

## A TRIBUTAÇÃO DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Wagner Balera<sup>1</sup>  
Fábio Lopes Vilela Berbel<sup>2</sup>

### I. INTRODUÇÃO

O STF, por maioria, reconheceu a constitucionalidade da discussão da incidência do PIS/COFINS sobre as receitas das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (“EFPC”), atribuindo, outrossim, a essa lide a repercussão geral (Tema nº 1.280).

Nesse ensaio, não pretendemos analisar a constitucionalidade dessa incidência, mas apenas identificar, com precisão e acuidade, quais seriam as receitas dessas entidades, que, superada a constitucionalidade da incidência, suportariam o PIS/COFINS.

Isso se faz necessário, porque não raro a EFPC é comparada às instituições financeiras ou seguradoras, justificando a adoção dos regimes jurídicos dessas àquela. Ao discernir as diferenças, fixando com exatidão a realidade jurídica suportada pela EFPC, colaboraremos com o deslinde da discussão.

### II. EFPC

Entidade de Previdência Complementar é a pessoa jurídica habilitada pelo órgão fiscalizador para a gestão de planos de previdência privada. Essas entidades se qualificam pela espécie da habilitação; se autorizadas à gestão de planos fechados, as entidades se qualificam como Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC; se liberadas à administração de planos abertos, as entidades se caracterizam como Entidades Abertas de Previdência Complementar – EAPC.

A Lei Complementar nº 109/01 não admite que uma mesma pessoa jurídica se habilite na gestão de planos fechados e abertos, mesmo quando possua as condições societárias necessárias para as modalidades. Assim, a carteira das entidades multipatrocinadas ou com multiplanos deve ser homogênea, composta exclusivamente de planos fechados ou abertos de previdência privada.

A homogeneidade não atinge a espécie do plano, ocupando-se apenas do gênero. A EFPC legitima-se, portanto, a gerir planos patrocinados e não-patrocinados, desde que todos sejam fechados. A mesma capacidade é conferida à EAPC, que se encontra habilitada na gestão simultânea de todos os planos abertos, sejam eles individuais ou coletivos, patrocinados ou não-patrocinados.

O § 1º do artigo 31 da Lei Complementar nº 109/01 enuncia que as EFPC podem se organizarem sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos. O artigo 36 da Lei Complementar nº 109/01 habilita à gestão de planos abertos apenas as pessoas jurídicas constituídas como sociedades anônimas. O § 1º do artigo 77 da Lei Complementar nº 109/01 excepciona, contudo, o artigo 36, autorizando sociedade civil sem fins lucrativos à gestão de planos abertos, desde que habilitadas na vigência da Lei nº 6.435/77.

A exceção enunciada no § 1º do artigo 77 da Lei Complementar nº 109/01 não se justifica no direito adquirido, tampouco no ato jurídico perfeito. Entendemos que esses fenômenos estáticos não atingem o regime jurídico, mas apenas os direitos subjetivos e as normas jurídicas

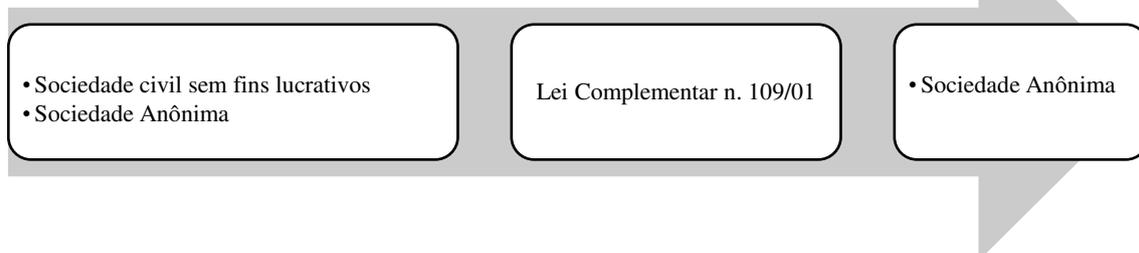
---

<sup>1</sup> Professor Titular da PUC/SP.

<sup>2</sup> Doutor em direito previdenciário pela PUC/SP.

individuais e concretas. A descaracterização não relativiza os efeitos do enunciado, que, além de vigente, é eficaz.

As sociedades civis sem fins lucrativos habilitadas na vigência da Lei nº 6.435/77 para a gestão de planos abertos de previdência privada podem, portanto, manter sua natureza societária, não obstante o enunciado do artigo 36 da Lei Complementar nº 109/01. As EAPC constituídas após a vigência dessa lei complementar não têm opção societária senão a sociedade anônima:



A possibilidade jurídica de EFPC e EAPC organizadas como sociedades civis sem fins lucrativos foi abalada pela entrada em vigor do Código Civil de 2002, que revogou a existência dessa modalidade societária, preservando a ausência de lucratividade como característica da associação e da fundação.

Os órgãos fiscalizadores das EFPC<sup>3</sup> e EAPC<sup>4</sup>, observando parecer jurídico da Advocacia Geral da União<sup>5</sup>, instruíram as entidades constituídas na forma de sociedades civis sem fins lucrativos a manterem a modalidade societária, porque o Código Civil de 2002, lei geral, não revogou o § 1º do artigo 31 e o § 1º do artigo 77 ambos da Lei Complementar nº 109/01, lei especial.

Outros argumentos, em paralelo, sustentaram a manutenção da condição de sociedade civil sem fins lucrativos inobstante a extinção dessa modalidade pelo Código Civil. Reale<sup>6</sup>, por exemplo, sustentou a manutenção na hierarquia da Lei Complementar nº 109/01, que não poderia ser revogada por lei ordinária (Código Civil). Ademais, o Código Civil<sup>7</sup>, adverte Reale<sup>8</sup>, admite expressamente legislações paralelas na regulamentação das relações securitárias.

Sem prejuízo da eficácia pragmática dos fundamentos utilizados por Reale e pela Advocacia-Geral da União, entendemos que a manutenção da estrutura societária – sociedade civil sem fins lucrativos – não decorre da hierarquia de lei complementar, da especialidade dessa modalidade ou da natureza securitária da previdência privada.

A possibilidade se justifica na completude do sistema jurídico, porque o Código Civil não impediu a estrutura societária das entidades gestora, mas tão-somente omitiu do seu rol. A omissão não importa em inexistência, pois não há exclusividade na codificação. Os enunciados da Lei Complementar nº 109/01 coexistem ao Código Civil; não se faz necessária a aferição da vigência, porque não há inadequação estática e dinâmica entre os enunciados.

