

CONSULTA

Envia-nos **consulta** o XXXXX, por intermédio do ilustre Diretor Doutor XXXXX, querendo saber, *"sob o ponto de vista do direito das obrigações e do instituto da solidariedade"*, se cada uma das empresas patrocinadoras de um mesmo Fundo Múltiplo de aposentadoria e pensão está ou não vinculada exclusivamente aos planos de benefícios previdenciários *"executado para seus empregados participantes"*, e se há, ou não, *"comunicação com os demais planos administrados pelo mesmo Fundo"*.

Na bem lançada consulta pondera o digno Consulente o fato de haver um mesmo e único CNPJ para todas as entidades fechadas de previdência privada, *"não importando se se trata de fundo múltiplo ou unipatrocinado"*, considerando, ainda, a circunstância de determinar o Código Civil que a solidariedade deve ser expressa, jamais presumida, questionando, daí, o que segue:

- a) *É correto afirmar que inexiste solidariedade, quando não expressa a cláusula nos contratos respectivos, tendo em vista a forma de constituição e aplicação das reservas, o modo como são*

contabilizadas e os princípios da solidariedade e mutualismo que permeiam a existência de tais fundos fechados?

- b) *É correto afirmar que sempre que não expressa a solidariedade nos contratos, acordos, convênios, estatutos e regulamentos de benefícios, inexistente a mesma entre as patrocinadoras da entidade?*
- c) *O "Convênio de Adesão" é um instrumento juridicamente hábil para a previsão de solidariedade entre as empresas patrocinadoras de um Fundo Múltiplo?*
- d) *É correto afirmar que a Lei Complementar n° 109, de 29 de maio de 2001, passou a exigir que a solidariedade seja expressamente prevista, caso contrário ela inexistirá?*
- e) *Qual o regime aplicável, em matéria de incidência da solidariedade, aos contratos firmados sob a égide da Lei n° 6.435/77, considerando que a mesma, não obstante não proibir, não prevê a existência de fundos múltiplos?*
- f) *Partindo-se do pressuposto da independência das patrocinadoras aderentes a um Fundo múltiplo e tendo em vista o disposto no Cap. VI da Lei*

Complementar n° 109/01, que dispõe sobre intervenção e liquidação judicial, pode o órgão competente decretar a intervenção em um único Plano sem que a mesma se estenda aos demais Planos aderentes a um Fundo Múltiplo?

Assim posto o questionamento objeto da Consulta, passamos a emitir o nosso **Parecer**, examinando primeiramente a natureza jurídica dos Fundos de Previdência Privada, bem como a sua estrutura e finalidade (**Primeira Parte**), analisando, subseqüentemente, o regime da solidariedade passiva no ordenamento brasileiro (**Segunda Parte**) e, por fim, as conseqüências que poderiam advir do desvio de finalidade dos recursos afetados ao Fundo (**Terceira Parte**), com o que estaremos aptos a responder, pontualmente, às questões propostas.

PARECER

I) Da Natureza, Estrutura e Finalidade dos Fundos de Pensão

1. Para o correto entendimento das questões propostas mister é referir, preliminarmente, a razão de ser dos Fundos de Pensão, instrumentos que têm operacionalizado a previdência privada, complementar à estatal, examinando a sua estrutura e a finalidade a que estão dirigidos.

Como é por todos sabido, nos últimos anos a previdência privada passou a ter, entre nós, considerável desenvolvimento, despertando a atenção das empresas, entre outras razões, pela atração ínsita à promessa de uma complementação de aposentadoria aos seus empregados, motivo de atração e manutenção do pessoal mais qualificado.

Este e outros fatores impulsionaram o crescimento da previdência privada, entre eles está a forte carga tributária incidente aos rendimentos do trabalho assalariado, que tem resultado numa demanda crescente de concessão de benefícios indiretos a empregados como forma de perseguir a eficiência

tributária da remuneração, entendida em sua acepção mais ampla. Também os benefícios pagos pelo INSS são inadequados e a reforma do sistema de Previdência oficial pode reduzir ainda mais o seu valor.

Neste contexto, voltam as empresas a sua atenção para a previdência privada, instaurada no Brasil pela Lei nº 6.435/77 e ora regulada pela Lei Complementar nº 109/01, que disciplinou a atuação dos chamados "Fundos Múltiplos", entre outras providências, tudo levando ao crescimento da área e, de modo especial, dos vários modelos de aposentadoria privada.

2. Para implementar a previdência complementar as empresas podem optar **a)** ou pela impropriamente chamada "compra de contratos individuais", adquiridos de uma Entidade Aberta de Previdência Privada, nesta hipótese, habitualmente, para um grupo de empregados, **b)** pela implantação de uma Entidade Fechada de Previdência Privada, aí com a participação de todos os seus empregados; **c)** por uma variante da segunda hipótese, isto é, a constituição de uma Entidade que contemple um fundo de aposentadoria e pensão que beneficiará os empregados de várias empresas patrocinadoras, tidas como uma só ou, enfim, **d)** mediante a adesão a um Fundo Múltiplo, já instituído por uma Entidade Fechada, então também implementando um plano extensivo a todos os seus empregados. São estas duas modalidades por último referidas

que interessarão aos fins do presente Parecer, de modo que cabe o seu exame particularizado.

3.Com efeito, a implantação de um plano de aposentadoria por meio de uma Entidade Fechada de Previdência Privada pode ocorrer seja pela constituição de um fundo de aposentadoria e pensão próprio que beneficie apenas o pessoal de uma empresa patrocinadora ou o pessoal de várias empresas patrocinadoras reunidas em grupo, ou ainda, em hipótese diversa, pela contratação da administração dos serviços por um Fundo Múltiplo, administração que poderá dar-se tanto em caráter individual (isto é, um contrato, expresso em "regulamento complementar" para cada empresa patrocinadora, que assim institui planos próprio e particularizado para os seus empregados, ditos "participantes") ou pela adesão, da empresa, a um contrato (também dito "regulamento complementar") em que são partes várias outras empresas patrocinadoras (assim havendo um mesmo plano de benefícios para todos os empregados das empresas contratantes).

No primeiro caso verifica-se a reunião de várias patrocinadoras para **criar** uma mesma Entidade Fechada, ocorrendo a **unidade do** regulamento e do **plano de benefícios**, que é único, a pluralidade de patrocinadoras sendo entendida como **unicidade do grupo** e das relações jurídicas, eis que as várias patrocinadoras são tidas como "grupo", isto é, como se fossem uma mesma e única **"parte"**.

Já no segundo caso não há a formação de um grupo para a criação de uma Entidade Fechada. Esta preexiste como um Fundo Múltiplo, com qual várias empresas contratam individualmente a **administração e o gerenciamento** de planos de benefícios, isto é, sem haver necessidade da existência de vínculo jurídico ou econômico entre si, cada patrocinadora pactuando com o Fundo um plano de benefícios próprio, respeitadas algumas regras gerais, estatuídas pelo Fundo Múltiplo. Os "regulamentos complementares", que são individualmente ajustados, modelam, *in concreto*, os benefícios, a sua extensão e forma de exercício de acordo com as características que cada patrocinadora desejar, em razão das peculiaridades próprias de cada empresa.

Neste caso, cada empresa, dita "patrocinadora", **terá um plano de benefícios próprio**, distinto, pois, dos demais planos de benefícios atinentes às outras empresas ("patrocinadoras") também contratantes da administração pelo Fundo. Então, cada plano de benefícios dirá respeito exclusivamente ao pessoal de cada uma das empresas, individualmente consideradas.

