

PARECER

I — INTRODUÇÃO

1. Consulta-nos a FUNDAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS DA CAIXA ECONÔMICA ESTADUAL — FUCAE sobre a questão posta em Juízo pela PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, órgão do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com a propositura de *ação civil pública de anulação de ato administrativo e de ressarcimento de dano ao Erário*.

2. O pedido, contido na inicial, é o de que, "a final, seja julgada procedente a presente ação:

e.1) declarando-se a nulidade parcial do pagamento efetuado pelo Estado do Rio Grande do Sul à FUCAE, a título de Valor Atual das Contribuições Futuras, no montante pago a maior por ter sido desconsiderado que o valor do superávit efetivo da FUCAE quando a retirada do patrocínio (apurado dentro dos critérios antes mencionados) teria que ser destinado à cobertura do valor dos benefícios devidos; e

e.2) em consequência, condenando-se a FUCAE a restituir ao estado do Rio Grande do Sul o valor líquido de R\$ 23.893.531,37 (vinte e três milhões, oitocentos e noventa e três mil, quinhentos e trinta e um reais e trinta e sete centavos), corrigido pelo IGP-M até 30 de junho de 2002, atualizando-se monetariamente esse valor até a data da efetiva repetição do indébito e com a incidência de juros legais de mora de 0,5% ao mês a partir da citação.”

3. Requerida a concessão de liminar, *inaudita altera parte*, foi essa deferida, nos seguintes termos:

“1 — Postula o Ministério Público liminar para que seja reservada pelo liquidante da FUCAE quantia correspondente a R\$ 23.893.531,37, em razão de aporte a maior que teria sido realizado pelo Estado do RS à entidade.

Deve ser deferida a medida liminar pretendida, uma vez que a documentação acostada com a inicial é suficiente a ensejar, no mínimo, a necessidade de garantir a verba ainda existente, sob pena de, efetuada a divisão dos benefícios, com encerramento do processo de liquidação, em caso de eventual acolhimento da pretensão contida neste feito, não mais haver como recuperar o valor que pode ter sido indevidamente repassado pelo Estado à dita Fundação.

Configura-se, sem dúvida, além da plausibilidade do direito, o perigo de dano irreparável, em razão da irreversibilidade decorrente da pulverização aos beneficiados pela verba em discussão.

Trata-se de dinheiro que poderá ser considerado público, no caso de procedência da demanda.

Assim, defiro a liminar nos exatos termos da postulação do item 'b' do pedido.

2 — Citem-se a FUCAE e o Estado do RS, este para que manifeste o seu interesse no feito e, se for o caso, tome parte na demanda. Intimem-se.”

4. A exordial assim historia os fatos:

“1 — A Fundação dos Funcionários da Caixa Econômica Estadual — FUCAE é uma entidade fechada de previdência privada, sem fins lucrativos, nos termos previstos na Lei federal nº 6.435, de 15 de julho de 1977

(exemplar do texto legal às fls. 1.658/1.676, vol. 04 do Inquérito Civil — IC nº 107/00, em anexo), tendo por objetivo principal suplementar as prestações previdenciárias asseguradas pela instituição previdenciária oficial aos grupos familiares dos *funcionários* vinculados à Caixa Econômica do Estado do Rio Grande do Sul, esta a 'patrocinadora' da entidade, conforme a nomenclatura do art. 4º, inciso I, 'a', do referido diploma legal, e também sua instituidora, em 20.02.73, conforme a escritura pública reproduzida às fls. 537/552 do IC nº 107/00.

2 — A Lei estadual nº 10.959, de 27.07.97 (exemplar às fls. 318/326 do IC anexo), autorizou o Poder Executivo a transformar a autarquia Caixa Econômica Estadual em uma instituição de fomento organizada sob a forma sociedade anônima de economia mista de capital fechado.

3 — Em razão de sua extinção como entidade financeira, a Caixa Econômica Estadual requereu ao Ministério da Previdência Social a retirada do seu patrocínio sobre a FUCAE, o que foi aprovado pela Comissão especial de Apoio à Retirada da Patrocinadora em 05/08/98, em decisão homologada pelo Sr. Secretário da Previdência Complementar em 11/08/98 (fl. 07 do IC 107/00).

4 — Posteriormente, a retirada da única patrocinadora da FUCAE resultou na decretação da *liquidação extrajudicial* desta, nos termos da Lei nº 6.435/77, pelo Sr. Ministro da Previdência e Assistência Social, através da Portaria nº 4.889, de 17/12/98, publicada no Diário Oficial da União de 21/12/98 (reproduzida à fl. 1092, vol. 3 do IC 107/00).”

12 — Como referido, em 18/12/98, o Estado do RS efetuou pagamento à FUCAE da quantia de R\$ 43.387.191,83 (quarenta e três milhões, trezentos e oitenta e sete mil, cento e noventa e um reais e oitenta centavos), para a cobertura do Valor Atual das Contribuições Futuras, apurado em cálculo atuarial (fls. 408/409, vol. 02, do IC 107/00).

13 — O aporte de recursos efetuado pelo Estado do RS em favor da FUCAE teve pretenso embasamento na Lei estadual nº 10.959, de 27/05/97, que dispunha, em seu

art. 15, § 1º (conforme exemplar à fl. 323 do IC):

“O Estado destinará em consonância com o que for ajustado com a União Federal, até o limite de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) recursos necessários à cobertura do valor atual das contribuições futuras do Plano de Benefícios Previdenciários da Fundação dos Funcionários da Caixa Econômica Estadual — FUCAE, da qual a Caixa Econômica Estadual é patrocinadora, os quais serão fundamentados em competente cálculo atuarial.”

A matéria foi regulamentada, ainda, pelo Decreto nº 38.536, de 27/05/98, do Governador do Estado, que em seu art. 3º previa (conforme exemplar às fls. 327/328, vol. 01):

“Art. 3º — Fica autorizada nos termos do disposto no artigo 15, § 1º, da Lei nº 10.959, de 27 de maio de 1998, a destinação de recursos necessários, até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta milhões de reais), para a cobertura das contribuições futuras do Plano de Benefícios Previdenciários da Fundação dos Funcionários da Caixa Econômica Estadual — FUCAE.”

#### 5. Argumenta a Autora que

“O patrimônio da FUCAE, à data da retirada do patrocínio, era suficiente para garantir o pagamento do valor atual de todos os benefícios já concedidos, ou seja, das chamadas Reservas Matemáticas de Benefícios Concedidos.

Esse patrimônio era capaz, também, de cobrir as Reservas Matemáticas de Benefícios a Conceder, cujo conceito, como consta no Glossário do Relatório de Auditoria (Anexo “A” do IC 107/00), à p. 3, é: “Tal Reserva Matemática representa, de forma agregada, o valor presente da diferença existente entre os valores atuais dos benefícios futuros que são devidos ao quadro de ativos e o valor atual das contribuições futuras (dos participantes e da patrocinadora), na data da sua avaliação.”

Logo, exprimindo-se esses conceitos numa fórmula aritmética simples: Reservas Matemáticas de Benefícios a Conceder mais o Valor Atual das Contribuições Futuras é igual ao Valor Atual dos Benefícios a Conceder.

Então, ao determinar o aporte pelo Estado do RS do Valor Atual das Contribuições Futuras (apenas quanto à parte da Patrocinadora, sem considerar a dos participantes), a referida Lei estadual estaria supostamente garantindo o pagamento antecipado aos participantes da FUCAE de todos os benefícios futuros que seus dependentes receberiam, se a entidade continuasse a existir.

15 — Em que pese a matéria comportar discussão, considerou-se razoável o entendimento da Administração, embasado na referida autorização legislativa, no sentido de garantir o pagamento do valor atual de todos os benefícios concedidos e a conceder que seriam devidos pela FUCAE, honrado as obrigações assumidas por ocasião da instituição da entidade que em verdade serviu de meio para que a Caixa Estadual propiciasse aos seus servidores, mediante uma contrapartida, os benefícios previstos no estatuto da Fundação, notadamente a suplementação de pensão e o pecúlio por morte.”

#### 5.1. E aduz:

“Em conseqüência, assumindo-se que o dispositivo do art. 15, § 1º, da Lei estadual nº 10.959/97 autorizou o Poder Executivo a pagar à FUCAE o Valor Atual das Contribuições Futuras na suposição de que esse montante seria necessário para a satisfação do Valor Atual dos Benefícios a Conceder pela entidade, o que o levantamento atuarial elaborado quando da retirada do patrocínio não evidenciou fosse o caso em razão do superávit técnico existente — não havia motivo fático ou jurídico para o aporte no montante efetuado, consistindo o excesso apontado em *mera liberalidade* contrária ao interesse público e aos princípios da moralidade, da razoabilidade e da impessoalidade.