<sup>3</sup> Artigo 1º da Portaria n. 02/04 da SPC. As entidades fechadas de previdência complementar, regidas por lei complementar, não estão obrigadas a promover em seus estatutos as adaptações a que se refere o art. 2.031 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>4</sup> Artigo 2º da Resolução n. 53/01 do CNSP. As EAPC/SFL poderão continuar operando na forma Jurídica original, ficando mantida a estrutura organizacional administrativa prevista nos respectivos estatutos sociais sob a égide da Lei nº 6.435/77.

<sup>5</sup> Processos n. 00400.000962/2004-98.

<sup>6</sup> REALE, Miguel. **As entidades abertas de previdência complementar sem fins lucrativos e o Código Civil de 2002**, in *Revista dos Tribunais Vol. 95, n. 843*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 115.

<sup>7</sup> Artigo 777 do Código Civil. O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias.

<sup>8</sup> Op. Cit. (REALE 2006), p. 118.

A habilitação pressupõe exclusividade de objeto societário. As entidades gestoras não podem praticar outra atividade econômica senão a administração de planos de previdência privada. A Lei Complementar nº 109/01 admite duas exceções à regra da exclusividade, uma no âmbito das EFPC e outra na seara das EAPC. Em ambos os casos, contudo, a autonomia previdenciária é preservada, porque a lei complementar pressupõe a segregação financeira do plano de previdência privada.

As EFPC que operavam, simultaneamente à administração do plano de previdência privada, serviços assistências à saúde podem manter essa atividade, desde que segreguem o custeio desse serviço, mantendo seu patrimônio separado do fundo de pensão do plano de previdência privada<sup>9</sup>.

A despeito de se justificar em contexto iniciado pela Lei nº 6.435/77, entendemos que essa exceção não se explica no ato jurídico perfeito ou no direito adquirido, porque esses fenômenos não atingem o regime jurídico, mas apenas as normas individuais e os direitos subjetivos. Essa conclusão se confirma no § 1º do artigo 76 da Lei Complementar nº 109/01 que impôs a extinção dos serviços assistenciais de natureza financeira, embora a legalidade na constituição.

A exceção enunciada no *caput* do artigo 76 da Lei Complementar nº 109/01 é mera opção legislativa “para resguardar o interesse principal das entidades e dos participantes que estabelecem vínculos com as entidades de previdência complementar, almejando conforto quando aposentado ou inválido”<sup>10</sup>.

A outra ressalva à especificidade societária das entidades gestoras apreende as EAPC. O parágrafo único do artigo 36 autoriza as sociedades seguradoras que operam exclusivamente no ramo vida na administração de plano de previdência privada. Essa autorização não importa em identidade entre os objetos; enquanto as relações securitárias são regidas pela legislação securitária, as relações previdenciárias são disciplinadas pela legislação específica.

Esse enunciado tem dupla função. Além de excepcionar a regra da especificidade do objeto societário das EAPC, confirma as diferenças entre o seguro e a previdência. Fossem fenômenos idênticos o enunciado seria inadequado, porque diferenciaria situações iguais.

O parágrafo único do artigo 40 da Lei Complementar nº 109/01 elege condição semelhante à prevista no artigo 76, porque impõe às seguradoras que administram plano de previdência privada a segregação financeira, demonstrando, de forma discriminada, as atividades previdenciárias e as de seguro. Essa segregação se justifica na característica financeira de cada objeto; enquanto na previdência o desequilíbrio é suportado pelos sócios (participantes, assistidos, patrocinadores), no seguro é suportado pelo segurador.

A autorização concedida pelo órgão fiscalizador e regulador às EFPC e a EAPC não importa em direito adquirido ou ato jurídico perfeito. Verificado o descumprimento de disposição de ordem pública ou a prática de atos contrários aos fins declarados nos seus estatutos e nas regras de regulação, o Poder Executivo, na forma do artigo 1.125 do Código Civil, poderá, a qualquer tempo, casar a autorização concedida, seja a sociedade nacional ou estrangeira.

A faculdade conferida ao Poder Público não é arbitrária, mas discricionária. Assim, o exercício da revogação pressupõe motivação e devido processo legal. Havendo contestação pela

---

<sup>9</sup> Artigo 76 da Lei Complementar n. 109/01. As entidades fechadas que, na data da publicação desta Lei Complementar, prestarem a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.

<sup>10</sup> BALERA, Wagner (Coord). **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin. 2005), p. 308.

entidade gestora, sobretudo quanto à motivação, caberá ao Judiciário a análise dos fundamentos apresentados pelo Poder Público<sup>11</sup>.

A cassação da autorização importa na impossibilidade da manutenção da atividade econômica autorizada. Se a entidade gestora for nacional e não praticar outra atividade econômica – seguro no ramo vida (EAPC) e serviços assistenciais à saúde (EFPC) – a cassação importará em dissolução da sociedade. Se a entidade for estrangeira, a cessação da autorização implicará apenas no encerramento das atividades, “pois, sendo estrangeira, a pessoa jurídica não é atingida pelo decreto do Governo brasileiro”<sup>12</sup>.

## II.1 Natureza Jurídica

A entidade gestora, apesar de administrar planos de previdência privada, não se classifica, necessariamente, como pessoa jurídica de direito privado. A qualidade jurídica não é definida pela condição do instituidor ou dos contribuintes do plano administrado (patrocinador, participante e assistido)<sup>13</sup>, mas pelas características ontológicas da entidade.

A Lei Complementar nº 109/01 autoriza a gestão de planos fechados de previdência privada por fundações. Sem embargo de críticas<sup>14</sup>, entendemos, com Di Pietro<sup>15</sup>, que as fundações podem ser pessoas jurídicas de direito público, desde que criadas a partir de lei e submetidas ao regime jurídico administrativo. Nem todas as fundações públicas, diferentemente do apreendido em Bandeira de Mello, assumem essa condição jurídica, pois o sistema admite a existência de fundações públicas de direito privado<sup>16</sup>.

A submissão ao regime de direito privado não é característica da entidade gestora, que, outrossim, pode se submeter às regras de direito público. Equivoca-se, portanto, Reis ao afirmar que “as entidades fechadas de previdência complementar possuem natureza privada”<sup>17</sup>, porque fundações de direito público podem, se autorizadas, assumirem a gestão de planos fechados de previdência privada.

A Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público do Poder Executivo – Funpresp-Exe tem natureza jurídica pública, adotando originalmente a personalidade jurídica de

---

<sup>11</sup> WALD, Arnold. **Comentários ao Novo Código Civil**. Livro II. Vol. XIV. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p. 693.

