



SENADO FEDERAL

AVISO Nº 38, DE 2016

(nº 667/2016, na origem)

Encaminha cópia do Acórdão nº 1922/2016 - TCU, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, relativo a pedidos de reexame interpostos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES contra o Acórdão 2.766/2015 - Plenário (TC 029.058/2014-7).

AUTORIA: Tribunal de Contas da União



[Página da matéria](#)



Aviso nº 667-Seses-TCU-Plenário

Brasília-DF, 28 de julho de 2016.

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para conhecimento, cópia do Acórdão nº 1922/2016 proferido pelo Plenário desta Corte nos autos do processo nº TC 029.058/2014-7, na Sessão Ordinária de 27/7/2016, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam.

Esclareço, por oportuno, que o mencionado Acórdão produzirá efeitos após o seu trânsito em julgado e que eventuais providências a cargo dessa Presidência serão posteriormente comunicadas.

Atenciosamente,


AROLDO CEDRAZ DE OLIVEIRA
Presidente

A Sua Excelência, o Senhor
Senador RENAN CALHEIROS
Presidente do Senado Federal
Praça dos Três Poderes, Senado Federal
Brasília - DF

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 029.058/2014-7

Natureza: Pedido de Reexame (em processo de Representação)

Órgão/Entidade: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)

Responsáveis: Fernando Marques dos Santos (280.333.617-00); Guilherme Narciso de Lacerda (142.475.006-78); João Carlos Ferraz (230.790.376-34); Luciano Galvão Coutinho (636.831.808-20); Mauricio Borges Lemos (165.644.566-20); Roberto Zurli Machado (600.716.997-91); Wagner Bittencourt de Oliveira (337.026.597-49)
Interessados: Carlos Tadeu Moreira Ribeiro (551.417.817-04); Fundação de Assistência e Previdência Social do Bndes - Fapes (00.397.695/0001-97); José Carlos Sampaio Chedeak (024.999.207-85); Lucia Maria Silveira Lopes Queto (547.714.987-68); Mariza Giannini (369.975.607-68); Outros; Pedro Linhares Della Nina (013.619.317-01)

Representação legal: Bruno Ferreira Motta Teixeira (113.066/OAB-RJ), Filipe Machado Guedes (150.032/OAB-RJ), Marcus Vinicius Noronha (95.440/OAB-RJ), Álvaro Oliveira de Freitas (75.912/OAB/RJ) e outros, representando Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; Renato Marchena do Prado Pacca (79733/OAB-RJ) e outros, representando Fundação de Assistência e Previdência Social do Bndes - Fapes; André Carvalho Teixeira (18.135/OAB-DF) e outros, representando Luciano Galvão Coutinho, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. BNDES. APORTES FINANCEIROS AO PLANO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS ADMINISTRADO POR ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, SEM A CORRESPONDENTE CONTRAPARTIDA CONTRIBUTIVA DOS PARTICIPANTES. CONTRARIEDADE ÀS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS RECURSAIS INCAPAZES DE DEMONSTRAR O RESPALDO JURÍDICO DOS APORTES UNILATERAIS. NEGATIVA DE PROVIMENTO. COMUNICAÇÕES. REMESSA AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL FATO TÍPICO PENAL POR PARTE DOS DIRIGENTES DO BNDES.

RELATÓRIO

Transcrevo instrução elaborada pela Secretaria de Recursos:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedidos de reexame interpostos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (peça 123) e pela Fundação de Assistência e Previdência

Social do BNDES – Fapes (peça 104) contra o Acórdão 2766/2015– Plenário (peça 100), proferido nos seguintes termos:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de representação, apresentada pelos Srs. José Carlos Sampaio Chedeak, Coordenador-Geral de Fiscalização Direta, e Sérgio Djundi Taniguchi, Diretor de Fiscalização, ambos vinculados à Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, a respeito de possíveis irregularidades em aportes realizados pelo patrocinador Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES ao plano de benefícios previdenciários administrado pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes, sem a correspondente contrapartida dos participantes,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, vez que satisfeitos os requisitos de admissibilidade para tanto, em especial aqueles previstos nos arts. 235 e 237, inc. III, do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. determinar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, nos arts. 43, inciso I, e 45 da Lei 8.443/1992, e nos arts. 250, inciso II, e 251 do RI/TCU, que:

9.2.1. se abstenha de efetuar, em favor do plano de benefícios previdenciários administrado pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes, aportes e contribuições não paritárias, em obediência ao disposto no art. 202, §3º, da Constituição Federal e no art. 6º, §§ 1º e 3º, da Lei Complementar 108/2001;

9.2.2. no prazo de noventa dias, apresente plano de ação com medidas para obter o ressarcimento, em valores atualizados, das importâncias indevidamente repassadas à Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes quando dos aportes unilaterais e sem a contribuição paritária dos beneficiários de R\$ 395,2 milhões em junho de 2009, R\$ 11,5 milhões em julho de 2010 e R\$ 40,9 milhões em agosto de 2010, em afronta ao § 3º do art. 202 da Constituição Federal e aos §§ 1º e 3º do art. 6º da Lei Complementar 108/2001, devendo o prazo de ressarcimento não ultrapassar o limite de 36 meses;

9.2.3. dê continuidade ao estudo acerca do risco e a sustentabilidade do Plano Básico de Benefícios administrado pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes, conforme as medidas comunicadas pela Presidência do BNDES, por meio do ofício 302/2015-BNDES GP, com vistas a adequar referido plano de previdência à realidade previdenciária atual, bem como a reduzir seus custo e risco;

9.2.4. observe a obrigatoriedade de prévia autorização do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais nas situações previstas no art. 4º da LC 108, no inc. VI do art. 2º do Decreto 3.735/2001 e na alínea “f” do inciso IV do art. 8º do Anexo I do Decreto 8.189/2014;

9.3. determinar à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que, no prazo de noventa dias, calcule o valor atualizado que foi aportado unilateralmente pelo BNDES à Fapes (aportes de R\$ 395,2 milhões em junho de 2009, R\$ 11,5 milhões em julho de 2010 e R\$ 40,9 milhões em agosto de 2010), de maneira a subsidiar o BNDES no cumprimento da medida determinada no item 9.2.2 deste Acórdão;

9.4. determinar à SecexPrevidência que:

