## *CAIXA DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA — DESVIO DE PODER — INSOLVÊNCIA*

*— São nulos os atos lesivos ao patrimônio das autarquias e sociedades de economia mista, praticados por autoridade incompetente.*

PARECER

I

*OS FATOS*

1. O Banco, pelo seu eminente Presidente, solicitou-nos um estudo jurídico dos problemas da Caixa de Previdência e Assistência dos seus funcionários, a fim de apreciar a legalidade dos atos praticados e encontrar uma solução adequada para a instituição, no interesse comum do Banco e dos seus funcionários.

2. A realidade contábil e atuária da Caixa já foi estudada e minuciosamente analisada. A presente situação decorre do fato de terem sido instituídos benefícios excessivamente generosos correspondentes a contribuições insuficientes, sem um fundo de reserva matemática. Por outro lado, as hipóteses biométricas e demográficas, em que se fundamentou o plano, não foram confirmadas e não houve previsão matemática adequada para as obrigações assumidas pela instituição previdenciária (como, por exemplo, o reajustamento monetário automático).

3. O parecer técnico propõe, alternativamente, o reerguimento da Caixa como associação civil ou o seu fechamento, em virtude de sua insolvência, com a posterior criação de nova instituição previdenciária em bases atuariais e contábeis sólidas, devendo a nova entidade encampar todos os compromissos de complementação salarial assumidos pela Caixa. Conclui o mencionado estudo que, independentemente da solução alvitrada para o futuro, deve ser reconhecida a "plena e integral responsabilidade financeira do Banco quanto aos compromissos". Quanto às operações já realizadas pela Caixa, entende o parecer que embora idealizada com boas intenções, a entidade optou por uma orientação que se apresenta "onerosa, arriscada, insegura, com tendência de aumento de custo operacional e possibilidade de novos desequilíbrios técnicos no futuro".

4. Os aspectos jurídicos decorrentes do parecer técnico-atuarial abrangem respectiva e sucessivamente o exame:

a) da regularidade das decisões tomadas pela Diretoria do Banco no tocante à Caixa;

b) dos direitos e deveres decorrentes da criação da Caixa para o Banco e para os seus funcionários, que contribuíram aceitando o plano previdenciário, tendo sido aposentados ou continuando em atividade;

c) da solução jurídica a ser dada ao caso.

5. Da leitura do parecer técnico-atuarial e da documentação que nos foi apresentada, pudemos preliminarmente concluir que existem dois problemas distintos: o do futuro, para o qual se impõe uma nova estrutura previdenciária organizada em bases técnicas sólidas, e o do passado, em relação ao qual deve ser encontrada uma fórmula não apenas juridicamente adequada mas também justa, para conciliar o interesse do Banco e o de seus funcionários, contribuintes da Caixa, que não devem nem podem perder as contribuições que efetivamente realizaram, não lhes cabendo, em tese, arcar com qualquer prejuízo, pois, de

sua parte, nenhuma culpa ocorreu e contribuíram compulsoriamente para um plano previdenciário aprovado pela Diretoria da instituição financeira empregadora. Por outro lado, não se pode olvidar a apuração da responsabilidade dos diretores da empresa que, levianamente, transformaram uma instituição de previdência numa sociedade filantrópica e usaram uma empresa comercial (o Banco) como instrumento para distribuir benefícios desproporcionais às contribuições recebidas.

Encaminhamos o nosso parecer com esse espírito de encontrar soluções lícitas, justas e compatíveis com os interesses das partes e de apontar os eventuais remédios jurídicos e processuais para cada situação, deixando à Alta Administração do Banco a função, que lhe incumbe, de escolher, entre as alternativas válidas, aquela que lhe parecer mais conveniente.

## II

## *DA IRREGULARIDADE DAS DECISÕES DA DIRETORIA DO BANCO REFERENTES À CAIXA E DAS RESPECTIVAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS*

6. A Diretoria do Banco aprovou a criação da Caixa e os seus estatutos, conforme se verifica pelos documentos apresentados.

7. Em virtude dos mencionados Estatutos e de decisões posteriores da Diretoria do Banco, transformou-se a Caixa uma instituição que necessariamente deveria caminhar para a insolvência. Efetivamente, não se equacionou, desde o início, um sistema adequado de proporção entre as contribuições devidas pelos empregados e os benefícios a lhes serem pagos, não se constituindo um fundo de reserva, com o investimento necessário e adequado dos recursos da Caixa. Ao contrário, foram generalizados, com excessiva liberalidade, os favores previdenciários, sem qualquer preocupação quanto à futura mobilização dos recursos para atender às obrigações e responsabilidades pela instituição.

8. Quando da elaboração dos Estatutos, várias de suas disposições já feriam ostensivamente o espírito das entidades previdenciárias, consagrando situações de verdadeira liberalidade só explicáveis em instituições filantrópicas. São exemplos característicos dessas situações as seguintes:

a) a dispensa de carência para os associados admitidos anteriormente à data da aprovação dos Estatutos;

b) a admissão do pagamento à Caixa das contribuições correspondentes ao tempo de serviço prestado em outras empresas;

c) a isenção de contribuição por parte do aposentado.

9. Posteriormente, a interpretação excessivamente liberal dos Estatutos ainda agravou a situação, ensejando a dispensa, pela administração, de parte da contribuição dos empregados que, por algum tempo, se tinham afastado da empresa e estabelecendo, assim, um sistema paternalista totalmente incompatível com as regras matemáticas que deviam ser aplicadas à matéria.

10. Finalmente, a decisão de aplicar à complementação da pensão a correção monetária, que incidia sobre a remuneração dos funcionários ativos, tornou inviável o funcionamento da Caixa, em termos previdenciários, por ser o aumento dos funcionários ativos normalmente superior à elevação do custo de vida e atender a critérios de produtividade e de melhoria salarial.

11. Houve, assim, na época, por parte da Diretoria do Banco, responsável pelo encaminhamento da Caixa, uma verdadeira distorção da instituição previdenciária à qual foram atribuídas obrigações sem qualquer relação com os seus haveres e seu patrimônio, ensejando assim a sua evidente deturpação e a ameaça de insolvência que

sobre ela paira atualmente. Com os encargos que lhe foram atribuídos, perdeu a Caixa caráter de instituição de previdência, que, constitucional e legalmente, pressupõe um certo equilíbrio orçamentário, uma possibilidade de previsão de gastos e de receita e a viabilidade econômica do contrato de complementação de pensão. Tornou-se uma entidade filantrópica, no melhor estilo paternalista, subsidiada pelo Banco que assumiu, na matéria, riscos incomensuráveis ao adotar um sistema totalmente condenado pela boa técnica atuarial, sistema que só se admite numa entidade nacional, gozando da prerrogativa de contar com o ingresso natural e necessário de toda a população do país em momento de desenvolvimento demográfico e com poderes para reajustar, ao seu bel-prazer e, em qualquer momento, as suas taxas de contribuição.

