

A RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DOS FUNDOS DE PENSÃO

Sérgio de Andréa Ferreira *

A importância capital do setor previdenciário privado, quer no campo da seguridade social, quer no econômico-financeiro (as entidades do setor são investidoras institucionais e os recursos que administram correspondem a significativo percentual de 18% do PIB) repercute, de modo especial, no capítulo da responsabilidade jurídica.

No âmbito dos Fundos de Pensão, os vários atores (as entidades de previdência complementar; seus patrocinadores e respectivos administradores; terceiros que lhes prestam serviços; os participantes de seus planos; e os órgãos governamentais, regulador e fiscalizador) estão submetidos ao que, genericamente, se conceitua como *responsabilidade cível*, a abranger: (a) a *civil* (patrimonial), *absoluta* e *relativa*, *comissiva* ou *omissiva*, a gerar a obrigação de ressarcir; e (b) a *administrativa* (punitiva), a sujeitar a sanções ético-jurídicas, caducíficas e pecuniárias. Medidas extremas podem ser adotadas, como, em relação às EFPC's, a nomeação de administrador especial, a decretação de intervenção e a própria liquidação extrajudicial. E, para administradores, a inabilitação temporária.

A *responsabilidade*, como tema jurídico nuclear, reveste-se, no Direito Previdenciário Privado, de especial relevância, por ser, esse, campo a que são inerentes a *fidúcia* e a *segurança* (estamos em capítulo da *seguridade*); mas também os *riscos*, na gestão, pelas EFPC's, de patrimônios (*patrimônios fiduciários*) formados por aportes de patrocinadores e participantes de seus planos previdenciários. Essa gestão há de ser hígida e eficaz, de modo que assegure o cumprimento da obrigação de pagamento dos benefícios; obrigação essa cujo exercício tem seu início protraído e duração prolongada.

É certo, porém, que o regime jurídico há de ser, na sua formulação e prática, isento de vícios, para que a responsabilidade possa ser validamente efetivada, na moldura da garantia do *devido processo legal* (art. 5º, LV, da CF), em seu viés processual e na sua feição substantiva.

A Lei Complementar nº 109, de 29.05.01, que dispõe sobre o regime de previdência complementar, contém capítulo (o de nº VII) sob a designação '*Do Regime Disciplinar*'.

O *poder disciplinar*, a envolver as atribuições de apuração e punição de ilícitos, é cognato com o *poder hierárquico*, que traduz a relação de supremacia de superiores em face de subordinados.

* Professor Titular de Direito Administrativo. Advogado. Consultor de Direito de Previdência Privada. Desembargador Federal, aposentado. Ex-Curador de Fundações do Ministério Público.

Os destinatários das regras repressivas, contidas no conjunto normativo em referência – *administradores de entidade; procuradores com poderes de gestão; membros de conselhos estatutários; interventores e liquidantes; administradores dos patrocinadores; atuários, auditores independentes, avaliadores de gestão* e outros profissionais (art. 63, e p. único) – não estão, como é óbvio, ‘*subordinados*’, nem ao órgão controlador, nem ao fiscalizador do setor, nem, tampouco, à Chefia do Poder Executivo, que veio, posteriormente, a editar o Decreto nº 4.942, de 30.12.03, que dispõe sobre as infrações e penalidades aplicáveis.

Trata-se, em verdade, de responsabilidades, ilícitos e sanções de *Direito Social*, e que são *administrativos* na medida em que competem à autoridade executiva as funções de apuração dos fatos, responsabilização dos culpados e inflicção, a esses, de penalidades.

Cuida-se de *Direito Punitivo*, que se caracteriza por ilícitos ditos absolutos, que ofendem a ordem funcional ou profissional em que se insere a atividade dos apenados; e por sanções que atingem poderes e direitos, nesse círculo, com caráter ético, caducificante ou de ordem patrimonial, sempre com repercussões no *status* do punido, que, mesmo tendo cumprido a pena anteriormente infligida, se torna, caso recalcitrante, reincidente.

Para a análise desse aspecto do Direito Previdenciário Privado é relevante acentuar-se que, quando se trata do segmento, desse novel ramo jurídico, que prevê infrações, e comina penas, estamos no campo do Direito Administrativo Punitivo Externo, tanto que o art. 31 do Decreto nº 4.942/03, já citado, específico sobre a matéria e sobre o correspondente processo de responsabilização, alude à ‘*ação punitiva da Secretária de Previdência Complementar, no exercício do poder de polícia*’.