9.4.1. realize a audiência dos componentes da diretoria do BNDES e demais responsáveis pelas autorizações de aportes de recursos previdenciários à Fapes, a título de contribuições

extraordinárias, nos valores de R\$ 395.261.656,88, conforme Decisão nº Dir. 201/2009 (peça 78, p. 26) e Informação Padronizada – IP 024/09 (peça 78, p. 27/41), de R\$ 11.478.660,54, conforme Informação Padronizada – IP 046/2010 (peça 78, p. 44/47), e de R\$ 40.923.934,42, conforme Informação Padronizada – IP 54/10 e 10/10 (peça 78, p. 51/59), para que apresentem razões de justificativa pela realização dos referidos aportes de forma unilateral pelo BNDES, sem a observância da paridade com as contribuições dos assistidos pelo plano de previdência, exigida pelo art. 202, §3º, da Constituição Federal e pelo art. 6º, §§ 1º e 3º, da Lei Complementar 108/2001, bem como sem a oitiva prévia do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais – Dest, prevista no art. 4º da referida Lei Complementar e no art. 2º, inciso VI, do Decreto 3.735/2001;

9.4.2. realize a audiência dos gestores da área jurídica do BNDES subscritores da Nota AJ/COJIN – 008/2009 (peça 1, p. 5/16) e da Nota AJ/COJIN – 011/2009 (peça 1, p. 17/25), para que apresentem suas razões de justificativa pela elaboração e aprovação das referidas Notas, que serviram de fundamento para a realização do aporte unilateral pelo BNDES à Fapes no valor de R\$ 395.261.656,88, a despeito de representar inobservância dos dispositivos constitucionais e legais referenciados no item 9.4.1 acima;

9.4.3. aprofunde sua análise sobre a fonte de recursos utilizada para a realização dos aportes unilaterais indicados no item 9.4.1 acima, bem como apure a eventual ocorrência de infração a normas de caráter orçamentário ou financeiro pelo BNDES nessas operações, devendo, caso venham a ser detectadas irregularidades, submeter o caso ao Relator;

9.4.4. monitore as determinações constantes dos itens 9.2 e 9.3 deste Acórdão;

9.4.5. apure a eventual participação do Conselho de Administração do BNDES na aprovação das mencionadas contribuições, e, em caso afirmativo, promova a audiência dos referidos membros, nos termos do item 9.4.1 deste Acórdão;

9.5. determinar a constituição de processo apartado para acompanhamento das medidas adotadas pelo BNDES em relação a outros aportes unilaterais que seriam relacionados a eventos ocorridos em data anterior à instituição da paridade contributiva, devendo a análise abranger a avaliação da correção dos valores das dívidas reconhecidas pelo BNDES e considerar, além da disciplina constante do art. 202 da Constituição Federal e da Lei Complementar 108/2001, a questão atinente à limitação temporal prevista no art. 6º da Emenda Constitucional 20/1998;

9.6. determinar o levantamento da chancela de sigilo que recai sobre este feito; (...)

HISTÓRICO

2. Cuidam originalmente os presentes autos de representação formulada pelos Srs. José Carlos Sampaio Chedeak, Coordenador-Geral de Fiscalização Direta, e Sérgio Djundi Taniguchi, Diretor de Fiscalização, ambos vinculados à Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, a respeito de possíveis irregularidades em aportes realizados pelo patrocinador Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES ao plano de benefícios previdenciários administrado pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes, sem a correspondente contrapartida dos participantes.

2.1. Após o exame da documentação ofertada pelos representantes, a SecexPrevidência, em instrução inicial dos autos (peça 40), noticiou que, em procedimento de fiscalização e supervisão na Fapes, a Previc verificou três aportes unilaterais promovidos por seu patrocinador (BNDES), os quais, em tese, poderiam constituir infração à legislação, sendo eles de R\$ 395,2 milhões, em junho de 2009, R\$ 11,5 milhões, em julho de 2010, e R\$ 40,9 milhões, em agosto de 2010.

2.2. *Conforme apurou a fiscalização da Previc, tais aportes se destinariam a cobrir a insuficiência oriunda do aumento de provisões matemáticas decorrente de alteração do Plano Estratégico de Cargos e Salários (PECS) dos empregados do BNDES, circunstância que haveria motivado o patrocinador a considerar o evento como de sua culpa exclusiva (com o conseqüente aporte unilateral).*

2.3. *Todavia, no entendimento dos representantes, a realização de aportes unilaterais pelo patrocinador, sem as correspondentes contrapartidas dos participantes, caracterizaria, em tese, descumprimento da paridade contributiva prevista no § 3º do art. 202 da Constituição Federal de 1988 e no art. 6º da Lei Complementar 108/2001, que dispõe sobre a relação das entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar.*

2.4. *Para proceder aos aportes de forma unilateral, consoante os elementos presentes nos autos, o BNDES amparou-se em parecer de sua área jurídica, manifestado nas Notas AJ/Cojin 8/2009, de 23/3/2009 (peça 1, p. 5-16), e AJ/Cojin 11/2009, de 3/4/2009 (peça 1, p. 17-25), do que se depreende, em síntese, a defesa do entendimento de que a regra geral da proporção contributiva para o equacionamento de déficits prevista no art. 29 da Resolução MPS/CGPC 26/2008 somente alcançaria os resultados deficitários decorrentes da gestão financeira do Plano, não se aplicando ao caso em questão, em que o déficit decorreu de ato de gestão administrativa do patrocinador, ao promover alterações nos planos de cargos e salários de seus empregados.*

2.5. *Outra irregularidade apontada pela Previc consistiu na inexistência da manifestação prévia do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (Dest), consoante exigência constante do inc. VI do art. 2º do Decreto 3.735/2001. A esse respeito, manifestação do Dest informou não vislumbrar óbices à autorização retroativa do procedimento, desde que “previdenciariamente regular” (peça 1, p. 31-32). Esclarece o Dest, contudo, o aspecto de seu pronunciamento não abranger os aportes de R\$ 11,5 milhões e R\$ 40,9 milhões.*

2.6. *Na ocasião, a unidade técnica propôs, além das diligências pertinentes, a adoção de medida cautelar no sentido de determinar ao BNDES que abstinhasse de realizar novos aportes extraordinários sem a correspondente contrapartida dos participantes, haja vista os fortes indícios de descumprimento do disposto no §3º do art. 202 da Constituição Federal, no art. 6º da Lei Complementar 108/2001 e no inc. VI do art. 2º do Decreto 3.73/2001.*

2.7. *O Relator a quo, por meio do despacho constante da peça 44, considerou presentes os requisitos para adoção da medida cautelar proposta pela unidade técnica, sem prejuízo de promover a oitiva, as diligências e as comunicações julgadas pertinentes. Para perfeita compreensão da matéria, reproduz-se o teor da parte dispositiva da decisão então proferida:*