12. A utilização dos recursos da Caixa em financiamentos e empréstimos aos mutuários à taxa de 12% ao ano constituiu, por sua vez, na época, um verdadeiro crime contra o patrimônio da entidade previdenciária, especialmente atendendo-se aos níveis da inflação então vigentes.

13. Como foi salientado pelo parecer técnico e, anteriormente, pelos estudos dos atuários, "a concessão da cláusula de reajustamento automático dos benefícios em curso resultaria na derrocada do 'Regime de Repartição de Capitais de Cobertura' e em sua substituição forçada pelo Sistema de Repartição Simples de Danos de notória instabilidade técnica...", que "é altamente perigoso, sem segurança alguma, porque não é 'SEGURO' nem 'PREVIDÊNCIA SOCIAL'." Consiste em arriscar, em enfrentar o que der e vier, pois "Deus é brasileiro".

14. Na sua conclusão esclarece, ainda, o parecer técnico que:

"O Plano elaborado, de 'Repartição de Capitais de Cobertura' não foi executado; o Fundo não foi criado; as sobras inicialmente acumuladas foram dissipadas e, finalmente, o Plano foi abandonado, passando a Caixa a navegar ao sabor dos ventos, sem nenhuma orientação técnica, sem plano algum."

15. As decisões tomadas pela Diretoria do Banco em relação à Caixa se caracterizam, pois, por um triplo vício: a inconstitucionalidade, a incompetência e o desvio de poder.

a) *Da Inconstitucionalidade*

16. A Constituição Federal vigente determina, no parágrafo único do seu art. 165, que:

"Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total."

Este princípio corresponde, no orçamento público, à necessária equivalência entre a despesa e a receita, a fim de vedar qualquer despesa que não tenha como suporte uma receita previamente estabelecida. O equilíbrio orçamentário das instituições previdenciárias tornou-se princípio constitucional a partir da Emenda Constitucional n.º 11, justamente com a finalidade de evitar a insolvência das entidades assistenciais. A doutrina esclarece que a nova norma constitucional surgiu para evitar

"a concessão, por via de leis demagógicas, de novos benefícios com elevados ônus, sem o correspondente meio financeiro para a sua cobertura." (Pimentel, Marcelo; Ribeiro, Hélio C. & Pessoa, Moacyr D. *A Previdência Social brasileira interpretada*. Rio-São Paulo, Forense, 1970. p. 298).

17. Comentando a norma federal, esclarece a doutrina que ela se aplica a todas as situações vinculadas direta ou indiretamente às pessoas jurídicas de direito pútico, impõe-se não só à União Federal e blico. Tratando-se de princípio programáaos Estados e Municípios, mas ainda às

autarquias e às sociedades de economia mista. Adverte a este respeito, com a sua incontestável autoridade Pontes de Miranda que

"Não é válido qualquer ato do Poder Executivo ou (administrativo) do Poder Judiciário, ou mesmo do Poder Legislativo, que crie, aumente ou estenda o serviço assistencial ou de benefício, SEM QUE HAJA O FUNDO PARA O CUSTEIO TOTAL. O FUNDO PODE SER DE DESPESA DA UNIÃO, ou da União e de outra entidade estatal, PARAESTATAL ou PRIVADA." (Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º I de 1969*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972. v. 6, p. 258).

18. No caso, evidenciou-se a criação de benefícios sem a previsão de cobertura dos mesmos, o que, para um órgão assistencial de sociedade de economia mista, configura evidente ato inconstitucional, diante do texto imperativo do parágrafo único do art. 165 transcrito.

19. Essa problemática não é nova nem original. Já em 1970, o Prof. Rio Nogueira, em conferência proferida no 4.º Congresso dos Institutos da Previdência Estaduais, em Manaus, salientou a este respeito que:

"Mal orientados, os poderes públicos muito tempo se descuidaram da técnica, quando a legislação se dobrava com freqüência ao desejo de certas classes privilegiadas; projetos se converteram em leis sem audiência dos órgãos autorizados e, frontalmente contrários às limitações teóricas, impunham à evolução de encargos a violenta torção no valor e na incidência dos benefícios, sem a competente receita de cobertura.

O divórcio entre política e técnica foi a causa primária dos males de origem da previdência social brasileira. Empenhados na elaboração da Lei Orgânica da Previdência Social, políticos atuários entendiam-se com muita dificuldade; às vezes bem intencionados, os primeiros prejudicaram a grande massa para concentrar somas consideráveis nas mãos de uns poucos privilegiados: — reduzindo alugueres, revendendo móveis e imóveis por valores históricos, cedendo empréstimos a baixas taxas, etc.

Por se oporem a tudo isso, atuários foram acusados de 'forjar estatísticas contra os trabalhadores'. A muito custo, conseguiram introduzir na LOPS o art. 118: 'Nenhum outro benefício, de caráter assistencial ou previdenciário, se não previsto nesta Lei, poderá ser criado pelos poderes competentes, sem que, em contrapartida, seja estabelecida a respectiva receita de cobertura'.

Mas não lograram impor a dinamização da área patrimonial capaz de evitar a descapitalização das reservas. Hoje, impossibilitados de honrar seus compromissos, sem meios de manter o valor real do amparo prometido, Institutos clamam pela revisão atuarial de suas Leis, e no perigo de sua insolvência, ameaçadas também se encontram a paz social e a segurança nacional."

Rio Nogueira. *O papel da matemática nos problemas previdenciais*. separata do *Mensário Estatístico*, p. 45, abr. 1973).

20. Situação análoga à da Caixa surgiu no Instituto de Previdência dos Congressistas (IPC), criado pela Lei n.º 4.284, de 20.11.1963 e que exigiu completa reformulação que lhe está sendo dada pelo Projeto de lei n.º 55, de 1972, que também consagra, no seu art. 2.º, o princípio constitucional, redigido nos seguintes termos:

"Nenhuma prestação de caráter assistencial ou previdencial poderá ser criada ou modificada no IPC sem que seja estabelecida a respectiva receita de cobertura."

21. Ao infringir o princípio constitucional do resguardo do equilíbrio financeiro das entidades de previdência social, a então Diretoria do Banco violou a norma básica do país e praticou um ilícito administrativo e civil, um ato ilegal, cuja sanção

normal e necessária é a nulidade das decisões tomadas e a responsabilidade pessoal dos administradores culpados.