<sup>12</sup> PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **Sociedade por Ações: Comentários ao Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, com as alterações da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965 – Lei do Mercado de Capitais**. Vol. II. São Paulo: Saraiva. 1972, p. 271.

<sup>13</sup> REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva. 1997, p. 71.

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 195 a 197. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros. 1993, p. 350.

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 404: “Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade. Em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – público ou privada – tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos e dos respectivos estatutos. Ainda que a legislação federal considere a fundação como pessoa jurídica de direito privado, nada impede que a lei instituidora adote regime jurídico-publicístico, derogando, no caso concreto, as normas gerais estabelecidas pelo Decreto-lei nº 200/67, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.596/87, da mesma forma como tem sido feito em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, instituídas, estas últimas especialmente, sob formas inéditas, não previstas em qualquer lei anterior que discipline as sociedades comerciais. Trata-se de aplicar o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, em consonância com o qual “a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior”.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003p. 179 a 180.

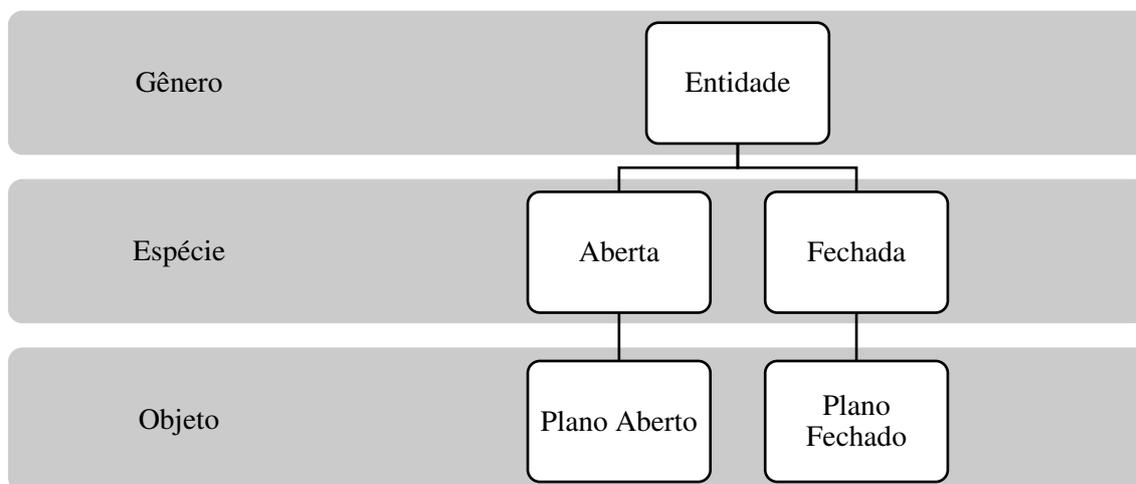
<sup>17</sup> REIS, Adacir. **A Natureza Jurídica das Entidades Fechadas de Previdência Complementar**, in REIS, Adacir (Org.). **Fundos de Pensão: Aspectos Jurídicos Fundamentais**. São Paulo: ICSS/SINDAP. 2009, p. 53.

direito público, na forma da Lei nº 12.618/12. No entanto, sem descaracterizar sua natureza pública, a Lei nº 14.463/22 alterou sua personalidade jurídica, atribuindo-a a de direito privado.

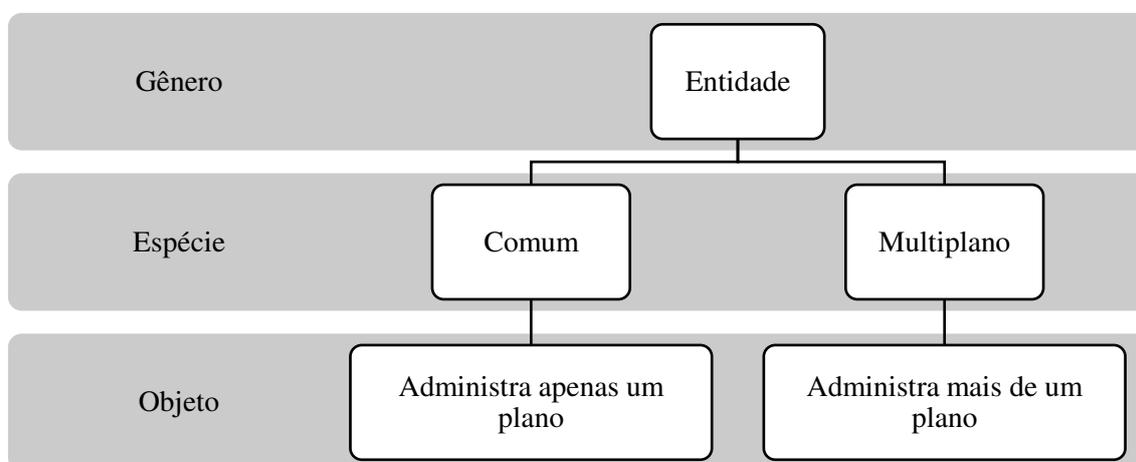
O equívoco de Reis<sup>18</sup> decorre do significado atribuído ao adjetivo “privada”. Quando relacionado ao substantivo “previdência”, esse adjetivo não significa “não estatal” ou “não público”, mas “facultativo” e “contratual”. Ademais, a natureza jurídica do plano, se social ou privado, é incapaz de determinar a natureza jurídica da entidade gestora, porque o sistema jurídico admite a gestão de planos sociais por pessoas jurídicas de direito privado, e a gestão de planos privados por pessoas jurídicas de direito público.

## II.2 Espécies de EFPC

As entidades previdenciárias podem ser classificadas por diversos critérios. O primeiro, e talvez o mais importante, é a partir da natureza jurídica do plano administrado, se aberto ou fechado. Isso porque, apesar entidade e plano não se confundirem, a Lei Complementar nº 109/01 não admite que a entidade administre simultaneamente planos abertos e fechados:



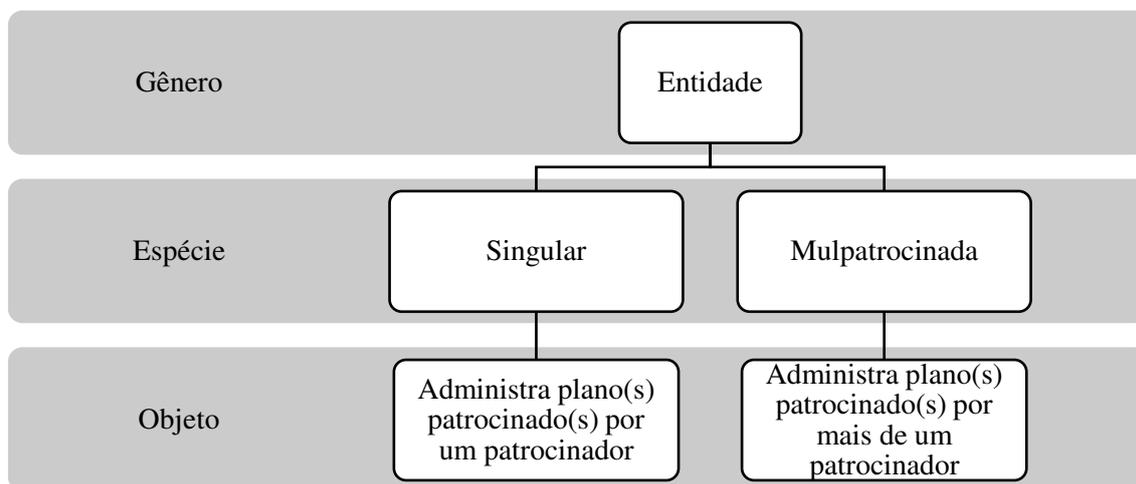
Apesar de não poder administrar planos de características jurídicas distintas, a entidade, seja ela aberta ou fechada, pode administrar mais de um plano de previdência privada. Se administrar apenas um plano, a entidade é comum, e se administrar mais de um plano, a entidade é multiplano:



<sup>18</sup> Idem, p. 56.

O inciso I do artigo 34 da Lei Complementar nº 109/01 atribui essa classificação apenas as entidades que administram planos fechados. No entanto, não identificamos óbice em adotá-la também para as entidades abertas, sobretudo diante da sua finalidade didática.

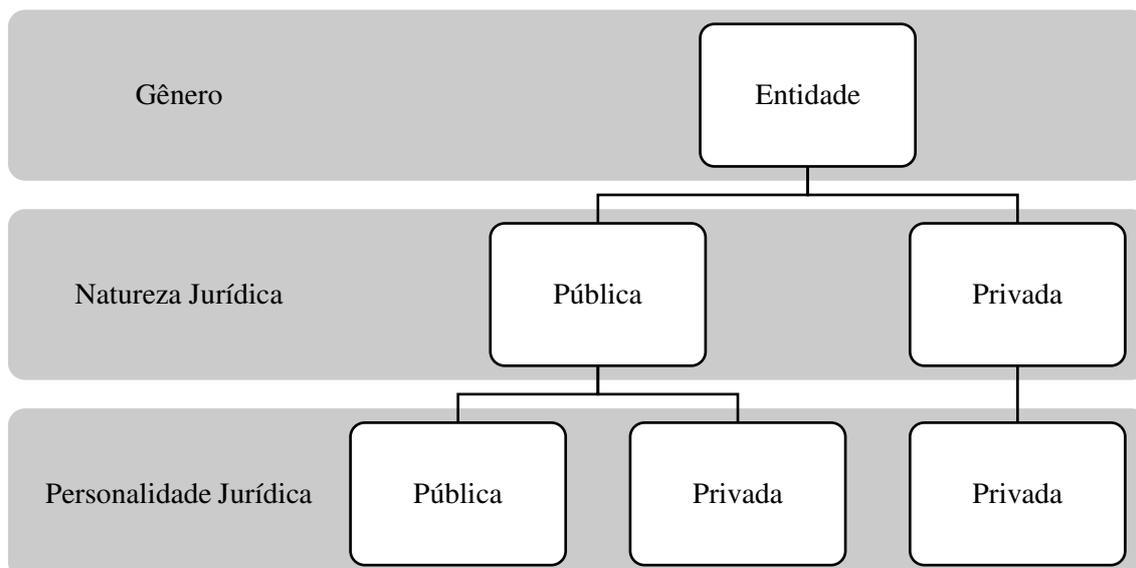
Afora a natureza jurídica do plano e o número de planos administrados, a quantidade de patrocinadores também pode ser considerada na classificação da entidade. Assim, se a entidade administra plano(s) patrocinado(s) por apenas um patrocinador, é considerada singular; se, no entanto, relaciona-se com mais de um patrocinador, é tida como multipatrocinada:



A entidade multiplano não é necessariamente multipatrocinada, tampouco a comum é singular, simplesmente porque um patrocinador pode patrocinar mais de um plano previdenciário, bem como dois ou mais patrocinadores podem patrocinar o mesmo plano, com ou sem solidariedade.

Assim, a entidade que administra um plano patrocinado por dois patrocinadores é comum e multipatrocinada, e a que administra dois planos patrocinados pelo mesmo patrocinador é multiplano e singular, v.g..

Por fim, sem prejuízo de outras classificações, podemos classificar a entidade a partir da sua natureza e personalidade jurídicas. Nessa seara, as entidades podem ser públicas ou privadas, e adotarem personalidade jurídica de direito público ou privada:



Enquanto a entidade de natureza privada sempre adota a personalidade jurídica de direito privado, a pública pode adotar a personalidade de direito público ou privado. No entanto, importante salientar que após a Lei nº 14.446/22 não existem entidades públicas com personalidade jurídica de direito público.

### III. FUNÇÃO DA EFPC

#### III.1 Natureza Jurídica da Gestão

A qualificação jurídica da relação entre o plano de previdência privada e a entidade gestora pressupõe o conhecimento das investigações elaboradas no contexto dos fundos de investimento. A relação jurídica entre os fundos e a sociedade gestora é classificada como contrato de mandato ou de comissão<sup>19</sup>. A diferença entre esses dois contratos é inoportuna, sobretudo porque entendemos ser a comissão um reflexo mercantil do mandato<sup>20</sup>.

A semelhança entre a gestão do fundo de investimento e a relação jurídica entre o plano de previdência privada e a entidade gestora é inevitável. A identidade, no entanto, supõe a aferição do objeto dessa relação, definindo se entre o plano e a entidade existe um mecanismo de cooperação decorrente da atividade empregada por essa em favor daquele.

A caracterização da relação jurídica entre plano de previdência privada e entidade como mandato não é absoluta<sup>21</sup>. As críticas a essa solução representam um valioso material para a investigação, que unida a um conjunto de apreensões conceituais, permitem a sistematização das dificuldades de adequação da relação analisada ao contrato de mandato.

A primeira crítica se fundamenta na impossibilidade de reconhecer nas faculdades atribuídas às partes as essenciais do contrato de mandato, porque a posição do participante não se identifica com a do mandante. O participante, ao contrário do mandante, não participa da administração, sendo-lhe negado o controle da entidade gestora ou a revogação do contrato.

