



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA
COMPLEMENTAR
CHEFIA DA PROCURADORIA
PARECER n. 00006/2023/CHEF/PFPREVIC/PGF/AGU

NUP: 44011.007697/2018-23

INTERESSADOS: ROBSON DA SILVA CÂNDIDO E OUTROS

ASSUNTOS: PREVIDÊNCIA PRIVADA

EMENTA: CONSULTA DO PRESIDENTE DA CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. ALCANCE INTERPRETATIVO DO ART. 230 DA RESOLUÇÃO PREVIC Nº 23/2023. APLICAÇÃO DO CONCEITO DE ATO REGULAR DE GESTÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. TIPICIDADE. RESOLUÇÃO CGPC Nº 13/2004. LEI Nº 6.404/1976. PRECEDENTES DA PREVIC E DA CRPC. ISONOMIA. SUGESTÃO DE EDIÇÃO DE NORMA INTERPRETATIVA QUANTO AO ALCANCE DO CAPUT DO ART. 230. SEGURANÇA JURÍDICA.

I - RELATÓRIO:

1. Cuida-se do **PARECER n. 00251/2023/CONJUR-MPS/CGU/AGU** da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social que, ao apreciar Consulta do Presidente da Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC, encaminha o feito à PF/Previc, "para conhecimento e eventuais providências voltadas à republicação do art. 230 ou, ainda, à inserção de um novo artigo que realize uma interpretação autêntica do alcance pretendido pela norma, de forma a esparcar eventuais questionamentos." (seqs. 373- 74)
2. A Consulta, fundamentada no art. 18, VI, do Decreto nº 7.123/2010, teve como origem "*petição do Escritório Bocater, carreada aos autos sob o número SEI 36714189, por meio da qual, dentre outras questões, se argumenta a ocorrência de "Fato Novo" capaz de alterar o deslinde do processo, em decorrência da recente publicação da Resolução Previc nº 23/2023, que em seu art. 230 apresenta a definição do conceito de "ato regular de gestão"*".
3. A Consultoria foi solicitada a se manifestar "*para que, à luz do caso concreto, emita manifestação jurídica em apoio ao julgamento acerca da natureza da citada norma, se de inovação ou não no ordenamento jurídico, e, sua eventual aplicabilidade de forma retroativa aos processos em andamento conforme o Princípio da Retroatividade da Norma Mais Benéfica conforme petítório*".
4. Em síntese, os recorrentes sustentam a existência de fato novo, consubstanciado na superveniência da Resolução Previc nº 23/2023, em especial quanto ao seu art. 230, que passou a definir expressamente o conceito de "ato regular de gestão." Alegam que as condutas dos recorrentes foram aderentes a sua função como cotistas de um Fundo de Investimentos em Participação.
5. É o relatório.

II- DA ANÁLISE JURÍDICA

6. A Consulta refere-se ao alcance e limites do art. 230 da Resolução Previc nº 23/2023, de seguinte teor:

Art. 230. A conduta caracterizada como ato regular de gestão não configura infração à legislação no âmbito do regime de previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.

§ 1º Considera-se ato regular de gestão, nos termos do parágrafo único do art. 22 da Resolução CGPC nº 13, de 2004, aquele praticado por pessoa física:

I - de boa-fé, com capacidade técnica e diligência, em cumprimento aos deveres fiduciários em relação à entidade de previdência complementar e aos participantes e assistidos dos planos de benefícios;

II - dentro de suas atribuições e poderes, sem violação da legislação, do estatuto e do regulamento dos planos de benefícios; e

III - fundado na técnica aplicável, mediante decisão negocial informada e refletida.

§ 2º Para avaliação do ato regular de gestão, devem ser consideradas as informações e dados disponíveis à época em que a decisão foi tomada ou o ato praticado, competindo à entidade fechada de previdência complementar manter registro dos documentos que fundamentaram a decisão ou o ato.