22. Evidencia-se a existência da violação da norma constitucional pela própria situação de insolvência em que se encontra atualmente a Caixa, decorrência exclusiva ou predominante da organização de um orçamento no qual não se equilibravam a receita e a despesa, fazendo com que esta última se distanciasse cada vez mais daquela, numa ruptura de regra de ouro da previdência social que é o equilíbrio dos haveres atuais e das responsabilidades futuras.

23. Como se não bastasse a inconstitucionalidade, as decisões da Diretoria tomadas em relação à Caixa também sofrem do vício de incompetência como, em seguida, se demonstrará.

b) *Da Incompetência*

24. Os Estatutos do Banco, nos seus arts. 28 a 30, que se referem ao Pessoal, admitiram a criação da Caixa para prestação de assistência aos funcionários do Banco.

Por sua vez, o art. 34 dos Estatutos, ao estabelecer o modo de distribuição do lucro apurado, estabeleceu que seria atribuída:

"a) .....

b) .....

c) *quota para o Fundo de Assistência aos Funcionários a ser estipulada, anualmente, pela Assembléia Geral.*"

25. Ficou assim claro e inequívoco que as verbas ou recursos destinados pelo Banco à Caixa deveriam ser previamente aprovadas pela Assembléia Geral do Banco e não apenas pela Diretoria do mesmo. Assim sendo, ao estabelecer normas que não limitavam nem definiam adequadamente a contribuição do Banco para a Caixa, não exigindo para tanto uma decisão prévia da Assembléia Geral, a Diretoria do Banco ultrapassou os poderes que lhe foram concedidos pelos Estatutos, atuando *ultra vires*, ou seja, fora dos limites de sua competência, pois não restringiu a responsabilidade do Banco ao valor "da verba fixada pela Assembléia Geral" nos precisos termos dos Estatutos.

26. Houve, pois, ato de autoridade incompetente, cuja sanção no direito administrativo é a nulidade. Essa nulidade é reconhecida de modo uniforme pela doutrina e pela jurisprudência, tendo sido consagrada legislativamente na Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que no seu art. 2.º determina que:

"São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência.

.....".

O art. 1.º, do referido diploma, abrange não apenas a referência à União e às demais pessoas jurídicas de direito público, como também *inclui* as entidades autárquicas e *as sociedades de economia mista.*

27. A incompetência da autoridade assumiu, no caso, a forma do abuso de função, pois, a Diretoria, embora com poderes para organizar a Caixa, a estruturou de modo inadequado e contrariando os princípios estatutários da sociedade e a própria Lei das Sociedades Anônimas, que veda a concessão de liberalidade por empresa comercial. Efetivamente, existe evidente antinomia entre a Caixa como foi organizada pela Diretoria do Banco e os princípios estatutários, que exigiam a aprovação da verba anual de assistência pela Assembléia Geral e a previsão de um equilíbrio entre a receita e a despesa. Conclui-se, assim, inequivocamente que a Diretoria era incompetente para praticar os atos que ensejaram as dificuldades de sobrevivência econômica da Caixa.

28. A nulidade do ato praticado pela autoridade incompetente é matéria pacífica no direito brasileiro. Como a respeito salienta, com a sua incontestável autoridade, Seabra Fagundes:

"A competência vem rigorosamente determinada no direito positivo como condição de ordem para o desenvolvimento das atividades estatais e, também, como meio de garantia para o indivíduo, que tem na sua discriminação o amparo contra os excessos de qualquer agente do Estado. Toda vez que o agente procede sem estar legalmente investido no cargo, ou, embora investido legalmente, excede ao agir o âmbito de atribuições que a lei lhe designa, há incompetência. No primeiro caso, exercendo o agente função que nunca lhe foi delegada, há o que Bonnard denomina *usurpação de função*, e, no segundo, apenas exorbitando de função que lhe tenha sido atribuída, há *abuso de função*. (Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos*. 4. ed. Rio, Forense, p. 68, n.º 35).

No mesmo sentido, ensina o eminente Hely Lopes Meirelles que:

"A competência para a prática do ato administrativo é a condição primeira para a sua validade. Nenhum ato — discricionário ou vinculado — pode ser realizado validamente, sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo." Meirelles, (Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966. p. 156).

29. Mesmo se sairmos do campo do direito público para o do direito comercial, a mesma tese é aplicável, sendo considerado nulo e de nenhum efeito o ato de Diretoria praticado em desacordo com os Estatutos da sociedade comercial e com a lei.

30. De fato, o art. 121 da Lei das Sociedades Anônimas (Decreto-lei n.º 2.627, de 1940) esclarece que os diretores são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, responsabilizando-os, todavia, pelos atos culposos e dolosos e por aqueles que tiverem praticado "com violação da lei ou dos Estatutos". Conseqüentemente, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que o ato violador da lei e/ou dos Estatutos é nulo de pleno direito e enseja a responsabilidade de quem o praticou.

31. A doutrina defende como princípio geral a inexistência de qualquer responsabilidade da sociedade pelo ato praticado pelo Diretor fora da sua competência. Neste sentido, afirma Trajano de Miranda Valverde, autor do anteprojeto que se transformou na atual lei das sociedades por ações, que:

"A sociedade só é, em princípio, responsável pelos atos praticados pelo diretor competente, dentro, portanto, da esfera de suas atribuições e nos limites dos seus poderes." (Valverde, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*, 2.ª edição, vol. II, Rio, Forense, 1953, p. 298, n.º 614, *in fine*).

E o mesmo autor acrescenta que "entre os atos violadores da lei e dos Estatutos se incluem todos os atos ou operações praticados pelos diretores com excesso de poderes ou fora das atribuições que lhes foram conferidos pelos Estatutos. (Ver op. cit. p. 323, n.º 635).

32. Mais recentemente, o Desembargador Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, no seu alentado tratado das *Sociedades por ações*, resume a jurisprudência brasileira dominante, afirmando que, de acordo com as decisões dominantes, "os atos praticados em desconformidade com as atribuições e poderes especificados nos Estatutos, para cada Diretor, não vinculam a sociedade." (Cunha Peixoto, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por ações*. São Paulo, Saraiva, 1973. v. 4, p. 76, n.º 960).

c) *Do Desvio do Poder*

33. Na hipótese, além da incompetência, ocorreu evidente desvio de poder, pois a Diretoria foi incumbida de organizar uma entidade de previdência social, em bases científicas e realistas, e não uma sociedade filantrópica, cujos benefícios poderiam comprometer a própria estabilidade financeira da empresa comercial. O desvirtuamento sofrido pela Caixa, não obstante as sérias e oportunas advertências dos técnicos, transformou a entidade que devia ser previdenciária em órgão filantrópico. Os benefícios deixaram, pois, de ter o caráter previdenciário previsto pelos Estatutos do Banco para se transformarem em verdadeiras *liberalidades* vedadas tanto pela lei comercial, como pelas normas de direito administrativo e bancário e pelos próprios Estatutos do Banco.