Ocorre que podem também várias empresas, embora mantendo a sua individualidade jurídica e econômica, firmarem, **conjuntamente**, a adesão a um Fundo Múltiplo, adotando, também conjuntamente, um mesmo e único plano de benefícios, que atenderá, então, a todos os empregados de todas as empresas aderentes. Esta hipótese assemelha-se, aparentemente, à da

reunião de várias empresas para instituírem uma mesma e única Entidade, porém, uma distinção fundamental as separa.

É que, nas Entidades Fechadas criadas pela reunião de várias empresas, estas se **ajuntam para instituí-la**, adotando um único plano de benefícios que atenderá ao conjunto das empresas para estes efeitos reunidas, beneficiando tão somente os seus empregados, podendo haver, progressivamente, e consoante certas condições, o ingresso de novas empresas cujos empregados serão beneficiados por aquele mesmo plano de benefícios. A razão de ser da Entidade é, pois, o grupo enquanto tal, aquela específica reunião de empresas patrocinadoras que deu origem ao seu nascimento.

Em breves palavras: nestes casos, as empresas patrocinadoras, reunidas, **formam a Entidade Fechada**, por isto, as mesmas regras e o mesmo plano de benefícios vigoram para todas.

Já o Fundo Múltiplo, diversamente, não tem sua criação pautada pelo grupo. Seu objetivo é tão somente administrar planos de benefícios alheios pagando estes benefícios. Pode, pois, administrar planos de empresas individualmente consideradas ou de empresas que se reúnem para contratar um mesmo tipo de benefícios, segundo idênticas condições. As empresas **participam do Fundo** (não o "criando", portanto), segundo diversas condições de custeio e benefício e, portanto, consoante diferentes planos de benefícios, cujas

regras são estabelecidas em acordo a diversos "regulamentos complementares". Cada plano de benefícios administrado pelo Fundo Múltiplo conviverá, pois, ao lado de outros planos, também administrados pela mesma entidade, alguns deles sendo pactuados em caráter individual, outros em caráter coletivo.

É que o Fundo Múltiplo, para além de ser já preexistente, abriga tanto empresas que se filiam em caráter individual, para as quais vigem regras especiais relativas a um plano de benefício que é também individual, quanto aquelas empresas que aderem conjuntamente a um plano de benefícios que será próprio ao conjunto de empregados destas empresas, e somente destas.

O Fundo Múltiplo funciona, pois, como uma espécie de grande "guarda-chuva", que abrigará dois grupos de casos:

- a) empresas individualmente consideradas que aderem a um plano específico para os seus empregados, totalmente autônomo relativamente aos demais planos também administrados pelo Fundo;
- b) empresas vinculadas por solidariedade pactuada expressamente com relação a um mesmo plano de benefícios adotado em conjunto, para a totalidade dos seus empregados, plano este também autônomo em relação aos demais planos administrados pelo Fundo, e atinentes às outras patrocinadoras.

Assim, pode-se afirmar que o Fundo Múltiplo acolhe tanto uma unidade, formada por uma só empresa, quanto uma pluralidade, formada por várias empresas patrocinadoras, uma e outra **independentes** entre si.

4. Estas distinções decorrem da natureza, da estrutura e das finalidades peculiares aos Fundos, e são assim predispostas ou dedutíveis da legislação incidente e dos seus regulamentos, tendo fundamental importância também a prática usualmente seguida, pois que a recente Lei Complementar nº 109/01 veio, em larga medida, solidificar, no plano legislativo, o que já se verificava, há mais de uma década, nas regras negociais e costumeiras, em grande parte reconhecidas, ao longo do tempo, por normas regulamentares oficiais, notadamente no que respeita à contabilização.

5) Como é sabido, o marco inicial da matéria encontra-se situado na Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, que dispôs sobre as Entidades Fechadas. Para bem compreender o seu texto à luz do contexto no qual editada vale lembrar o que, já na "Exposição de Motivos" que acompanhou o Projeto de Lei restara esclarecido.

No referido documento, subscrito pelos então Ministros de Estado da Indústria e do Comércio, e da Previdência e Assistência Social, após historiar os trabalhos que haviam

culminado na proposta de regulamentação legislativa das entidades de Previdência Privada, lembravam os seus autores estar evidenciada, pelos estudos e debates realizados, a necessidade, *"como aspecto de fundamental importância"* de, na regulamentação da matéria, *"serem tratados distintamente os aspectos relacionados com as entidades voltadas para a captação de recursos do público, em geral, daqueles vinculados às entidades que operam no âmbito restrito de um grupo de empresas"*.

A solução encontrada foi a de discernir entre os planos voltados para o público em geral, *"formas especiais de inversões financeiras, muito mais próximas, assim, do seguro tradicional do que da previdência social, em seu sentido estrito"*, ditas, então, Entidades Abertas, e as Entidades Fechadas. Nestas, diz a "Exposição de Motivos" (aí já alinhavando a **finalidade** das Entidades Fechadas de Previdência Complementar), *"a vinculação de todos os participantes com a empresa (ou grupo de empresas) é que possibilita a elaboração de planos efetivamente de previdência, ou seja, aqueles em que **existe um relacionamento direto com os proventos do trabalho**, cuja continuidade se intenta garantir na inatividade, ou após a morte, em benefício dos dependentes"* (grifamos).

Deste discrimine fundamental decorre, pela fixação na Lei (art. 4º, alínea a) o conceito de Entidade Fechada, assim tida aquela que é acessível *"aos empregados de uma só empresa*

ou de um grupo de empresas, as quais, para o efeito desta Lei, serão denominadas patrocinadoras”, os seus objetivos não lucrativos (art. 4º, inciso II, § 1º) e a sua natureza jurídica de sociedade civil ou fundação (art. 5º, inciso II).

Criadas para o fim especial de beneficiar os empregados de cada empresa, ou grupo de empresas, e, portanto, fundadas no estreito liame entre estas e seu pessoal, às patrocinadoras foi conferido o poder-dever de supervisionar as Entidades Fechadas (art. 34 § 1º). Ao Poder Público, mediante o Ministério da Previdência Social, foi dado também o poder-dever de fiscalização, orientando-se esta “*no sentido de proporcionar garantia aos compromissos assumidos para com os participantes dos planos de benefícios*” (art. 34 § 1º), isto é, os empregados beneficiários, tudo a reforçar a precípua finalidade das Entidades de Previdência Fechada.

6) Relembre-se que à época **não existiam os Fundos Múltiplos de Pensão**, que se foram formando por força da autonomia privada e da prática ao longo do tempo, só neste ano de 2001 vindo a receber cabal consagração legislativa pela Lei Complementar nº 109. Por isto a Lei nº 6.435/77 e os Decretos regulamentadores que se lhe seguiram, em especial o Decreto nº 81.240/78, nada dispuseram a respeito desta forma de Previdência Privada. O que a Lei 6.435/77 regulamentou, isto sim, foi a constituição de **grupos de empresas patrocinadoras**, estabelecendo, no § 2º do art. 34 que,

havendo várias patrocinadoras, isto é, a reunião de empresas, em grupo, numa mesma Entidade Fechada, deveria ser

*"exigida a celebração de **convênio de adesão** entre estas e a entidade de previdência, no qual se estabeleçam, **pormenorizadamente, as condições de solidariedade** das partes, **inclusive quanto ao fluxo de novas entradas anuais de patrocinadoras"**. (grifamos).*

Observe-se bem: a solidariedade deveria ser pactuada entre **as partes**, de um lado a Sociedade ou Fundação (Entidade Fechada), de outro as empresas patrocinadoras, que formavam, por sua reunião, uma mesma e única parte. É lógico que assim seja, pois quando o plano de benefícios é um mesmo e único para várias empresas, justamente reunidas para o fim de formar uma Entidade Fechada que assegure a aposentadoria complementar de seus empregados, deve haver forma unitária de asseguramento do custeio, de modelagem das condições e modalidades dos benefícios, cabendo impedir o ingresso desordenado de novas empresas.