§3º Não se caracterizará o ato regular de gestão quando demonstrada, a qualquer tempo, a existência de ato ilícito ou de simulação que afastem quaisquer dos requisitos de que trata o §1º.

7. A juridicidade do referido dispositivo foi analisada por meio do **PARECER n. 00004/2023/CHEF/PFPREVIC/PGF/AGU** (seq. 72 do NUP 44011.002724/2023-39) por ocasião da edição da Resolução Previc nº 23/2023, consoante se observa do seguinte excerto:

37. No que tange aos procedimentos de fiscalização, a principal evolução diz respeito ao detalhamento de regras e princípios relacionados à supervisão baseada em risco, em atendimento à Recomendação CGPC nº 02/2009.

38. A supervisão baseada em risco, disseminada pela *International Organisation of Pension Supervisors - IOPS*, é conceituada na norma como a identificação, a avaliação, o controle e o monitoramento da exposição a riscos que possam comprometer os objetivos da entidade fechada de previdência complementar.

39. Tal metodologia já foi analisada favoravelmente por esta Procuradoria por meio do Parecer nº 68/2010, que ressaltou à época que o artigo 65 da LC nº 109/2001 determina que a ação punitiva do Estado deveria se dar “conforme o caso e a gravidade da infração”.

40. Outro ponto a ser observado é a previsão de aspectos a serem ponderados positivamente na elaboração do programa anual de fiscalização, com caracterização de uma supervisão indutora, o que, além de se alinhar aos princípios da SBR, está em sintonia também com o que sinaliza o artigo 7º da Resolução CNPC nº 39/2021.

41. Nesse mesmo contexto se insere a necessidade de preservação do ato regular de gestão, previsto há muito no artigo 22, parágrafo único, da Resolução CGPC nº 13/2004, mas até então pendente de uma melhor definição e aplicação.

42. O conceito de ato regular de gestão apresentado na minuta foi desenvolvido a partir da definição extraída do artigo 158 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações) e da jurisprudência administrativa da Comissão de Valores Mobiliários - CVM referente à *business judgment rule*.

43. Em ambos os casos a finalidade da norma é proteger o gestor que atue de forma diligente, prudente e de boa-fé, desde que os deveres legais e estatutários tenham sido observados. Com isso evita-se que o gestor seja responsabilizado apenas pelo resultado da sua ação, sem consideração das circunstâncias em que a decisão foi tomada.

44. Vale mencionar, nesse sentido, os seguintes julgados proferidos pela Comissão de Valores Mobiliários sobre o tema: (PAS) nº RJ2005/1443, de 10.05.2006; (PAS) nº 14/05, julgado em 05.05.2009; (PAS) nº 18/08, julgado em 14.12.2010; (PAS) nº RJ2008/9574, julgado em 27.11.2012; (PAS) nº RJ2014/5099, julgado em 12.04.2016; (PAS) CVM nº RJ2013/11703, julgado em 31.07.2018; (PAS) CVM RJ2016/7197, julgado em 19.11.2019.

45. Essa intelecção, ademais, é reforçada por farta jurisprudência que reconhece a obrigação do gestor de recursos de terceiros como uma obrigação de meio e não de resultado. Nesse sentido: REsp nº 1.606.775-SP, REsp 799.241-RJ, REsp 1.003.893-RJ; REsp 343.617-GO; REsp 799.241-RJ, entre outros.

8. Inicialmente, ressalto que, na mesma linha adotada no parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, presumo a boa-fé objetiva na edição da Resolução Previc nº 23/2023.

9. Entendo também que não houve tentativa de se criar excludente de ilicitude não prevista em lei, visto que (i) não há inovação quanto à aplicação do conceito de ato regular de gestão ao processo sancionador da previdência complementar e (ii) a interpretação do art. 230 da Resolução Previc nº 23/2023 deve ser realizada à luz da legislação aplicável. Senão, vejamos.

A) Do Processo Administrativo Sancionador no Âmbito da Previdência Complementar Fechada

10. Como se sabe, o Decreto nº 4.942/2003, em atendimento ao previsto no art. 66 da Lei Complementar nº 109/2001, regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar.