<sup>19</sup> HERMIDA, Alberto J. Tapia. *Institutional Investors and Corporate Control in Spain*, in BAUS, Richard. *Institutional Investor and Corporate Governance*. New York: Gruyter. 1993, p. 457.

<sup>20</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Vol. XLIII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1972, p. 293.

<sup>21</sup> COSTI, R. *La Struttura dei Fondi Comuni d'Investimento nell'ordinamento Giuridico Italiano e nello Schema di Reforma delle Società Commerciali*, in *Riv. Soc.* 1968, p. 280 a 292.

Refutamos a crítica, que entendemos aplicável somente à relação entre os fundos de investimento e a sociedade gestora. Posicionamo-nos assim porque entendemos que o participante age indiretamente da administração do plano, limitando as faculdades da entidade gestora por meio do conselho deliberativo<sup>22</sup>.

Apesar do artigo 35 da Lei Complementar n. 109/01 enunciar expressamente que os conselhos deliberativo e fiscal são órgão da entidade gestora, entendemos que integram a estrutura societária dos planos de previdência privada. Confirmamos essa conjectura na pragmática das entidades que administram vários planos de um ou de vários instituidores/averbadores, respectivamente, multiplanos ou multipatrocinados.

Nem todos os planos administrados pela entidade gestora se interessam pelas mesmas metas financeiras e atuarias. Essa identidade justifica política de rentabilidade individualizada, especificada em face da necessidade de cada plano. Se admitirmos que o conselho deliberativo é órgão da entidade gestora, autorizaremos a generalização da política de investimento e, eventualmente, a exclusão da representatividade de algum plano.

A vinculação dos conselhos deliberativo e fiscal ao plano de previdência privada justifica interpretação sistemática do § 7º do artigo 35 da Lei Complementar n. 109/01 que autoriza a remuneração dos membros desses conselhos. Essa remuneração, se autorizada, não deve ser paga pela entidade gestora, mas pelo plano de previdência privada, porque, enquanto a entidade se apresenta como mandatária, o conselho deliberativo se posiciona como representante.

A legitimidade do conselho deliberativo não foi suficiente para superar as críticas quanto à caracterização da relação como mandato, porque esse conselho constitui o *facere*, detalhadas nas competências típicas das entidades gestoras. Apesar de esse aspecto não descaracteriza a relação mandamental, trata-se, apesar da origem voluntária, de mandato *ex lege*, em que a entidade gestora atua como mandatária necessária do plano<sup>23</sup>.

A segunda crítica à classificação da relação como mandato se justifica na natureza dos atos desempenhados pela entidade gestora. Nessa seara, a relação não pode ser considerada mandato, porque a entidade gestora não se relaciona com terceiros, mas pratica tão-somente atos materiais de direção técnica e decisão interna. A fundamentação utilizada na descaracterização confunde, no entanto, mandato e representação, esquecendo de que o objeto do mandato não pressupõe vinculação alguma do mandatário com terceiros.

As objeções apresentadas são incapazes de refutar a natureza mandamental da relação entre o plano de previdência privada e a entidade gestora, sobretudo se compreendida no sentido amplo. A subsunção nas categorias jurídicas de novas figuras exige certa flexibilidade, a partir da limitação da essência do instituto com o que se pretende a identificação. Assim, a identificação proposta possui eficácia instrumental, proporcionando a seleção positiva das fontes necessárias para completar a investigação da relação.

A assimilação ao mandato permite, pois, precisar de maneira aceitável a natureza da relação ente plano de previdência privada e entidade gestora, sobretudo desde o ponto de vista da integração do regime aplicável às prestações assumidas pela entidade. Não obstante, a assimilação não explica a posição funcional da entidade gestora no plano, justificando considerações acerca do caráter orgânico dessa posição.

### III.2 Regime Jurídico

---

<sup>22</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998p. 161.

<sup>23</sup> Op. Cit. (COSTI), p. 289 a 290.

A definição das obrigações da entidade gestora é obstada pela ausência de normas específicas. Superamos esse obstáculo por meio da aplicação subsidiária das normas jurídicas que regem as relações de mandato e comissão. Esse método não importa na identidade absoluta, sobretudo porque algumas formas de mandato são totalmente inadequadas às relações mantidas pelas entidades com os planos.

### III.2.i Obrigações da EFPC

A Lei Complementar n. 109/01 confia às entidades gestoras funções de diversas naturezas. Todavia, pela metodologia, atentamo-nos, nesse momento, apenas sobre as funções mais relevantes, que se interessam pelo desenvolvimento ordinário do plano de previdência privada. As obrigações assumidas pela entidade, a partir da perspectiva adotada, são: i) administração; ii) responsabilidade contábil.

As funções administrativas correspondem às atribuídas a todo mandatário, constituindo o *core* das atividades desempenhadas pelas entidades gestoras. A amplitude de seu conteúdo justifica a distinção entre administração interna e externa.

A administração interna consiste nas relações dos planos de previdência privada com os sujeitos – participante, patrocinador, assistido etc. – vinculados. Objetiva atividade de caráter contábil e burocrático, simplificada em operações de mensuração e aplicação de direitos. Integram essa função, entre outras, a concessão da prestação, o dimensionamento do direito acumulado e as operações de resgate e portabilidade.

A despeito do valor das funções internas, entendemos que as atividades externas são mais relevantes, porque importam à efetividade das expectativas assumidas pelos planos de previdência privada. Essas atividades versam substancialmente na acumulação e investimento dos aportes e de seus rendimentos, objetivando resultados suficientes à satisfação das metas financeiras eleitas pelo instituidor.

Qualificamos essa função como obrigação de meio, porque a entidade gestora não garante o resultado, mas apenas se obriga na execução da tarefa. A administração, no entanto, deve se pautar nos critérios de segurança, rentabilidade, diversificação e congruência de prazos adequados aos interesses financeiros eleitos pelos planos. A atuação da entidade gestora corresponde à atividade de um perito no desempenho de uma prudente administração em idênticas circunstâncias:

Los Fondos de Pensiones no deben participar en la promoción de proyectos empresariales arriesgados ni suscribir valores de compañías de dudosa solvencia o incierto futuro (seguridad); han de procurar obtener el mayor rendimiento posible de las inversiones cumpliendo el principio anterior (rentabilidad); deben evitar arriesgar cantidades significativas en una sola compañía o proyecto, de forma que el eventual fracaso de alguna inversión quede sobradamente compensado con el éxito de otras (diversificación) y han de efectuar las inversiones de modo que sean susceptibles de realización en atención a los momentos en que las prestaciones deban ser satisfechas (plazos)<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> ROYES, Francisco Moreno; ALEGRE, José Santidrian; PIYOL, Antonio Santidrian. **Los Planes e Fondos de Pensiones. Comentarios al Reglamento**. Madrid: CND. 1988, p. 119.