Por evidente, em sendo nulificado em parte o ato que deu causa ao pagamento no montante efetuado à FUCAE, a esta resta o dever de ressarcir o valor pago a maior, pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa e nos termos do art. 964, 1ª parte, do Código Civil: “Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir.”

#### 5.2. Conclui, ao final:

“31 — Como a FUCAE tem natureza não lucrativa e sua finalidade é o pagamento dos

benefícios previstos no seu plano, todo o valor desse superávit deveria ser destinado ao pagamento desses benefícios.

Os benefícios já concedidos estavam cobertos pelo valor das reservas matemáticas respectivas (em poder da FUCAE), como referido.

Quanto aos benefícios a conceder, para integralização do seu valor atual, além das reservas matemáticas de benefícios a conceder (já disponíveis pela FUCAE), era necessário que houvesse o pagamento do Valor Atual das Contribuições Futuras (VACF) da patrocinadora e dos participantes.

Esse VACF correspondia, portanto, ao montante que a FUCAE precisava para (somado ao valor das reservas matemáticas) garantir o pagamento do valor atual de todos os benefícios. Em 31/08/98, equivalia a R\$ 51.275.762,84 (cinquenta e um milhões, duzentos e setenta e cinco mil, setecentos e sessenta e dois reais e oitenta centavos) — fl. 1636, vol. 04.

Ao pagamento desse montante, que consistia na “dívida” pendente da FUCAE para com os seus participantes (além das Reservas Matemáticas já providas), necessariamente deveria ter sido destinado o superávit da entidade que, conforme o explicitado no item anterior, então era de R\$ 18.686.825,94 (dezoito milhões, seiscentos e oitenta e seis mil, oitocentos e vinte e cinco reais e noventa e quatro centavos).

Assim, o VACF ainda necessário para a satisfação dos benefícios era de R\$ 32.588.936,90 (trinta e dois milhões, quinhentos e oitenta e oito mil, novecentos e trinta e seis reais, e noventa centavos) (R\$ 51.275.762,84 — R\$ 18.686.825,94).

Desse montante, considerando-se que só seria efetivamente vertida a parte da patrocinadora, cujo índice de participação era de 84,6154%, o valor que ainda era preciso contribuir para com a FUCAE era de R\$ 27.575.259,32 (vinte e sete milhões, quinhentos e setenta e cinco mil, duzentos e cinquenta e nove reais e trinta e dois centavos) (R\$ 32.588.936,90 x 84,6154%).

O corre que, desconsiderando a situação superavitária da FUCAE, o Estado do RS pa-

gou à entidade R\$ 43.387.191,83 (quarenta e três milhões, trezentos e oitenta e sete mil, cento e noventa e um reais e oitenta e três centavos), em 18/12/98.

32 — Houve, portanto, um pagamento a maior de R\$ 15.811.932,51 (quinze milhões, oitocentos e onze mil, novecentos e trinta e dois reais e cinquenta e um centavos) — R\$ 43.387.191,83 — R\$ 27.575.259,32). Esse é o valor histórico da diferença cuja restituição ao erário ora se busca.

Com a incidência da correção monetária pelo IGP-M até 30/06/02, esse valor corresponde a R\$ 23.893.531,37 (vinte e três milhões, oitocentos e noventa e três mil, quinhentos e trinta e um reais e trinta e sete centavos) — conforme o cálculo do Sr. Contador desta Promotoria, explicitado na última linha da fl. 1632, vol. 04, do IC incluso, pela variação mensal acumulada do IGP-M (fl. 1631).

33 — Considera-se que a FUCAE recebeu esses valores de boa fé, acompanhando uma interpretação equivocada dada pelo administrador público estadual à situação fática em questão. Assim, aplica-se ao caso o art. 966 combinado com o art. 510, ambos do Código Civil, tendo a entidade o direito de permanecer com os frutos do pagamento indevido (ou seja, os juros) até a sua citação nesta ação.

6. Passemos ao exame da matéria.

## II — A EXTINÇÃO DA AUTARQUIA FINANCEIRA, CAIXA ECONÔMICA, NO CONTEXTO DA REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO ESTADUAL E DO PROES

### (a) *Pormenorização dos fatos*

1. Os fatos administrativos e previdenciários em foco transcorreram em cenário maior, consistente na *reestruturação do Sistema Financeiro Estadual*, promovido pela *Lei nº 10.959, de 27-05-97*, em que se inscreveu a *transformação* (em verdade, *extinção com substituição*) da *autarquia financeira, Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul, em sociedade de economia mista, a Caixa Estadual S.A. — Agência de Desenvolvi-*

to, com a natureza de instituição de fomento (art. 1º).

2. Sublinhe-se que, efetivamente, a CAIXA ECONÔMICA, autárquica, não foi transformada na CAIXA ESTADUAL S.A., empresarial, mas sim extinta, tendo sido constituída, por assembléia-geral, a segunda.

3. Daí, a edição do Decreto RS nº 38.536, de 27.05.88, que dispôs sobre a extinção da Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul, o que fez nos seguintes termos:

“O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de atribuição que lhe confere o artigo 82, inciso V, da Constituição do Estado e, tendo em vista o que dispõe o artigo 1º, § 1º da Lei nº 10.959, de 27 de maio de 1997,

considerando ser a Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul uma autarquia financeira, submetida a acompanhamento e fiscalização pelas autoridades monetárias nacionais,

considerando que as condições contratuais acertadas para o Contrato de Abertura de Crédito-PROES necessitam da autorização do Senado Federal para sua eficácia,

considerando ser preciso a manutenção da personalidade jurídica da Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul e de sua autorização como entidade bancária para a concreção dos atos que ainda se fazem necessários,

considerando a constituição da Caixa Estadual — Agência de Desenvolvimento, em Assembléia-Geral realizada no dia 20 de maio de 1998,

DECRETA:

Art. 1º — É determinada a extinção da Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul, segundo o cronograma estabelecido neste Decreto.

Art. 2º — Neste período, deverá ser mantida a razão social da autarquia; a conta “Reservas Bancárias” e registros no Banco Central e Câmara de Compensação, além de outras medidas e procedimentos necessários, a fim de permitir as ações antecedentes à sua extinção e ao processo de transformação em instituição de fomento.”

4. Repise-se que a reformulação do Sistema Financeiro Estadual se deu, como assinala a própria inicial da ação civil pública, dentro do Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária — PROES, instituído pela Resolução nº 2.365, de 28.02.97, do BACEN, segundo deliberação do Conselho Monetário Nacional, nos termos do que estabelecia a Medida Provisória nº 1.556-7, de 13.02.97, que se incluía na série iniciada pela Medida Provisória nº 1.514, de 07.08.96, com o estabelecimento de ‘mecanismos objetivando incentivar a redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária’. Está em vigor a Última MP da série, a de nº 2.192-70, de 24.08.01, mantida pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.01.

4.1. A legislação em tela previa três formas preferenciais de redução presencial do Estado federado na atividade financeira bancária: a instituição financeira sob o controle acionário da unidade federativa poderia ser privatizada, extinta (por fusão, incorporação, cisão ou outra forma de reorganização societária), ou transformada por sucessão ou substituição, em instituição não-financeira ou agência de fomento.

4.2. O Estado do Rio Grande do Sul optou pela última alternativa, ou seja, a substituição da CAIXA ECONÔMICA, financeira, por uma agência de fomento.

4.2.1. Para tanto, extinguiu a primeira e criou a segunda.

(b) O processo de extinção e de liquidação

5. O que é chamado, inclusive pela própria legislação, de liquidação, *tout court*, de uma instituição, inclusive financeira, compreende todo um processo de dissolução da entidade, a conduzir à sua extinção enquanto pessoa jurídica, e abrangendo a liquidação de seu patrimônio, com a realização ou atribuição de seu ativo e satisfação do passivo.

5.1. Este processo de dissolução faz com que, tal como estabelecido pelo Decreto RS nº 38.536/98, que dispôs sobre a extinção da CAIXA ECONÔMICA, qualificada, corretamente, como autarquia financeira integrante do Sistema Financeiro Nacional, a pessoa ju-

rídica ingresse em uma fase especial, *extintiva*, determinada por uma *causa*; fase em que ainda mantém a *personalidade jurídica*. Processa-se, então, a *liquidação propriamente dita*, que é *patrimonial*, correspondendo à *realização ou atribuição do ativo* e à *satisfação do passivo*. Finalmente, chega-se à *extinção institucional*, pela *despersonalização*.