A Lei nº 6.435, de 15.07.77, que antecedeu a Lei Complementar 109/01, e foi por ela revogada, tratava das infrações a dispositivos seus, sob o título ‘*Do Regime Repressivo*’ (Seção IV, arts. 75 a 79).

Já a Lei Complementar 109/01 qualifica esse nicho repressivo do Direito da Previdência Complementar, como sendo o seu ‘*Regime Disciplinar*’ (Capítulo VII).

Desde logo, sublinhe-se a imperfeição da terminologia do diploma legal complementar, e a superioridade, no tópico, da lei revogada.

Em verdade, reitere-se, não se cuida de ilícitos disciplinares, eis que o poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico; e não há hierarquia entre a Secretaria de Previdência Complementar, ou qualquer outro órgão ou entidade governamental, e as EFPC’s.

Tanto assim é, que, conforme salientado, o Decreto nº 4.942/03 qualifica a punibilidade, no particular, como expressão do poder de polícia.

E trata-se de poder de polícia no campo social, em que atuam entidades de direito privado, do setor privado, como o são as EFPC’s, mesmo quando patrocinadas por entes estatais.

Saliente-se ser fundamental a exata distinção entre as várias espécies de poder estatal em relação às pessoas físicas e jurídicas, o que reflete o posicionamento delas no contexto sócio-estatal.

Assim, entre órgãos da Administração Direta; entre superiores e subordinados, há a citada hierarquia, traduzida pelo poder hierárquico, ao qual é insito o poder disciplinar, a que estão submetidos os agentes públicos. Note-se, a propósito, a diferença, mesmo em relação a esse poder, entre a disciplina no serviço civil, e aquela no âmbito militar.

Já diversa, por sua vez, é a tutela administrativa, da Administração Direta sobre os entes da Indireta.

Com sua identidade, o poder de polícia abrange atos de licenciamento, autorização, permissão, proibição, ordens, exigências; e atos de fiscalização, no que concerne ao exercício, pelo administrado, de direitos individuais, políticos e econômico-sociais.

Mas não se traduz em poder hierárquico, nem, conseqüentemente, em poder disciplinar.

A ação do Estado no setor da Previdência Complementar, é a de regulação, normativa, em tese; e de provedoria e fiscalização, concretas; tudo isso, conforme acentuado, na ordem social, e não, na ordem governamental, intestina.

O poder normativo regulatório, na área em consideração, é forma de participação social do Estado, encontrando limites nos princípios da legalidade; e da reserva e da preferência legal. Compreende a disciplina, o balizamento do exercício, pelas entidades, de seu *munus*.

Outrossim, a função de provedoria das EFPC's compreende o velar, o zelar por elas, nos termos do art. 86 da Lei nº 6.435/77, e do art. 72 da LC 109/01; função que é de orientação, de auxílio, de fomento.

A fiscalização é manifestação do referido poder de polícia administrativa, a abranger os mencionados atos de autorização, de aprovação; as ordens, as exigências; a supervisão, a aferição, o controle.

Como se vê, a atuação governamental, nessa área, é, antes de tudo, de ordenação; de orientação; de acompanhamento; podendo chegar, em situações patológicas, à adoção de medidas administrativas, como a intervenção, conforme antes referido.

O segmento repressivo, na apuração de ilícitos e na aplicação de penalidades, opera, num segundo estágio, uma vez apuradas infrações.

A LC 109/01 (v. arts. 65 e 66) e o Decreto 4.942/03 (*cf.* art. 1º) tratam dessas infrações, isto é, de delitos administrativos, e portanto, ilícitos absolutos, atos ilícitos *stricto sensu*.

Cominam-se penalidades, penas (art. 65 da LC 109/01), que são as sanções para as

infrações, para os delitos, inclusive os crimes; e, portanto, de Direito Punitivo *lato sensu*, como será desenvolvido adiante.

Consideração relevante é que não se está no plano da validade/invalidade, mas no da licitude/ilicitude.

No primeiro, cuida-se de aferir a consonância, ou não, dos elementos, de um ato jurídico, com o modelo legal, de modo a verificar-se a existência, ou não, de defeitos ou deficiências no suporte fático do ato; patologias que, se existentes, tornam-no nulo, anulável, ou, pelo menos, irregular do ponto de vista formal.