A discricionariedade da entidade gestora na administração externa não se limita apenas no plano axiológico. Além dos limites impostos pela legislação, as funções da entidade são limitadas pelo conselho deliberativo do plano, que modela os investimentos dos ativos restritos ao plano. A inobservância dessas limitações impõe responsabilidade à entidade, justificando, ademais, ressarcimento em decorrência de eventuais danos.

A natureza das diretrizes do conselho deliberativo e sua aplicação na administração do plano de previdência privada se assemelham ao regime que disciplina o sentido e alcance das instruções dirigidas pelo mandante ao mandatário. A margem de discricionariedade da entidade gestora depende, pois, do conteúdo das instruções recebidas.

Ao negligenciar as instruções, a entidade gestora assume os riscos do resultado, indenizando o plano em razão do insucesso. Se, ao contrário, o insucesso decorrer da observação das instruções do conselho deliberativo, a entidade gestora estará isenta de responsabilidade, salvo se o insucesso decorrer de variações do mercado ou qualquer outra contingência que poderiam ter sido evitadas pela entidade gestora.

Ademais, o descumprimento dos limites da discricionariedade, ou a má-fé na execução de diretrizes inadequadas aos interesses do plano importam, além de responsabilidade para a entidade gestora, infrações legais ou regulamentares, que regulam os investimentos ou as condições gerais das operações, em consonância com o disposto no parágrafo único<sup>25</sup> do artigo 696 do Código Civil.

A administração externa não se limita às atividades de investimento dos ativos do plano, compreendendo, também, o exercício dos direitos derivados dos títulos e demais bens integrados ao plano. Integram, igualmente, essa face da administração todos os atos e negócios requeridos para o adequado desenvolvimento financeiro do plano.

A outra obrigação atribuída à entidade gestora é a responsabilidade contábil. Não se trata do típico dever de informação imposto ao mandatário, mas de uma função essencialmente contábil e periódica. Afora, a contabilidade é um dever do próprio plano de previdência privada, ainda que assumido instrumentalmente pela entidade gestora.

A relação jurídica entre o plano de previdência privada e a entidade gestora, apesar das especificidades, opera semelhantemente ao mandato ou à comissão. A discricionariedade das funções assumidas pela entidade é limitada institucionalmente pelo ordenamento jurídico, ou voluntariamente pelo plano, que por meio de seu representante (conselho deliberativo) direciona a entidade no desenvolvimento de suas funções.

A entidade gestora não integra, portanto, o plano de previdência privada, tampouco assume a propriedade de seus ativos. A relação é meramente instrumental.

### **III.2.ii Direitos das Entidades Gestoras**

Em contraprestação à atividade desenvolvida, a entidade gestora tem direito a uma taxa, definida dentro dos limites enunciados pelas normas jurídicas. Em garantia do interesse dos contribuintes, o ordenamento jurídico fixa a quantia máxima, ou enuncia parâmetros para a fixação.

A onerosidade não descaracteriza a relação de mandato, porque, como adverte Miranda, o “mandato é contrato unilateral, ou bilateral, em que há *prestação de serviço*, ou *de obra*, e poder de *representação* ou outro poder”<sup>26</sup>. Esse conteúdo justifica a eventual onerosidade, impedindo

---

<sup>25</sup> Parágrafo único do artigo 696 do Código Civil: Responderá o comissário, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar ao comitente.

<sup>26</sup> Op. Cit. (MIRANDA 1972), p. 9.

que a presença da taxa descaracterize a relação mandamental verificada entre a entidade gestora e o plano de previdência privada.

O valor da taxa é definido pelo plano e entidade gestora, observado o limite máximo, no convênio de adesão. No momento da constituição, o plano é representado pelo instituidor ou averbador; nas negociações futuras, sobretudo decorrente da substituição de gestão, a representação do plano é atribuída ao seu conselho deliberativo. A negociação é pressuposta da novação; as alterações unilaterais, sejam movidas pelo plano, sejam advogadas pela entidade, são ilegais.

O artigo 42 da Resolução MPAS/CPC n. 01/78 limitava a remuneração da entidade gestora, para os planos de previdência privada fechados, em 15% do total das contribuições vertidas no exercício social. Não obstante, o artigo 43 dessa resolução resguardava ao órgão fiscalizador excepcionar esse limite, bem como facultar aos instituidores ou averbadores o custeio parcial ou total das despesas administrativas.

A Resolução CGPC n. 29/09 revogou os limites enunciados pela Resolução MPAS/CPC n. 01/78. Para os planos fechados regulamentados pela Lei Complementar n. 109/01, a resolução não limitou o valor das despesas administrativas, atribuindo ao conselho deliberativo a sua fixação. Sem embargo, a Resolução CGPC n. 29/09 enunciou parâmetros e critérios a serem observados na fixação dos limites, sobretudo porque as despesas do plano são afetadas pelo “(a) tamanho do plano, (b) as características e opções de investimentos do plano, (c) o comportamento dos participantes e (d) a rotatividade do portfólio”<sup>27</sup>.

Para os planos fechados regidos pela Lei Complementar n. 108/01, a Resolução CGPC n. 29/09, por meio do artigo 6º, limitou os gastos com a administração do plano em 1% do montante dos recursos garantidores dos planos de benefícios no último dia do exercício, ou 9% da soma das contribuições e dos benefícios dos planos no exercício:

Art. 6º O limite anual de recursos destinados pelo conjunto dos planos de benefícios executados pela EFPC de que trata a Lei Complementar nº 108, de 2001, para o plano de gestão administrativa, observado o custeio pelo patrocinador, participantes e assistidos, é um entre os seguintes:

I – Taxa de administração de até 1% (um por cento); ou

II – Taxa de carregamento de até 9% (nove por cento).

Parágrafo único. O Conselho Deliberativo da EFPC deve estabelecer o limite de que trata o caput.

A definição do custo administrativo pressupõe, além desses critérios, a identificação do equilíbrio financeiro da entidade gestora, sobretudo porque se constituem em sociedades ou fundações sem fins lucrativos. O valor repassado pelo plano fechado não pode gerar prejuízo, tampouco lucro à entidade; deve ser fixado na medida exata da compensação das despesas. Portanto, o custeio administrativo é o exato valor que não impõe prejuízo ou lucro à entidade gestora, preservando seu equilíbrio original.