No Decreto nº 81.240/78 repetiu-se esta regra, preceituado o seu art. 5º, parágrafo único que, *"no caso de várias patrocinadoras, será exigida a celebração de convênio de adesão entre estas (isto é, as patrocinadoras) e a entidade de previdência, no qual se estabeleçam,*

pormenorizadamente, as condições e solidariedade das partes, inclusive quanto ao fluxo anual de novas de patrocinadoras”.

Posteriormente, em 9 de outubro de 1978, foi editada a Resolução MPAS/CPC nº 01 que, explicitando aquelas regras, determinou:

30 -"As entidades fechadas de previdência privada **criadas por um conjunto de empresas patrocinadoras,** farão anexar aos seus estatutos o convênio de adesão a que se refere o parágrafo 2º do art. 34 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, com as condições de solidariedade relativas à garantia das operações, as condições de desistência e a possibilidade de adesão de novas empresas”(grifos nossos),

editando-se, no item subsequente (30.1) que,

"As entidades a que se refere o item anterior serão tratadas **como se tivessem uma única patrocinadora,** especialmente no que se refere ao seu porte e às condições de assunção de riscos”(grifamos).

Como se percebe, na hipótese da **criação de uma Entidade por várias patrocinadoras reunidas**, aí sim, há a ficção de existência de uma única patrocinadora, estabelecendo a Lei a solidariedade entre "as partes" para os fins de garantia das operações. O que importa é, pois, **o grupo de empresas patrocinadoras enquanto tal**, formando uma das partes do negócio jurídico, a outra sendo a própria Sociedade ou Fundação.

Quanto ao mais estatuiu-se que as Entidades Fechadas --
- formadas por uma única empresa, ou por várias --- seriam reguladas pela *"legislação geral e pela legislação de previdência e assistência social, no que lhes for aplicável, e, em especial, pelas disposições da presente Lei"* (Lei nº 6.435/77, art. 36).

Restou assim estabelecido um duplo sistema: ou as empresas criavam, individualmente, Entidade Fechada, ou várias empresas reunidas, conjuntamente o faziam, neste caso devendo estabelecer, mediante "convênio de adesão", de modo pormenorizado, os planos de benefícios de seus empregados e as condições de incidência da cláusula de solidariedade, estando a Entidade adstrita, nos termos do citado convênio, a controlar o fluxo anual de entrada de novas patrocinadoras, evidentemente para o fim de manter um adequado equilíbrio atuarial, evitando-se assim o risco de, pelo fluxo desordenado, atingir os superiores interesses dos participantes (empregados), destinatários dos benefícios.

7) Ocorre que, a partir do final dos anos 80 explodiu entre nós o fenômeno da **terceirização**. O fenômeno que o neologismo, hoje corrente, indica, nasceu da prática social, notadamente da prática empresarial --- dos usos e costumes do comércio, como se diria em termos mais singelos --- denotando uma realidade plurissignificativa que denota, fundamentalmente, a "horizontalização" da atividade econômica, segundo a qual empresas transferem a outras uma parte das funções até então por elas diretamente exercidas¹.

A dimensão e intensidade atuais do fenômeno têm a sua origem na essencial complexidade do processo produtivo da sociedade contemporânea, onde as fronteiras entre o planejamento, a criação, a produção, o investimento, a administração e a comercialização dos bens e serviços não são mais indistintas. Busca-se, pois, "desverticalizar" as atividades empresariais discernindo-se entre as atividades-meio e as atividades-fim para que dispensem, as empresas, a criação de certa infraestrutura organizacional necessária ao atendimento das atividades complementares, concentrando-se nas atividades-fim, com isto objetivando a redução de custos,

¹Acerca da terceirização, ver, em outros, LEIRIA, Jerônimo Souto **Terceirização**, Porto Alegre, Sagra-DC- Luzzato, 5a ed., 1993; MONTEIRO DE BARROS, Alice, **A Terceirização e a Jurisprudência**, Revista de Direito do Trabalho, vol. 80, p.3; ELIAS, Jorge Augusto, **Terceirização: uma nova forma de gestão?**, Revista Análise, vol. 3, nº 11, 1992, p. 27; CARMO, João, **O processo de terceirização e os abusos que estão sendo cometidos pelas empresas**, Revista dos Tribunais, vol. 685, 1992, p. 250 e SANCHEZ, Adilson, **Terceirização - Riscos e Vantagens**, Revista LTr vol. 065/93, p. 455.

pois a racionalidade desta prática está, justamente, em que a redução de custos implica no aumento dos lucros².

Assim é que ao longo do tempo, de início muito timidamente, e com maior freqüência na década de 90 em diante, foram sendo criados e desenvolvidos Fundos administradores e gerenciadores destas Entidades, alguns deles estruturando-se como "Fundos Múltiplos", por gerenciarem, de modo **independente**, vários planos de benefícios atinentes a diversas empresas patrocinadoras. Ocorreu assim, progressivamente, a terceirização da implementação das Entidades e de sua administração através destes Fundos, com evidente sucesso, pois que altamente favoráveis às empresas, diminuindo os custos administrativos e proporcionando um atendimento especializado e multidisciplinar.

8) Como já se salientou, a diferença entre estes, "Fundos Múltiplos" e os grupos de empresas reunidos para criar uma Entidade Fechada é **genética** e **estrutural**. Na sua gênese está a circunstância de as empresas patrocinadoras **formarem o Fundo**, por isto, as mesmas regras e o mesmo Planos de Benefícios vigoram para todas as patrocinadoras, que são tratadas, por ficção, "**como se tivessem uma única patrocinadora**", e isto porque, estruturalmente, há **um único**

² Como lembra Armando José FARAH, citando Heinrich HEINE, "em todo o mundo o empresário tem a mesma religião", qual seja, minimizar perdas e otimizar ganhos (Prefácio ao estudo de Jerônimo Souto LEIRIA, cit. p. 13).

patrimônio constitutivo dos planos, formado pela reunião das contribuições de todas as empresas patrocinadoras e seus empregados. Em outras palavras, há a ficção da unicidade de parte no pólo passivo, em razão da identidade de fins, de conteúdos e da interdependência patrimonial.

Já no Fundo Múltiplo, as empresas participam de um Fundo preexistente, com independência patrimonial, segundo diversas condições de custeio e benefício e, portanto, consoante diferentes planos de benefícios, cujas regras são pactuadas e estabelecidas em acordo a diversos regulamentos complementares. Portanto, aqui **não há a ficção da unicidade de parte**, tão apenas a reunião de empresas que, conquanto busquem um **fim mediato comum**, qual seja, a concessão de aposentadoria complementar aos seus empregados, têm **fins imediatos concretamente diversos**, na medida em que as condições da aposentadoria não são comuns aos vários planos filiados ao Fundo.