34. Na realidade, o art. 119 da Lei das Sociedades Anônimas, que é norma de ordem pública, ou seja, de caráter imperativo, determina *ipsis verbis* que:

"os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade."

35. Ora, no caso, o desvio de poder consistiu na deturpação das finalidades e da estrutura da Caixa pela Diretoria do Banco que, em vez de organizar uma entidade previdenciária, abandonou os preceitos técnicos e atuários aplicáveis à matéria, transformando-a numa instituição filantrópica, desgarrada de todo o sistema previdenciário e condenada à insolvência pelo desequilíbrio, previsível desde o início, de sua receita e de sua despesa. O desvio de poder é definido pela doutrina como sendo o ato formalmente legal que engendra uma situação contrária ao espírito e à finalidade da lei. Como a respeito salienta o eminente Prof. Afonso Rodrigues Queiró, da Universidade de Coimbra, o desvio de poder não passa de uma modalidade do vício genérico chamado "violação da lei" e "consecução de um fim objetivo diferente daquele que a lei explícita ou implicitamente marca ao agente". (Queiró, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder em direito administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 6, p. 78).

36. A doutrina nacional salienta que o desvio de poder pressupõe o uso indevido pela autoridade de uma competência que lhe é atribuída, implicando uma violação oblíqua ou indireta dos fins legais, *da mens legis*. Alguns autores distinguem o excesso de poder — ato praticado fora da competência da autoridade — do desvio de poder — ato praticado dentro da competência, mas com uma finalidade diversa da almejada pela lei. Podemos afirmar que, na presente hipótese, as duas situações se caracterizam, pois a Diretoria não tinha poderes para estruturar a Caixa como o fez e, dentro dos seus poderes, deturpou a instituição.

37. Ora, atualmente, *ex vi* do que dispõe a Lei n.º 4.717, de 29.6.1965, no seu art. 2.º, letra *e*, o desvio de finalidade do ato administrativo constitui motivo para a sua nulidade, ensejando, pois, a invalidade das deliberações da Diretoria do Banco que oneraram indevida e excessivamente a Caixa em detrimento dos próprios beneficiários.

38. Em conclusão, as decisões da Diretoria do Banco com relação à Caixa são, pois, nulas por ter ocorrido:

a) violação da Constituição Federal (art. 165, parágrafo único);

b) incompetência da autoridade nos termos dos Estatutos do Banco (art. 121 do Decreto-lei n.º 2.627/40 e art. 2.º, letra *a* da Lei n.º 4.717/65);

c) liberalidade realizada por sociedade anônima em violação flagrante da legislação específica (art. 119 do Decreto-lei n.º 2.627 de 26.9.1940);

d) deturpação da entidade (Caixa), implicando desvio de poder ou finalidade (art. 2.º, letra *e* da Lei n.º 4.717/65).

39. A nulidade das decisões de Diretoria, decorrente dos vícios referidos, pode ser:

a) decretada pela própria Assembléia Geral do Banco;

b) declarada em ação judicial proposta para este fim.

40. Não há dúvida que a sociedade pode declarar a nulidade de atos ilegais praticados pelos seus diretores. O princípio se aplica tanto no direito público, quanto no direito privado, sem prejuízo da eventual responsabilidade que possa ocorrer em virtude de prejuízos de terceiros de boa-fé decorrentes da decisão tomada.

41. Como o ato nulo não produz efeitos, nem cria direitos, é entendimento dos nossos tribunais e, inclusive, do Excelso Pretório que:

"A administração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos." (Súmula n.º 346 do Supremo Tribunal Federal).

42. O mesmo princípio se aplica às empresas em geral e às sociedades comerciais, inclusive de economia mista, em particular.

Assim sendo, a própria Diretoria do Banco ou, eventualmente, a sua Assembléia Geral pode declarar a nulidade de decisões ilegais anteriormente tomadas por órgãos da sociedade. Do mesmo modo que a Assembléia Geral pode convalescer o ato irregular do Diretor, nada impede que decrete a sua nulidade, sem prejuízo da eventual responsabilidade daquele que praticou o ato. Tratando-se de ato ilegal praticado por autoridade incompetente, em tese, não haveria nenhuma responsabilidade da sociedade perante terceiros e os prejudicados só poderiam acionar os diretores culpados pelos atos por eles praticados, embora, na prática, a matéria possa suscitar divergências. Tratar-se-ia de aceitar, no caso, um risco calculado que consistiria na possibilidade de ações judiciais em que a Caixa e/ou o Banco teriam que apresentar a sua defesa, com possibilidade de vitória.

43. A outra alternativa consistiria na propositura de uma ação judicial para declarar a nulidade das decisões tomadas e responsabilizar os diretores culpados. Essa ação poderia ser fundamentada na Lei das Sociedades Anônimas, que estabelece, todavia, prazos curtos (três anos), tanto para a anulação de Assembléias, como para a responsabilização dos diretores (arts. 156 e 157 do Decreto-lei n.º 2.627 de 26.9.1940). Assim sendo, já estariam prescritas as ações previstas pela legislação comercial específica aplicável à hipótese, tornando inviável tal procedimento.

44. Ocorre que recentemente a nossa legislação criou a *ação popular*, atualmente regulada pela Lei n.º 4.717, de 29.6.1965, de acordo com a qual qualquer cidadão pode ingressar em juízo para anular ou obter a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio de sociedades de economia mista e para responsabilizar os seus autores, sendo o prazo prescricional no caso de cinco anos (art. 21). Poderiam, assim, os atuais diretores do Banco, com a assistência deste, intentar a ação popular com a finalidade de declarar nulos os benefícios incabíveis.

45. É incontestável o cabimento na hipótese da ação popular que destaca, expressamente, entre as entidades contra cujos atos pode ser intentada, as sociedades de economia mista (como o Banco) e os serviços sociais autônomos (como a Caixa).

46. Interpretando o texto explícito da lei, a doutrina reconhece que "há atos jurídicos privados suscetíveis de serem invalidados em ação popular, como os produduzidos por sociedade de economia mista". Os comentadores do novo texto legal esclarecem que a referência do art. 1.º a "quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos", tem o sentido de alcançar as entidades privadas

"com uma extensão justificada pela presença do patrimônio público em seu patrimônio". Conclui o Prof. José Afonso da Silva, na sua excelente monografia sobre o assunto:

"Enfim, onde houver patrimônio público envolvido, sob qualquer forma, aí o cidadão poderá exercer seu poder fiscalizador, intentando a demanda popular contra atos lesivos a esse patrimônio, que também é seu." (Silva, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968. p. 117).