Nos planos abertos de previdência privada, o custo administrativo é limitado especificamente pelo órgão fiscalizador, quando da aprovação do plano instituído pela entidade gestora. Nesse caso, diferentemente dos planos fechados, o custo administrativo não se identifica

---

<sup>27</sup> RABELO, Flávio Marcílio. **Gestão e Desempenho dos Fundos de Pensão no Brasil: Análise do Custeio**. 2001, p. 13, in <http://www.abrapp.org.br>, acessado em 27/11/2010.

exatamente com a despesa do plano, porque as entidades abertas objetivam lucro em contraprestação à gestão do plano.

#### **IV. O ATIVO DO PLANO COMO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS PARTICIPANTES**

##### **1.2 A Natureza Jurídica dos Direitos dos Participantes e Assistidos**

A caracterização da posição dos participantes e assistidos justifica a conclusão, como ocorreu na doutrina italiana ao investigar os fundos de investimento, de que a propriedade atribuída se apresenta desfocada, resultando num mero *nomen iuris* carente de significação. O direito que se confere aos participantes e assistidos não integra o instituto da propriedade, porque ausentes as faculdades próprias do domínio, como a disposição.

Definida a propriedade como o direito de usar, gozar e dispor de uma coisa<sup>28</sup> seria impossível classificar nesse conceito os direitos conferidos aos participantes e assistidos. Essa impossibilidade justifica a descaracterização desses direitos como direitos reais, semelhantemente ao que acontece nos direitos de crédito, cujo conteúdo consiste, fundamentalmente, na faculdade de exigir a prestação pactuada<sup>29</sup>.

A abordagem do problema reclama a determinação do sujeito dos bens e direitos afetos ao plano de previdência privada. Diante da sua hipotética carência de personalidade jurídica, essa titularidade corresponderia à entidade gestora.

Não obstante, não haveria um verdadeiro direito subjetivo da entidade gestora, mas um direito-função, porque a atribuição de legitimidade se opera pelo interesse dos participantes e assistidos. Estar-se-ia, assim, diante de uma propriedade fiduciária similar ao do instituto do *trust* ou da afetação.

Sztajn reconhece essa estrutura nos fundos de investimentos, a partir da caracterização condominial germânica<sup>30</sup>. O patrimônio do fundo não pertence à comunhão, mas à instituição financeira incumbida da gestão. O negócio firmado entre os condôminos (investidores) e a instituição financeira é fiduciário, implicando na existência de um patrimônio separado (afetação) e de uma propriedade resolúvel<sup>31</sup>.

##### **IV.1 O Direito dos Participantes e Assistidos como Direito Pessoal de Propriedade**

Os planos de previdência privada assumem aportes que são investidos nos mercados financeiro e de capitais, cuja adequada administração pela entidade gestora permite, em momento futuro, a consecução da finalidade de previdência que preside essa instituição, mediante o reconhecimento e pagamento das prestações contratadas no regulamento.

No *core* do esquema administrativo desenhado pela Lei Complementar n. 109/01 se encontra a entidade gestora, em cuja caracterização legal se pretende juntar a qualificação técnica e a solvência adequada para cumprir com as responsabilidades do plano. A transferência de gestão à entidade se justifica no próprio interesse dos participantes e assistidos, que pretendem com o plano a proteção previdenciária suplementar ou complementar.

---

<sup>28</sup> Artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

<sup>29</sup> JAGER, Pier Giusto. *Sui Fondi Comuni d’Investimento*. Riv. Soc., 1968, p. 1112, *apud* BARTOLI, Saveiro. *Trust e Fondi Comuni d’Investimento nella Cartolarizzazione del Patrimonio Immobiliare Pubblico*, in <http://www.dircomm.it/2005/n.2/01.html>, acessado em 29/10/2010.

<sup>30</sup> SZTAJN, Rachel. *Cotas de Fundos Imobiliários: Novo Valor Mobiliário*, in *Revista de Direito Mercantil Vol. 93*, São Paulo, 1994, p. 105.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 108.

Não identificamos possibilidade de administrar uma massa patrimonial pertencente a uma quantidade substancial de pessoas sem recorrer à fórmula eleita pela Lei Complementar n. 109/01, que impõe a profissionalização da gestão do plano de previdência privada por meio das entidades habilitadas. Assim, é indubitável que a aplicação dos modelos de condomínio regulados pelo Código Civil conduziria o plano a resultados notoriamente insatisfatórios.

O fato de os planos previdenciários carecerem de personalidade jurídica impõe definição acerca da titularidade da massa patrimonial integrada. Verifico três alternativas; conferir a titularidade: i) à entidade gestora; ii) aos participantes e assistidos; iii) ao plano de previdência privada. Não identifico a possibilidade de a titularidade ser atribuída aos patrocinadores, porque nem mesmo quando esses se retiram o patrimônio lhes é liquidado.

A pragmática atribui, não obstante nossas críticas, a titularidade à entidade gestora. Não raro, o patrimônio dos planos é atribuído à entidade, como se fosse ela a sua titular.

A escolha se justifica no não reconhecimento da personalidade jurídica do plano, decorrente da compreensão do conceito de pessoa jurídica em nosso direito. Confirmada a ausência de personalidade jurídica do plano, a solução adotada seria conferir aos participantes a titularidade de um direito real, e não de crédito. Essa consequência, como adverte Freitas, impede a caracterização do plano de previdência privada como condomínio, mesmo na forma germânica, pois:

Se reconhece o fundo como condomínio, ainda que do tipo alemão, a propriedade dos bens que lhe compõe o patrimônio seria da coletividade e não poderia pertencer ao administrador, ainda que numa relação de negócio fiduciário atípico. Por outro lado, se admite a existência de negócio fiduciário e reconhece que a propriedade pertence ao administrador do fundo, ainda que para atender a uma função de guarda e gestão, não poderia sustentar a existência de condomínio, ainda que do tipo germânico<sup>32</sup>.

Semelhante resultado poderia ser obtido se os recursos patrimoniais integrados no plano, administrados pela entidade, fossem caracterizados como patrimônio de afetação.

Os defensores da tese da propriedade da entidade gestora, cujo fundamento inicial era a impropriedade da qualificação como direito de propriedade do direito atribuído aos participantes, reconhecem a inexistência nesse suposto de uma verdadeira titularidade dominial, senão um direito-função, porquanto que as faculdades decorrentes são exercidas no interesse dos participantes e assistidas. Essa construção doutrinária esquece, no entanto, que a propriedade é caracterizada pelo ordenamento jurídico como um direito potestativo.