11. Até a criação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, pela Lei nº 12.154/2009, as funções de órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar - EFPC eram exercidas, conforme art. 74 da Lei Complementar nº 109/2001, pelo Ministério da Previdência Social, por meio da Secretaria de Previdência Complementar - SPC, cabendo recurso ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC.

12. Atualmente, nos termos do art. 2º, II, da Lei nº 12.154/2009, compete à Previc "apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis". Foi também criada, por meio dessa lei (art. 15), no âmbito do Ministério da Previdência Social, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar, como instância recursal e de julgamento das decisões da Previc no processo administrativo sancionador.

13. Dessa forma, a hermenêutica aplicável ao art. 230 da Resolução Previc nº 23/2023 deve considerar o sistema sancionador como um todo, inclusive os precedentes pertinentes da CRPC, além da legislação pertinente e os princípios penais mínimos aplicáveis ao direito administrativo sancionador.

B) Da Gestão Regular das Entidades Fechadas de Previdência Complementar

14. A aplicação dos recursos garantidores dos planos de benefícios é atividade meio da entidade, sujeita a diversos riscos. Assim, não são os resultados que devem determinar se um investimento foi, ou não, regular. Os gestores não podem ser penalizados com base apenas no resultado. A análise deve ser procedida quanto à adequação das condutas dos gestores à governança da entidade, com prévia adoção das medidas prudenciais cabíveis.

15. Aliás, é justamente no sentido de que o gestor de recursos de terceiros tem uma obrigação de meio, e não de resultado, que se firmou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, nos termos dos seguintes precedentes: Recurso Especial nº 1.606.775 - SP (2016/0086775-4), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe em 15/12/2016; e Recurso Especial nº 799.241 - RJ (2005/0119523-6) Rel. Min. Raul Araújo, DJe em 25/02/2013.

16. No cumprimento do dever de diligência, os gestores das entidades fechadas de previdência complementar devem, por exemplo, submeter as propostas de investimento à prévia análise técnica, entre outras medidas prudenciais e de governança.

17. Além disso, a regularidade da decisão de investimento, concluindo pela oportunidade do negócio, deve ser avaliada no contexto da época das autorizações, e não em fatos posteriores. A análise do ato de gestão deve se dar sob as premissas que vigoravam ao tempo do ato.

18. Nesse sentido, a propósito, são os precedentes da CRPC:

RECURSO DE OFÍCIO. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA QUE CONCLUIU PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA IRREGULAR IMPUTADA.

1. A aplicação dos recursos dos planos de benefícios é uma atividade meio da entidade e, portanto, está sujeita a diversos riscos, de modo que não são os resultados que devem determinar se um investimento foi ou não regular.

2. A distribuição da Justiça impõe a necessidade de afastar um rigor exacerbado *ex-post-facto*, incompatível com a realidade existente no momento da decisão do investimento.

3. No presente caso, as operações tidas como irregulares foram precedidas de análises dos riscos que subsidiaram as decisões pelos investimentos.

RECURSO DE OFÍCIO IMPROVIDO.

(Processo nº 44011.008424/2017-15, Rel. Jorge Luiz Ferri Berzagui, 105ª Reunião Ordinária de 19/05/2021; sem destaques no original)

PRELIMINARES SUSCITADAS. REJEITADAS. MÉRITO. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Não tendo havido ausência ou falta de qualidade nas análises técnicas

realizadas, mas, tão somente, um insucesso da estratégia adotada em função de fatores de mercado, um risco presente em qualquer investimento, impõe-se a reforma da decisão recorrida para julgar improcedente o auto de infração 26/2016/PREVIC. RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(Processo nº 44210.000001/2016-20, Rel. José Luiz Costa Taborda Raue, 104ª Reunião Ordinária de 12/04/2021; grifei)