O mesmo autor reitera e complementa o seu pensamento ao afirmar que:

"certas pessoas e entidades particulares são sindicáveis em demanda popular conforme temos visto e dito: sociedades de economia mista, sociedades mútuas de seguros, certas instituições e pessoas subvencionadas pelo Poder Público, na forma prevista pelo art. 1.º da Lei n.º 4.717". (op. cit. p. 132).

E o professor acrescenta que, em relação a tais entidades, podem ser apreciados, em ação popular, não apenas os atos delegados pelo Poder Público ou vinculados ou decorrentes dessa vinculação, mas ainda e também os atos particulares, de direito privado, civil ou comercial. Embora reconhecendo as eventuais dificuldades que poderão surgir, o mestre paulista adita que:

"Tais pessoas e entidades (particulares, de direito privado) praticam atos de natureza privada, regulados pelo direito privado. Eventualmente, podem ser prejudiciais ao seu patrimônio, que, ao menos parcialmente, é também público pela participação do Tesouro em sua formação ou desenvolvimento." (Silva, José Afonso da. op. cit. p. 132).

47. A natureza e finalidade da ação popular constitucional têm sido definidas como mais um meio hábil de remediar as distorções decorrentes do exercício do poder político. Como a respeito magistralmente ponderou o Profesor e Juiz Hely Lopes Meirelles:

"Em última análise, a finalidade da ação popular é a obtenção da correção nos atos administrativos ou nas atividades delegadas ou subvencionadas pelo Poder Público. Se, antes, só competia aos órgãos estatais superiores controlar a atividade governamental, hoje, pela ação popular, cabe ao próprio povo intervir na administração para invalidar os atos que lesaram o patrimônio econômico, administrativo, artístico, estético ou histórico da comunidade. Reconhece-se, assim, que todo cidadão tem o direito subjetivo ao governo honesto." (Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967. p. 37).

48. Por outro lado, na área específica do direito comercial, admitir-se-ia também que, quer por acordo, quer por ação judicial, a Caixa revisse as suas obrigações, a fim de obedecer à justiça comutativa, reduzindo assim os benefícios que não tivessem uma correspondência adequada com as contribuições. Tratar-se-ia da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual, nos contratos, é preciso que haja equilíbrio entre o que cada uma das partes se obriga a fazer e os benefícios decorrentes. Nada, pois, impediria que, alegando a cláusula *rebus sic stantibus* e comprovando a excessiva onerosidade das obrigações por ela assumidas, pudesse a Caixa rever os benefícios devidos aos contribuintes, reduzindo-os aos seus justos limites, seja mediante acordo, seja em virtude de ação judicial proposta para este fim.

49. Verificamos, pois, que a Diretoria atual, ao reorganizar o sistema de complementação de pensão e aposentadoria em bases razoáveis, de acordo com o exemplo de outras instituições como a Petrobrás, a Vale do Rio Doce e o Banco do Brasil, tem alternativa, em relação ao passado, de:

a) manter o *statu quo* dos antigos contribuintes, só estabelecendo um novo sistema para vigorar de agora em diante para os novos contribuintes;

b) declarar a nulidade das decisões lesivas aos interesses do Banco e da Caixa;

b.1) por simples decisão da Assembléia Geral do Banco;

b.2) em virtude de ação popular, com base no art. 153, parágrafo 31 da Constituição Federal e da Lei n.º 4.717, de 29.9.1965, responsabilizando os diretores que praticaram as ilegalidades e/ou desvios de poder.

c) obter judicial ou amigavelmente a redução aos seus justos limites dos benefícios devidos aos contribuintes, com base nas cláusulas *rebus sic stantibus* ou da excessiva onerosidade das prestações.

## III

## *DO NOVO SISTEMA A SER IMPLANTADO E DOS DIREITOS ADQUIRIDOS*

50. A política de complementação de pensões e aposentadorias corresponde a um imperativo da evolução da nossa sociedade, a fim de evitar que, em virtude da morte do chefe de família ou de sua aposentadoria, haja uma brusca e injustificável queda do nível de vida seja do funcionário, seja de sua família. Com essa finalidade, criaram-se, nos Estados Unidos, os *Pension Fund,* que representaram um importante fator do crescimento do mercado norte-americano, sendo um dos principais investidores institucionais, além de garantir, aos empregados e seus familiares, a manutenção de um adequado *standard* de vida no caso de morte, doença ou aposentadoria.

51. No Brasil, já há alguns anos, que as grandes empresas privadas e públicas, inclusive as sociedades de economia mista, cogitam do *fundo de pensão,* ao qual o Governo estaria pretendendo conceder importantes incentivos fiscais. A idéia da Caixa parece, pois, dever sobreviver, embora sob outra forma e em bases menos filantrópicas e mais realistas, conforme foi, aliás, sugerido pelos atuários que estudaram a matéria.

52. A forma mais adequada nos parece ser a de uma Fundação com personalidade jurídica autônoma e totalmente desvinculada financeiramente do Banco, como aliás é o caso das Fundações organizadas recentemente pela Petrobrás (Petros-Fundação Petrobrás de Seguridade Social) e pela Cia. Vale do Rio Doce (Valia-Fundação do Rio Doce de Seguridade Social).

53. Nos estudos previdenciários tem sido salientado a este respeito que as fundações se apresentam como o melhor meio técnico de complementação das pensões por serem "mais operantes no atendimento de interesses específicos da classe associada", "mais acessíveis à fiscalização da massa abrangida pelo seguro", "mais eficientes quanto à organização administrativa planejada pela própria empresa" e, finalmente, "mais elásticas quanto aos investimentos de reservas", podendo oferecer a garantia de solvabilidade mediante a adoção de plano atuarialmente estruturado e fiscalizado pela empresa instituídora, dividindo os seus custos entre a empresa e os empregados e polarizando os planos de investimento de reservas para a eventual ampliação do sistema assistencial dos empregados. (V. Rio Nogueira. *Estudo sobre a suplementação da Previdência Social brasileira* e entrevista ao *Jornal do Brasil,* 14.6.1973).

54. Constituindo os fundos necessários de acordo com a boa técnica atuarial e ficando a Fundação desvinculada do Banco, teria essa entidade assistencial autonomia financeira para buscar as aplicações mais adequadas de seus recursos, a fim de garantir, no momento oportuno, o pagamento dos benefícios, sem ocorrer o risco de se repetir a situação atualmente existente.