5.2. Em outras palavras, o que se *liquida* é o *patrimônio*: a pessoa jurídica *extingue-se*, isto é, *deixa de ser*, perde a *capacidade de direito* (PONTES DE MIRANDA, 'Tratado de Direito Privado', Campinas, Brokesller, 1999, i: 509). Variante possível é ser a *liquidação patrimonial*, ao invés de '*ante-terminação da personalidade*', ser '*pós-terminação*'.

5.3. A *liquidação* é, portanto, segmento da *execução da decisão* de dissolução da *entidade*.

6. É mister compreender que, quando, como no caso, se trata de uma *autarquia*, e, ainda mais, *autarquia financeira*, há *especificidades* na sua *dissolução*, a compreender a *liquidação*, com o *pagamento do passivo*, e sua *extinção* pela *despersonalização*. E, na hipótese, tudo isso tem conotação peculiar, porque se deu dentro de um *contexto programático especial*, com *regime jurídico próprio*, e conseqüente *configuração peculiar*.

6.1. Nesta linha, há de grifar-se que a *extinção* da CAIXA ECONÔMICA teve *causa jurídica* específica: sua *substituição por agência de fomento*, com a *finalidade* da *redução presencial financeira estadual*, sob o *incentivo*, também *financeiro*, da *União*.

6.2. Cognatamente, enquanto *autarquia*, pessoa administrativa pública, integrante da Administração Estadual, a *dissolução* da CAIXA ECONÔMICA se deu segundo princípios e regras de *Direito Público Administrativo*, disciplinador da *vinculação* da entidade com o *Estado*, e do *inter-relacionamento* com entes co-irmãos do universo executivo local.

6.3. Algo é, no entanto, absolutamente certo: não se pode, qualquer que seja o regime jurídico do processo dissolutório, deixar de considerar o *passivo*, as *obrigações* e *responsabilidades* da entidade dissolvenda.

6.4. A *liquidação das autarquias em extinção* não perde seu caráter, e suas peculiaridades podem dizer respeito à forma de *distribuição do ativo* e de *satisfação do passivo*, mas jamais à fuga do completo adimplemento de suas obrigações.

6.4.1. Assim, no caso da *extinção* do INAMPS, pela *Lei nº 8.689, de 27.07.93*, os seus bens foram distribuídos entre a *União* e o *Distrito Federal*, e obrigações suas foram atribuídas ao *Fundo Nacional de Saúde*, tendo a *União* sucedido a autarquia de *seguridade*, nos seus direitos e obrigações.

6.5. Há, ademais, por se estar no universo administrativo e financeiro, possibilidade de soluções várias, inclusive na área da *previdência complementar*.

6.5.1. Exemplo de solução própria, na área governamental, dentro de um quadro de *acertamento financeiro*, foi o dado pela *assunção*, pelo *Estado do Rio de Janeiro*, de obrigações da PREVI-BANERJ, entidade de *previdência privada* patrocinada pelo *Banco do Estado do Rio de Janeiro* — BANERJ, que foi objeto de *cisão* e de *privatização*.

6.5.1.1. No caso, tratava-se do *Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal do Estado*, objeto das *Resoluções BACEN nº 2.008, de 28.07.93, 2.237, de 31.01.96, e 2.366, de 17.03.97, e das Medidas Provisórias de nº 1560, de 19.12.96, até 1560 — 08, de 12.08.97, e de que resultou a Lei nº 9.496, de 11.09.97, conjunto normativo este que estabeleceu critérios para a consolidação, assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária e outras, de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal*.

6.6. Nesta moldura, a *Lei RJ nº 2.674, de 27.01.97*, concedeu *autorização* ao *Poder Executivo Estadual* a contratar empréstimo com a *Caixa Econômica Federal*, com vistas à *implementação* do referido Programa.

6.7. No bojo das *previdências* figurou a *assunção*, pelo *Poder Executivo*, das obrigações que a PREVI-BANERJ tinha em face de *participantes* e *assistidos*, adimplindo essas obrigações por forma que escolhesse, dentre várias alternativas.

7. Destarte, fosse pelo lado do *Direito Administrativo*, fosse pelo do *PROES*, havia vá-

rias alternativas para a satisfação do passivo da CAIXA ECONÔMICA. Daí, a pluralidade de soluções adotadas, em relação a cada um dos segmentos obrigacionais considerados.

7.1. Nesta modelagem, os servidores autárquicos da CAIXA ECONÔMICA passaram a compor um Quadro Especial, em extinção, vinculado à Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos, sendo os cargos extintos, à medida que se vagassem, mantidos todos os direitos, benefícios e vantagens desse pessoal (art. 7º).

7.2. No tocante à respectiva aposentadoria, quer dos já inativos, quer os que viessem a inativar-se, a responsabilidade, que era da própria CAIXA ECONÔMICA, passou a ser do ESTADO (§ 2º do art. 7º).

7.3. Quanto aos beneficiários desses servidores, mantiveram-se eles vinculados ao Instituto de Previdência do Estado — IPE, no que concerne à previdência básica.

7.4. Assim, sistematizando-se:

(a) no concernente ao pessoal ativo, foi ele absorvido pelo ESTADO (art. 7º da Lei RS nº 10.959/97);

(b) no tocante aos depósitos, foram transferidos para o Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. — BANRISUL, 'continuando o Estado responsável subsidiário pelas obrigações transferidas' (art. 5º);

(c) as demais operações passivas poderiam ser: (a) também transferidas para o BANRISUL; ou (b) para outra instituição financeira; ou ainda (c) ficariam sob a gestão do Estado (art. 6º; e parágrafo único).

7.4.1. Quanto ao ativo:

(a) os bens da CAIXA ECONÔMICA, ou o produto de sua alienação, e os créditos da autarquia em relação a terceiros puderam seus empregados na integralização, pelo ESTADO, da parte do capital inicial da CAIXA ESADUAL S.A., àquele pertencente (arts. 3º e 4º, I, V e VI);

(b) às operações ativas foi dado o mesmo tratamento das passivas (art. 6º, e parágrafo único);

(c) a Loteria do Estado foi transferida para a Secretaria de Fazenda (art. 18).

7.5. Mas, como sabemos, os servidores autárquicos da CAIXA ECONÔMICA eram fi-

liados à FUCAE, e, em razão disso, participavam, contributivamente, de plano de benefícios de previdência, que consistiam no pecúlio por morte, e nas suplementações de pensão, de auxílio-reclusão e do abono anual (art. 12 do Regulamento Básico).

7.5.1. Neste quadro, a LEI RS nº 10.959/97 preceituou (§ 7º do art. 7º) que não se considerava direito, benefício ou vantagem do servidor

“o patrocínio à entidade fechada de previdência privada feito pela Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul.”

ou seja, a FUCAE.

8. Especificamente, então, no que diz respeito à situação jurídica, da CAIXA ECONÔMICA, com instituidora e patrocinadora da FUCAE, e, conseqüentemente, de suas correspondentes obrigações em face dela, do Plano e dos seus participantes, não se optou pela mesma solução adotada para outros segmentos do passivo, fosse a de assunção pelo Estado, fosse pelo BANRISUL.

8.1. Ao contrário, houve a escolha da alternativa da cessação do patrocínio, com o pagamento, imediato e total, das contribuições devidas pela CAIXA ECONÔMICA.

8.2. Quando o § 1º do art. 15 da Lei nº 10.959/97 emprega a cláusula 'em consonância com o que for ajustado com a União', não se está referindo à atuação da Secretaria de Previdência Complementar, pois que essa não celebra ajustes; mas sim às avenças Estado-União, no âmbito do PROES, tendo por objeto as operações de crédito necessárias ao atendimento das obrigações ligadas ao pagamento do valor atual das contribuições futuras de responsabilidade da CAIXA ECONÔMICA, conforme dispõe o § 3º do mesmo artigo.

8.2.1. Outrossim, ao referir-se a que 'os recursos necessários à cobertura do valor atual das contribuições futuras' seriam 'fundamentados em competente cálculo atuarial', isto nada mais significa, do que o reconhecimento de que esse valor é calculado em bases atuariais, e não meramente financeiras, o que foi feito na Nota Técnica Atuarial que integrou o expediente de saída de patrocínio, encaminhado à Secretaria de Previdência Complementar, que a aprovou.

