BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO — FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA E PREVIDÊNCIA SOCIAL

— É legal a criação, pelo BNDE da Fundação de Assistência e Previdência Social.

TRIBUNAL DE CONTAS

DECISÃO

ANEXO IX À ATA N.º 14/75

Relatório e voto proferido pelo Sr. Ministro Wilson de Souza Aguiar, cujas conclusões foram adotadas por unanimidade em Plenário, na Sessão Ordinária realizada em 11 de março de 1975, ao deixar o Tribunal de acolher a Representação feita pelo Procurador Geral em exercício, Dr. Sebastião Affonso (Proc. n.º 006 766/75).

TC — 006 766/75

Representação da Procuradoria-Geral

Criação da Fundação de Assistência e Previdência Social — BNDE.

O Procurador-Geral, em exercício, Dr. Sebastião Baptista Affonso, representa contra ato do Banco Nacional de Desenvolvimento econômico (BNDE) "que criou a Fundação de Assistência e Previdência Social, (FAPES), pessoa jurídica de direito privado, de fins assistenciais, objetivando a suplementar as prestações asseguradas pelo INPS ou pelo IPASE, ao pessoal do Banco, e promover o bem-estar social dos seus membros contribuintes e beneficiários (Artigo 1.º, incisos I e II do Estatuto)".

Justificando a representação, diz a Procuradoria:

a) que o BNDE é uma empresa pública que atua como agente do governo, para as operações relativas ao reaparelhamento e fomento da economia, financiando obras, projetos e programas que visam ao desenvolvimento econômicos nacionais (Lei n.º 5 662, de 21.6.71 e Lei n.º 1 628, de 20.5.51), não integrando, portanto, o sistema de previdência social,

b) que seus recursos são dinheiros públicos com destinação específica, que não a previdenciária, configurando desvirtuamento de função daquele órgão da Administração Pública a criação de subsidiárias deste gênero, com destinação de prestações para seu custeio;

c) que só a União pode criar tal contribuição;

d) que o Decreto-lei n.º 900, de 29.9.1969, disciplina, através de seu artigo 2.º, a Instituição de fundações;

e) que a FAPES, instituida por um Órgão do poder público, atenta contra o dispositivo legal supracitado, pelas seguintes razões:

1. não tem patrimônio
2. não é gerida por seus órgãos
3. não foi criada por lei
4. não houve participação de recursos privados na proporção mínima de um terço, e
5. não objetiva prestação de serviços diversos dos prestados pelo INPS e pelo IPASE;

f) que a Constituição, no seu artigo 165, dispõe que seria assegurada a previdência social nos termos da lei, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado a que nenhuma prestação de serviço de assistência, ou de benefício compreendido na previdência será criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total;

g) que houve criação de um serviço assistencial sem a correspondente fonte de custeio total, pois os benefícios novos não serão atendidos apenas com o produto da contribuição de seus próprios beneficiários;

h) que a assistência assegura pela Carta Magna, mediante contribuição da União e do Empregador, com caráter compulsório, é a prestada, pelos órgãos especialmente instituidos para tal fim, que são o INPS e o IPASE;

i) que é inadmissível possa o BNDE criar uma entidade previdenciária a uma constribuição de natureza parafiscal, com preterição de imprescindível autorização legislativa;

j) que o ato do BNDE, constituidor da FAPES, é nulo do pleno direito, porque fulminado com os vícios de incompetência dos motivos, atentando assim contra o disposto no artigo 2.º, alínea *a c* e *d* do seu parágrafo único, de Lei n.º 4.717, de 29.6.1975, além de violar o chamado princípio da finalidade social, com desvirtuamento das funções a que se destina o Banco em causa.