55. Quanto ao futuro e especialmente no tocante aos novos contribuintes, inexiste, pois, qualquer dúvida que deve ser criada

nova instituição, corrigindo as distorções da Caixa e preenchendo adequadamente as funções que ela não soube ou não pôde exercer por falta de estrutura e pela total ausência de previsões.

56. As situações passadas é que apresentam maiores dificuldades. Podemos afirmar que o problema jurídico básico, suscitado no presente caso, consistente em se reconhecer ou não aos contribuintes o direito de receber os benefícios que inicialmente lhes foram prometidos. Os dois princípios em choque, na matéria, são respectivamente o da lealdade contratual e o da viabilidade econômica. De acordo com a boa-fé, que inspira os contratos, deveria ser, em tese, mantido, em relação aos contribuintes anteriores (até a presente data), o regime que os Estatutos lhes asseguraram em respeito às regras de jogo e à autonomia da vontade manifestada nos contratos. Por outro lado, tal situação cria uma aparente inviabilidade econômica em virtude da ausência de correspondência entre as contribuições efetivamente pagas e os benefícios prometidos pela instituição. É preciso salientar, todavia, que os contribuintes atuaram de boa-fé e não tinham meios de verificar a viabilidade econômica do plano ao qual foram compulsoriamente integrados.

57. Em relação aos já aposentados ou aqueles que já gozam dos benefícios, parece haver direito que já se incorporou aos seus patrimônios e que assim se tornou intangível *ex vi* do princípio constitucional contido no art. 153, parágrafo 3.º da nossa Carta Magna de acordo com o qual:

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

Se nem a lei pode ferir o direito adquirido, evidentemente não poderá fazê-lo o ato da Diretoria ou da Assembléia Geral.

58. Devemos ressaltar, todavia, que haveria, do ponto de vista jurídico, a possibilidade de impugnar, no caso, a aquisição do direito, partindo do princípio de que o ato praticado foi nulo e considerando que o ato nulo nunca produz efeito, nem pode ensejar a aquisição de direito. Embora tal tese pudesse ser juridicamente defendida, com base na legislação da ação popular já referida (Lei n.º 4.717, de 29.6.1965), confessamos que moralmente ela não nos parece suscetível de ser aceita. Efetivamente, embora, em sentido estrito, se pudesse entender que não há direito adquirido no caso, não se pode negar que as contribuições foram pagas oportunamente para um fim determinado e que, no campo contratual, não se justifica a modificação unilateral das regras do jogo, por mais que as normas estabelecidas tivessem sido tecnicamente inadequadas e economicamente inviáveis. Há, no caso, uma indiscutível responsabilidade dos diretores que impuseram um sistema condenável desde as suas origens, contrariando a opinião dos técnicos então ouvidos. Mas essa responsabilidade dos diretores existe perante a pessoa jurídica (Banco) não se justificando, salvo melhor juízo, fazer com que ela venha ensejar prejuízos para os contribuintes que, de boa-fé, pagaram aquilo que a Caixa deles exigia naquela ocasião. Concluímos, pois, no particular, que embora discutível o direito adquirido decorrente de decisão aparentemente ilegal, a situação jurídica constituída em favor dos contribuintes já transformados em beneficiários não deveria ser modificada, até por uma questão de política social, salvo se neste sentido passasse a haver uma decisão judicial em ação popular derrubando os benefícios exagerados.

59. Mesmo sendo irregular na sua constituição, a situação jurídica dos contribuintes parece-nos merecer amparo pelo fato de não ter cabido, na época, aos associados o direito de discutir a legitimidade das decisões tomadas pela Diretoria do Banco. Se esta violou os Estatutos e a norma constitucional, ela o fez sem que os contribuintes tivessem, no momento, meio adequado e

eficaz de verificar tal ilegalidade, ocorrendo uma posição jurídica análoga à do funcionário de fato, e cujos atos são considerados válidos pela repercussão social negativa que teria a anulação dos mesmos. Se os associados obedeceram àqueles que na época exerciam legalmente um determinado poder, não havendo como caracterizar a existência de atos *ultra vires* e só se verificando *a posteriori*, pelos resultados obtidos, a existência de autêntica distorção que implica abuso de poder, não podem, nem devem os contribuintes sofrer um prejuízo pelo fato de terem cumprido decisões que, na sua aparência, se apresentavam como atos legais de gestão de autoridade constituída. As mesmas razões que levaram a doutrina e a jurisprudência a legitimarem os atos dos funcionários de fato justificam, na presente hipótese, a não-impugnação dos resultados decorrentes das decisões da Diretoria do Banco quando criaram benefícios para os funcionários da empresa. Efetivamente, a corrente doutrinária dominante admite existir uma presunção de legitimidade do ato praticado pela autoridade, sempre que haja boa-fé naqueles que sustentam ou invocam a validez dos referidos atos. (V. Cretella Júnior, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio, São Paulo, Forense, 1966. v. 2, n.º 139, p. 229).

Se se legitima o ato do funcionário, *a fortiori*, tal legitimação se impõe em relação ao ato abusivo de autoridade legalmente constituída, por ser, neste último caso, o vício existente de menor densidade.

60. Distinta de fato, da situação dos aposentados, mas juridicamente análoga, é a posição dos contribuintes que ainda não estão recebendo os benefícios da Caixa. O seu direito adquirido decorreria da conceituação condicional que a legislação brasileira deu ao instituto, definindo, nos termos da Lei de Introdução, o direito adquirido como aquele que "o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, COMO AQUELE CUJO COMEÇO DO EXERCÍCIO TENHA TERMO PRÉ-FIXO ou CONDIÇÃO PRÉ-ESTABELECIDA, inalterável a arbítrio de outrem". (art. 6.º, parágrafo 2.º da Lei de Introdução).

61. Interpretando o conceito amplo de direito adquirido adotado pela legislação brasileira, Clóvis Bevilácqua teve o ensejo de dar parecer, em questão análoga à presente, na qual se discutia a possibilidade da lei nova prejudicar acréscimos progressivos de vencimentos atribuídos a funcionários. Concluiu o autor do projeto de Código Civil que:

"A revogação da lei, que assegura a funcionários públicos acréscimos progressivos de vencimentos não prejudica os que, anteriormente, já se achavam no exercício dos cargos.

O art. 3.º, parágrafo 1.º da Introdução do Código Civil considera o direito subordinado a condição como adquirido porque o considera na qualidade de bem patrimonial.

.....

A questão é de irretratabilidade de promessa feita por uma parte e aceita por outra, criando obrigação de cumpri-la e direito de exigí-la.

.....

O art. 3.º da Introdução refere-se à irretroatividade das Leis e estatui que estas não podem ofender o direito, cujo começo de exercício dependa de condição preestabelecida." (Bevilácqua, Clóvis. *Soluções práticas de direito*. Rio de Janeiro, Corrêa Bastos, 1923. p. 21-3).