8.2.2. Adite-se que, nesse cálculo, foi considerada, na fixação do valor atual das contribuições futuras relativas à patrocinadora, a participação desta, na proporção de 84,6154% do total contributivo, percentual esse a que corresponde o valor aportado, calculado, segundo manifestações técnicas, de acordo com a referida Nota Técnica Atuarial.

8.3. Nenhuma influência exerce no caso o fato de a Lei RS nº 10.959/97 *ter mantido o vínculo funcional dos servidores da CAIXA ECONÔMICA, pois que, como prescreve a CF, em seu art. 202, § 2º, as contribuições do empregador-patrocinador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios, não integram a situação jurídica laboral.*

(c) O vencimento antecipado das obrigações

9. Em caso de *extinção* de uma instituição financeira, ou seja, de sua *liquidação* 'lato sensu', uma das conseqüências é o vencimento antecipado das obrigações: art. 18, 'b', da Lei nº 6.024, de 13.03.74.

9.1. No *Direito das Obrigações*, não obstante o descompromisso da linguagem coloquial e mesmo legislativa, distingue-se, científica e tecnicamente, entre: (a) de um lado, o *crédito stricto sensu* (direito de crédito), de que é titular o credor, e a que corresponde a dívida (o dever jurídico), cujo adimplemento cabe ao devedor, e (b) de outro, a pretensão, que é o poder de exigir a prestação, objeto da dívida, a qual, já agora, se faz obrigação do sujeito passivo.

9.2. Quem assumiu o *dever*, quem contraiu a dívida, já deve, mas nem sempre já está obrigado à prestação: prestação devida não é, necessariamente, prestação que se pode reclamar. Quando essa se torna reclamável, surge a obrigação, porque o credor, já então, detém a pretensão, isto é, o poder de exigir seu cumprimento. A obrigação é a dívida vencida. Vencimento = exigibilidade do crédito: agora dotado de pretensão.

9.3. Quando se fala de 'vencimento antecipado da dívida' (melhor, como estamos sendo, do que da obrigação) está-se tratando de créditos, de direitos já adquiridos, mas cujo exercício, cuja pretensão correspondente se

encontravam sustidos, no aguardo, por exemplo, da ocorrência de um acontecimento certo (dies certus na), seja por se saber que ocorrerá (certus na) e quando (certus quando); seja por se saber que ocorrerá, sem se saber quando (dies certus an incertus quando). Com a antecipação do vencimento, a dívida torna-se obrigação, e tem de ser adimplida pelo devedor-obrigado.

10. Em nosso trabalho '*Os Direitos dos Participantes e a Saída de Patrocinadora*', apresentado no 19º Congresso Brasileiro dos Fundos de Pensão (Revista do Congresso, p. 44 e s.), escrevemos a respeito de deveres e obrigações da patrocinadora:

*"Na fundação, personificam-se um patrimônio e uma organização.*

*O negócio jurídico fundamental é o ato de instituição da entidade e de dotação de seu patrimônio inicial: ato de natureza unilateral, praticado pelo instituidor, o qual assume obrigações para com a entidade queria, auto-vinculando-se aos termos negociais do ato.*

.....  
a) *O caráter negocial de estatutos e regulamentos, fatos geradores de direitos e de obrigações*

1. Conforme salientado, as EFPPS's, sejam sociedades civis, associações ou fundações, têm estatutos, regulamentos, regimentos internos.

2. *O próprio conceito de estatuto e a formação etimológica dos vocábulos 'regulamento' e 'regimento' (cognatos entre si, derivados de 'reg', que provém de 'rex'; e com 'regra', do latim 'regula', de 'regere'. reger, regular) evidenciam que estamos diante de atos jurídicos que contêm regras de direito, de atos-regra, portanto.*

3. *Mas distinção fundamental é aquela entre regras jurídicas estatais, normas jurídicas veiculadas pelas fontes formais do Direito Positivo, integrantes da normatividade, do regimento, do ordenamento jurídico, do Direito Estatal; e as demais regras, que são negociais (PONTES DE MIRANDA, 'Tratado de Direito Privado', RT, São Paulo, 30ª ed., 20ª reimpressão, 1984, XLVII:354).*

*Essas últimas são, exatamente, as que estão em contratos normativos, em convênios, em*



*estatutos, em regulamentos e regimentos de entidades privadas: em atos-regra particulares, e, portanto, negociais.*

*Nesse último caso, inexistente legislação para si próprio, mas a prática de negócio jurídico (PONTES DE MIRANDA, 'Tratado' cit., Borsoi, Rio, 30ª ed., 1970, I: 374:376).*

.....  
É que os atos jurídicos têm cargas várias, de objetividade e de subjetividade, isto é, são, em parte, atos-regra (objetivos e mutáveis), e, em parte, atos subjetivadores de situações com o atributo da intangibilidade, e, portanto, irradiadores de direitos subjetivos, adquiridos.

Assim, num mesmo contexto instrumental, coexistem atos das duas índoles, e que têm de ser escandidos, identificados, isolados, para que não ocorra uma inter-contagação que turve nosso entendimento.

7. É o que ocorre com os estatutos, regulamentos e regimentos dos entes societários, associativos e fundacionais de previdência privada.

As designações desses diplomas jurídicos poderiam conduzir à errônea de que se seriam, em sua integralidade, atos-regra típicos.

Mas, em verdade, eles abrigam em seu seio, igualmente, situações estritamente subjetivas; formalizam, instrumentalizam, exteriorizam, também, atos subjetivos, personalizados, geradores de direitos adquiridos.

Destarte, os diplomas estatutários e regulamentares das entidades de seguridade privada contêm, em seu corpo, além de regras cujo conteúdo são situações jurídicas objetivas (com as subjetivações já assinaladas), situações jurídicas ontologicamente subjetivas, vinculativas, obrigatorias.

Assim, que sejam sociedades civis contratuais, em que os aspectos subjetivos ainda assumem maior ostensividade, quer sejam associativas e fundacionais, as EFPPs têm, em seus estatutos e regulamentos, atos criadores de direitos subjetivos adquiridos e, em contrapartida, de obrigações inafastáveis.

8. Os estatutos e atos complementares de regulamentação são autovinculativos para a instituidora, patrocinadoras e para a entidade.

Essa nota vinculativa se reforça, porque, no tocante às EFPPs, estamos no campo do Direito das Obrigações: na área do Direito Social das Obrigações.

9. Para a patrocinadora, seus compromissos unilaterais formalizados no ato de instituição e em instrumentos ulteriores, são permanentes, só podendo mudar para beneficiar os destinatários. Em nada importa que sejam os instrumentos citados contratos estatutos atos regulamentares ou convênios de adesão, eis que, neste contexto, conforme salientado, os compromissos assumidos têm sua identidade própria, sendo fatos geradores de obrigações, mesmo que formalizados em negócios jurídicos unilaterais."

.....  
Reportando-nos ao que dissemos sobre o caráter autovinculativo de estatutos e regulamentos, conclui-se que nenhuma patrocinadora pode retirar-se discricionariamente, pois que a livre saída corresponderia, ilicitamente, à ruptura unilateral das obrigações assumidas, e a que se autovincularam aquela e a EFPP, desde a edição de estatutos e regulamentos, e que vieram a compor, ulteriormente, o conteúdo dos contratos individualizadamente celebrados, igualmente vinculativos, com a criação de situações jurídicas subjetivas, em que se encartam os direitos adquiridos e as obrigações definitivas.

7. A entidade de previdência privada enquadra-se no conjunto das pessoas jurídicas que são instituídas para serem perenes, somente se extinguindo quando irreversível sua inviabilidade jurídica ou fática, a ser, ademais, aferida pelos organismos governamentais que exercem a provedoria das instituições em tela.

O art. 64 da Lei nº 6.437, de 15.07.77, é expresso, e expressivo, em preceituar que a liquidação de uma EFPP só se dará, se "reconhecida a inviabilidade de recuperação da entidade".

7.1. É claro que as pessoas jurídicas também têm sua vida, seu destino, e as mais variadas incidências podem ocorrer com elas.

E além das incidências diretamente ligadas à existência da própria EFPP, há as que acontecem com a patrocinadora e refletem-se naquela.

As repercussões, porém, sobre as entidades previdenciárias fechadas devem ser administradas, de modo que sua sobrevivência seja buscada como objetivo primordial, e prevaleça a intangibilidade dos direitos de participantes, e dependentes, em situação subjetivada, conforme antes analisado.