“Operação para recuperação de crédito. Operação atípica, mas não ilegal. **Comprovadas as diligências de análise de crédito, ciência aos órgãos de governança, parecer jurídico e recomendação satisfatória do comitê de investimento, revela conduta diligente dos dirigentes.** Intervenção posterior da instituição financeira. Validade das avaliações e rating à época da operação. Recurso provido.” (Processo nº 44210.000006/2013-18, Rel. Fernanda Mandarino Dornelas, 48ª Reunião Ordinária de 28.01.2015; grifo meu)

19. Quais seriam os parâmetros normativos para a avaliação da regularidade do ato? A Resolução CGPC nº 13/2004, estabeleceu regras e práticas de governança corporativa, gestão e controle interno para as EFPCs, servindo de baliza para essa avaliação, em conjunto com a jurisprudência administrativa e a legislação correspondente.

20. Dessa forma, podemos concluir que a prática do ato regular de gestão encontra suporte no regime de previdência complementar, especificamente na Resolução CGPC nº 13/2004, conforme inclusive consignado em precedentes da Previc e da CRPC (anteriormente à previsão do art. 230 da Resolução Previc nº 23/2023).

C) Da Aplicação do Conceito de Ato Regular de Gestão pela Previc e pela CRPC no Processo Administrativo Sancionador

21. Impende ressaltar, de plano, que o conceito de ato regular de gestão não se refere à ideia de excludente de ilicitude, mas sim à tipicidade do tipo administrativo sancionador quanto ao seu elemento subjetivo (dolo ou culpa).

22. Com efeito, no âmbito do processo administrativo sancionador, há apuração de responsabilidade subjetiva, não se admitindo a responsabilidade objetiva da esfera civil, de acordo, a propósito, com o entendimento da jurisprudência do STJ (REsp nº 1.251.697/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17/04/2012): "a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, **a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexa causal entre a conduta e o dano.**" (grifei)

23. Há, em verdade, muita semelhança entre ilícito penal e ilícito administrativo e entre sanção penal e sanção administrativa, impondo-se inclusive a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador – tais como a legalidade, a culpabilidade, a proporcionalidade, a segurança jurídica, o devido processo legal, presunção de inocência, o *ne bis in idem*, o contraditório, a ampla defesa, etc. [1]

24. Por oportuno, destaco ementas de precedentes da CRPC quanto à necessidade de configuração de dolo ou culpa para ocorrer a tipicidade da conduta:

Aplicação de recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Negociação de títulos públicos sem observar preço de referência em plataforma eletrônica. **Necessidade de comprovação de dolo ou culpa na conduta ativa ou omissiva do dirigente.** Improcedência do Auto de Infração. (Processo nº 44170.000036/2014-11, Rel. Carlos Marne Dias Alves, 57ª Reunião Ordinária de 27/01/2016; grifo meu)

Previdência Complementar. Ausência de recursos tecnológicos na época dos fatos disponíveis para o mercado. Impossibilidade fática de conduta diversa. **Proibição de responsabilização objetiva em processo administrativo sancionador.** Descabimento de sancionar a conduta pela não subsistência de seus efeitos pedagógicos ao apenado. Inexistência de conduta contumaz. Recurso conhecido e provido pela improcedência do auto de infração. (Processo nº 44170.000023/2014-41, Rel. Fábio Lucas de Albuquerque Lima, 53ª Reunião Ordinária de 29/07/2015; sem destaque no original)

Irregularidade praticada por membros da Diretoria Executiva da Fundação Corsan. Inocorrência de prejuízo. **Ausência de elemento subjetivo de culpa ou dolo.** Inobservância da necessidade de

autorização prévia do Conselho Deliberativo. Autorização *a posteriori* deste órgão que referendou os atos praticados. Aplicação do contido no § 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942 de 30 de dezembro 2003. Recurso de ofício conhecido e não provido. (Processo nº 44190.000153/2013-65, Rel. Fábio Lucas de Albuquerque Lima, 44ª Reunião Ordinária de 22/09/2014; grifo meu)

25. Nessa linha, são aplicáveis também as excludentes de ilicitude previstas no direito penal, que são causas que excluem a antijuridicidade do fato típico, causas de justificação ou descriminantes. Há tipicidade da conduta, mas essa conduta não será punível em razão da permissão legal dada ao agente para praticar o fato típico sem que seja punido. O ilícito administrativo existirá, porém, o administrado não poderá ser punido. No entanto, consoante já exposto, entendo que as excludentes de ilicitude não se aplicam tecnicamente à interpretação do art. 230 da Resolução Previc nº 23/2023, pois o exame do ato regular de gestão insere-se na tipicidade.