Se discutível a lição de Clóvis no campo do direito público, em relação ao funcionário sujeito a regime estatutário, parece, todavia, aplicável à relação previdenciária que surgiu no caso concreto, ensejando, para um contribuinte, um verdadeiro direito condicional, dependente de decurso de prazo ou de falecimento do interessado, ocasionando uma aquisição de caráter patrimonial constitucionalmente garantida.

62. Vemos, pois, que diante da conceituação legal, o direito dos contribuintes não-benfeiciários — ou seja, dos atuais contribuintes ainda não aposentados — se caracteriza também como constituindo direito adquirido. Cabem, no caso, duas ressalvas: a primeira referente ao fato de ser admissível a alegação de ilegalidade do ato que, assim, não estaria em condições de criar um direito adquirido e a segunda decorrente da jurisprudência referente à aposentadoria, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, que tem entendido que o direito ao benefício somente se concretiza no momento da concessão da aposentadoria ou da pensão. Assim, em inúmeros julgados, tem afirmado a nossa mais alta Corte de Justiça que:

"sempre foi pacificamente professado que a inatividade do servidor público, civil ou militar, regula-se pela vigente ao tempo de sua concretização". (*Revista Trimestral de Jurisprudência,* v. 63, p. 817).

Indo mais longe, algumas decisões dos tribunais têm afirmado que:

"As vinculações existentes ao tempo da aposentadoria não integram o rol dos direitos adquiridos." (*Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,* v. 56, p. 657).

Numerosas outras decisões admitem que a lei revogada antes da aposentadoria do funcionário não pode beneficiá-lo (*Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,* v. 53, p. 607) e consagram o princípio de acordo com o qual "a aposentadoria se rege pela lei do tempo em que se efetivou". (Revista cit. v. 50, p. 389), complementando a afirmação nos seguintes termos:

"A aposentadoria regula-se pela lei vigente à época da aposentação. O servidor aposentado não tem direito a benefícios resultantes de reestruturação de sua classe, tendo em vista o serviço ativo, salvo lei expressa em contrário." (*Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,* v. 47, p. 402).

63. A jurisprudência tem também afirmado que, uma vez concedida a aposentadoria, a modificação posterior de lei não pode prejudicar o aposentado, nem afetar os seus direitos. (V. *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,* v. 64, p. 815 e seg.). Se os julgados entendem que nem a lei posterior pode prejudicar o aposentado, é evidente que tal prejuízo não pode defluir de uma mudança de normas administrativas, de caráter normativo inferior ao da norma legal. Se nem a lei pode prejudicar o aposentado, *a fortiori* não poderá fazê-la a reforma estatutária ou a simples decisão de Assembléia Geral ou de Diretoria.

64. Resta saber se na jurisprudência dominante se admite que o funcionário ainda não aposentado tenha um direito adquirido às condições de aposentadoria vigentes quando estava em exercício, mas ainda não aposentado. No campo do direito administrativo, tal situação não se apresenta, para os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, como constituindo um direito adquirido, de acordo com as transcrições de ementas que acabamos de fazer.

65. Cabe, todavia, salientar que todas as normas e princípios aqui invocados surgiram no direito público — e, especialmente no direito administrativo — e que a situação que estamos apreciando tem, no fundo, conteúdo contratual de natureza privada. Este aspecto deflui do fato de determinar a Constituição Federal que as sociedades de economia mista estejam sujeitas não ao direito público mas sim ao direito trabalhista e comercial (Constituição Federal, art. 169, parágrafo 2.º).

66. No direito trabalhista, a complementação de pensão é entendida como um salário diferido que constitui obrigação contratual, que não pode ser modificada unilateralmente por uma das partes. Neste sentido, recente decisão trabalhista salientou que o empregado pode exigir na Jus-

tiça do Trabalho, o pagamento do complemento de sua pensão. Efetivamente, julgou a Egrégia Segunda Turma do Superior Tribunal do Trabalho, em acórdão recente da lavra do Ministro Luiz Roberto Puech, que:

"No extenso campo da contratação mais favorável franqueada aos empregadores universalmente, incluem-se quaisquer vantagens, principalmente quando assumirem o caráter de salário complementar e inclusive como condição para a inatividade legal do trabalhador. A complementação da aposentadoria depende de um sistema organizado pelo empregador, deriva de seu caráter previdenciário para o de salário complementar para a inatividade. Direito de empregado de demandá-la no juízo trabalhista, ainda que definitivamente aposentado." (Ac. TST-RR.212.73 2.ª T — 591.73 — *DJU*, de 20.8.1973).

Com sua habitual clareza, escreve o Min. Rezende Puech, nos fundamentos do acórdão: "O fato de se inscrever, entre as obrigações do Estado, a previdência social, não impede o empregador de erigir sistema complementar, isto é, não exclusivamente daquele, mas destinado a melhorá-lo em favor de seus empregados."

A complementação da aposentadoria pelo empregador tem sido considerada como uma espécie de *salário diferido*, isto é, um direito gerado na vigência da relação empregatícia para ser gozado quando aposentado. Sem dúvida, tal complementação é projeção dos direitos e obrigações inerentes à relação empregatícia para quando o trabalhador entra na inatividade, cessando a mesma relação empregatícia. Conceitua o Min. Rezende Puech, no citado acórdão, o complemento da aposentadoria como *salário complementar*. Escreve, a respeito:

"O exemplo da assistência médica ou alimentar, pelo empregador, anida que mediante prestações pecuniárias ou contribuição dos empregados, é típico e freqüente, sem que jamais fosse possível excluir desses serviços assistenciais, o caráter de *salário complementar*. A única diferença, no caso dos autos — e irrelevante — é a circunstância de operar a vantagem após a cessação da relação de emprego; irrelevante pois constitui compensação ao trabalho prestado em determinado tempo ao seu empregador."

A inscrição na Caixa Beneficiente — acrescenta o ilustre Ministro — em caráter obrigatório, por outro lado, inclui aquela promessa de recompensa entre as denominadas normas de Regulamento de Empresa, cujo conteúdo, na hipótese, é legitimado por Manuel Alonso García em seu magnífico *Derecho del trabajo*. v. 1, p. 499, ao referir, como conteúdo possível dos Regulamentos de Empresa: "a) disposiciones útiles para la buena marcha de la empresa, y para el mantenimiento dentro de la comunidad de las relaciones de lealdad y asistencia recíprocas que se deben cuantos participan de la producción". (*R. T. Informa*, 2. quinzena de setembro de 1973. p. 23).