Assim, ou o ato viciado será estéril, sem eficácia (nulo); ou poderá ser esterilizado (anulável), ou terá de ser curado de algum vício, sob pena também de esterilização.

É a área dos negócios jurídicos, dos atos jurídicos lícitos (Código Civil, Títulos I e II do Livro III), mesmo os inválidos; e não dos atos ilícitos (Título III).

As sanções, no plano da validade, são as invalidativas, as nulificantes, as esterilizantes de eficácia, e que conduzem ao desfazimento do ato.

Já no plano da licitude, a ilicitude, seja civil, seja penal, seja administrativa, é a ilicitude absoluta: o ato ilícito é ato ilícito *stricto sensu*, delito, e, como tal, fere direitos absolutos, oponíveis *erga omnes* (vida, incolumidade física, patrimônio, honra); ou interesses legítimos, interesses juridicamente protegidos, também afirmáveis perante todos.

São espécies, de ilícitos absolutos, o ato ilícito civil, o crime, o delito administrativo, a infração administrativa, a abranger, essa última designação, quer o ilícito disciplinar, interno; quer o externo, seja de polícia administrativa, seja o previdenciário, ou o tributário.

Enquanto o ato ilícito civil tem, como sanção típica, a sanção reparadora (CC, art. 927), a indenização, o ressarcimento; aos ilícitos penal e administrativo correspondem sanções com caráter desqualificante; e, pelo reflexo da reincidência, mesmo quando penalidade patrimonial (a *multa*) ou caducificante (a *demissão*, a *inabilitação*), atingem o *status dignitatis* do condenado.

Nesse cenário, os ilícitos penal e administrativo, com essa característica sancionatória, são objeto do que se denomina Direito Punitivo.

Entre os ramos do Direito Administrativo, situa-se, aliás, como um dos que ensejam mais profundos e comuns equívocos da Pública Administração, o Direito Administrativo Punitivo; por isso mesmo, informado por princípios e garantias, de matriz constitucional, que buscam prevenir ou reprimir as práticas governamentais lesivas, nos vários setores desse segmento jurídico, como o Direito Disciplinar; o Direito do Poder de Polícia; o Direito da Supervisão da Administração Indireta; e o Direito dos Prestadores de Serviços Públicos e de Relevância

Pública. Cada sub-ramo desses, com denotações próprias quanto ao poder punitivo estatal que lhe corresponde.

Há-de salientar-se que, pela identidade ontológica entre o ilícito penal e o administrativo (embora autônomos, por diferenças que fazem com que as correspondentes responsabilidades sejam independentes entre si – cf. Lei 8.112/90, art. 125 –; e em face da responsabilidade civil – CC, art. 935), o Direito Administrativo Punitivo é cognato com o Direito Penal, espécies que são do mesmo gênero.

Como explicitou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em vários de seus acórdãos, '*o Direito Penal 'lato sensu', ou Direito Punitivo, é o gênero de que são espécies o Direito Criminal (Direito Penal 'stricto sensu') e o Direito Administrativo Punitivo*' (AC nº 90.02.21214-3, DJ de 14.06.91); '*o Direito Administrativo Punitivo (Interno ou Disciplinar, e Externo) é co-irmão do Direito Criminal, espécies do mesmo gênero*' (AC nº 90.02.17293-1, DJ de 14.06.91).

Rafael Bielsa (*Derecho Administrativo*, 4ª ed., II: 291) acentua que o Direito Administrativo Punitivo participa da '*indole*' do Direito Penal; e Themístocles Brandão Cavalcanti (*Pareceres do Consultor-Geral da República*, p. 490) preleciona que é nesse '*que se encontram os elementos essenciais*' do Direito Punitivo, tanto '*sob o aspecto doutrinário, como técnico*'.

Por isso mesmo, o Direito Penal e o Processo Penal são supletivos, respectivamente, do Direito Administrativo Punitivo Material e do Processual.

O genial Léon Duguit (*Traité de Droit Constitutionnel*, 1930, III: 57) é ensinamento de inegável atualidade. Afirma ele, na linha da identidade substancial entre o Direito Penal e o Direito Punitivo Administrativo, que, não obstante certos caracteres distintivos, uma vez completamente juridicionalizados, tem a repressão administrativa a mesma natureza que a repressão penal.