Tanto esta prática foi reconhecida e validada pelo Ministério de Previdência e Assistência Social que, já em 1995, o Ministério da Previdência e Assistência Social editou a Instrução Normativa SPC nº 06, de 16/06/95, a qual, estabelecendo normas procedimentais para análise e aprovação de estatuto, regulamentos e convênios de adesão de Entidades Fechadas determinou o envio, entre os documentos necessários à instrução do procedimento de novas entidades, de *“previsão de solidariedade ou não, quando se tratar de mais de uma*

patrocinadora", aludindo à possibilidade de adesão de patrocinadora a Fundo Múltiplo (item 3 do Anexo I).

As normas relativas à contabilidade das Entidades são também reveladoras, como indicam, entre outras, a Portaria n° 176, de 26 de março de 1996, da Secretaria de Previdência Complementar, e a Portaria n° 4.588, de 26 de novembro de 1998, do mesmo órgão.

A primeira, que aprova normas de procedimentos contábeis aplicáveis às Entidades Fechadas estabelece, no sub-item 38 do item III de seu Anexo, o seguinte:

"38. A escrituração das Entidades Multipatrocinadas deverá ser elaborada de forma a proporcionar, se necessário, o levantamento de informações por planos de benefício",

admitindo, assim, a distinção, advinda da prática, entre os grupos de empresas patrocinadoras, reunidas para criar uma Entidade Fechada e tratadas como se uma mesma e única patrocinadora fossem, e as "entidades multipatrocinadas", cuja contabilidade deveria ser elaborada de modo a viabilizar o levantamento de informações "**por planos de benefício**", deixando pois antever a existência de vários e distintos planos.

Por sua vez, a Portaria 4.858/98, que revogou a anteriormente citada, é ainda mais explícita, estatuiu no sub-item 8 do item III de seu Anexo E - Normas de Procedimento Contábeis, o que segue;

*"08. A escrituração das Entidades Multipatrocinadoras, deverá ser elaborada de forma a **proporcionar o levantamento de balancetes e balanços patrimoniais por planos de benefício**" (grifou-se),*

reconhecendo, assim, a plena licitude do modelo que a prática da terceirização formara.

9)É que por trazer vantagens evidentes às empresas, importando em diminuição de custos administrativos, possibilitando que cada empresa possa dedicar-se exclusivamente às suas atividades-fim, a terceirização operada pelos Fundos Múltiplos acabou por impor-se como forma preferencial de Previdência Privada Complementar no campo das Entidades Fechadas. Prática lícita, foi por fim acolhida e reconhecida legislativamente pela recente Lei Complementar nº 109/2001 que, a propósito, estatui:

Art. 34. As entidades fechadas podem ser qualificadas da seguinte forma, além

de outras que possam ser definidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

I - de acordo com os planos que administram:

- a) de planos comum, quando administram planos ou conjunto de planos acessíveis ao universo de participantes; e*
- b) com **multiplanos**, quando administram **planos ou conjuntos de planos de benefícios** para diversos grupos de participantes, com **independência patrimonial**. (grifos nossos)*

II - de acordo com seus patrocinadores ou instituidores:

- a) singulares, quando estiverem vinculadas a apenas um patrocinador ou instituidor;*
- b) **multipatrocinadas**, quando congregarem mais de um patrocinador ou instituidor.*

Por outro lado, no art. 13, são estabelecidas as regras atinentes à formalização da condição de patrocinador ou instituidor de planos de benefício, a qual

*"dar-se-á mediante um convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de **benefícios por esta administrado e executado**, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo"* (grifou-se).

Admite ainda a Lei Complementar, nos termos do § 1º do mesmo art. 13,

*"a **solidariedade** entre os patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos, **desde que expressamente prevista no convênio de adesão"**.*

Por sua vez, o Regulamento Anexo à Resolução nº 2.829/01 do Conselho Monetário Nacional determina sejam os recursos dos Fundos de Pensão "contabilizados e controlados

individualmente para cada Planos de Benefícios” (art. 2º), prevendo que sejam, as Carteiras que integram cada plano, geridas de forma independente, como se cada uma delas constituísse um fundo de investimento distinto (art. 5º), deixando claro, assim, a **independência patrimonial** dos planos de cada patrocinadora, constituindo a Carteira justamente o patrimônio de determinado plano de benefício, administrado de maneira separada dos demais planos geridos por um mesmo Fundo.

Nesta perspectiva, como se percebe, a Previdência Privada, no campo das Entidades Fechadas, pode estruturar-se por três formas, que resultam da combinação entre os critérios estabelecidos no art. 34, em conjunto com o art. 13:

- a) podem administrar um plano comum, ou conjunto de planos extensível ao universo dos participantes (empregados) vinculados estes planos de benefícios a um só patrocinador ou instituidor;
- b) podem administrar um plano comum, ou conjunto de planos extensíveis ao universo dos participantes (empregados) sendo multipatrocinadas quando vinculadas a mais de um patrocinador ou instituidor, os quais restam, por expressa declaração de vontade, vinculados por solidariedade;

- c) podem administrar planos ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial, sem falar-se em solidariedade.

10)A diferença entre a Lei nº 6.435/77 e a Lei Complementar nº 109/01 está em que **versam situações fáticas diversas**. Aquela --- editada nos primórdios da implementação da Previdência Privada no Brasil --- não previra a existência da terceirização que conduziria à criação de Fundos Múltiplos, ocupando-se em reger Entidades atinentes a uma só empresa ou a grupos de empresas tidas, por ficção, como uma só, por isto prevendo, no segundo caso, a solidariedade como regra entre estas últimas, a ser estabelecida em convênio de adesão.

Esta, a Lei Complementar, tem, no seu substrato fático, realidade diversa, isto é, a terceirização que veio progressivamente se instaurando. Não há como, portanto, confundir-se nem a "solidariedade" e o "convênio de adesão" previstos no art. 34, § 2º da Lei nº 6.435/77 --- predispostos à reunião, em grupo, de empresas patrocinadoras formadoras de uma Entidade Fechada --- com a "solidariedade" e o "convênio de adesão" de que trata o art. 13, § 1º da Lei Complementar nº 109/2001, eis que estes dizem com o caso de várias patrocinadoras ou instituidoras que contratam com um Fundo

administrador e pactuam planos, ou conjunto de planos, comuns ao universo de seus empregados.

11) Outra distinção fundamental a ser feita é que, no regime da Lei nº 6.435/77, a solidariedade entre as diversas empresas participantes de um grupo instituidor de Entidade Fechada decorria *ex lege*, enquanto presentemente, nos termos da Lei Complementar nº 109/01, a sua fonte, no atinente a empresas patrocinadoras administradas por um mesmo Fundo, é *ex voluntate*. Sabendo-se que estas são as duas únicas fontes da solidariedade no Direito Brasileiro cumpre, agora, examinar as suas características e o seu alcance, respeitadamente às situações acima delineadas.

II) Do Regime da Solidariedade no Direito Brasileiro

12) Como é cediço, a solidariedade, no Direito Brasileiro, não se presume, resultando ou da lei ou da vontade das partes (Código Civil, art.896). Por isto, não é presumível nem aplicável por analogia, resultando configurada tão só quando prevista, em lei ou em negócio jurídico.

Ninguém melhor do que PONTES DE MIRANDA examinou a matéria, dotando-a do rigor científico que o tema, por suas características elevadamente técnicas, requer. "Obrigações

solidárias”, escreveu, “são duas ou mais obrigações independentes que somente têm em comum a satisfação do mesmo interesse (...). Os credores ou devedores estão unidos, por força de lei ou voluntariamente, porque todos têm o mesmo fim. O fim é que é comum”.³ Daí porque

“Caracterizar-se a solidariedade ativa pela finalidade de se satisfazer qualquer dos credores, e a solidariedade passiva pela satisfação do credor por qualquer um dos devedores”⁴.