“25. Ante o exposto, determino, com fulcro no art. 71, inc. IX, da CF/88, no art. 45 da Lei 8.443/92 e no art. 276 e §§ do Regimento Interno do TCU:

a) cautelarmente, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES que se abstenha de realizar, em favor dos planos de benefícios administrados pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES – Fapes, quaisquer novos aportes extraordinários sem a correspondente contrapartida dos participantes, até que o Tribunal delibere definitivamente sobre a matéria;

b) que se proceda, no âmbito do BNDES, à oitiva dos responsáveis, para que se pronunciem, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da ciência, sobre os fatos apontados nesta Representação, devendo manifestar-se, em especial, quanto:

b.1) ao fundamento legal e à motivação para os três aportes unilaterais ao plano de benefícios administrados pela Fapes aqui referidos, destinados, segundo se afirma, a regularizar a insuficiência decorrente do aumento das provisões matemáticas;

b.2) à fonte de recursos que foi utilizada para cada um desses aportes unilaterais;

b.3) ao motivo para a ausência de prévia autorização do Dest para os aportes em questão, contrariando o inc. VI do art. 2º do Decreto 3.735/2001;

b.4) a se há, ou não, previsão de novos aportes unilaterais da espécie e, caso afirmativo, sob qual fundamento jurídico, valor, data provável, fonte de recursos e outras informações acerca de tais transferências.

26. Determino, ainda, à SecexPrevidência, que, com a urgência requerida pelo caso:

a) providencie as comunicações cabíveis para a implementação das medidas indicadas no parágrafo precedente, encaminhando, em anexo aos expedientes, no caso da providência referida no item 25.b, cópias deste Despacho;

b) promova diligências:

b.1) junto ao Dest, para que informe, tendo em vista a competência que lhe foi atribuída pela alínea f do inc. IV do art. 8º do Anexo I do Decreto 8.189/2014 (sendo que disposição idêntica constava, anteriormente, da alínea f do inc. IV do art. 6º do anexo I dos Decretos 7.675/2012 e 7.063/2010):

b.1.1) sua manifestação conclusiva a respeito da autorização do aporte unilateral e sem contrapartida de R\$ 395,2 milhões promovido pelo BNDES em favor da Fapes em junho de 2009, tendo em vista a inviabilidade de identificar-se com precisão seu posicionamento a partir do pronunciamento constante do Ofício 973/Dest-MP, de 25/9/2012;

b.1.2) seu posicionamento conclusivo em relação à autorização dos aportes unilaterais de R\$ 11,5 milhões e R\$ 40,9 milhões realizados pelo BNDES à Fapes;

b.2) junto à Fapes, com vistas a que informe se há outros documentos que considere relevantes e que devam constar dos autos, hipótese em que cópias de tais elementos deverão ser encaminhadas a esta Casa;

b.3) junto à Previc, a fim de que apresente:

b.3.1) informações relacionadas ao Plano Básico de Benefícios da Fapes, tais como, entre outras, valor do benefício médio, características do plano (e.g., se de Contribuição Definida ou de Benefício Definido, se ainda aberto para novos participantes), mecanismos de reajuste dos valores de benefícios, existência de previsão nas projeções atuariais para aumentos de salários dos funcionários (e.g., se prevê que aumentos de salário de ativos sejam também aplicados, na mesma medida, aos assistidos);

b.3.2) comparativo do plano da Fapes com planos semelhantes encontrados no mercado, inclusive quanto ao nível de risco do desenho do plano;

b.3.3) informe quanto a se, além do “procedimento interno de fiscalização direta e controle via supervisão contínua”, aquela Superintendência realizou alguma outra espécie de fiscalização ou auditoria na Fapes e, nesse caso, se tal procedimento promoveu a verificação da regularidade da gestão e aplicação dos recursos do fundo de benefícios gerido por aquela entidade, devendo, no caso de resposta afirmativa a tais questionamentos, encaminhar, a este Tribunal, cópia do respectivo relatório;

b.3.4) quaisquer outros elementos ou informações que julgar importantes para a análise do tema.

c) dê conhecimento deste despacho e de seu conteúdo ao Dest;

d) após a promoção de tais medidas, providencie, de imediato, nova instrução do feito, restituindo-o a este Gabinete via MP/TCU.”

2.8. *Na sequência, por meio da instrução constante da peça 86, a SecexPrevidência procedeu ao exame dos esclarecimentos apresentados, manifestando-se conclusivamente no sentido de que os aportes realizados pelos BNDES à Fapes careciam de embasamento jurídico para que fossem considerados decorrentes de culpa exclusiva da patrocinadora e que não havia ocorrido autorização prévia do Dest conforme estabelece a legislação.*

2.9 *Desta forma, propôs a unidade técnica considerar procedente a representação, bem assim determinar ao BNDES, dentre outras medidas, que se abstinhasse de efetuar aportes e contribuições não paritárias em consonância com o art. 6º da Lei Complementar 108/2001, além de apresentar ao Tribunal plano de ação com as medidas tendentes a calcular e promover o ressarcimento dos valores indevidamente repassados à Fapes. Tal proposta contou o aval do Ministério Público junto ao TCU (peça 96).*

2.10. *Por conseguinte, o Relator a quo manifestou concordância com os pareceres, permitindo-se transcrever o seguinte excerto do Voto Conductor, do qual consta a essência da discussão travada nos recursos ora exame:*

“56. Tendo em conta as informações e elementos aportados aos autos, não vejo reparos substanciais a fazer às conclusões da unidade instrutiva, com que se pôs de acordo o Ministério Público junto a esta Casa, incorporando suas análises às minhas razões de decidir.

57. Com efeito, considero que nem o BNDES nem a Fapes lograram apresentar fundamento legal e motivação idônea para que os aportes ao plano de benefícios administrado pela Fapes enfocados nesta Representação fossem promovidos unilateralmente pela instituição patrocinadora, sem o devido respeito à regra da paridade.

58. De fato, alinho-me ao entendimento defendido pela unidade técnica, no sentido de se realizar a interpretação da legislação complementar dentro do escopo normativo das regras constitucionais a que se referem. Assim, enquanto a LC 109/2001 (art. 1º) veio complementar a legislação atinente ao disposto no caput do art. 202 da Constituição Federal, a LC 108/2001 (art. 1º) objetivou complementar as normas atinentes aos §§ 3º, 4º, 5º e 6º daquele mesmo artigo constitucional, que possui a seguinte redação:

“art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

[...]