É esse o estágio que o Direito Brasileiro alcançou, com a Carta Política de 1988, no seu art. 5º, LIV e LV.

Efetivamente, o reconhecimento do Direito Administrativo Punitivo e do Direito Penal, como espécies da categoria, genérica, Direito Punitivo em sentido largo; e a conseqüente conclusão de que estão submetidos a princípios comuns, mereceu consagração expressa no texto constitucional vigente, ao identificar, esse, litigantes e acusados, no processo judicial e no processo administrativo, o que é proclamado nos referidos incisos LIV e LV, que asseguram, indistintamente, a todos, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Daí, não mais colherem os posicionamentos que, em regimes constitucionais anteriores, especialmente os discricionários, extremavam o *ius puniendi* criminal e o poder de punir administrativo.

A Constituição Federal de 1988, no citado art. 5º, LIV e LV, coroou toda uma brilhante evolução do Direito Constitucional Brasileiro, no qual as garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal têm constituído direito público subjetivo dos acusados (arts. 179, § 8º, da Constituição de 25.03.1824; 76, § 16, da de 24.02.1891; 113, nº 24, da de 16.07.1934; 122, nº 11, da de 10.11.37; 141, § 25, da de 18.09.46; 150, § 15, da de 24.01.67; e art. 153, § 15, com a redação da Emenda Constitucional nº 01, de 17.10.69).

Assinale-se que a garantia do *devido processo* tem seu viés adjetivo, e sua feição substantiva ou material.

O primeiro vincula-se à cláusula-garantia do contraditório e da ampla defesa, insculpida no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

No sentido material, a cláusula do devido processo legal está intrinsecamente ligada, desde sempre, aos princípios da legalidade e da razoabilidade (Peter Charles Hoffer, *The Oxford Companion*, p. 238/239), a abranger a repulsa às várias formas de abuso de poder, quer vinculado, quer discricionário; e aos atos extrínseca ou intrinsecamente ilegais e ilegítimos.

Esse último sentido da garantia do *due process of law* diz respeito, a par de outros aspectos, à imperiosidade, para que haja acusação e, *a fortiori*, condenação, da presença dos elementos caracterizadores da ilicitude, necessária à configuração do substrato jurígeno, apto a criar e a aperfeiçoar o direito potestativo estatal de punir, e, assim, juridicamente hábil a ensejar a inflicção da sanção punitiva.

O primeiro elemento necessário à caracterização do suporte fático do ilícito, e, assim da infração administrativa, do ato ilícito de polícia, é a configuração da conduta legalmente tipificada como transgressora dos deveres do agente.

Prevalece, no Direito Punitivo, o princípio da legalidade, como viga mestra do respectivo sistema.

Legalidade, isto é, vinculação a regras jurídicas preestabelecidas. Quer na enumeração dos deveres cujo descumprimento caracteriza o ilícito; quer na descrição, ainda que, muitas vezes, de conteúdo mais aberto, das condutas ilícitas; quer na enumeração das sanções cominadas; e, ainda, no procedimento de apuração da ilicitude e de aplicação das penalidades.

A consagração constitucional desse princípio encontra-se incrustada no inciso XXXIX do art. 5º da Carta Política Brasileira, que consagra o *'nullum crimen, nulla poena, sine lege'*, ao preceituar que *'não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'*.

No Direito Penal, é exigida a descrição linear, pormenorizada, em um preceito, da conduta, a caracterizar o tipo criminal.

Mesmo no Direito Penal, encontram-se, porém, crimes descritos com conteúdo aberto, e que exigem valoração de elementos e circunstâncias, no seu julgamento; assim como normas em branco, que se integralizam mediante complementação regulamentar administrativa.

No Direito Administrativo Punitivo, também a formulação das infrações impõe a descrição de uma conduta qualificada como ilícita.

Tal como no Penal, a descrição legal da ação integrante do substrato jurígeno do ilícito administrativo, não reveste, por vezes, o caráter de tipo fechado.

Isso não significa, contudo, que, para que se possa identificar a ilicitude, não se exija a tipicidade, isto é, a subsunção do comportamento factual a um preceito normativo, descritivo, legal, sob pena de contrariedade ao princípio da legalidade; e de se estar admitindo intolerável arbítrio.