O reconhecimento da afetação é inadequado à constatação da copropriedade, sem embargo da negação da sua personalidade. Confirmada a ausência desse fenômeno, a titularidade não poderia ser atribuída à entidade gestora, mas aos respectivos coproprietários.

Se a propriedade fosse da entidade, mesmo que afetada aos interesses previdenciários dos participantes, a retirada de patrocinador, alcinçada pela Resolução CNPC n. 51/22 de transferência de gerenciamento, implicaria em alienação, cessão ou doação dos ativos integralizados no plano transferidos à outra entidade.

---

<sup>32</sup> FREITAS, Ricardo de Santos. **Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Quartier Latin. 2006, p. 183.

Sucedo que o inciso IV do artigo 2º dessa resolução, expressamente determina que ao transferir o gerenciamento do plano de uma entidade para outra, a transferência não implica em nenhuma outra consequência senão a troca da entidade gestora:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Resolução, entende-se por:

IV - Transferência de gerenciamento: operação que consiste na transferência de gestão de um plano de benefícios de uma entidade para outra, mantidos os mesmos patrocinadores e abrangendo a totalidade dos seus participantes e assistidos e a integralidade de seus ativos e passivos, incluindo os direitos e obrigações previstos no regulamento do plano de benefícios.

Noutro vértice, a comunidade dos recursos integrados no plano aparece ordenada pela finalidade previdenciária, supondo a necessidade de investigação da natureza jurídica dos direitos dos participantes e assistidos. Essa circunstância implica no caráter instrumental, de tal maneira que a afetação impede que os participantes e assistidos possam exercer as faculdades próprias da copropriedade<sup>33</sup>.

Enquanto em uma situação de condomínio os condôminos mantêm relação direta com a coisa, percebendo a utilidade decorrente do exercício de seus direitos, na copropriedade decorrente de aportes verificados pelas partes no exercício de uma atividade, a configuração dos direitos dos condôminos pressupõe o conhecimento do fim comum. Assim, o direito ao uso da coisa se transforma, em geral, no direito a exigir os benefícios obtidos pela referida atividade.

Em consonância com a posição que se atribui aos participantes e assistidos, encontram-se os direitos “políticos”, especificados, por exemplo, no direito de controle e vigilância, e os direitos de informação, materializados na transparência da gestão. As exigências das finalidades dos planos de previdência privada justificam, em razão da condição instrumental dos recursos patrimoniais afetos aos fundos de pensão, a especial configuração de direitos dos participantes e assistidos.

Fixada a natureza pessoal dos direitos patrimoniais dos participantes e assistidos sobre uma cota ideal do plano de previdência privada, analisamos a especificação da sua natureza jurídica. Nesse sentido, alerta que a Lei Complementar n. 109/01, tampouco a Constituição Federal, tratam especificamente dessa questão.

O vácuo impõe a caracterização desses direitos como um direito de propriedade, sobretudo porque a Lei Complementar n. 109/91 estabelece obrigações do plano com os assistidos e com os participantes por meio dos direitos acumulados. A obrigação é contábil; a finalidade do cálculo dos limites dos compromissos assumidos pelo plano, portanto, não pode ser exercida para defender o direito de crédito como os direitos concedidos aos participantes e assistidos.

Contribuem para esta conclusão, o fato inquestionável de que a propriedade está longe de ser estruturada de modo unitário pelo direito. Não há uma propriedade, mas várias, porque o interesse da sociedade é que apropriação dos bens comporte estatutos em harmonia com os fins perseguidos. O direito de propriedade é um dos mais flexíveis e matizados que figuram nas diferentes categorias jurídicas; sua plasticidade é infinita.

Assim, o direito admite propriedades móveis e imóveis, bem como distintas formas de propriedade incorpórea, intelectual, industrial e outras. Não obstante a evolução semântica do

---

<sup>33</sup> PESCATORE, S. *Attività e Comunione nell Strutture Societarie*. Milán: Giufree. 1974.

direito de propriedade, a adequação do direito dos participantes e assistidos nessa categoria jurídica exige adaptação inspiradas na regulação dos institutos previdenciários.

As contribuições integralizadas nos planos de previdência privada ocasionam, portanto, o nascimento de uma espécie de copropriedade que, por recair sobre uma massa patrimonial integrada por diversos elementos – imóveis, valores negociáveis ou meros direitos de crédito, como os depósitos bancários – deve ser entendida em sentido *lato*, como uma situação de titularidade coletiva.

A fórmula enunciada pelo artigo 1.228 do Código Civil perde paulatinamente seu pretendido caráter genérico, porque a propriedade, segundo a natureza de seu objeto e do negócio que lhe origina, possui em cada caso um conteúdo específico, como adverte Penadés:

En nuestro Derecho la situación normativa del fenómeno jurídico al que seguimos llamando propiedad es cada vez más compleja. Se há producido una diversificación de estatutos y de regímenes de la propiedad que se resisten a una unificación conceptual o que cuando *malgré tout*, se reducen a una unidad conceptual, producen una imagen confusa, carente de coherencia íntegra<sup>34</sup>.

## V. CONCLUSÕES

Os recursos integralizados pelos patrocinadores e participantes por meio de contribuições normais ou extraordinárias pertencem exclusivamente a esses, e não são vertidas como prêmios à EFPC, mas capitalizadas numa espécie de copropriedade. As receitas decorrentes das inversões dessas contribuições integram esse mesmo patrimônio, não se comunicando com o patrimônio da EFPC que o administra.

A EFPC não é proprietária do plano de previdência privada, tampouco das contribuições integralizadas por patrocinadores ou participantes, ou dos ativos e investimentos adquiridos por meio desses recursos. A EFPC é mera mandatária do plano, atuando exclusivamente na sua gestão, nos limites do regulamento.

Em contraprestação a esse serviço, contratado numa relação jurídica típica de mandato, a EFPC é remunerada pela comunhão formada pelos participantes e/ou patrocinador. Assim, as contribuições capitalizadas pelos participantes e patrocinadores, quiçá os bens e direitos adquiridos por meio desses recursos, ou a rentabilidade desses investimentos constituem patrimônio ou receita da EFPC.

A única receita da EFPC, enquanto gestora do plano de previdência complementar, é a taxa de gestão, decorrente da contraprestação do mandato. A EFPC pode auferir outras receitas, se autorizada a prestar serviços assistenciais e sanitários.

---

<sup>34</sup> PENADÉS, V.L. Montés. **La Propiedad Privada en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo**. Madrid: Tecnos. 1980, p. 152