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação” (destaques não constantes do original).

59. Assim, a LC 108/2001, editada para disciplinar as relações dispostas nos §§ 3º ao 6º do art. 202 da CF/1988, é a única norma infraconstitucional que poderia conter disciplina específica sobre contribuições do ente público em benefício de entidade de previdência privada por ele patrocinada. E aquela norma previu que as contribuições normais deveriam obrigatoriamente observar a paridade (art. 6º, §1º), e que, além dessas, os planos poderiam prever o aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuições facultativas, sem contrapartida do patrocinador público (art. 6º, §2º).

60. Não cabe extrair dos dispositivos da LC 109/2001 norma autorizadora de contribuição exclusiva de ente público em benefício de entidade de previdência privada por ele patrocinada.

61. Ainda que pudesse ser superada essa questão, deve ser considerado que, se o plano de previdência da FAPES tem como regra garantir a manutenção da paridade de remuneração entre empregados ativos e assistidos, isso significa que esse benefício, ainda que questionável, deve ser mantido por contribuições “normais” do patrocinador e participantes, vez que suportam uma regra ordinária inerente ao próprio plano de benefícios, e não uma condição externa ou extraordinária, o que implica a obrigatoriedade da contribuição dos participantes e assistidos, de forma paritária, por força do §3º do art. 202 da CF/1988, bem como afasta a utilização do instituto da contribuição “extraordinária” definido na LC 109/2001:

‘Art. 19 (...)

Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:

I – normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal’.

62. A questão fica ainda mais clara com a redação do § 3º do art. 6º da LC 108/2001, que é incompatível com a utilização de contribuições “extraordinárias” do patrocinador público para financiar o plano de benefícios:

‘Art. 6º (...)

(...)

§ 3º É vedado ao patrocinador assumir encargos adicionais para o financiamento dos planos de benefícios, além daqueles previstos nos respectivos planos de custeio.’

63. Note-se que essa vedação, por constar da LC 108/2001, que regulamenta a previdência complementar para entidades públicas, é regra específica a ser aplicada pelo BNDES e, portanto, não poderia ser afastada por nenhuma regra contida na LC 109/2001, ainda que existisse, pois esta última lei alcança o BNDES apenas como normas gerais.

64. *Observe-se, ainda, que, pela regra geral constante do caput do art. 202 da Constituição Federal, o plano de previdência complementar deve ser “baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado” e, por certo, tem a obrigação de considerar as questões inerentes ao respectivo plano, como no caso a paridade entre a remuneração dos empregados ativos e os benefícios dos assistidos. E as alterações remuneratórias dos empregados ativos, sujeitas a diversas variáveis, não podem ser tidas como situação imprevisível ou extraordinária. O plano deve estar apto a suportar, com suas contribuições normais, essas variações na estrutura remuneratória do BNDES.*

65. *Mesmo se considerássemos ultrapassado esse ponto, mister se faz registrar que também para a utilização do conceito de contribuição extraordinária, previsto na LC 109/2001, não há autorização legal para contribuição sem paridade no caso em comento, vez que o art. 21 daquela Lei dispõe que eventual resultado deficitário nos planos deverá ser equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições. Nos termos daquele dispositivo, qualquer que seja o agente culpado pelo déficit, este deverá ser suportado por contribuições paritárias, sem prejuízo da impetração de ação de regresso contra o causador do dano. Idêntica conclusão pode ser extraída do art. 29, parágrafo único, da Resolução MPS/CGPC nº 26/2008, editada pelo Conselho de Gestão de Previdência Complementar, do Ministério da Previdência Social, que também afasta a possibilidade de contribuições exclusivas de ente públicos para o equacionamento de resultado deficitário (peça 77, p. 155):*

‘Art. 29. O resultado deficitário apurado no plano de benefícios deverá ser equacionado por participantes, assistidos e patrocinadores, observada a proporção quanto às contribuições normais vertidas no exercício em que apurado aquele resultado, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que tenham dado causa a dano ou prejuízo ao plano de benefícios administrado pela EFPC.

Parágrafo único. Em relação aos planos de benefícios que não estejam sujeitos à disciplina da Lei Complementar nº 108, de 2001, o resultado deficitário poderá ser equacionado pelos patrocinadores, de forma exclusiva ou majoritária, sem a observância da proporção contributiva de que trata o caput’ (destaquei)

66. *A despeito das alegações de que não se trata de cobertura de déficit, vislumbro não haver dúvida de que as contribuições buscaram evitar/corrigir resultado deficitário no plano em virtude do crescimento do valor dos benefícios em decorrência de sua paridade com a remuneração dos empregados ativos. E ao menos parte deste déficit já constou expressamente do resultado do exercício de 2008 da Fapes, conforme p. 34/35 da peça 18 (déficit técnico acumulado de R\$ 139 milhões), assim registrado na Informação Fiscal nº 02/ERRJ/PREVIC, de 11/10/2010 (peça 14, p. 20):*

‘5. Consta do parecer atuarial que o resultado deficitário, em 2008, teve natureza estrutural e conjuntural. Esta devido ao comportamento atípico do mercado financeiro durante este período, e aquela por causa das alterações ocorridas no Plano Estratégico de Cargos e Salários (PECS) da patrocinadora por força dos acordos coletivos de trabalho de 2005, 2007 e 2008 que oneraram os compromissos do Plano Básico de Benefícios’.

67. *E ainda que não fosse o caso de equacionamento de resultado deficitário, haveria, a meu ver, considerando tratar-se de um patrocinador público, a necessidade de que a LC 109/2001 expressamente autorizasse o BNDES a realizar*

aportes unilaterais sem a observância de paridade com os assistidos, o que aquela Lei não fez.

68. Por fim, mesmo se fossem superadas todas as questões acima, não há cabimento em atribuir ao BNDES culpa exclusiva pelo desequilíbrio financeiro do plano de benefícios da Fapes. O BNDES, ao deliberar sobre a política salarial de seus empregados, assume responsabilidade pelo pagamento das remunerações acordadas em princípio e também pela realização da correspondente contribuição paritária à Fapes. Não é razoável atribuir somente ao BNDES a responsabilidade pela garantia aos segurados de percepção de benefícios equiparados à remuneração dos empregados ativos. Ou o patrocinador e os assistidos são capazes de suportar, de forma paritária, essa garantia, ou que ela seja revista.