Régis Fernandes de Oliveira (*Infrações e Sanções Administrativas*, São Paulo, RT, p. 36/37) é taxativo em concluir que é inafastável, no Direito Brasileiro, a fidelidade do Direito Administrativo Punitivo ao princípio da legalidade, por força do disposto na Constituição Federal (art. 153, § 2º, da Carta de 67/69; art. 5º, XXXIX, da atual, conforme citado), de modo que *'pressuposto da ação administrativa é a previsão legal'*.

O que pode ocorrer, salienta o Autor, é que *'a hipótese legal seja bastante ampla e abrangente, de forma a recolher farta possibilidade fática'*, de modo que, *'com base em tal dispositivo, a autoridade administrativa irá limitar, via normativa regimental, quais as hipóteses de infrações possíveis, fixando, então, de acordo com a gravidade, as sanções respectivas'*, dentre as legalmente previstas, eis que tampouco existe diferença ontológica entre pena criminal e penalidade administrativa (p. 32, 34 e 43).

Com isso, além da garantia principiológica da legalidade, da vinculação legal, funciona a da autovinculação administrativa.

Entre a tipificação rígida e a definição mais ampla existe um largo segmento: o que não pode haver é ausência de definição, é a indefinição, a falta de algum tipo legal; dada a existência, em nível constitucional, da exigência, segundo a qual, para que haja delicto *lato sensu*, impõe-se a definição por lei.

Assim como no Direito Penal, cumpre, pois, no Direito Punitivo, quando isso se torna necessário, compor a descrição da conduta com segmentos de mais de um dispositivo legal, recorrendo, inclusive, a regras complementares, no caso de normas infracionais em branco.

Um dos componentes da conduta é a ação, a atuação material, objetiva, descrita pela lei.

O núcleo da ação, ou omissão, é traduzido por um verbo e seu objeto, que a expressa.

A ela se soma o evento ou resultado antijurídico, isto é, a lesão, o dano ao bem jurídico tutelado.

Finalmente, integra a atuação onexo causal entre a ação ou omissão e o resultado.

No Direito Punitivo contemporâneo, no fato-tipo, ao elemento comportamental, à atuação, se aglutina o elemento subjetivo do tipo, o elemento volitivo.

Assim, o dolo é a vontade dirigida à obtenção do resultado lesivo, danoso, antijurídico; ao atingimento, prejudicial, do bem jurídico tutelado: o agente quer o dano; ou, sabendo esse possível, fica indiferente à produção dele.

A culpa, como consabido, é a imprudência, a negligência, a imperícia.

A voluntariedade é a vontade dirigida, tão-somente, à própria ação ou omissão.

No Direito Administrativo Punitivo, a lei pode ter o ilícito disciplinar ou de polícia como caracterizado apenas pela voluntariedade, tal como ocorre, no próprio Direito Penal, com as contravenções (Lei das Contravenções Penais, art. 3º).

Mas se a sanção correspondente afetar o *status dignitatis* do condenado, e considerando o contexto do regime constitucional vigente, torna-se juridicamente inviável a prevalência da tese de que a exigência da simples voluntariedade seria a regra geral; e que haveria necessidade de disposição expressa para poder ser exigido o dolo ou a culpa.

Tanto é assim que, para que fosse suficiente a simples voluntariedade, em ilícitos tributários, o art. 136 do Código Tributário Nacional teve de enunciar que *'salvo dispositivo em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independem da intenção do agente ou do responsável'*. É certo que, mesmo assim, tributaristas concordam em que há necessidade do elemento subjetivo, da culpabilidade, para caracterização da infração tributária.

A responsabilidade objetiva, por mera causalidade, do dano, pela ação ou omissão, sem ser informada pelo elemento subjetivo, é, ao contrário, aquela que requer norma expressa para ser legítima.

Ainda mais: os doutrinadores gizam, de modo muito especial, o elemento moral, necessário à caracterização dos ilícitos administrativos mais importantes. Não se pode afastar a índole de castigo, próprio das penas, das sanções de Direito Punitivo.

Adite-se que o Direito Punitivo consagra que é necessária a caracterização de um outro elemento além da configuração do fato-tipo, por seus elementos objetivos e subjetivos: para que seja punível a infração; em outras palavras, a fim de que se aperfeiçoe o direito estatal de punir, é preciso a culpabilidade.

A culpabilidade é a reprovabilidade da conduta legalmente descrita e de seu resultado, pela consciência, do agente, quanto à ilicitude, à antijuridicidade do resultado de seu comportamento: é, essencialmente, um juízo de censura.