Há, portanto, obrigações distintas que se irradiam da **mesma relação jurídica**. Na solidariedade passiva, que aqui interessa mais de perto examinar, não se divide a prestação: se há devedores solidários, ensina ainda PONTES DE MIRANDA, “é porque o credor pode exigir de qualquer deles toda a prestação” e “qualquer deles continua devedor até que se solva inteiramente a dívida⁵.”

Da mesma forma o magistério de ORLANDO GOMES, segundo o qual, “estabelecida a solidariedade passiva, pela vontade das partes, ou por lei, o credor tem o direito de exigir e receber de qualquer dos devedores a dívida comum”⁶.

³PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Rio de Janeiro, Borsóti, 1958, T. XXII, §§ 2.746-2.758, p. 319.

⁴Idem, ibidem.

⁵Idem, p. 330.

⁶GOMES, Orlando, **Obrigações**, São Paulo, Forense, 1997, 11a. edição, 1997, p.66.

Igualmente leciona ARNOLDO WALD⁷, e, pode-se dizer, a totalidade da civilística brasileira.

Também no Direito Português, tributário de idêntica raiz lusa, não discrepam os autores. MENEZES CORDEIRO, por exemplo, averba:

*"Nas obrigações solidárias a complexidade subjectiva não impede a **integral** execução da prestação **sem** a intervenção de todos os credores ou devedores. (...) pela **solidariedade passiva**, o credor pode exigir o cumprimento integral da prestação a cada devedor: verificado este, todos os devedores ficam exonerados (artigo 512º, n.º 1)⁸.*

No mesmo sentido MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, segundo o qual,

"O efeito fundamental da solidariedade passiva consiste, conforme sabemos, em cada um dos condevedores se

⁷WALD, Arnaldo, **Obrigações e Contratos**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, 10a. edição, p.60.

⁸MENEZES CORDEIRO, Antonio M., **Direito das Obrigações**, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, reimpressão, 1989, p. 381, grifos do autor.

responsabilizar pela inteira prestação (art. 512º, n.º 1). Daí que o credor possa exigí-la, no todo ou em parte, da totalidade dos devedores ou só de alguns deles (art. 519º, n.º 1)”⁹.

Relevante, por isto, é atentar para a **construção** da solidariedade, à **estrutura** da *fattispecie*. Questiona PONTES DE MIRANDA:

“Da relação jurídica irradia-se um só crédito contra todos os devedores solidários, ou há tantos créditos quantos os devedores solidários?”¹⁰

Afastando a possibilidade da ocorrência de **pluralidade de relações jurídicas**, responde PONTES DE MIRANDA poder haver, no suporte fático da regra da solidariedade, ou um crédito único, e vários devedores, ou vários créditos, e vários devedores, **numa mesma e única relação jurídica**. Não se configurando a unicidade de relação jurídica, não há que falar em solidariedade. E acrescenta:

“O que importa é que se haja constituído a relação jurídica única, com

⁹ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, **Direito das Obrigações**, Coimbra, Almedina, 8a. edição, 2000, p. 607.

¹⁰PONTES DE MIRANDA, op. cit., p, 331.

a irradiação de pretensão a que correspondam obrigações solidárias”¹¹.

E ainda:

“A vinculação é uma só. Uma só a relação jurídica, de que, aliás, se irradia pretensão única a que correspondem obrigações solidárias. Assim, a) a relação jurídica é uma só; b) o crédito é um só; c) a pretensão é uma só; d) as obrigações são múltiplas. (...).

A atividade do crédito e da pretensão é uma; a passividade, múltipla”¹².

13)Ora, na espécie, não se pode cogitar da existência de **uma mesma relação jurídica** a ligar, às Entidades Fechadas geridas por um Fundo Múltiplo, as várias empresas patrocinadoras; não se pode pensar na ocorrência de uma **mesma pretensão**, para todas elas, de **um mesmo crédito**, ao qual correspondam uma **multiplicidade de devedores**. Não há unicidade, porque as relações jurídicas são diversas, as partes são diversas, os planos de benefício são diversos, os

¹¹Idem, p. 334.

¹²Idem, pp. 334 e 335.

regulamentos complementares que os instituem também diversos, assim também o seu conteúdo, o valor das contribuições, a própria tipologia dos benefícios. Portanto, há também pretensões diversas, créditos diversos, dívidas, enfim, igualmente diversas.

Distintamente, ao tratar da reunião de várias empresas para instituir uma mesma Entidade, no § 2º do art. 34, a Lei nº 6.435/77 e seus decretos regulamentadores tiveram, como elementos do suporte fático da regra de solidariedade, a existência de um mesmo e único plano de benefícios, a reunião das patrocinadoras em verdadeiro grupo, cogitando, para fundamentar a solidariedade, na ficção de formarem, estas, uma mesma e única parte patrocinadora. Não estava aí previsto o fenômeno da terceirização, que explica a presença e a atuação dos Fundos Múltiplos.

Portanto, como se percebe, são distintos os elementos da *fattispecie* legal do § 2º do art. 34 da Lei nº 6.435/77 e da *fattispecie* antes negocial e costumeira --- e agora legal --- espelhada nos Regulamentos (Básicos e Complementares) que vinculam os Fundos, as patrocinadoras e participantes.

14) Não é unicidade de relações jurídicas o que ocorre, agora ou no período anterior à vigência da Lei Complementar nº 109/01, em relação ao Fundos Múltiplos e as empresas

patrocinadoras que, pelos Fundos, terceirizam a administração da previdência complementar.

Agora porque, como já se anotou, é a própria Lei a estatuir, como regra, a **independência patrimonial**, derivada da pluralidade de relações jurídicas que vincula cada empresa patrocinadora ao Fundo, verificando-se a solidariedade apenas quando assim previsto no "convênio de adesão".

E anteriormente à vigência da Lei Complementar também não o era porque, como também se anotou, os Fundos Múltiplos não podem ser confundidos com a hipótese da reunião de empresas patrocinadoras em grupo para criar uma Entidade Fechada, hipótese, esta sim, prevista na Lei nº 6.435/77. A fonte dos Fundos Múltiplos, em seus primórdios, não foi a fonte legal, mas a reunião daquilo que MIGUEL REALE bem denominou de "fonte negocial"¹³ ---isto é, a que deriva do poder, reconhecido aos particulares, de formar normas jurídicas --- com a "fonte costumeira", derivada dos usos e costumes seguidos em determinado setor da vida social. Veja-se o que, a propósito da primeira, ensina REALE:

"Ora, a fonte negocial é um dos canais mais relevantes da revelação do mundo jurídico, e, ao contrário dos afoitos defensores da estatização do

mundo jurídico, cresce dia a dia de importância, tanto no campo interno como no internacional, o contínuo processo de solução jurídica dos conflitos de interesses individuais e coletivos mediante decisões de tipo negocial.

*No Estado Democrático de Direito, nos moldes da Carta Magna vigente, que consagra, como fundamentos da ordem econômica, os princípios da **livre iniciativa** e da **livre concorrência**, mister é atentar para a relevância dos modelos negociais, superando-se a cediça asserção de que eles só existem porque assim o dispõe a lei"¹⁴.*

A autonomia privada, fonte do poder negocial, conduz à formação, por exemplo,

"ao lado dos modelos tradicionais,(de) criações imprevistas no plano negocial, engendrando uma multiplicidade de "contratos inominados", demonstrando, como salienta MESSINEO, que os institutos jurídicos têm, o mais das

¹³Veja-se, de Miguel REALE, **Fontes e Modelos do Direito - para um novo paradigma hermenêutico**, São Paulo, Saraiva, 1994, em especial pp. 73 e ss.