69. Não há lógica em exigir contribuição adicional exclusiva do BNDES em razão da concessão de reajuste salarial acima do patamar previsto no plano de benefícios, assim como também não seria razoável o BNDES exigir da Fapes a restituição de valores em razão do superávit observado pela entidade em decorrência de aumento salarial dos empregados da ativa em patamar inferior à previsão da Fapes.

70. Além das considerações acima acerca da inadequada interpretação da legislação realizada pelo BNDES, pesa contra essas operações o fato de aquela entidade não haver logrado êxito em corroborar sua tese de que os aportes em questão prescindiriam de prévia autorização do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (Dest), considerando o disposto no parágrafo único do art. 4º da LC 108/2001 e no inciso VI do art. 2º do Decreto 3.735/2001, que claramente buscam esse controle sempre que o patrocinador público pretende acrescer suas responsabilidades financeiras perante o plano de benefícios:

LC 108/2001

‘Art. 4o Nas sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, a proposta de instituição de plano de benefícios ou adesão a plano de benefícios em execução será submetida ao órgão fiscalizador, acompanhada de manifestação favorável do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle do patrocinador.

Parágrafo único. As alterações no plano de benefícios que implique elevação da contribuição de patrocinadores serão objeto de prévia manifestação do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle referido no caput’

Decreto 3.735/2001

Art. 2o A aprovação, das matérias a seguir discriminadas, de interesse das empresas estatais federais, depende de prévia manifestação do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais:

(...)

VI - alteração de estatutos e regulamentos, convênios de adesão, contratos de confissão e assunção de dívidas de entidades fechadas de previdência privada, patrocinadas por empresas estatais federais”.

2.11. Na peça recursal apresentada, o BNDES formula pedido no sentido de que seja conhecido e dado provimento ao seu pedido de reexame, a fim de tornar insubsistentes os subitens 9.2.2, 9.3, 9.4.1 e 9.4.5 do acórdão recorrido. Já a Fapes requer, em síntese, o conhecimento e o provimento do seu recurso para, em primeiro lugar, reconhecer a regularidade dos aportes realizados pelo BNDES ou, alternativamente, dispensar o ressarcimento dos valores por parte da

entidade, reformando-se, assim, a disposição constante do subitem 9.2.2. da deliberação guerreada.

ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares promovidos por esta Secretaria de Recursos (peças 109 e 124), que propugnaram pelo conhecimento dos recursos interpostos e, conseqüentemente, pela suspensão dos efeitos dos subitens 9.2.2 e 9.3 do Acórdão 2766/2015 – Plenário. Tais manifestações contaram com a anuência do Ministro Relator (peças 117 e 133).

3.1. Vale lembrar que, no caso da peça apresentada pelo BNDES, a proposta desta Serur foi no sentido do não cabimento do recurso quanto aos subitens 9.4.1 e 9.4.2 da deliberação (determinações de audiências), tendo em vista a disposição do art. 279 do RITCU que não admite a interposição de recursos em face de itens que determinam a realização de audiência e de fiscalização (apuração) por este Tribunal.

3.2. Conforme restou consignado, o eventual exercício da ampla defesa e do contraditório se dará no âmbito da audiência dos responsáveis e da fiscalização a ser realizada, razão as considerações declinadas no recurso do BNDES a esse respeito não serem objeto de apreciação da presente instrução.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1 Constituem objeto dos recursos em exame as seguintes questões:

- a) legalidade das “contribuições extraordinárias sem paridade”;
- b) caracterização do déficit e a natureza dos recursos utilizados pelo BNDES;
- c) necessidade de manifestação prévia do DEST (Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais).

5. Da legalidade das “contribuições extraordinárias sem paridade”.

Argumentos:

5.1. De forma resumida, o BNDES sustenta não ser a Lei Complementar 108/2001 a única lei infraconstitucional a dispor sobre as espécies de contribuições que as entidades públicas estão autorizadas a fazer, enquanto patrocinadoras de planos de previdência, de modo que seria um equívoco pressupor serem as contribuições normal e facultativa as únicas contribuições existentes nesses planos de benefícios.

5.2. Com isso, argumenta não se poder concluir que a LC 108/2001 tenha esgotado todo regramento aplicável aos mencionados planos de previdência, bem assim todas as espécies de contribuições possíveis a um patrocinador integrante da Administração Pública, defendendo, assim, a aplicação dos dispositivos da LC 109/2001 pelos entes públicos, conforme expressa previsão do 2º da LC 108/2001.

5.3. Por meio de exercício de interpretativo acerca das disposições da LC 108/2001 e da LC 109/2001, defende o recorrente que a contribuição extraordinária prevista neste último regramento constitui um instrumento aplicável a todo e qualquer plano de previdência complementar e que a ausência de referência naquela primeira norma não significa, de modo algum, que esta seja vedada aos patrocinadores públicos.

5.4. Ao tempo que explicita as finalidades da contribuição extraordinária, o recorrente afirma que a regra da paridade prevista na Constituição Federal aplica-se somente à contribuição extraordinária destinada à cobertura de déficit, mas não àquela destinada a custear serviço passado ou outras finalidades não previstas na contribuição normal, conforme disposto no art. 19, inciso II, da LC 109/2001.

5.5. Assim, por considerar que a deliberação recorrida fez uma ampliação indevida da regra da paridade, conclui que as entidades reguladas pela Lei Complementar n.º 108/2001, tal

como o BNDES, estariam autorizadas a verter contribuição extraordinária não paritária, inclusive assumindo a responsabilidade exclusiva quando as circunstâncias assim o justificarem, contanto que seja destinada a custear serviço passado ou, ainda, outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

5.6. Registre-se que, em defesa de sua tese, o recorrente faz referência ao Parecer 071/2011/CGCJ/PF/PREVIC (peça 123, p. 106-11), emitido por procurador federal junto Previc, no qual teria se admitido a possibilidade de o patrocinador público efetuar aportes a título de contribuição extraordinária sem observância à regra da paridade.

5.7. A propósito, vale consignar que, com base nessa manifestação, o BNDES argumenta também noutro ponto do seu recurso pela impossibilidade de se aplicar retroativamente novo entendimento sobre a matéria, invocando os princípios da segurança jurídica, boa-fé objetiva e da confiança.

5.8. Igualmente, a peça recursal traz considerações acerca da equiparação entre o valor de benefícios da inatividade e os salários percebidos pelos participantes ativos, sustentando-se a regularidade do procedimento, o que, inclusive, qualificaria a natureza extraordinária dos aportes feitos pelo BNDES em julho de 2009, julho de 2010 e agosto de 2010.