À vista do arrazoado, o Procurador-Geral requer desde logo seja autorizada a adoção das seguintes providências:

I — que seja feita recomendação à Presidência do BNDE, no sentido de ser desfeito o ato indigitado, revertenda aos cofres de entidade as importâncias porventura transferidas, a qualquer título, para a FAPES;

II — Que se recomenda à IGCE competente, ainda, sejam examinados os re-

flexos do ato em lide, quando da instrução do processo de tomada de contas, prestes a ser remetido para julgamento (Decreto-lei n.º 526. de 9.4.69)".

Quando li as palavras bem postas e as frases bem escritas e ponderadas do insigne Procurador-Geral, quase que me convenci de haver colaborado com denodo e afinco em um ato irregular de que resultou a criação, na Petrobrás, da PETROS de Seguridade Social, entidade destinada a promover o bem-estar social dos empregados da Empresa, no que diz respeito à Previdência, à Saúde e a outras atividades assistenciais, em tudo idêntico à FAPES, criado pelo BNDE.

Sua Ex.ª procurou defender o Erário Público, como lhe competia, deixando, entretanto, de fazer qualquer referência em defesa da pessoa do servidor que movimenta e conduz, com responsabilidade e dedicação, as atividades do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, que é, conforme estabelece o artigo 3.º do Estatuto da Empresa:

"o principal instrumento de execução da politica de investimentos do Governo Federal e tem por finalidade apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionam com o desenvolvimento de economia nacional, visando estimular a iniciativa privada, sem prejuízo do apoio de empreendimentos de interesse nacional a cargo do setor público".

Na antiga Grécia, o pessoal que militasse numa organização de tal magnitude constituiria, sem a menor contestação, uma casta privilegiada com direito até de freqüentar o Olimpo, Na atualidade, o que se procura dar às pessoas engajadas na execução eficiente e produtiva de todos os bons propósitos do BNDE é apenas segurança, bem-estar e, com isso, bastante paz de espírito.

O BNDE tem quase 23 anos e sempre primou em oferecer a seus empregados até mais do que os benefícios agora discutidos. Para isso, também possuía amparo legal.

A entidade bancária foi criada pela Lei n.º 1 628, de 20.6.52, sob a modalidade de Autarquia Federal, sendo os seus servidores filiados ao IPASE, obrigados à contribuição de 58% de sua remuneração, mediante a qual faziam jus a assistência médica, com direito de seus dependentes receberem as correspondentes pensões.

Os demais Encargos Previdenciários, inclusive Aposentadoria, ficaram sob a responsabilidade do próprio Banco, sem nenhuma participação dos funcionários na cobertura dos mesmos, o que representava situação idêntica à dos servidores públicos da União. Por não terem usado o direito de opção, que lhes foi concedido pela Lei n.º 5 662/71, alguns servidores do BNDE continuam regidos por esse *Status quo.*

A Lei n.º 5 662, de 21.6.71, ao transformar o BNDE em Empresa Pública dispôs em seu artigo n.º 4 que:

"os servidores sob qualquer modalidade, da autarquia extinta, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, terão o prazo de 1 (um) ano para optar entre a condição de servidores com vinculo estatutário e a de empregado, sujeito à legislação vigente para as relações do emprego privado, segundo o que dispuser o Estatuto da Empresa, computado para efeito de prestações a cargo de sistema geral de Previdência Social, o tempo de serviço anterior."

Normas complementares, disciplinando as condições de opção, estabeleceram, em favor daqueles que assim agissem, a manutenção do direito à aposentadoria com vencimentos integrais, pagando o INPS proventos, até o limite máximo da Previdência Social, e cabendo ao BNDE suplementar, apenas, a despesa que, antes da opção seria por ela integralmente suportada.

A criação da indigitada Fundação, idêntica às de muitas outras que já prestam serviços relevantes em entidades da Administração Indireta, representou um bom negócio para o BNDE que, embora custeando parte do Plano Assistencial, passou a contar com a contribuição dos empregados da extinta autarquia, participação que inexistia anteriormente.