26. Conforme exposto no item anterior, na aplicação dos recursos garantidores, a obrigação é de meio, e não de resultado. Essas operações envolvem, por natureza, riscos. E mais, a assunção de riscos é necessária para o cumprimento das metas atuariais. No entanto, esses riscos devem ser devidamente mensurados e ponderados por meio da estrutura de governança da EFPC, com avaliação dos cenários e fatores que podem afetar o investimento.

27. Pode-se cogitar, ainda, no caso concreto, quando configurado ato regular de gestão, acerca da presença de nexos causal entre as condutas dos gestores e os resultados sofridos pela EFPC. Ora, se o gestor atua de forma diligente, prudente e de boa-fé, observando os deveres legais e estatutários, em princípio, não haveria nexo causal entre a conduta e o dano.

28. De todo modo, a aplicação do conceito de ato regular de gestão, para fins de tipicidade, não decorre do art. 230 da Resolução Previc nº 23/2023, visto que, com fundamento na legislação e nos princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, a Previc já adotava tal conceito no julgamento de autos de infração.

29. No julgamento do auto de infração 47/2007 (Processo nº 44011.005795/2017-45), por exemplo, o voto do Diretor de Orientação Técnica e Normas Substituto, acompanhado, por unanimidade, pela Diretoria Colegiada, consigna:

5.3. Da farta produção de prova documental juntada pela defesa, verifica-se que **houve acompanhamento técnico do investimento, havendo a devida formulação das análises de riscos inerentes. Todo o processo de investimento tramitou regularmente pelas instâncias regimentais da entidade.** Além disso, os gestores envolvidos no processo decisório possuíam conhecimento acerca dos riscos assumidos, **afastando assim qualquer imputação de imprudência ou negligência no procedimento de aplicação dos recursos garantidores.**

(...)

5. 5. No âmbito do **ato regular de gestão** não se pode olvidar de fatores externos que necessariamente afetam a tomada de decisão naquele momento, não podendo ser entendido, por óbvio, da mesma forma posteriormente, dada a dinâmica do modelo de investimento. Nesse sentido, o cenário macroeconômico à época, favorável à aplicação em *private equity* no setor objeto do investimento, deve ser levado em consideração em face do fator atrativo para o investimento, notadamente no tocante à rentabilidade futura esperada.

(...)

5. 11. Quanto ao monitoramento das aplicações no FIP Terra Viva, constata-se nos autos, pelos documentos juntados pela defesa, a adequada diligência dos gestores no acompanhamento do FIP, **revelando dessa maneira conduta prudencial a afastar omissões que possam revelar a prática de infrações." (grifos meus)**

30. A Diretoria Colegiada da Previc, ao analisar o auto de infração 28/2017 (Processo nº 44011.004247/2017-91), posicionou-se nesse mesmo sentido, acolhendo, por unanimidade, o Despacho nº 0244316 da Coordenação-Geral de Suporte à Diretoria Colegiada, que concluiu da seguinte forma:

8. Como acima constante no julgamento colacionado, a mensuração de razoável grau de risco assumido no investimento encontra-se presente. **A exigência da autoridade autuante de ir além do mínimo exigível (controle de riscos) confunde-se com o próprio papel do gestor, adentrando no campo limítrofe do ato regular de gestão.**