5.9. Por seu turno, a Fapes aponta inicialmente no seu recurso a existência de inconsistências na representação administrativa que motivou a instauração do presente processo, especialmente nas informações prestadas tanto pelo Dest quanto pela Previc a este Tribunal.

5.10. Sustenta que a matéria versada nos autos contou com a análise e a aprovação das instâncias competentes (Previc e do Dest), constituindo-se, portanto, um ato jurídico perfeito, daí porque a presente represente deveria ser considerada improcedente.

5.11. Alega ainda ser inaplicável a paridade contributiva no caso de contribuição extraordinária por parte do patrocinador público, fazendo alusão a pareceres jurídicos colacionados aos autos que respaldariam a legalidade dos aportes realizados pelo BNDES.

5.12. Neste particular, sustenta a fragilidade da base jurídica do acórdão recorrido, uma vez que teria se amparado tão somente na opinião emitida em parecer de procurador federal, não considerando as demais manifestações acostadas aos autos.

5.13. Por fim, aponta uma suposta contradição na deliberação atacada quanto ao fato de o Relator a quo determinar providências com vistas à restituição dos valores ao BNDES ao mesmo tempo em que ordena a audiência dos gestores com vistas a avaliar, dentre outros aspectos, se existiria eventual dúvida razoável de interpretação.

5.14. No seu entender, esta última assertiva do voto condutor demonstraria uma incongruência do acórdão, pois como se poderia justificar ao final a restituição de valores ao BNDES diante de um eventual afastamento da responsabilidade dos agentes da própria entidade, considerando a afirmação do Relator a quo de que a realização da audiência não constitui prejulgamento da conduta dos gestores.

Análise:

5.15. Observa-se que os recorrentes retomam, em grande parte, argumentos que foram devidamente refutados na fase anterior do processo, não se conseguindo mais uma vez demonstrar a legalidade dos aportes realizados pelo patrocinador BNDES ao plano de benefícios previdenciários administrado pela Fapes, sem a correspondente contrapartida dos participantes.

5.16. Consoante já deliberou este Tribunal em outras oportunidades (Acórdãos 169/2005, 2125/2007, 659/2009 e 2989/2009, todos do Plenário, e Acórdão 2.754/2012 – 1ª Câmara), em se tratando de planos de previdência patrocinados por entidades públicas, **a regra é a paridade de contribuição entre o patrocinador e os participantes**, de modo que não se identifica na legislação de regência exceção capaz de albergar os aportes em discussão.

5.17. *A respeito, a Constituição Federal no §3º do seu art. 202, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 20/1998, dispôs expressamente acerca da necessidade de observância da paridade contributiva entre patrocinador e participante, nos seguintes termos:*

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

5.18. *Conforme acertadamente anotou o Relator a quo, a interpretação da legislação complementar deve ser feita dentro do escopo normativo das regras constitucionais a que se referem. Enquanto a Lei Complementar 109/2001 veio complementar a legislação atinente ao disposto no caput do art. 202 da CF (normas gerais), a LC 108/2001 objetivou disciplinar especificamente os dispositivos constitucionais atinentes aos planos de previdência patrocinados por entidades públicas.*

5.19. *A Lei Complementar 108/2001 estabelece da seguinte forma o custeio dos planos de benefícios patrocinados pelos entes públicos:*

Art. 6º O custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos.

§ 1º A contribuição normal do patrocinador para plano de benefícios, em hipótese alguma, excederá a do participante, observado o disposto no art. 5º da Emenda Constitucional no 20, de 15 de dezembro de 1998, e as regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º Além das contribuições normais, os planos poderão prever o aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador.

§ 3º É vedado ao patrocinador assumir encargos adicionais para o financiamento dos planos de benefícios, além daqueles previstos nos respectivos planos de custeio.

5.20. *Bem de se ver que a lei, além de proibir taxativamente a realização de contribuição pelo patrocinador que exceda a do participante, vedou também a assunção de encargos adicionais, independentemente da sua natureza jurídica, que não aqueles previstos nos planos de custeio, prescrevendo ainda que a contribuição será normal ou facultativa, neste último caso sem contrapartida do patrocinador.*

5.21. *Conforme acertadamente pontuou o Voto condutor da deliberação recorrida, a LC 108/2001 constitui-se a única norma infraconstitucional que poder dispor sobre contribuições do ente público em benefício de entidade de previdência privada por ele patrocinada, não havendo como buscar nos dispositivos da LC 109/2001 norma autorizadora para justificar os aportes em questão.*

5.22. *A propósito, cabe lembrar o que disciplinou a LC 109/2001 no tocante às contribuições para o sistema de previdência privada:*

Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:

I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

5.23. *Nota-se a pretensão dos recorrentes de contrapor os conceitos de “contribuição normal”, da LC 108/2001, e de “contribuição extraordinária”, da Lei Complementar 109/2001, com o fito de legitimar os aportes realizados pelo BNDES, o que, todavia, afigura-se juridicamente incorreto, por misturar conceitos jurídicos de ordem e dimensões distintas.*

5.24. *Com efeito, a perfeita exegese das disposições da LC 108/2001 e da LC 109/2001 permite concluir que, no caso da primeira, a natureza de contribuições está relacionada à origem ou à responsabilidade pelos dispêndios (do patrocinador ou do participante), enquanto na segunda está relacionada à temporalidade (previsível ou imprevisível), daí porque, no contexto da presente discussão, não se pode afirmar que a contribuição normal da LC 108/2001 seja da mesma natureza daquela disposta na LC 109/2001.*

5.25. *Ademais, ainda que se pudesse admitir a realização de contribuição extraordinária da LC 109/2001 por parte das entidades públicas, ela jamais poderia escapar da regra vigente no âmbito do subsistema regulado pela LC 108/2001, tendo em vista a expressa vontade do constituinte reformador no sentido de que fosse observada a paridade de contribuição entre o patrocinador e o participante, independentemente da sua natureza jurídica, conforme a disposição do art. 202, §3º.*

5.26. *O fato de a LC 108/2001 admitir (art.º 2) a aplicação das regras e princípios da LC 109/2001 às entidades por ela reguladas não significa que institutos jurídicos desta última possam ser transmutados sem a observância da lógica que rege o subsistema regulado pela primeira, no caso a regra da paridade de contribuição entre patrocinador e participante.*

5.27. *Aliás, a própria LC 108/2001 estabelece expressamente que, quando da transposição de regras e princípios da LC 109/2001, devem ser ressalvadas as disposições específicas, como é caso do disposto no §3º do seu art. 6º:*

§ 3o É vedado ao patrocinador assumir encargos adicionais para o financiamento dos planos de benefícios, além daqueles previstos nos respectivos planos de custeio.