7.2. As EFPPs não são, pois, “entidades descartáveis”, que tenham livre poder de autodissolução — como se fora uma sociedade ou uma associação comum —, e, assim, não podem ser discricionariamente extintas por seus órgãos estatutários, nem podem sê-lo por instituidores, patrocinadores, mantenedores, participantes ou beneficiários ou pelo Governo.

8. Por isso, quem, como instituidor e patrocinador, assume obrigações em face e em benefício de uma entidade de previdência privada, não tem a discricionariedade de optar entre cumpri-las, ou não, mesmo porque sua eventual inadimplência repercute na entidade previdenciária privada e nos seus destinatários-participantes e beneficiários.

8.1. As responsabilidades de instituidores e patrocinadores: dos administradores — dirigentes e conselheiros — de uma EFPP; e do Poder Público têm, pois, no particular, denotação e conotação especiais, eis que em joga a vida; o presente e o futuro; o patrimônio e a sobrevivência de milhares de pessoas, que também contribuem, que igualmente prestam juridicamente, e que têm direito às contraprestações devidas pela instituição, e para cujo cumprimento se impõe que instituidores e patrocinadores atendam a seus compromissos formalmente assumidos.

8.2. Daí, o art. 42, § 4º, da Lei nº 6.435/77, estabelecer a responsabilidade solidária de administradores das patrocinadoras — e das entidades fechadas —, as quais “não efetivarem regularmente as contribuições a que estiverem obrigadas”.

8.3. Regra igualmente de relevo, nesta área, é a constante do art. 34, § 2º, da Lei nº 6.435/77, pela qual, para a hipótese de copatrocínio, existe a obrigatoriedade de celebração de convênio de adesão entre as copatrocadoras e a EFPP, com pormenorização das

condições de responsabilidade solidária entre as partes.

8.4. O negócio jurídico institucional e previdenciário, de criação, dotação e patrocínio; o convênio de adesão e os estatutos e regulamentos da EFPP são atos jurídicos com prevalente carga de subjetividade jurídica, e que geram, em decorrência, obrigações para co-instituidores e copatrocinadores, e direitos adquiridos para a entidade e para seus destinatários.

8.5. O efeito vinculativo, de comprometimento jurídico desses instituidores e patrocinadores, faz nascer, conforme se assinalou, o interrelacionamento que tem por conteúdo os deveres, as obrigações, os compromissos e os débitos dos mesmos, como sujeitos passivos, isto é, como devedores, como obrigados — mais exatamente, co-obrigados —, nas relações jurídicas que os liga, à EFPP e, em consequência, aos destinatários.

São deveres jurídicos e obrigações plenamente exigíveis e efetiváveis, para o que a entidade e destinatários contam, decorrentemente, com pretensão (capacidade de exigir) e ação (poder de efetivação) em face de seus co-instituidores e co-patrocinadores.

9. É fundamental ver-se a questão sob o ângulo do Direito Previdenciário.

É que a Previdência Privada, sob sua feição fechada, é complementar do Sistema Oficial de Previdência e Assistência Social, “enquadrando-se na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social”: art. 34 da Lei nº 6.435/77.

Não são, portanto, meros particulares, as entidades fechadas e seus instituidores e patrocinadores.

São colaboradores do Poder Público, responsáveis por uma atuação social, de comprometimento finalístico coletivo; e cognata com a Previdência Pública.

10. As obrigações, compromissos e responsabilidades das entidades previdenciárias fechadas, e de seus instituidores e patrocinadores transcendem as fronteiras do Direito Privado, para se desenvolverem no campo do Direito Público e no Direito Social, com raízes na própria Constituição Federal.

11. O *Estatuto* da FUCAE, objeto de expressa manifestação de vontade da Patrocinadora-instituidora, a CAIXA ECONÔMICA, impôs a esta a *obrigação* do pagamento de *contribuição mensal*, como *fonte necessária de receita* para custeio do *Plano de Benefícios da Fundação* (art. 10, I). No mesmo sentido, o texto do *Regulamento Básico* (art. 31, I). Corresponhia ao percentual de 5,5% (cinco vírgula cinco por cento) da folha de pagamento.

11.1. A *dívida* das *contribuições mensais* corresponde *obrigações exigíveis* — e, correlatamente, *pretensões exercitáveis* — *mês a mês*, mas o *dever*, e o *direito* correspondente, já existem *ab initio*.

11.2. Trata-se, pois de data de *vencimento da obrigação*, pois que se cuida de *dívida* a ser adimplida *periodicamente*, em datas determinadas ou determináveis.

11.3. Em verdade, há o *direito-base*, da EFPC e de seus participantes e assistidos, à *participação da patrocinadora no custeio*, *direito esse subjetivo, adquirido ab ovo*, com a formalização dos *atos de instituição* e de *regulação institucional*, e, desde logo, com plena *efetividade*, munido que está de *pretensão e ação*.

11.4. Configura-se um *direito unitário*, a abranger a *obrigação de co-participação no custeio*, e cujo *conteúdo* são as *contribuições periódicas*. É *direito* “*que se irradia de uma vez e permanentemente*”, produzindo, quando da caracterização do *termo*, a *pretensão (exigibilidade)* e a *ação (poder de efetivação)* com referência às *prestações periódicas*. Essas *pretensões e ações* é que ficam com seu exercício sustido, represado, e que se liberam, à medida que se vão vencendo as *prestações*. Daí, a *pretensão e ação*, referentemente ao *direito-base à participação no custeio*, podem ser tidas como *não-prescritíveis*; e já aquelas para haver as *prestações periódicas*, sim, eis que as *exigibilidade* correspondente, que é aquilo que a *prescrição* encobre (não há caducidade do direito), tem os *diei* iniciais, para seu exercício, em momentos diversos.

11.5. Nesta linha, em relação a cada *prestação*, o *crédito* é a *termo*, pois *exigibilidade e acionabilidade* ficam com seu exercício di-

ferido para o *dies* correspondente; para quando se dá o advento do termo mensal.

11.6. O *direito ao custeio patronal* é, repetimos, *unitário*, desdobrando-se em *pretensões múltiplas*, relativas a cada uma das *prestações*.

11.7. Não se trata, pois, de *créditos futuros*, mas de *pretensões* meramente *diferidas*, todas sob o manto da garantia do *direito subjetivo adquirido*.

11.8. O *custeio* tem seu *conteúdo jurídico-econômico*; e este tem como *núcleo* as *prestações*, que se vão *vencendo*; e o *vencimento* é que é *antecipado*, em razão da *liquidação, da dissolução do devedor*.

11.9. O *vínculo de previdência complementar fechada* é de duração permanente e de *efetividade imediata* quanto à *obrigação da suporção do custeio*, a que corresponde o *direito unitário* em referência; e de *trato sucessivo*, com início de execução *diferida*, quanto ao *adimplemento das prestações*. Cada *prestação periódica*, singular, não é objeto de uma obrigação distinta: “a obrigação é única; fracionam-se as prestações” (ORLANDO GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 94).

11.10. A questão é, portanto, *temporal*, de *diferimento*, isto é, de *vencimento* após determinado prazo, em certos *diei*, o que enseja o *vencimento antecipado*, em razão da *decretação da dissolução e liquidação extrajudicial*; e não de *deferimento*, no sentido em que o *Código Civil* emprega o vocábulo em seu art. 74, *parágrafo único*, ao conceituar o *direito deferido*, como *direito futuro*. Ao contrário, o *direito ao custeio e às prestações correspondentes* é *direito-unitário atual*, isto é, “*completamente adquirido*” (CC, *inciso III do mesmo art. 74*): o que é *diferido*, mas também já certo, eis que apenas submetido a momentos sucessivos de início de exercício, é o conjunto das *pretensões e ações*, correspondentes às *prestações periódicas*.

11.11. Nem pode deixar de assim ser, no âmbito previdenciário complementar, porque o *direito unitário* nasce com a celebração dos negócios jurídicos vinculativos da patrocinadora: o que é *diferido* é sua execução; com fixação dos *diei* em que pode ser formulada

a exigência (aqui, *dies interpellat pro homine*) de execução contratual das prestações sucessivas, ou seja, que se vão vencendo periodicamente.

12. Deste modo, decretadas a extinção e a cognata liquidação, essas obrigações diferidas se vencem antecipadamente.

12.1. A opção que caberia ao ESTADO teria sido, assumindo a obrigação-núcleo, adimpli-las mediante as prestações periódicas, como ocorreu, conforme assinalado, em outros segmentos obrigacionais da autarquia extinta. Mas ele preferiu, legitimamente, dentro do regime ordinário, pagar antecipadamente as prestações devidas, e, já agora, exigíveis e efetiváveis, em função da liquidação da CAIXA ECONÔMICA.