Vislumbrava-se, assim, a forma menos onerosa, de cumprir a obrigação da aposentadoria integral com relação à massa de servidores da extinta autarquia. Convém observar que aos empregados não optantes assiste, ainda, o direito dessa aposentadoria integral, sem qualquer participação.

O BNDE agiu à semelhança de algumas sociedades de Economia Mista, as quais, dentro da autonomia que a lei lhes conferiu, não estavam nem estão proibidas de exercitar um ato normal de gestão, visando ao bem-estar social de seus empregados.

A providência é de tanto interesse social que o Ministro da Fazenda, pela Portaria n.º 41, de 11.2.74, (*D.O.* de 15.02 74), desfazendo dúvidas de interpretação, determinou expressamente que as contribuições das empresas para os fundos de complementação de aposentadoria fossem consideradas dedutíveis, como despesas operacionais.

A portaria acima referida é encimada pelas seguintes considerações:

"em face da prática correntemente adotada pelas empresas no sentido de *fornecer maior amparo assistencial aos seus servidores e dependentes, como fator importante para o aumento da produtividade, tendo conseqüentemente reflexo positivo nas atividades normais das pessoas jurídicas*" (os grifos não são do original).

Vê-se, assim, que o Ministério da Fazenda, sempre tão zeloso e eficiente quanto ao aumento da arrecadação, incentiva a criação de atividade complementar de assistência previdenciária, oferecendo em troca decréscimo aparente da receita federal, isso porque sabe, e assim afirma, decorrer daí aumento de produtividade, com reflexos positivos nas atividades normais das pessoas jurídicas, com resultados benéficos para o Tesouro. É a providência inteligente de dar para receber com acréscimo. No final, lucra o Brasil em sua grande escalada para o desenvolvimento.

Estabelece o parágrafo único do art. 27 do Estatuto do BNDE, que as despesas de pessoal e de administração não poderão ultrapassar, em cada exercício, montante equivalente a 1% (um por cento) da média dos recursos administrados pelo Banco durante o período.

Em 1974, a média desses recursos foi de Cr$ 21 710 000,00 (vinte e um bilhões, setecentos e dez milhões de cruzeiros). Assim, o limite para aplicação em despesas de pessoal e de administração correspondeu naquele exercício a Cr$ 217 100 000,00 (duzentos e dezessete milhões e cem mil cruzeiros). Entretanto, no exercício de 1974, o BNDE despendeu naquelas duas rubricas, apenas, o montante de ..... Cr$ 144 925 466,25, (cento e quarenta e quatro milhões, novecentos e vinte e cinco mil, quatrocentos e sessenta e seis cruzeiros e vinte e cinco centavos), restando, assim, uma disponibilidade correspondente a Cr$ 72 174 533,75 (setenta e dois milhões, cento e setenta e quatro mil, quinhentos e trinta e três cruzeiros e setenta e cinco centavos).

Pelo Estatuto da FAPES, verifica-se que o BNDE, como seu instituidor, contribuiu com apenas Cr$ 7 000 000,00 (sete milhões de cruzeiros), que representam menos de 10% da quantia que ainda poderia ser gasta em despesas de pessoal e administração, para perfazer o limite estabelecido pelo Estatuto do BNDE.

Dispõe o art. 7.º do Estatuto da FAPES que o custeio do Plano de Suplementação

terá a participação dos membros contribuintes, o que representa sensível economia para o BNDE, que, assim, não mais atenderá isoladamente as despesas que no regime anterior eram só suas.

Acima de tudo, paira tranqüilidade sobre os servidores do BNDE, que, assim, sem cuidados e preocupações, se vêm entregando ao relevante trabalho de acionamento de uma empresa que em 1974 geriu recursos da ordem de 20 bilhões de cruzeiros, quase um quinto do Orçamento da União, para o corrente exercício.