¹⁴REALE, Miguel, op. cit., p. 73, grifos do autor.

vezes, o seu germe não na fantasia dos juristas, ou no assim chamado legislador, mas sim na capacidade inventiva prática dos próprios interessados, antes que a legislação dela se apodere".¹⁵

As soluções criadas pelos particulares mediante negócios jurídicos muitas vezes têm a sua origem na prática, nos usos e costumes habitualmente seguidos, apreendidos posteriormente em contratos, convênios e regulamentos estatuídos entre os particulares. É ainda REALE quem aponta à relevância da prática na formação de modelos jurídicos, assinalando:

"Ao contrário do que geralmente se pensa, é imenso o número de modelos jurídicos costumeiros, não só no plano das relações internacionais, como no tocante a usos e costumes de ordem econômica, na esfera cambial e bancária"¹⁶.

15) Por evidente, os modelos jurídicos gerados pelas fontes negocial e costumeira encontram seu limite na lei, quando esta tem caráter de *ius cogens*. Como averbou

¹⁵REALE, Miguel, **O Direito como Experiência**, São Paulo, Saraiva, 2a. edição, 2a. tiragem, p. 169.

¹⁶REALE, Miguel, **Fontes e Modelos do Direito**, cit., p. 68.

excelentemente LUIGI FERRI¹⁷, a autonomia privada, como poder de auto-regulamentação dos particulares, apresenta-se justamente desde a perspectiva dos **limites** em que possam atuar os particulares em relação a outras esferas de regulação jurídica. Assim, a limitação da atuação privada só pode ser estabelecida através de regras jurídicas. Em outras palavras, a autonomia privada constitui-se como um espaço específico, cuja construção *"é possível justamente pela delimitação que lhe é emprestada pela norma cogente do Estado"*¹⁸.

É preciso examinar, portanto, **a)** se a legislação anterior à Lei Complementar nº 109/01 estendia, cogentemente, aos Fundos Múltiplos, as condições que preceituava aos grupos de patrocinadoras reunidas para a instituição de Entidade Fechada, tratando-os igualmente **"como se tivessem uma única patrocinadora"** e, **b)** se os regulamentos dos Fundos Múltiplos, em especial o regulamento do Fundo consulente, assim dispunham, ou se estatuíam normas diversas.

16) Já se observou, exaustivamente, que no regime anterior ao da Lei Complementar nº 109/01, não havia a previsão legal e, portanto, a regulamentação dos Fundos

¹⁷FERRI, Luigi, **La Autonomia Privada**, trad. esp., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 130 e ss.

¹⁸Assim, SILVA DA SILVA, Eduardo, **Dos Fundamentos da Cláusula Compromissória e de sua Inserção Contratual: um enfoque privatista da arbitragem**. Porto Alegre, 2000, Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, orientação de MARTINS-COSTA, Judith, inédita, p.52.

Múltiplos. Estes nasceram da prática, formalizando-se mediante negócios jurídicos (contratos, convênios e regulamentos, básicos e complementares) **acolhidos pelos órgãos fiscalizadores do Poder Executivo, aos quais deviam ser previamente submetidos.** Estes mesmos órgãos oficiais foram, progressivamente expedindo normas, notadamente em matéria contábil, que reconheciam a sua licitude e confirmavam a circunstância da **independência patrimonial**, inclusive por forma a exigir a apresentação de contabilidade em separado, relativamente aos diversos planos de benefícios integrantes de um mesmo Fundo Múltiplo.

Portanto, não há que falar em extensão ou em presunção da solidariedade incidente em **hipótese diversa** --- repita-se, aquela prevista no § 2º do art. 34 da Lei nº 6.435/77, isto é, a reunião de várias empresas patrocinadoras, a serem "**tratadas como se tivessem uma única patrocinadora** --- com a hipótese efetivamente verificada nos Fundos Múltiplos, vale dizer, a inserção de empresas **individualmente consideradas** num Fundo que administra os planos de benefícios de outras várias empresas, planos estes pactuados apartadamente em "regulamentos complementares" **atinentes a cada patrocinadora individualmente considerada**, ou respeitantes a um grupo de patrocinadoras que adere a um plano de benefícios estabelecido em conjunto para várias empresas, as quais mantém, todavia, a sua individualidade.

Nestes casos, a Lei não impunha a solidariedade, nem poderia fazê-lo, pois dos Fundos Múltiplos não cuidara. Incide, portanto, a regra geral do art. 896 do Código Civil. Relembre-se: a solidariedade não se presume, nem se estende por analogia. Aludindo ao art. 896 do Civil, ensina PONTES DE MIRANDA:

"O texto legal pré-exclui qualquer presunção hominis a respeito de solidariedade, bem assim a revelação de qualquer presunção iuris tantum, se não há lei expressa"¹⁹.

Não decorrente da lei, solidariedade, portanto, só poderia haver se decorrente *ex voluntate*, se prevista no negócio, de forma expressa.

Ora, os negócios jurídicos pelos quais foram estatuídos os Regulamentos de alguns Fundos Múltiplos **não previram a existência de solidariedade entre as empresas patrocinadoras**. Veja-se, à título de exemplo, o "Regulamento Básico" do CCF - Fundo de Pensão: de suas disposições deduz-se a completa independência entre as patrocinadoras aderentes²⁰, a inexistência de qualquer previsão relativa à solidariedade, a verdadeira pluralidade de relações jurídicas que ligam o

¹⁹PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 321.

²⁰Veja-se, exemplificativamente, os artigos 24, 26, 29, 31, 33 37, § 1º e 2º.

Fundo às patrocinadoras, relações jurídicas expressas e detalhadas, aliás, nos vários "regulamentos complementares".

Mais ainda, o mesmo "Regulamento Básico", inclusive deixa expressa a autonomia dos vários patrimônios, estatuinto, nos parágrafos do art. 37, a possibilidade de alocação do patrimônio dos diversos planos de benefício em vários tipos de carteiras, inclusive em "carteiras segregadas", assim considerado

"o patrimônio de um determinado plano de benefícios administrado de maneira separada do patrimônio dos demais planos, em razão de suas características específicas"²¹.

Pois bem: este "Regimento Básico" que nada contém em matéria de solidariedade; que, diversamente, prevê a autonomia e a segregação entre as diversas patrocinadoras, assim instituindo as **normas gerais** a pautar o relacionamento entre o Fundo, sociedade civil, e as empresas patrocinadoras, seus empregados participantes e respectivos beneficiários, foi **aprovado, na forma e conteúdo, em sua última versão, em 15 de agosto de 1998, pela Secretaria de Previdência Complementar**, por meio do Ofício nº 496-SPC/CGOF/COJ, da mesma data. Portanto, **quase três anos antes da edição da Lei Complementar nº 109/01**, confirmando a plena licitude do

ajuste, a total validade e eficácia das regras ajustadas por força do "poder negocial", consoante modelo derivado da prática que se formou progressivamente.

17) Não bastassem estas circunstâncias, restaria ainda destacar a **especificidade** dos planos de benefício atinentes a cada uma das patrocinadoras, espelhada nos **Regulamentos Complementares**, negócios jurídicos que suprem, concretizam e especificam as normas gerais previstas no Regulamento Básico, estabelecendo, *in concreto*, os direitos e deveres das Patrocinadoras, dos empregados participantes e de seus beneficiários, e do Fundo Múltiplo, sociedade civil, em relação ao específico plano de aposentadoria.