Quem atua, e causa, sem culpabilidade, não pratica uma *falta* (uma *'faute'*) e não responde pelo resultado. Outrossim, caracterizando-se a culpabilidade, a dosagem da sanção há-de ser proporcional a essa (*cf.* CP, art. 59).

A culpabilidade oferece, enfim, se configurada, dois ângulos: (a) o da reprovabilidade (desvalor) da conduta; e (b) o da responsabilidade do agente.

Culpabilidade, e, assim, a punibilidade e a responsabilidade são excluídas pelo chamado erro de proibição; pelo erro sobre a antijuridicidade, o erro de direito, que isenta de pena (*cf.* art. 21 do C. Penal), na não-configuração da responsabilidade comportamental.

No art. 65, elenca a Lei Complementar 109/01 o que chama de '*penalidades administrativas*': *advertência*, que tem o caráter ético-jurídico; *suspensão e inabilitação*, de índole caducificante, pertinente ao âmbito do Direito Punitivo Social; e *multa* de até um milhão de reais (limite que dobra na reincidência), valor conflitante com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É que não se está, conforme já acentuado, no campo da reparação civil, tendo a sanção administrativa pecuniária o sentido de oneração, e essencialmente estigmatizante; e não de atingimento do patrimônio enquanto garantidor de ressarcimento. Mesmo porque, como as órbitas de responsabilidade – civil, penal e administrativa – são independentes (C. Civil, art. 935), e as sanções cumuláveis, se somarão, à multa, a indenização por danos causados e, eventualmente, a multa criminal. Há, ainda, o reflexo, afrontoso ao *devido processo legal*, de exigência, para recurso, de '*pagamento antecipado*' (não se fala de '*depósito prévio*'); tendo o Decreto, na Seção V do Capítulo III, aludido a '*depósito antecipado*') de 30% (trinta por cento) do valor aplicado, e '*em favor do órgão fiscalizador*', e não de um fundo coletivo (§ 3º). Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal tem declarado a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que exigem tal espécie de depósito (*v. Informativo STF, nº 462, p. 1; e 463, p. 4*).

Impropriedade é a imputação de *responsabilidade solidária*, pelo pagamento da multa, à EFPC, mesmo assegurado o '*direito de regresso*' contra o culpado: a entidade não pode ser penalizada, numa inversão do princípio da '*desconsideração*', da '*transposição da personalidade jurídica*'; não sendo seu patrimônio, especialmente as massas de bens afetadas aos planos de benefícios, garantidor dessa espécie de obrigação.

Quanto à *responsabilidade sócio-administrativa*, a configuração da ilicitude, além do elemento subjetivo referido, e embora não exija a tipicidade penal, pressupõe, como assinado, um mínimo de parâmetros legais, a enumeração de deveres e proibições, cujo descumprimento identifica a ilicitude e baliza a inflicção de cada uma das sanções. A LC 109/01 não o faz, pois a regra do art. 65 prevê, de modo genérico e indefinido, que '*a infração de qualquer disposição*' sua, '*ou de seu regulamento, para a qual não haja penalidade expressamente cominada*', sujeita o infrator, '*conforme o caso e a gravidade da infração*', às sanções já analisadas, '*observado o disposto em regulamento*'.

Com essa orientação, a posição do dirigente e demais responsáveis ficou extremamente fragilizada, vulnerável.

Assim, a previsão, no chamado '*decreto regulamentador*' (Capítulo VIII), de um elenco de infrações (no elevado número de quarenta e oito), há de ser considerada na bitola do balizamento da lei formal, para que não seja tida por contrária ao princípio básico, do Estado de Direito, da *reserva legal*. A última das condutas enumeradas (art. 110), a de violar dispositivos legais ou regulamentadores, tem um papel residual de abrangência excessivamente genérica, sendo cominada para ela as penalidades de suspensão e inabilitação. Por outro lado, o '*regulamentadores*' refere-se à *regulação pública*; mas o ilícito pode consistir na violação das regras internas, estatutárias ou regulamentares, o que não está previsto.

A LC nº 109/01 (arts. 44 e 48) contempla um elenco de irregularidades que conduzem à intervenção na EFPC e mesmo à liquidação da entidade, medidas administrativas públicas que acarretam a responsabilização de administradores e conselheiros daquela, e administradores dos patrocinadores.