De acordo com o que preceitua o item VII do art. 11 do Estatuto do BNDE, o Conselho-Diretor da referida entidade tem por atribuição, entre outras, a de:

"decidir sobre a proposta de criação, ou extinção, de empresas subsidiárias para a realização de serviços auxiliares ou para a execução de empreendimentos cujos objetivos estejam compreendidos na área de atuação do Banco."

Houve e há, como se vê, autorização legal para a prática em caráter interno, do ato contestado.

A proibição de que trata o Decreto-lei n.º 900, de 29.9.69, tem destinação outra, visando, principalmente, evitar a proliferação de Fundações que nada mais são do que órgãos da administração direta com roupagem diferente, o que não é o caso.

VOTO por que seja considerado procedente o ato da direção do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico referente à criação da FAPES.

Sala das Sessões, em 11 de março de 1975. *Wilson de Souza Aguiar*, Ministro.

ANEXO X À ATA N.º 14/75

Representação feita pelo Procurador-Geral em exercício, Dr. Sebastião Baptista Affonso (Proc. n.º 006 766/75), e não acolhida pelo Tribunal, na Sessão Ordinária realizada em 11 de março de 1975, ao adotar por unanimidade as conclusões do Relator, Ministro Wilson de Souza Aguiar (v. Anexo IX).

Ofício n.º 49
À Sua Excelência
o Sr. Ministro João Batista Ramos
MD. Presidente do Egr. Tribunal de Contas da União

Senhor Presidente

O Ministério Público, no uso das suas atribuições constitucionais, legais e regimentais (art. 72, § 5.º, da vigente Constituição; art. 20, inciso I, do Decreto-lei n.º 199, de 25.2.1967; e art. 7.º, incisos I, IX e XI, da Resolução TCU n.º 45, de 18.8.1967), vem perante Vossa Excelência, com a devida vênia, para expor e requerer o que se contém na presente

REPRESENTAÇÃO

2. Da publicação contida no *Diário Oficial* de 28.1.1975, págs. 309/311, Parte II da Seção I, verifica-se que o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, por ato próprio, criou a Fundação de Assistência Social do BNDE, pessoa jurídica de direito privado, de fins assistenciais, objetivando a suplementar as prestações asseguradas pelo INPS ou pelo IPASE, ao pessoal do Banco, e promover o bem-estar social dos seus membros contribuintes e beneficiários (arts. 1.º, incisos I e II, do Estatuto).

3. A Fundação em causa terá membros mantenedores, contribuintes e beneficiários. Mantenedores são o BNDE e a própria Fundação (art. 4.º). O custeio do plano de suplementação será atendido por contribuição mensal dos seus filiados, por contribuição mensal dos seus membros mantenedores, a ser anualmente fixado no plano de custeio, por dotação inicial dos

membros mantenedores e por doações ou ou outras receitas (art. 7.º). As contribuições supracitadas serão fixadas no "Plano de custeio", aprovado pelo instituidor, anualmente (art. 6.º). A dotação inicial do instituidor, porém, foi estabelecida em Cr$ 7 000 000,00 (§ 2.º do art. 7.º). Sem prejuízo das contribuições, os membros mantenedores assegurarão à FAPES, quando necessário, recursos destinados à cobertura de eventuais insuficiências financeiras (art. 7.º, § 3.º).

4. Ora, o BNDE é uma empresa pública, que atua como agente do governo, para as operações relativas ao reaparelhamento e fomento de economia, financiando obras, projetos e programas que visem ao desenvolvimento econômico nacional (Lei n.º 5 662, de 21.6.1971, *in D.O.* de 21.6.71) e Lei n.º 1.628, de 20.6.52). O Banco, portanto, não integra o sistema de previdência social. Por outro lado, os seus recursos, que são dinheiros públicos, têm uma destinação específica, que não é a previdenciária. Logo, criar subsidiárias deste gênero e destinar dotações para seu custeio, indiscutivelmente, configura desvirtuamento de função daquele órgão da Administração Pública. Tanto mais agora quando o Governo mostra-se preocupado com a previdência social, procurando unificá-la. Aliás, só a União pode criar tal contribuição (Const. art. 21, § 2.º, I).