Exemplo desta especificidade é o constante no Regulamento Complementar que liga o CCF FUNDO DE PENSÃO à empresa ALUMNI, instituindo o plano de aposentadoria de seus empregados. Aí foi estatuída inclusive uma "unidade previdenciária própria", UPA -- ou Unidade Previdenciária Alumni ---, de valor "X", que, previu-se, deveria ser reajustada de acordo com os aumentos salariais concedidos pela patrocinadora aos seus empregados.

Já a empresa Nadir Figueiredo, por sua vez, ajusta Regulamento Complementar no qual se instituiu uma "unidade previdenciária" diferente daquela estabelecida para a ALUMNI,

²¹Art. 37, § 2º do "Regulamento Básico" do CCF FUNDO DE PENSÃO.

a UPNF, ou "Unidade Previdenciária Nadir Figueiredo", de valor "Y", atualizado nas mesmas épocas dos reajustes do Planos segundo a variação do IPC-FIPE.

As distinções não se esgotam neste exemplo. No Regulamento Complementar firmado pela ALUMNI deixa-se patente, nas Disposições Gerais, IX.8, que

"Não existe nenhuma solidariedade financeira entre a Patrocinador deste Plano de Benefícios e as outras Patrocinadoras da Sociedade. O ativo da Parte da Sociedade correspondente a este Plano de Benefícios será única e exclusivamente para o pagamento de Benefícios ou noutras eventualidade contempladas dentro deste Regulamento Complementar. As Contribuições feitas pela Patrocinadora e pelos Participantes ligados a esta Patrocinadora serão utilizadas só para este fim. Qualquer dificuldade legal ou financeira, ou de qualquer outro tipo, de uma outra Patrocinadora, não terá nenhum efeito na parte do ativo nem no passivo da Sociedade, pertinente à Patrocinadora

correspondente a este Regulamento Complementar". (grifamos).

Verifica-se, portanto, que há ativos e passivos próprios de cada plano de benefícios dentro da Sociedade, a serem tratados autonomamente como independentes de outros planos, que efetivamente são, **mesmo porque estes ativos específicos são constituídos pelo aporte de recursos exclusivamente feitos pela patrocinadora e pelos participantes a ela ligados**, em quantias e forma diferenciadas, conforme disposto no Regulamento Complementar firmado pela patrocinadora.

Isto posto, vejamos, agora, as conseqüências da transposição de recursos de um para outro plano de benefícios e os limites da intervenção e da liquidação previstas na Lei Complementar nº 109/01.

III) Das conseqüências da indevida transposição de recursos, do alcance da intervenção e da liquidação

18) Podemos afirmar, sem sombra de dúvidas que cometeria o **crime de apropriação indébita** o administrador do Fundo que desviasse ativos do plano de uma patrocinadora para cobrir insuficiência de recursos ou situação atuarial desequilibrada

de um outro plano de benefícios, instituído por outra patrocinadora.

Estaria o administrador, ao cobrir insuficiência de recursos de um plano com ativo de outro plano, desviando os recursos de que é depositária a Sociedade, para a finalidade de, a seu tempo, promover com este ativo próprio a concessão de benefícios exclusivamente aos participantes ligados àquela específica patrocinadora.

Em outras palavras, estar-se-ia a utilizar recursos de que se tem posse como se próprio fosse, dando ou emprestando-os a terceiro, desvirtuando o título em função do qual se o possui, dispondo-se da coisa de que se é possuidor para finalidade diversa da contratualmente fixada. E assim configurar-se-ia o tipo penal previsto no art. 168 do Código Penal.

Como acentua reiteradamente a jurisprudência²², a apropriação indébita perfaz-se quando o agente, possuidor legítimo da coisa móvel, *motu próprio* se intitula dono em benefício seu ou de outrem, ocorrendo uma inversão do título da posse.

A alocação de recursos de um plano de benefícios para outro, constitui, portanto, um desvio da finalidade que

²²Veja-se os casos recolhidos por SILVA FRANCO, Alberto, *et alii*, **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**, São Paulo, RT, 1993, 4a.edição, p. 1119 e seguintes.

legítima a posse desses recursos por parte da Sociedade, utilizando-se indevidamente em favor de terceiro o ativo constituído pelos participantes e patrocinadora com vistas à concessão de benefícios exclusivamente a estes participantes.

19) Dessa forma, há em razão desta autonomia entre os planos de benefícios que integram um Fundo de Pensão Múltiplos, com ativos e passivos próprios, conseqüências obrigatórias e absolutamente lógicas no sentido de que a intervenção e a liquidação extrajudicial em razão de situação econômico-financeira insuficiente à preservação da liquidez e solvência de cada um dos planos de benefícios, **deve ser restrita ao plano que apresenta esta insuficiência**. Não é de admitir-se a contaminação dos demais planos que integram a sociedade, que, sadios financeiramente têm ativos próprios constituídos com seus recursos.

É o que se desume da Lei Complementar n.109/01, ao dispor no art. 44, IV, que a intervenção dar-se-á caso ocorra a situação insuficiência econômico-financeira de "*cada um dos planos de benefícios*".

20) O mesmo é de se concluir com relação à liquidação extrajudicial, cabendo ao liquidante organizar o quadro geral de credores, realizando o ativo e liquidando o passivo. Ora, nos Fundos Múltiplos cada plano de benefício tem o seu ativo e passivo próprios, bem como credores próprios. É, pois, absolutamente irrazoável que, com a independência dos planos

de benefício e de sua contabilidade --- e inexistindo, como se viu, qualquer expressão taxativa de solidariedade entre patrocinadoras --- se venha a apropriar, por determinação da Administração Pública, ou seja, do órgão fiscalizador, dos ativos de um plano de benefícios saudável financeiramente, para alocar tais ativos, constituídos pelos participantes deste plano de benefícios específico, em favor de outro plano sem reservas por falta de aporte de contribuição da sua patrocinadora ou de recolhimento das contribuições de seus participantes.

Não havendo solidariedade entre as patrocinadoras, que formam planos de benefícios autônomos uns dos outros, com contabilidade própria e características específicas, constituiria um abuso de poder, violador do direito de propriedade e da legítima expectativa das empresas e dos empregados participantes, que contribuíram, ao longo do tempo, para a formação do patrimônio, avançar-se sobre os ativos de um plano de benefícios independente para, em razão de sua higidez financeira, transferir sem causa este ativo com a finalidade de liquidar o passivo de plano de terceiro, com o qual não tem qualquer relação.

21) Registra-se que se o administrador comete apropriação indébita ao dar destino em favor de terceiro aos recursos de que tem posse legítima pertencentes a um plano de benefício, o órgão fiscalizador se o fizer, na liquidação, cometerá uma subtração, retirando coisa alheia móvel (os recursos

pertencentes aos participantes do planos de benefícios) e que legitimamente se encontram na posse da Sociedade, atribuindo-os a terceiro. O órgão fiscalizador subtrairá para outrem os recursos de propriedade dos participantes de um plano de benefícios e de posse da Sociedade, em favor de um outro plano de benefícios, ou seja, de terceiro com o qual inexistente qualquer relação e muito menos solidariedade.

Esta subtração de coisa alheia móvel para outrem poderá constituir um peculato-furto, figura prevista no art. 312 § 1o. do Código Penal, que estatui aplicar-se a pena do peculato,

"se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário".