9. Ademais, resta comprovado pela documentação acostada pela defesa que há **prova documental suficiente a inferir diligência prudencial mínima** necessária dos imputados na avaliação e monitoramento do investimento, **afastando desta forma grau de censurabilidade decorrente de eventual negligência, imprudência ou imperícia a configurar conduta culposa exigida pelo tipo infracional.** (sem destaques no original)

31. Aponto, ainda, trecho do PARECER Nº 586/2019/CDC II/CGDC/DICOL (Processo nº 44011.008424/2017-15), elaborado por ocasião do julgamento pela Previc do auto de infração nº 63/2017:

15. Em que pese o bem fundamentado Auto de Infração, ressalvadas as características específicas do caso sob análise, observa-se que o presente AI se amolda aos julgamentos realizados nos processos ns 44011.005795/2017-45 e 44011.004217/2017-91.

16. Na ocasião de julgamento do processo nº 44011.005795/2017-45, ao analisar o processo de monitoramento de outra EFPC, mas em idêntico investimento destes autos, Fundo de Investimento em Participações - FIP Terra Viva, entendeu a Diretoria Colegiada da PREVIC, acatando voto divergente do Diretor de Normas, pela **atipicidade da conduta irregular imputada**.

32. Em relação ao tema, a CRPC também já se manifestou diversas vezes nesse sentido. Destaco, por pertinência, o seguinte excerto do voto da Rel. Marlene de Fátima Ribeiro Silva, proferido na 114ª Reunião Ordinária de 29/03/2022, quando da apreciação do recurso interposto contra decisão da Previc no julgamento do auto de infração nº 16/2018 (processo nº 44011.002087/2018-33):

79. **O ato de gestão também parte do pressuposto de que todo administrador, seus pares e colaboradores empregam, na consecução de suas atividades, os meios, cuidados e diligências para a satisfação de seu mister, diretriz também contida no art. 153, da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 ("Lei 6.404/1976").** Notoriamente, os valores que o legislador e o normatizador procuraram proteger são aqueles voltados a perpetuação dos planos e dos interesses dos participantes/assistidos, observados os padrões da técnica e da correta tomada de decisão, elementos que possibilitam as melhores CRPC - Voto SEPRT-SUCOR-COC-CRPC-JULG 20956552 SEI 44011.002087/2018-33 / pg. 20 práticas e a configuração do ato regular de gestão.

80. Semelhante orientação também está estampada no art. 1011 do Código Civil ("CC"), por antever que "o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios", dando uma nítida visão de que cabe aos administradores seguir os poderes da administração contemplados em cláusula estatutária, regulamentar ou em outros atos normativos que direcionem para a adequada gestão, sem ultrapassar os seus contornos, de modo a configurar a ato regular de gestão.

81. **Na vertente de que a correta administração afasta qualquer tipificação, encontra-se o art. 158 da Lei 6.404/1976**, ao estabelecer que "Os administradores não serão responsabilizados pelas obrigações controladas em virtude de ato regular de gestão". **A mesma previsão é reforçada pelo art. 22 da Resolução nº 13/2004**, para autorizar o custeio de defesa em processos administrativos e judiciais quando a conduta praticada pelo empregado, gestores e ex-dirigentes for originária/pautada no ato regular de gestão: "Art. 22. O conselho deliberativo podera assegurar, inclusive por meio de contratação de seguro, o custeio da defesa do dirigente, ex-dirigentes, empregados e ex-empregados da EFPC, em processos administrativos e judiciais, decorrentes de ato regular de gestão, cabendo ao referido Órgão estatutário fixe condições e limites para a finalidade pretendida".

82. Vê-se, então, que **o ato regular de gestão é aquele praticado dentro das atribuições e poderes de cada gestor, sem culpa e dolo, ainda que possa advir prejuízos na decisão levada a efeito**. Desta forma, a responsabilidade do administrador pode ser dividida conforme a natureza do seu ato, i) se praticado dentro dos limites da lei e do ato constitutivo da pessoa jurídica administrada ou ii) contra a legislação norteadora do setor ou do ato constitutivo (grifei)

33. Portanto, se a tomada de decisão de uma EFPC acerca do investimento tiver seguido as etapas do processo decisório, com a adequada avaliação dos riscos, considerados os elementos presentes à época da decisão, configura-se ato regular de gestão, de modo a não se caracterizar, em tese, dolo ou culpa do agente.

