impresso: Valor Econômico*, de 18.06.2002: *PREVI: Ex-presidente defende gestão empresarial*. Disponível para assinantes em: <http://www.valoronline.com.br/noticias?show=search&keyword=Ex-presidente+defende+gest%3o+empresarial+>

%E0+Previ+&tb_materias=1&tb_materias_ve=1&busca_exata=1&periodo=0&ini_dia=0&ini_mes=0&ini_ano=0&end_dia=0&end_mes=0&end_ano=0>

GARIOLI, Alexandre Franco. *Os Fundos de Pensão e a Política de Recursos Humanos das Organizações*. Monografia apresentada durante MBA em Previdência Privada – COPPE/UFRJ. Disponível em: <http://www.ideas.org.br/arq/monografias/Pensão_Politica_%20rh.pdf>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil – De Acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002)*. 8ª ed., São Paulo, SARAIVA: 2003.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC. Texto: GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDArea=2>>.

_____. Texto: GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDArea=61&Idp=2>

KHOURI, Paulo R. Roque A.. *Contratos e Responsabilidade Civil*. Brasília Jurídica: Brasília, 2002.

LEGISLAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. São Paulo: LTr, 1999.

LOTUFO, Renan. *Repercussões do Novo Código Civil sobre a Legislação da Previdência Privada* – Palestra ABRAPP em 26.02.2003.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. Tomo IV, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 2003.

NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Estudo Comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante*. #ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil*. 2ª ed, rev. e aum., Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Quinze Princípios para Regulação dos Sistemas de Previdência Privada Fechada (Fifteen Principles for the Regulation of Private Occupational Pension Schemes). Publicado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OECD), Paris. Em português: Autorizado pela OCDE, Paris. Tradução sob responsabilidade da Secretaria de Previdência Complementar/Ministério da Previdência Social. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/31/32/2403207.pdf>.

RESENDE, Ênio. *CIDADANIA – O Remédio para as Doenças Culturais Brasileiras*. 2ª ed., São Paulo: SUMMUS EDITORIAL, 1992.

SANTOS, Rodolfo Fonseca dos. *O Superávit da Seguridade*. Reforma da Previdência – Portal de Informações. <http://www.anfip.org.br/reforma_previdencia/previdencia/artigo4_24-4-2003.htm>.

TELES, Egberto Lucena. *Sistemas de Previdência Social e Fundos de Pensão Fechados – Estudo de Características nos Contextos Brasileiro e Norte-americano*. Mimeo. São Paulo: 2000.

WEINTYRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos: *Previdência Privada*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002.



Gráfica Barreto

Avenida Beberibe, 530 - Encruzilhada - CEP 52041-430 - Recife - PE
Telefone: (81) 241.2866 - Fax: (81) 241.2609
E-Mail: graficabarreto@zaz.com.br