22) Como se tem aqui reiteradamente acentuado, uma patrocinadora constitui ou desconstitui um plano de benefícios em Fundo Múltiplo, independentemente dos demais planos de benefícios deste Fundo, e sem solidariedade passiva com as demais patrocinadoras. Em consonância com esta independência entre os planos de benefícios administrados pelos Fundos Múltiplos, apenas serão responsáveis, de forma exclusiva, os administradores da patrocinadora pela

insuficiência de reservas decorrente da falta de aporte desta patrocinadora ou da ausência de recolhimento dos contribuintes participantes desse plano de benefícios, sem nenhuma responsabilidade dos administradores das demais patrocinadoras (art.57, parágrafo único da Lei Complementar no. 109/01).

Por óbvio e lógico, o ativo e passivo de cada plano de benefícios instituído por uma patrocinadora constitui um universo estanque, que não se comunica, nem se solidariza com o ativo e passivo de outro qualquer plano de benefícios de outra patrocinadora, se não assim expressamente previsto.

23) Não se diga, por absurdo, restar caracterizada a comunicação interpatrimonial em razão dos princípios do solidarismo e mutualismo que polarizam o Direito Previdenciário. Antes de mais, a palavra "solidariedade" --- aqui entendida não no sentido técnico-obrigacional do art. 896 do Código Civil, mas na acepção que a reveste na linguagem leiga e o próprio Direito Previdenciário, como "solidarismo" --- traduz amplíssima categoria social que exprime uma forma de conduta correspondente às exigências de convivência de toda e qualquer comunidade que se queira como tal.

Ora, essa categoria social (e igualmente ética e política) é apreendida pelo Direito por formas e meios diversos, e em diferentes graus de escalonamento e

concretização. Vem posta na Constituição (art. 3º, inciso I), como uma diretriz, ainda *in abstracto*. É concretizada nas regras infra-constitucionais - legais, regulamentares, negociais --- que a especificam.

É que, como bem acentua NATALINO IRTI em relação ao direito italiano --- cuja Constituição também tem norma impositiva da solidariedade²³ --- os deveres constitucionais de solidariedade exigem a mediação da lei ordinária e do ato administrativo,²⁴ com isto significando dizer que esses deveres devem estar previstos *in concreto* na legislação infra-constitucional ou em atos administrativos, ou em negócios jurídicos, voltando-se à regulação das concretas situações intersubjetivas, pois a solidariedade não é concebível em abstracto, "*fora de uma situação concreta que desenhe o ambiente propício a que vivifiquem as relações cotidianas*"²⁵.

No campo específico do Direito Previdenciário a solidariedade (no sentido de "solidarismo") indica que pessoas com maior capacidade contributiva aportam recursos a favor de si e de outras pessoas que não são dotadas da mesma

²³Constituição Italiana, art. 2: "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*"

²⁴IRTI, Natalino, **Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà**, In: **L'Ordine Giuridico del Mercato**, Roma-Bari, LATERZA, 1998, p. 87.

²⁵IRTI, Natalino, **Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà**, cit., p. 87.

força de contribuição²⁶. Porém, as formas, as condições, o conteúdo, enfim, desta contribuição são aqueles especificados na lei, ou no regulamento, ou no contrato. O solidarismo não implica, nem pode implicar, num desvio de finalidade da lei, do regulamento ou do contrato, inclusive sob pena, já se viu, de conduzir à tipificação de ilícito penal.

Demais disto, não é apenas o princípio do solidarismo o incidente. Com ele convivem os princípios do mutualismo, do equilíbrio do custeio/despesa e o da proteção da confiança dos participantes. No mutualismo, afirma MARTINEZ, "*a clientela é definida a priori*", e "*o bem tutelado é o próprio meio de subsistência do trabalhador.*"²⁷ O princípio do equilíbrio entre custeio/despesa é esclarecido por sua própria denominação, sendo de rígida observância na Previdência Privada Fechada, pois aí os planos de benefícios são previstos e implementados mediante a contribuição das empresas e a contribuição pessoal dos participantes, empregados, calculada com base em suas remunerações.

Já o princípio da confiança indica, notadamente nas relações obrigacionais, como é o caso, a tutela que confere o ordenamento jurídico à **legítima expectativa** de quem confiou em palavras, atos e procedimentos do *alter* ou de autoridade pública.

²⁶Neste sentido, MARTINEZ, Wladimir Novaes, **A Seguridade Social na Constituição Federal**, São Paulo, LTr, 2a. edição, 1992, p. 29.

²⁷MARTINEZ, Wladimir Novaes, op. cit., p. 52.

Ora, seria, incontroversamente, grave fraude à legítima expectativa de empresas e seus empregados desviar-se os recursos juntados --- com labor e dificuldade, mormente por parte dos empregados participantes ---, e depositados regularmente em Fundo existente justamente para garantir a complementação à aposentadoria oficial segundo certo e determinado plano de benefícios.

24) Feitas estas observações, podemos, topicamente, apontar as nossas conclusões, respondendo um a um os quesitos apresentados na Consulta:

- a) Sim, é correto afirmar que não existe a solidariedade quando não expressa a cláusula em contrato, ou quando não deriva de lei;

- b) Sim, é correto afirmar que, quando não expressa a solidariedade em contratos, convênios, acordos, estatutos e regulamentos de benefícios, a mesma não se configura, com a ressalva da hipótese prevista no § 2º do art. 34 da Lei n 6.437/77, atinente, como se viu, à formação, por um grupo de empresas, tidas como uma mesma e única patrocinadora, de uma Entidade Fechada, aí impondo a mesma Lei a pactuação em "convênio de adesão" a ser estabelecido entre a Entidade Fechada e as empresas patrocinadoras tidas como grupo, "conjunto unitário", ou "parte", da

solidariedade na garantia das obrigações assumidas;

- c) A solidariedade pode ser pactuada em qualquer negócio jurídico, portanto, o "convênio de adesão" previsto na Lei Complementar nº 109/01 pode conter cláusula que preveja os casos e condições em que incidirá, bem como, se assim o desejarem as partes, os seus efetivos limites;
- d) Sim, é correto afirmar que a Lei Complementar nº 109/01 exige que a solidariedade seja expressamente prevista; se assim não o for, não se verifica a incidência da solidariedade.
- e) No período anterior à vigência da Lei Complementar nº 109/01, sob a égide da lei 6.437/77, a questão da solidariedade com relação aos Fundos Múltiplos resolve-se pelo disposto no art. 896 do Código Civil, uma vez que a cláusula de solidariedade prevista na Lei 6.435/77 diz respeito tão somente à hipótese configurada no § 2º do art. 34 daquela Lei, respeitante, repita-se, à formação, por um grupo de empresas, tidas

- f) como uma mesma e única parte patrocinadora, de uma Entidade Fechada, e não à contratação da administração de planos de benefícios, por empresas patrocinadoras, a um Fundo Múltiplo já constituído; não se presumindo a solidariedade, e não se aplicando a regra por interpretação e extensão analógica, não há como transpor *fattispecies* distintas;
- g) Sim, o órgão competente, em caso de intervenção e liquidação judicial, não só pode como deve decretar a intervenção ou liquidação no plano de benefícios, que efetivamente apresente problemas, e apenas com relação a este, não as estendendo porém a outros planos cuja portadores de absoluta regularidade e hígidez.

É o nosso parecer.

São Paulo, 6 de agosto de 2001.

MIGUEL REALE JÚNIOR

JUDITH MARTINS-COSTA