34. Por óbvio, quando houver fraude, simulação ou prática ilícita, não estará caracterizado ato regular de gestão, consoante expressamente previsto no art. 230 da Resolução Previc nº 23/2023, em linha com os precedentes da Previc e da CRPC e em obediência aos princípios do direito administrativo sancionador e à legislação.

35. Registro, ainda, que tal entendimento da Previc e da CRPC não representou inovação no processo administrativo sancionador federal quanto à responsabilidade pela administração de recursos de terceiros. A jurisprudência administrativa da Comissão de Valores Mobiliários - CVM está consolidada no sentido de se admitir a aplicação da *business judgment rule* (ato regular de gestão) para afastar a necessidade de análise do mérito propriamente dito da decisão de investimento, conforme se observa do voto do Diretor Relator referente ao processo administrativo sancionador CVM nº RJ2016/7197 (Processo SEI nº 19957.005981/2016-86):

30. Sendo assim, na medida em que **os Acusados não possuíam interesse próprio na questão a eles submetida, a sua diligência na deliberação de 17.11.2014 deve ser avaliada pelo prisma da business-judgment rule, já consolidado pela jurisprudência administrativa desta Casa em casos similares e pelo qual o julgador irá se preocupar apenas com o processo que levou à decisão e não com o seu mérito.**

31. **Essa abordagem remonta ao PAS CVM nº 2005/1443, julgado em 10.5.2006** e em cujo voto o Diretor Relator Pedro Marcílio de Souza esclareceu, com base na jurisprudência norte-americana, que uma decisão protegida pela business-judgment rule, será aquela tomada de maneira informada, refletida e desinteressada.

32. O mesmo voto consignou que (i) a decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la, podendo, para isso, se utilizar, de informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados; (ii) a decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio; e (iii) a decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador.

36. Note-se que, consoante destacado pelo relator, esse posicionamento da CVM tem origem no ano de 2006.

37. Em síntese, a *business judgment rule* é um regime de presunção de regularidade aplicável às decisões negociais, quando observados os critérios e parâmetros exigidos na gestão de recursos de terceiros. Assim, as decisões tomadas de boa-fé, de maneira desinteressada, refletida e informada, gozam de presunção relativa de regularidade e aderência aos deveres impostos aos administradores.

38. Além disso, a aplicação do conceito de ato regular de gestão está em consonância com a Recomendação da OCDE sobre Princípios Fundamentais para Regulação de Previdência Privada.^[2] De fato, no cumprimento dos seus deveres fiduciários, o gestor deve fundamentar suas decisões no princípio do gestor prudente (*prudent investor rule* ou *prudent person rule*), agindo responsabilmente e de acordo com os objetivos para os quais lhe foram conferidos poderes para investir os recursos administrados. No caso das EFPC, os riscos devem ser avaliados considerando os objetivos de segurança e rentabilidade dos recursos garantidores.

39. Acrescento, ainda, que a aplicação do conceito de ato regular de gestão, no processo administrativo sancionador de previdência complementar, está em consonância com a supervisão baseada em risco adotada pela Previc na fiscalização das entidades fechadas de previdência complementar, seguindo a Recomendação nº 02/2003 do Conselho de Gestão da Previdência Complementar. Esse modelo consiste na ponderação do risco de cada situação em relação aos objetivos da entidade e pauta a atuação da fiscalização com base na gravidade do caso. Essa metodologia também é defendida pela International Organization of Pension Supervisors – IOPS^[3] - principal organização internacional de supervisores de previdência privada.