5.28. *Noutro ponto, argumenta-se que a “contribuição extraordinária” efetivada pelo BNDES, por não ter objetivado a cobertura de déficit, não estaria sujeita à regra da paridade, uma vez que a observância de proporcionalidade prevista no art. 21 da LC 109/2001 não se aplicaria à contribuição destinada a custear serviços passado ou outras finalidades não previstas na contribuição normal.*

5.29. *Ainda que se pudesse qualificar juridicamente os aportes realizados pelo BNDES como a “contribuição extraordinária” da LC 109/2001, eis que se enquadram como um encargo adicional (§3º do art. 6º LC 108/2001), consoante alhures mencionado, eles não estariam dispensados da regra da paridade, uma vez que novamente não se logrou descaracterizar o déficit verificado no plano de benefícios administrado pela Fapes, como será discutido adiante nesta instrução.*

5.30. *Quanto ao argumento de que os aportes unilaterais do BNDES se justificariam em virtude da responsabilidade da estatal pelo desequilíbrio financeiro do plano de benefícios da*

*Fapes, não há fundamento jurídico que sustente essa tese de culpa exclusiva do banco, quando a própria a Lei 108/2001 estabelece a **responsabilidade mútua** do patrocinador, dos participantes e dos assistidos:*

Art. 6º O custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos.

5.31. *A respeito, bem assinalou o Relator a quo:*

68. Por fim, mesmo se fossem superadas todas as questões acima, não há cabimento em atribuir ao BNDES culpa exclusiva pelo desequilíbrio financeiro do plano de benefícios da Fapes. O BNDES, ao deliberar sobre a política salarial de seus empregados, assume responsabilidade pelo pagamento das remunerações acordadas em princípio e também pela realização da correspondente contribuição paritária à Fapes. Não é razoável atribuir somente ao BNDES a responsabilidade pela garantia aos segurados de percepção de benefícios equiparados à remuneração dos empregados ativos. Ou o patrocinador e os assistidos são capazes de suportar, de forma paritária, essa garantia, ou que ela seja revista.

69. Não há lógica em exigir contribuição adicional exclusiva do BNDES em razão da concessão de reajuste salarial acima do patamar previsto no plano de benefícios, assim como também não seria razoável o BNDES exigir da Fapes a restituição de valores em razão do superávit observado pela entidade em decorrência de aumento salarial dos empregados da ativa em patamar inferior à previsão da Fapes.

5.32. *Realmente, afigura-se um contra senso exigir somente do patrocinador a assunção de compromissos para saldar déficit observado no plano de benefícios, quando, no sentido inverso, o patrocinador não é beneficiado com os eventuais superávits obtidos na operação do plano de previdência, daí porque sem respaldo a tese de culpa exclusiva do BNDES quanto ao desequilíbrio financeiro mencionado.*

5.33. *Aqui, aliás, vê-se a pertinência do questionamento lançado no Voto condutor (item 61) acerca da regra existente no plano de benefícios da Fapes de se garantir a manutenção da paridade de remuneração entre empregados ativos e beneficiários do fundo de previdência. Ainda que não haja irregularidade nesse procedimento, como defendido pelos recorrentes, tal política deve ser mantida, exclusivamente, por contribuições normais do patrocinador e participantes, como regra ordinária inerente ao próprio plano de benefícios, e não vista como uma condição externa ou extraordinária.*

5.34. *Especificamente quanto ao argumento do BNDES de que manifestação anterior da Previc (Parecer 071/2011/CGCJ/PF/PREVIC) havia admitido a possibilidade de o patrocinador público realizar contribuição extraordinária sem observância da regra paridade, cabe esclarecer que manifestações emitidas pelas instâncias administrativas não vinculam este Tribunal quando do julgamento do caso submetido a sua apreciação, muito embora possa a Corte, no seu exclusivo juízo de valor, acolher ou não as opiniões eventualmente emitidas.*

5.35. *Aliás, a fragilidade do argumento verifica-se pela fácil constatação de que o aludido parecer sequer capaz de vincular as instâncias fiscalizadoras da Previc, que instaram o Tribunal a se manifestar sobre a questão, sobretudo porque a matéria, conforme se depreende do aludido documento, não é pacífica no âmbito do próprio órgão.*

5.36. *Pela mesma razão, também não há se falar em violação aos princípios da segurança jurídica, boa-fé objetiva e da confiança pelo fato de o Tribunal ter posteriormente apresentado manifestação diversa da Previc, uma vez que tal argumento somente poderia ser levado em consideração se a Corte tivesse afirmado, de forma prévia e peremptória, inexistir qualquer irregularidade nos aportes do BNDES, algo que nunca aconteceu.*

5.37. *O mesmo raciocínio se aplica ao argumento da Fapes de que a matéria versada nos autos, por ter contado com anterior análise e a aprovação da Previc e do Dest, constituiria um ato*

jurídico perfeito, pois, consoante consignado acima, tais manifestações não vinculam este Tribunal.

5.38. Por oportuno, registre-se que a circunstância de o Tribunal não ter acolhido a tese ventilada em pareceres jurídicos elaborados por especialistas não caracteriza a fragilidade jurídica da deliberação recorrida, uma vez que a Corte é livre para avaliar todas as provas e elementos constantes dos autos, sendo tais pareceres foram sim considerados na apreciação da matéria, conforme especificado no item 78 da instrução da SecexPrevidência.

5.39. Por fim, afigura-se improcedente a alegação da Fapes acerca da existência de contradição no acórdão recorrido, tendo em vista que o fato de o Tribunal considerar eventualmente justificada a conduta de um agente, por dúvida razoável de interpretação, não importa por isso na convalidação de atos ilegais em legais, ainda mais diante da patente vedação constitucional.

5.40. Assim, o que se pode concluir da análise acima empreendida é que não restou demonstrado o respaldo jurídico dos aportes realizados pelo BNDES em favor do plano de benefícios administrado pela Fapes, não promovendo o Tribunal, diversamente do alegado, uma ampliação indevida da regra da paridade, uma vez que os exatos contornos da sua aplicação emanam da literalidade da Constituição Federal e da LC 108/2001.