12.2. O que não poderia ter ocorrido teria sido não fazer, nem uma coisa, nem outra; nem, tampouco, haver a satisfação apenas parcial das obrigações de patrocínio, para com a FUCAE, enquanto, corretamente, se sistematizara o cumprimento de todas as demais, nos termos da LEI RS nº 10.959/97, conforme assinalado.

13. Ao exato cumprimento dessa obrigação é que correspondeu o aporte, pela CAIXA ECONÔMICA, nos termos determinados — ação vinculada — pelo § 1º do art. 15 da Lei nº 10.959/97, do montante do valor atual das contribuições futuras por ela devidas, ou, mais exatamente, das contribuições diferidas, de pagamento diferido, e que se venceram antecipadamente com a liquidação da Patrocinadora.

14. Anote-se que, mesmo que não tivesse havido o vencimento antecipado, haveria opção, pela lei, entre o pagamento antecipado e o periódico, tendo a escolha recaído, legitimamente, na primeira alternativa.

15. A Lei nº 10.959/97 não criou a obrigação, nem fez qualquer liberalidade, porquanto aquela já existia, e, pela legislação de regência, já se tratava de obrigação vencida.

15.1. O dispositivo do art. 15, § 1º, apenas operacionalizou o cumprimento da obrigação preexistente e de natureza previdenciária, permitindo que, para o adimplemento da mesma, fosse realizada, dentro da moldura do PROES, operação do crédito com a União; e

que fosse dada garantia tributária em favor dessa.

15.2. A Autora da ação civil pública conclui que, se o caput do art. 15 trata de obrigação, esta referenciada à Fundação BANRISUL, o § 1º respectivo também teria de dizer respeito a dívida para com a FUCAE.

15.3. Em primeiro lugar, conforme demonstrado, cuida-se efetivamente, de obrigação vencida, para com essa última, e correspondente a dívida preexistente, como igualmente evidenciado.

15.4. Outrossim, o montante (dez vezes maior), destinado à Fundação BANRISUL, é que corresponde a obrigações, do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, que continua a existir, voluntariamente assumidas pelo ESTADO.

### III — O ASPECTO PREVIDENCIÁRIO: A OBRIGAÇÃO, DA PATROCINADORA, DE PAGAMENTO INTEGRAL DO VACF — NÃO-INTERFERÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE EVENTUAL SUPERÁVIT

1. A obrigação do pagamento antecipado do valor atual das contribuições diferidas nada tem a ver com a existência, ou não, de superávit, nem, conseqüentemente, se existente esse, com o respectivo valor.

1.1. Com efeito, apurada diferença positiva entre o total dos bens do ativo e o total das obrigações do passivo, ela constituía, de acordo com o disposto no art. 60, § 3º, do Regulamento Básico da FUCAE, a Reserva de Contingência. E, se superior essa diferença a 25% (vinte e cinco por cento) da soma dos valores das Reservas Matemáticas de Benefícios Concedidos e a Conceder (§§ 1º e 2º do art. 60, cit.), o excesso constituía a Reserva de Reajuste de Benefícios (§ 4º).

1.2. Como se vê nenhum referência a valor de contribuição.

1.3. A legislação, vigente à época, previa que qualquer sobra em relação às destinações de sobejos superavitários, fixados estatutária ou regulamentarmente, seria considerada para

o reajustamento ou a revisão dos benefícios: art. 46 da Lei nº 6.435/77; art. 34, e parágrafo único, do Decreto nº 81.240, de 20.01.78.

1.4. Ademais, conforme já gizado, a contribuição da Patrocinadora correspondia a um percentual da folha de remuneração bruta de seus funcionários: art. 10, I, do Estatuto; art. 31, I, do Regulamento Básico.

2. A inicial da ação, outrossim, para sustentar que o eventual *superávit* deveria ter sido considerado no cálculo do VACF, alega que, se, consoante o Glossário do Relatório de Auditoria, a Reserva Matemática de Benefícios a Conceder

“representa de forma agregada, o valor presente da diferença existente entre os valores atuais dos benefícios futuros que são devidos ao quadro de ativos e o valor atual das contribuições futuras (dos participantes e da patrocinadora) na data da sua avaliação.”

em consequência, poderiam ser exprimidos “esses conceitos numa fórmula aritmética simples: Reservas Matemáticas de Benefícios a Conceder mais o Valor Atual das Contribuições Futuras é igual ao Valor Atual dos Benefícios a Conceder.”

2.1. Assim, segundo o raciocínio da Promoção, se

$$\text{RMBF} = \text{VABF} = \text{VACF},$$

onde

RMBF = Reserva Matemática dos Benefícios a Conceder

VABF = valor atual do benefícios a conceder;

VABF = valor atual das contribuições futuras,

teríamos

$$\text{VABF} = \text{RMBF} + \text{VACF}$$

e

$$\text{VACF} = \text{VABF} = \text{RMBF}.$$

3. A tese da Autora encerra, *data venia*, fatais equívocos.

4. O primeiro é que qualquer *excesso* não é, segundo o próprio texto do Regulamento Básico, antes citado, apenas em relação às Reservas, mas sim a todo o *passivo*, em razão do que se consideram *todas as obrigações*, e não somente as de *índole previdenciária*. Ainda mais: esse *excesso*, conforme salientado, tinha, estatutária e regulamentarmente, desti-

nação específica, na formação de novas reservas.

4.1. Aliás, é isso que se encontra no Regulamento Básico (art. 60, §§ 1º a 4º):

“§ 1º — Reserva matemática de benefícios concedidos é a diferença entre o valor atual dos encargos assumidos pela INSTITUIÇÃO, em relação aos destinatários em gozo de rendas iniciadas de aposentadorias ou pensões complementares, e o valor atual das contribuições que, por eles ou pelas patrocinadoras, venham a ser recolhidas aos cofres da INSTITUIÇÃO, para a sustentação dos referidos encargos, de acordo com o plano de custeio vigente.

§ 2º — Reserva matemática de benefícios a conceder é a diferença entre o valor atual dos encargos a serem assumidos pela INSTITUIÇÃO, em relação aos participantes e respectivos beneficiários, que ainda não estejam em gozo de rendas iniciadas de aposentadorias ou pensões complementares, e o valor atual das contribuições que, por eles ou pelas patrocinadoras, venham a ser recolhidas aos cofres da INSTITUIÇÃO para a sustentação dos referidos encargos, de acordo com o plano de custeio vigente.

§ 3º — Reserva de contingência é a diferença entre o total dos bens do ATIVO e o total das obrigações do PASSIVO, no caso de ser positiva essa diferença.

§ 4º — No caso de ser a diferença, referida no § 3º, superior aos 25% (vinte e cinco por cento) da soma dos valores das reservas referidas nos parágrafos 1º e 2º, a reserva de contingência será consignada com o valor equivalente ao daquele limite percentual, e o excesso, sob o título de reserva de Reajuste de Benefícios.”

5. Por outro lado, o termo que, na equação, é condicionado ao valor do outro, como se vê pelo próprio conceito citado pela exordial, é o correspondente à *Reserva Matemática*:

$$\text{RM} = \text{VABF} - \text{VACF}$$

onde

RM = Reserva Matemática

VABF = valor atual dos benefícios futuros (Encargos)

VACF = valor atual das contribuições futuras.

5.1. Destarte, o valor da *RM* é que é condicionado ao da *VACCF*, não sendo verdadeira a recíproca. Qualquer outra figuração, já leva em conta o valor, da *RM*, calculado de acordo com a fórmula oferecida.

5.2. Assim, a inicial contém equívoco lógico-formal, consistente no que, em Lógica, é chamado de 'falácia' ou 'distorção' do '*modus tollens*', eis que, em relação condicional, unívoca, quer identificar o antecedente, pelo conseqüente; o determinante, pelo determinado.

5.2.1. Com efeito, como visto, parte ele da equação seguinte:

$$VABF = RM + VACF..$$

$$VACF = VABF - RM.$$

5.2.2. O engano está em que a *reserva matemática* é conseqüente, e não causa ou antecedente; é determinado, e não determinante, pois que é produto da seguinte fórmula:

$$RM = VABF - VACF.$$

5.2.3. A relação é unívoca, porque *t*, que é o segundo termo da equação, é que implica *q*, o primeiro; não sendo verdadeira a recíproca, quando se tem uma visão prospectiva.