5. Além disso, o Decreto-lei n.º 900, de 29.9.1969, estabeleceu o seguinte, no seu art. 2.º:

"Não serão instituídas pelo Poder Público novas fundações que não satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos e condições:

a) dotação específica de patrimônio, gerido pelos órgãos de direção da fundação, segundo os objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação;

b) participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo, um terço do total;

c) objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgão da Administração Federal, direta ou indireta;

d) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (artigos 24 e seguintes do Código Civil)."

6. Vê-se de plano, que a FAPES, instituída por um órgão do poder público, atenta contra o dispositivo legal supracitado, pelas seguintes razões:

a) não tem patrimônio próprio;

b) não é gerida pelos seus órgãos;

c) não foi criada por lei;

d) não houve participação de recursos privados na proporção mínima de um terço; e

e) não objetiva prestação de serviços diversos dos prestados pelo INPS e pelo IPASE.

7. Dispõe, ainda, a vigente Constituição, no seu art. 165, que seria assegurada a "previdência social", nos termos da lei, "mediante contribuição da União, do empregador e do empregado" (inciso XVI) e 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" (parágrafo único). No caso, portanto, houve criação de um serviço assistencial, sem "a correspondente fonte de custeio total", pois os benefícios novos não serão atendidos, apenas, com o produto da contribuição de seus próprios beneficiários. A assistência, assegurada pela Carta Magna, mediante contribuição da União e do Empregador, com caráter compulsório, é a prestada pelos órgãos especialmente instituídos para tal fim, que são o INPS e o IPASE. Inadmissível, assim, que o BNDE pudesse criar uma entidade previdenciária e uma con-

tribuição de natureza parafiscal, com preterição da imprescindível autorização legislativa.

8. Muito a propósito, cabe aqui invocar o judicioso parecer do preclaro Procurador Dr. Lincoln Teixeira Mendes Pinto da Luz, do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, onde matéria análoga foi exaustivamente examinada, destacando-se em especial a seguinte das suas conclusões (in *Revista do TCU*, n.º 6, de dez./73, pág. 239):

"Conquanto em regra legítima, a participação de entes de administração descentralizada no capital de outras empresas acha-se condicionada ao que chamaria de princípio da finalidade social. Nascidas da iniciativa do Estado ou de outra pessoa de direito público interno, essas entidades possuem destinação social definida, de que não se podem afastar. Somente havendo "afinidade, semelhança, dependência ou conexão" entre os objetivos estatutários da entidade acionista e os daquela cujo capital se está constituindo, será lícita a participação societária."

9. Então, por tudo isso, é fácil concluir que aquele ato do BNDE, constitutivo da FAPES, é nulo de pleno direito, porque fulminado com os vícios de incompetência, de ilegalidade do objetivo e inexistência dos motivos, atentando assim contra o disposto no art. 2º, alínea *a*, *c* e *d* do seu parágrafo único, da lei n.º 4 717, de 29.6.1965, além de viciar o chamado "princípio da finalidade social", com desvirtuamento total das funções às quais se destina o Banco em causa.

10. Vem esta Procuradoria, portanto, promover o exame da questão em lide, requerendo desde logo seja autorizada a adoção das seguintes providências:

I — Que seja feita recomendação à Presidência do BNDE, no sentido de ser desfeito o ato indigitado, revertendo aos cofres da entidade as importâncias porventura transferidas, a qualquer título, para a FAPES;

II — Que se recomende à IGCE competente, ainda, sejam examinados os reflexos do ato em lide, quando da instrução do processo da tomada de contas, prestes a ser remetido para julgamento (Decreto-lei n.º 526, de 9.4.1969).

Ao ensejo, renovo a Vossa Excelência os protestos de nossa viva admiração.

Sebastião Baptista Affonso. Procurador-Geral, em substituição.