Conexamente, tais administradores, membros de conselhos e controladores têm, *ipso iure*, como medida cautelar genérica, seus bens tornados indisponíveis (arts. 59 a 62 da Lei), sem individualização das situações pessoais. Há de ser preservada a garantia do *devido processo legal*, sem o qual ninguém será privado de seus bens, privação essa, não apenas do domínio, mas de quaisquer dos poderes a ele inerentes, como o de dispor. Saliente-se, ainda, a *solidariedade* em vários segmentos de responsabilidade cível (art. 35, § 6º; inclusive estabelecida pelo Decreto, art. 62 e parágrafos).

A Lei Complementar 109/01 configura, com efeito, a '*responsabilidade civil*' (art. 63, e p. único) das citadas personagens, e que tem caráter distinto da *administrativa*, porquanto de natureza patrimonial-indenizatória (art. 927 do C. Civil), seja contratual ou extracontratual (*cf.* art. 21, sobre responsabilidade por déficit). Quanto a ela, realce-se o disposto no parágrafo único do art. 927 do C. Civil, sobre a responsabilidade sem culpa, quando a atividade do agente implicar *risco*; o que exige interpretação pertinente, a partir da diferença entre *risco* e *perigo*; entre *dano* e *prejuízo* '*stricto sensu*', já que a seguridade são inerentes os riscos, também presentes nas aplicações e investimentos patrimoniais.

A responsabilização civil decorre da violação a direitos alheios ou a causação de prejuízo, com o componente subjetivo do dolo (intenção ou assunção do risco do resultado lesivo) ou da culpa (imprudência, negligência, imperícia), como está expresso no art. 186 do Código Civil, e que tem de ser entendido como imprescindível à caracterização do ilícito civil referido pelo art. 63 da LC 109/01, embora esse seja omissivo a respeito.

A responsabilidade civil abrange patrocinadores (art. 13, § 1º: solidariedade entre esses; e 41, § 2º: responsabilidade de supervisão e fiscalização da patrocinada); e seus administradores, especialmente pelo não-aporte das contribuições devidas (arts. 57, p. único, e 58; Decreto, art. 62, e parágrafos).

Com referência aos participantes, destaque-se a responsabilidade pela versão das contribuições. Questões têm surgido quanto à devolução de quantias recebidas a maior.

A legislação não estatui, especificamente, sobre a responsabilização dos integrantes dos órgãos regulador e fiscalizador, o que seria apropriado, porquanto, por meio de atos normativos reguladores e atos concretos, inclusive os de índole punitiva, e também por omissões, esses órgãos podem causar danos e prejuízos à EFPC e a seus participantes, frustrando seu superior papel de provedor de direitos e interesses legítimos. É certo, porém, que se aplica a regra geral da responsabilidade objetiva estatal pelos danos que os agentes causarem, nesta qualidade, a terceiros, cabendo a ação regressiva em face de tais agentes, se tiverem atuado com dolo ou culpa (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).

A responsabilização dá-se na via administrativa, regulando o Decreto 4.942/03 o processo administrativo de apuração da responsabilidade administrativa e de aplicação das penalidades; prescrição e extinção de punibilidade.

E, na esfera judicial, a responsabilidade tem lugar por meio de ações individuais e coletivas (cf. art. 21, § 3º).

A legislação dispõe, ainda, sobre a securitização da responsabilidade (cf. art. 11, parágrafo único).

Grife-se que a EFPC não é prestadora de serviços, e os participantes e assistidos não são consumidores. Mas o verbete nº 321 da Súmula STJ enuncia:

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

Conclui-se, dizendo que a responsabilidade, no âmbito dos Fundos de Pensão é informada por forte conteúdo moral, e, daí, a edição de Códigos de Ética, no setor; e por parâmetros técnicos, de índole atuarial, econômico-financeira e administrativa (cf. arts. 3º, III, e 35 da LC 109/01), em balizamento sujeito a controles externos e internos, com prestígio das figuras da *governança corporativa*, do *compliance*, das auditorias e avaliações.

Tudo, porém, dominado pelo conteúdo e finalidade humanos e sociais, insitos ao Direito Previdenciário, com hegemonia da proteção e efetividade dos direitos e interesses dos participantes e assistidos (art. 3º, VI), independentemente do papel, das EFPC's, de investidoras institucionais, e que assume, conforme grifado, de início, especial realce na ordem econômico-financeira do País.