5.2.4. É claro que, calculada a *reserva matemática*, e, portanto, tendo-se um dado *passado*, *pretérito*, podemos afirmar:

$$RM = VABF - VACF..$$

$$VABF - RM + VACF..$$

$$VACF = VABF - RM.$$

5.2.5. Mas, se o que se necessita calcular é *VACF*, a última fórmula não serve, pois que ela é fixada a partir da *RM*: e essa última é que é determinada a contar daquela primeira.

5.2.6. Vê-se isso claramente, quando se verifica que o valor dos benefícios não é determinado pelo montante da *reserva matemática* e das *contribuições*, como dá a entender a segunda equação.

6. Mais ainda: a patrocinadora nenhum direito tem sobre o *patrimônio* da patrocinada, e, portanto, não há que se falar em *compensação*, ou *dedução*, nem em qualquer outra forma de *neutralização* de débito seu para com a EFPC, levando-se em conta o *superávit*.

7. É que há uma diferença fundamental entre a posição da *patrocinadora* e dos *participantes* de uma EFPC.

7.1. A primeira *contribui*, transmite o domínio dos valores que aporta, e se despe, de modo definitivo, da propriedade '*lato sensu*' dos mesmos. É, aliás, a situação típica de qualquer instituidor ou mantenedor fundacional. Nenhum direito tem ele sobre o *patrimônio institucional*.

7.2. Já os *participantes* têm uma *tríplice* condição.

7.2.1. Em primeiro lugar, são *destinatários* da *fundação*, figura básica, razão de ser do próprio ente fundacional.

7.2.1.1. Os *participantes* e *assistidos*, enquanto *destinatários*, o são em *situação contratual*: seus direitos são de índole *contratual*, estão sob a *proteção contratual*. Trata-se, pois de uma *posição jurídica subjetivada, individualizada*, produto de um *ato jurídico perfeito, criador de direitos adquiridos*. Pelo *contrato de previdência complementar fechada*, a EFPC fica obrigada a segurar, a *suportar o risco* de arcar com as *prestações* correspondentes aos *benefícios prometidos* e sob compromisso.

7.2.1.2. Este entendimento, sufragado por ilustres juristas, é, em verdade, fiel à *natureza da situação jurídica dos participantes e assistidos*, e, por isso, veio a ser *constitucionalmente consagrado* pela *Emenda nº 20/98 à Constituição Federal*.

7.2.1.3. Com efeito, ao *alterar a CF*, explicitou a *Emenda* que as *condições* contidas nos *estatutos, regulamentos e planos* de benefícios das EFPC's são de índole *contratual* (art. 202, *caput*, e § 2º), *inclusive quanto ao benefício* (que integra a *remuneração do participante assistido*), e as *contribuições* do empregador, que não compõem, é certo, o *contrato de trabalho*, mas fazem parte do de *previdência privada*.

7.2.1.4. Falando de *benefício contratado*, a *CF*, na sua nova versão, evidencia que, desde a *inscrição*, no Plano, há *contrato*, com denotações de *direito adquirido* e de ato jurídico perfeito, sendo a denominada *elegibilidade apenas a condição de exercício* daquele *direito*.

7.2.2. Em segundo lugar, os *participantes* são *contribuintes-fiduciantes*.

7.2.2.1. Há, com efeito, uma *relação jurídica de fidúcia* entre os *participantes* e a *EFPC*, na medida em que o *aporte das contribuições* daquele se faz, para que o *patrimônio* que se vai constituindo, e que é formalmente *titularizado* pela *entidade*, seja geridos e aplicado, para cumprir suas finalidades.

7.2.2.2. Como explicita PONTES ('*Tratado*' cit., III: 146 e s.), "*sempre que a transmissão [de direitos sobre bens] tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário*".

E completa:

"*No negócio fiduciário transmite-se o bem da vida, posto que, em virtude da natureza do negócio jurídico fiduciário, só lhe caiba proceder de acordo com a lei, se essa previu a figura jurídica, ou de acordo com as declarações ou manifestações de vontade, que lhe confiaram o 'outro' fim.*

O elemento novo, que há no negócio jurídico fiduciário, é a confiança, a fidúcia (em sentido pós-romano). Aquele a quem se fez a transmissão, — posto que tenha todos os poderes e faculdades do adquirente e, pois, do proprietário, — diante do transmitente está obrigado a exercer o seu direito de acordo com o fim da fidúcia, inclusive, se for o caso, de restituir o bem da vida que se transmitiu.

No negócio jurídico fiduciário, o fim é o fim próprio do negócio, mas há outro eu coincide ser o fim econômico. Dá-se então, diferenciação entre o fim técnico do negócio jurídico e o fim posterior, econômico. Satisfaz-se à técnica, mas quer-se algo mais, 'plus', que não está no negócio jurídico. Em verdade, negócio jurídico fiduciário é 'negócio jurídico + fidúcia'. A relação jurídica daquele é uma (A): a da fidúcia é outra (B). Essa é que faz o fiduciário ter o dever e da obrigação de

exercer os seus direitos, oriundos d relação jurídica (A), tal como lhe ficou confiado na relação jurídica (B).

Melhor seria dizerem-se "negócios jurídicos com fidúcia", para se frisar a dualidade de relações jurídicas. Ao lado da relação jurídica, oriunda da aquisição, está a relação jurídica de fidúcia, entre o fiduciante e o fiduciário."

7.2.2.3. A figura do *destinatário* é outrossim, fundamental em termos de *patrimônio especial fiduciário*.

7.2.2.4. O *fiduciante* é o *transmitente do direito*, o *aportador de recursos* ao *fiduciário*, para muitos, titular apenas *formal* do *patrimônio especial*. *Fiduciante* e *fiduciário* praticam o *negócio jurídico de transmissão* com *fidúcia*, relação jurídica, essa última, baseada na *confiança* de que o *fiduciário* cumprirá o *fim* para cuja consecução se realiza o *negócio*; *fim*, que é a *causa* da prática *negocial*, e cuja realização é *em favor dos destinatários*.

7.2.3. Essa *dúplice* posição de *contribuintes-fiduciantes* e de *destinatários-contratantes* caracteriza o *mutualismo* do *sistema fechado de previdência privada*, presente, especialmente, no *plano de benefício definido*: mesmo enquanto *titularizados*, pela *EFPC*, os *bens patrimoniais do fundo garantidor, patrimônio especial fiduciário*, já tem esta *denotação* de *patrimônio comum*.

7.2.4. Com efeito, o *patrimônio contributivo*, da espécie dos *fundos garantidores*, caracteriza-se, ainda enquanto na *titularidade* da *EFPC*, como *patrimônio fiduciário resoluível e patrimônio comum*.

7.2.5. Sobre *patrimônio comum* disserta PONTES DE MIRANDA (*Tratado* cit., V: 383 e s.):

"Na *comunhão de patrimônio*, ou *patrimônio comum*, o *patrimônio* tem por titular duas ou mais pessoas. Cada uma delas tem o seu *patrimônio geral* e parte indivisa no *patrimônio comum*. De regra, o *patrimônio comum* é *patrimônio especial*; pode ocorrer *patrimônio comum geral* (*comunhão conjugal universal* de bens, *sociedade* de todos os bens segundo o art. 1.373). Para que haja *comunhão de patrimônio*, é preciso que se tenha formado de

*acordo com a lei; portanto, o patrimônio comum é efeito: no plano da eficácia dos fatos jurídicos (casamento, sucessão a causa de morte, sociedade) é que tem de ser estudado.*

.....  
A administração dos patrimônios comuns não segue modelo único: nem haveria vantagem em se instituir unicidade rigorosa de regimento. Embora comum, a administração não é comum, salvo excepcionalmente. Às vezes a só um dos comuneiros, ou, até, a estranho, se atribui administrar.

.....  
Em princípio, quem tem a seu cargo a administração exerce as pretensões, ações e exceções tocantes ao patrimônio comum.

.....  
O patrimônio comum distingue-se, em seu traçado, do patrimônio geral de cada comuneiro e dos seus patrimônios especiais. Há os elementos originários e os advenientes.

.....  
Os patrimônios comuns são expostos a passivo, como os outros... De regra, o patrimônio geral responde, esgotado o patrimônio comum, pela dívida comum; o art. 1.587 é excepcional. A insolvência e a falência podem dar ensejo a concurso (civil) de credores ou à falência, atingindo, ou não, o patrimônio geral."

7.2.6. Neste quadro, a par dos *créditos contratuais de participantes e assistidos*, têm eles direitos sobre o *patrimônio especial comum fiduciário*.