67. Cabe salientar, finalmente, que a própria noção de direito adquirido, embora legalmente definida, não tem ensejado uma compreensão uniforme por parte da jurisprudência. Não se trata de conceito preciso e cristalino, ao abrigo de qualquer polêmica. Ao contrário, como salientou Marcel Planiol, podemos reconhecer que os juristas e os acórdãos recorrem à noção de direito adquirido quando se encontram diante de uma posição que, por motivos de natureza moral ou jurídica, consideram intangível. Assim, já se definiu o direito adquirido não pela sua natureza ou estrutura, mas pelas suas conseqüências, ou seja, como o direito que deve ser respeitado pela lei nova.

68. No caso presente, há dúvida quanto à existência de direito adquirido por parte dos contribuintes da Caixa, mas parece-nos existir em seu favor uma situação jurídica que não deve ser violada sem justa indenização, de acordo com os princípios gerais

que regem os contratos de direito privado e as convenções previdenciárias.

69. Em conclusão, poderá o Banco, mediante ato unilateral, ação judicial própria ou em virtude de acordo, modificar as situações dos contribuintes. Na primeira hipótese, os prejudicados terão a possibilidade de intentar ações de perdas e danos contra a Caixa e o Banco de resultados dificilmente previsíveis embora com pouca probabilidade de vitória.

## IV

## *CONCLUSÕES E SUGESTÕES*

70. Diante das dificuldades que atravessa atualmente a Caixa, entendemos, salvo melhor juízo, que deveria ser extinta, criando-se uma nova Fundação de Seguridade Social para os funcionários do Banco.

71. Essa nova instituição deverá ter a melhor estrutura técnica, atuarial e contábil, para evitar a repetição dos erros do passado, sendo importante que tenha autonomia financeira e se desvincule administrativamente do Banco, a fim de evitar futuros conflitos de interesse.

72. A administração dos recursos da Fundação poderá obedecer aos mesmos princípios de outras entidades análogas criadas por empresas públicas e sociedades de economia mista, como a Petrobrás, a Vale do Rio Doce e as Centrais Elétricas Fluminense (CELF).

73. A Fundação poderá ser sucessora da Caixa para todos os fins, recebendo do Banco recursos, a fim de atender às obrigações anteriormente assumidas pela Caixa.

74. Poderá o Banco respeitar as situações dos antigos contribuintes estabelecendo para os mesmos um plano especial, que atenderá às antigas obrigações da Caixa (Plano B), enquanto os novos contribuintes passariam a utilizar um plano economicamente viável e tecnicamente adequado (Plano A). Cabe ao Banco decidir se prefere não reconhecer as situações jurídicas dos antigos contribuintes, sujeitando todos os seus funcionários ao Plano A e aceitando os riscos de ações judiciais dos antigos contribuintes. Poderá, também, o Banco, se preferir, admitir a coexistência dos dois planos, permitindo e até incentivando, eventualmente, as transferências do Plano B para o A. Seria uma situação como a que ocorreu no momento em que a legislação federal extinguiu a estabilidade trabalhista, substituindo-a pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Os novos contribuintes entrariam, desde logo, no Plano A, enquanto, para os antigos contribuintes, se admitiria e até incentivaria a transferência do Plano B para o Plano A (opção), mediante uma eventual compensação a ser estudada oportunamente (indenização parcial, prêmio, etc). Situação análoga se generalizou por ocasião da criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, quando numerosas empresas fizeram acordos com antigos empregados, a fim de facilitar-lhes a opção, diminuindo assim o seu passivo trabalhista e uniformizando o regime dos seus empregados que passaram a ser optantes.

75. A posição do Banco em relação aos antigos e atuais contribuintes consiste, pois, num dilema entre respeitar os seus direitos ou mudar de imediato as regras do jogo, sujeitando-se a eventuais litígios. A fórmula intermediária, que nos parece aconselhável, consiste em reconhecer os direitos, incentivando simultaneamente a transferência de um plano para outro, de tal modo que, com o decorrer do tempo, não mais subsistam e estejam em extinção progressiva os benefícios excessivos e irreais que foram anteriormente concedidos de modo irregular aos contribuintes.

76. Admitindo-se — como não é possível deixar de admitir — a responsabilidade do

Banco pelas obrigações da Caixa e a inviabilidade — ao menos política e humana — de se aceitar a insolvência da Caixa e sua liquidação judicial, o Banco deve reorganizar o seu sistema de complementação de pensões e aposentadoria, de acordo com a determinação constante dos Estatutos.

77. Diante dos vícios de origem da Caixa, entendemos ser mais adequada a criação de uma nova entidade que, embora sucessora da anterior, não ficará vinculada ao seu regime jurídico.

78. A forma mais adequada de instituição, para este fim, nos parece ser uma fundação, financeira e administrativamente autônoma em relação ao Banco, embora a ele vinculado para fins de obtenção de recursos e de controle efetivo da gestão dos recursos aplicados.

O sistema adotado pela nova entidade deve atender aos melhores padrões técnicos-atuariais.

79. Para o futuro, os novos contribuintes já se enquadrarão no novo plano (Plano A).

Quanto aos já aposentados ou suas respectivas famílias, a sua situação jurídica, em tese, não deve ser modificada, ficando sujeitos ao plano da antiga Caixa (Plano B), salvo em virtude de decisão judicial proferida em ação própria, que pode ser uma ação popular.

Quanto aos contribuintes atuais ainda não aposentados que, assim sendo, não estejam gozando dos benefícios da Caixa, o Banco tem a escolha de mantê-los no plano originário (Plano B) ou de sujeitá-los ao novo plano (Plano A), correndo, nesta última hipótese o risco de ações judiciais, especialmente se não tiver sido intentada previamente a ação popular.

80. Para evitar os conflitos que poderiam surgir na empresa, com as conseqüências decorrentes na própria produtividade do Banco e na harmonia das relações entre funcionários e Diretoria, a nossa conclusão seria no sentido de assegurar aos contribuintes o Plano B (com os benefícios inicialmente garantidos pela Caixa), criando condições para acordos ou estabelecendo incentivos para que os próprios contribuintes prefiram passar do Plano B para o Plano A.

81. De qualquer modo, os recursos para que a Fundação possa atender aos compromissos anteriores da Caixa deverão lhe ser fornecidos pelo Banco, de acordo com o cronograma de desembolso a ser fixado pelas Partes (Banco e Fundação sucessora da Caixa), de comum acordo, parecendo-nos certa e inequívoca, jurídica e moralmente, a responsabilidade subsidiária do Banco pelas obrigações assumidas pela Caixa.

É este o nosso parecer. S.M.J.

Rio de Janeiro, setembro de 1973. *Arnoldo Wold,* Professor da Faculdade de Direito da UEG.