40. O art. 230 da Resolução Previc nº 23/2023 insere-se também no dever da administração de "proceder à lavratura de autos de infração ou aplicar sanções com base em termos subjetivos ou abstratos somente quando estes forem propriamente regulamentados por meio de critérios claros, objetivos e previsíveis;" (art. 4º-A da Lei nº 13.874, de 2019, incluído pela Lei nº 14.195, de 2021).

41. O regime de presunção de regularidade está em consonância também com outros dispositivos da Lei de Liberdade Econômica acerca do princípio da boa-fé. A Lei nº 13.874/2019 determina que todas as normas de ordenação pública sobre atividades privadas sejam interpretadas em favor da boa-fé (art. 1º, § 2º). Confere também direito a toda pessoa, natural ou jurídica de "gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário." (art. 3º, VI).

42. Por fim, a ausência de um regime de presunção de regularidade dos atos de gestão, poderia gerar externalidades negativas para o sistema de previdência complementar fechada, tais como (i) o afastamento de gestores competentes, em razão do receio de que seus atos regulares de gestão possam vir a ser, posteriormente, indevidamente questionados, atraindo, por outro lado, profissionais menos diligentes e sem a necessária qualificação técnica (ii) a inibição dos gestores tomarem decisões que envolvam algum risco, mesmo quando adotadas todas as diligências obrigatória e haja aderência aos interesses e finalidades da administração dos planos de benefícios; e (iii) o aumento dos custos dos seguros de responsabilidade dos gestores, arcados pelas próprias EFPC, o que, ao final, acaba reduzindo a reserva previdenciária dos participantes e assistidos.

III- DA CONCLUSÃO

43. Evidencia-se, dessa forma, que o art. 230 da Resolução Previc nº 23/2023 não inova quanto à aplicação do conceito de ato regular de gestão na análise da tipicidade da conduta objeto do processo administrativo sancionador. Em observância aos precedentes administrativos e à legislação pertinente, a fim de de conferir segurança jurídica e isonomia nos procedimentos administrativos, o dispositivo estabelece parâmetros a serem observados pela Previc no exercício de sua competência de apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar.

44. No entanto, considerando que o **PARECER n. 00251/2023/CONJUR-MPS/CGU/AGU**, complementado pelo despacho de aprovação (**DESPACHO n. 01617/2023/CONJUR-MPS/CGU/AGU**), reputa que a técnica redacional adotada deixa brechas interpretativas quanto ao alcance temporal do *caput* do art. 230 da Resolução Previc nº 23/2023, sugiro a edição, em interpretação autêntica, de norma interpretativa acerca da não retroatividade do referido dispositivo. Submeto, em colaboração, a seguinte redação, para exame:

"O art. 230 da Resolução Previc nº 23/2023 não se aplica retroativamente aos processos em curso."

45. Encaminhe-se, à Diretoria de Normas, para conhecimento e providências pertinentes, dando-se ciência à Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social

À consideração superior.

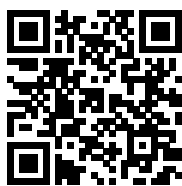
Brasília, 04 de novembro de 2023.

LEANDRO SANTOS DA GUARDA
Procurador Federal
Procurador-Chefe Substituto

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 44011007697201823 e da chave de acesso 7edf5f7a

Notas

- ¹ - *Mendes, Gilmar; Buonicore, Bruno Tadeu; De-Lorenzi, Felipe da Costa. Ne bis in idem entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol. 192. ano 30. p. 75-112. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/rbccrim-192-ne-bis-in-idem-entre-direito-penal-e-administrativo-sancionador.pdf>. Acesso em: 04.11.2023.*
- ² - *Core Principle 4, OECD Recommendation on Core Principles of Occupational Pension Regulation, june/2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/finance/principles-private-pension-regulation.htm>. Acesso em 06.11.23*
- ³ - *IOPS Guidelines for Supervisory Intervention, Enforcement and Sanctions*



Documento assinado eletronicamente por LEANDRO SANTOS DA GUARDA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1329233052 e chave de acesso 7edf5f7a no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LEANDRO SANTOS DA GUARDA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-11-2023 18:07. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