7.2.7. A evolução do *Direito Previdenciário Privado* tem sido, com efeito, no sentido de *identificação e individualização do direito*, de cada *participante e assistido*, sobre o *patrimônio especial, vinculado ao plano*, mercê da chamada *sucessão constitutiva ou criativa de direitos*, em que *se desmembra, do direito constituinte, o novo direito, o direito constituído*.

7.2.8. Nesta linha, a *portabilidade*, a envolver a noção de *direito acumulado* e prevista na nova legislação complementar (LC nº 109/01, arts. 14, II e 15, e *párrafo único*), é expressão conspícua desse *desmembramento*. Igualmente, o *direito de resgate das con-*

*tribuições salgadas, pelos participantes* que se retirem do plano, antes da aquisição do direito pleno dos benefícios (art. 42, V, da Lei nº 6.435/77; art. 14, III, da LC nº 109/01); o *crédito diferido*. As *migrações e transferências de participantes e reservas*; a permanente *individualização* dessas são figuras que evidenciam a tendência ora gizada.

7.2.9. O *patrimônio especial comum* extingue-se, quando *cessa a relação jurídica* de que se originou, *que é aquilo que se dá com a extinção da EFPC*.

Desenvolve PONTES (*op. cit.*, V: 387 e s.):  
"O patrimônio comum ou comunhão de patrimônio deixa de existir se a relação jurídica, de que se originou, cessa. A comunhão hereditária termina com o trânsito em julgado da sentença de partilha se outra comunhão continua àquela, não é mais de direito da sucessões e pode ser comunhão de patrimônio (os dois herdeiros são marido e mulher casados sob o regime da comunhão, ou os co-herdeiros se casaram, sob o regime da comunhão de bens, antes daquele trânsito em julgado). Outras comunhões de patrimônio têm maior duração. Seja como for, o período da liquidação leva à individualização dos elementos ou à formação de outro patrimônio (cf. art. 1.798)."

7.2.10. A *cessão da relação jurídica-base da comunhão*, e, em consequência, dessa, faz, na linguagem de PONTES DE MIRANDA (*op. cit.*, V.370), cessar a *'opacidade' da quota*, do *quinhão*, da *parte de cada comuneiro*, *'opacidade'* essa que, no *Direito Previdenciário Privado*, já se esmaeceu, ainda mesmo enquanto em vigor a *comunhão*.

7.2.11. E o *direito à cota*, já cessada a *relação jurídica-base*, é *direito de crédito*.

7.2.12. Preleciona, a propósito, PONTES:  
"Cessada a *mancomunhão*, que foi como regime opaco por sobre os direitos dos *mancomunheiros*, a *personalidade desses ressurgem e as quotas passam a ser vistas*."

7.2.13. Ressaltemos, uma vez mais, que o *fundo garantidor é patrimônio especial, separado*; e em comum, na medida em que há uma *co-titularidade*, dos *participantes e assistidos*, sobre o mesmo. O *participante em*



sentido lato o é do Plano e do respectivo fundo.

7.2.14. De fato, quando se fala em *fundo garantidor do plano*, não se está, como é comum ao referir-se a *patrimônio*, no sentido de *garantidor geral* do cumprimento, pelo *devedor*, das suas *obrigações* (CC, art. 1.518; CPC, art. 591); mas de um *patrimônio especial*, vinculado, que tem seu próprio *ativo e passivo*.

7.2.15. O *participante* não tem, apenas, portanto, um *direito ao benefício previdenciário*, ao valor deste, em face da EFPC, mas é titular de *direito sobre o patrimônio afetado ao plano*.

7.2.16. Em conclusão, *superávits e resíduos patrimoniais*, em momentos como os que tem vivido a FUCAE, pertencem aos *participantes*, e não à *patrocinadora*, e nada tem a ver com o *direito aos benefícios*, à posição, de *contratante*, do *participante*.

8. E tanto não é exato que o direito dos participantes e assistidos se limita ao recebimento do valor atual dos benefícios futuros, que a própria *Resolução MPAS/CDC nº 06/78, de 07.04.88*, que dispõe sobre a retirada de patrocinadoras de EFPC, prevê, no seu *Item 6*, a hipótese de o *Ativo* ser superior ao total das *Reservas Matemáticas*, e que, nesse caso, haverá o *rateio* do excedente, entre os participantes.

8.1. Nesta linha, o *Termo de Retirada de Patrocínio*, aprovado pela SPC, e celebrado pela FUCAE e pela CAIXA ECONÔMICA, estabelece, expressamente, que a opção adotada — e chancelada pela Secretaria — foi a do pagamento à vista dos fundos correspondentes a cada partícipe. E em adendo:

“O valor correspondente ao Superávit Técnico, disponível para distribuição complementar, será liberado à medida que os demais bens que compõem o Ativo do Fundo forem sendo realizados, observando-se o critério estabelecido no item 6 da Resolução Nº 06/88, isto é, será rateado entre os participantes, cabendo a cada um parte proporcional ao recebido na distribuição já efetuada.”

8.1.1. E isso, de acordo com a *Nota Técnica Atuarial* que, explicitamente, oferece o ‘*Cálculo do Valor Atual das Contribuições Futu-*

*ras, Reservas do PROES’ (nº 8), tudo chancelado pela SPC.*

8.2. Outrossim, há de considerar-se que, após o *procedimento de retirada de patrocínio*, nos termos citados, houve a *decretação da liquidação da FUCAE* (*Portaria MPAS nº 4.889*).

8.2.1. E, no *procedimento liquidatório*, também satisfeitos, integralmente, os *participantes*, enquanto *contratantes de previdência privada*, o que sobejar será utilizado para atender a algum credor e, havendo sobra, haverá *divisão ou rateio*, entre aqueles participantes, já agora como *mancomunheiros do patrimônio comum*.

8.3. Patenteia esse princípio o disposto no *art. 26, § 4º, do Decreto nº 4.206, de 23.04.01, verbis*:

“§ 4º Na ocorrência de sobras do patrimônio ou de ingresso de novos recursos no plano, cumpridas todas as obrigações da liquidanda relativas à preferência legal dos créditos de natureza trabalhista e tributária, serão realizados os procedimentos de rateio, tantos quantos forem necessários à conclusão do processo de liquidação, contemplando todos os participantes e assistidos que estavam vinculados àquele plano de benefício na data da decretação da liquidação extrajudicial.”

9. Conforme grifado, a *Constituição Federal de 1988*, em seu *art. 202*, e respectivos §§, contratualizou, expressamente, os vários *inter-relacionamentos*, que se estabelecem em torno e no interior de uma EFPC.

9.1 Nesta modelagem, além de aludir a ‘*benefício contratado*’ (*art. 202, ‘caput’*), caracteriza, de maneira explícita, ‘*as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios*’ (§ 2º), chancelando o entendimento de que esses instrumentos formais agasalham atos de subjetivação de obrigações da EFPC e da patrocinadora.

9.2. O *aporte* de suas *contribuições* é *obrigação básica da patrocinadora*, tanto que, a *inadimplência* gera a *responsabilização* dessa, de seus administradores e daqueles da EFPC (*cf. art. 42, § 4º, da Lei nº 6.435/77, art. 37, XXXIV, do Decreto nº 4.206/02*).

9.3. Quanto ao cumprimento de suas obrigações, pela patrocinadora que se retira, reportamo-nos ao *item 10 do nº II deste estudo*.

#### IV — CONCLUSÃO

1. É inexato que a *obrigação*, da patrocinadora, para com a FUACAE, fosse, tão-somente, de inteirar o que faltasse para a cobertura de encargos futuros, abatido o eventual superávit: a *obrigação*, como, acertada e legitimamente, reconheceu e proclamou a *Lei gaúcha*, era de *integralizar o valor atual das contribuições* que a Patrocinadora teria que aportar, periodicamente, e que, em razão da *liquidação da CAIXA ECONOMIA*, e do desfazi-

mento do patrocínio, por sua extinção, como pessoa jurídica, tiveram o *vencimento antecipado*.

2. Em resumo, o que a LEI RS nº 10.959/97 fez — e não poderia deixar de fazê-lo — foi atender à legislação federal de regência, quer a de liquidações de instituições financeiras, quer a de previdência complementar, e determinar o atendimento, com recursos que franqueou, da obrigação de pagamento, completo e imediato, das *contribuições patronais diferidas*.

Rio de Janeiro, 26 de outubro de 2002.

SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA

Consultor Jurídico Externo

OAB-RJ nº 79.890 (OAB-GB nº 11.417)