5.41. Portanto, os argumentos recursais apresentados neste tópico não devem ser acolhidos.

6. Da caracterização do déficit e da natureza dos recursos utilizados pelo BNDES.

6.1. O BNDES sustenta, em síntese, que os aportes unilaterais por ele efetuados, a título de “contribuição extraordinária”, não foram realizados com o fim de cobrir déficit ou evitar/corrigir resultado deficitário em virtude do crescimento de benefícios dos empregados da instituição, e que tampouco haveria correlação entre o resultado deficitário apurado em 2008 e os referidos aportes.

6.2. Nesse sentido, argumenta que os aportes não se confundem com a cobertura de resultado negativo, uma vez decorreram da correção de questão específica da instituição, ou seja, a necessidade de assegurar a paridade entre os salários pagos aos funcionários da ativa e benefícios do fundo de previdência, o que não estava previsto nas avaliações atuariais.

6.3. Afirma que análises internas da entidade concluíram que a responsabilidade pela cobertura da diferença verificada no plano de benefícios era exclusiva do patrocinador do plano de previdência, uma vez que foi dele (Sistema BNDES) a iniciativa de corrigir as disparidades existentes nos planos de cargos e salários então vigentes na entidade, quais sejam: Plano Estratégico de Cargos e Salários (PECS) e Plano Uniforme de Cargos e Salários (PUCS).

6.4. Segundo o recorrente, restaria claro o enquadramento dos aportes em questão no conceito de contribuição extraordinária destinada a custear obrigação não incluída na contribuição normal, bem assim a inaplicabilidade da regra de paridade a tais aportes, vez que não foram efetuados com o objetivo de equacionar resultados deficitários. Afirma ainda inexistir outra regra na legislação que preveja a extensão da regra da paridade a uma contribuição extraordinária.

6.5. Contrapõe-se ao entendimento consignado na deliberação recorrida de que, para a efetivação de uma contribuição extraordinária não paritária, necessária se fazia expressa autorização da Lei Complementar 109/2001. Para o recorrente, a exigência de autorização afigura-se equivocada por ser impossível o seu atendimento, dada a impossibilidade de a lei prever todas as hipóteses que a contribuição poderia ocorrer, deixando isso ao intérprete da norma.

6.6. Argumenta que, por ser a contribuição normal calculada segundo as regras vigentes, e a alteração substancial da curva salarial o ato causador de sobrecarga ao passivo atuarial do plano de previdência, o BNDES viu-se instado a realizar, de forma exclusiva, os aportes a título de contribuições extraordinárias não paritárias, conforme supostamente autorizariam a Constituição Federal (art. 202, §3) e a Lei Complementar 109/2001 (art. 19, Parágrafo único, inciso II).

6.7. Noutro ponto do seu recurso, o BNDES afirma que, como toda empresa pública federal classificada como não dependente, a instituição prescinde de repasses do Tesouro Nacional para o pagamento de suas despesas de custeio, sendo tais dispêndios inteiramente financiados a partir dos recursos gerados por sua operação e/ou aplicação de seus próprios ativos.

6.8. Na sequência, apresenta esclarecimentos acerca da natureza e da composição do seu orçamento, para concluir que a fonte de recursos utilizada pelo BNDES para fazer os aportes em análise constitui-se de receita própria do banco, ou seja, não são recursos da União, de modo que entende afastadas as preocupações então levantadas no acórdão recorrido acerca da origem dos recursos.

6.9. Por sua vez, o recurso da Fapes reitera, em linhas gerais, o argumento do BNDES de que os aportes realizados pelo banco ao plano de previdência decorreram da necessidade de arcar com custos das alterações promovidas no plano de cargos e salários do pessoal da ativa.

Análise:

6.10. Conforme a análise que se empreendeu no tópico anterior desta instrução (item 5), os aportes realizados pelo BNDES sequer podem qualificados como a contribuição extraordinária da LC 109/2001, mas sim como encargo adicional do §3º do art. 6º da LC 108/2001, o qual veda expressamente a assunção de obrigações por parte do patrocinador que excedam aquelas que previstas nos respectivos planos de benefícios.

6.11. Isso porque no subsistema regulado pela LC 108/2001 somente há previsão para a “contribuição normal” ou para a “contribuição facultativa” (sujeita a primeira à regra da paridade e restrita a segunda ao participante do plano), afigurando-se, assim, equivocado importar conceitos da LC 109/2001 para se legitimar os aportes efetivados unilateralmente pelo BNDES sem a contrapartida dos participantes.

6.12. Mas, ainda que fosse ultrapassado esse ponto, também não haveria, consoante assinalou o Relator a quo, a autorização legal para a contribuição extraordinária sem observância da regra da paridade, vez que o art. 21 da LC 109/2001 estabelece que eventual resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, verbis:

Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

6.13. Entretanto, com o intuito de não enquadrar os aportes realizados na regra acima transcrita, o BNDES busca descaracterizar a natureza deficitária do plano de benefícios da Fapes, atribuindo o resultado a uma situação específica, excepcional, decorrente da necessidade de assegurar a paridade de entre os salários do pessoal da ativa e os beneficiários do fundo de previdência complementar.

6.14. Ora, sob toda ótica (jurídica, contábil ou financeira), não há como deixar de reconhecer a situação deficitária da Fapes, assim como que os aportes do BNDES “buscaram evitar/corrigir resultado deficitário no plano em virtude do crescimento dos valores dos benefícios em decorrência de sua paridade com a remuneração dos empregados ativos”, conforme constou do Voto condutor do acórdão guerreado.

6.15. Esse quadro deficitário do plano de benefícios da Fapes restou perfeitamente demonstrado na instrução da SecexPrevidência, que subsidiou a prolação da deliberação recorrida:

106. Outro argumento que o BNDES alega é que os aportes não eram destinados ao equacionamento de déficit, por isso não necessitaria atender o art. 21 da LC 109/2001, que trata sobre o equacionamento dos resultados deficitários, pois ‘não havia déficit a ser equacionado, como pode ser facilmente constatado pelo exame dos balancetes de março e maio de 2009 e de junho e julho de 2010’ (peça 77, p. 15). Ocorre que, a verificação de

déficit ou superávit acontece ao final do exercício conforme o art. 22 da LC 109/2001: 'ao final de cada exercício, coincidente com o ano civil, as entidades fechadas deverão levantar as demonstrações contábeis e as avaliações atuariais de cada plano de benefícios'.

107. No Relatório de Atividades de 2008 apresentado pela Fapes, item 8.3 Superávit (Déficit) Técnico, das Notas explicativas às Demonstrações Contábeis para os exercícios findos em 31 de dezembro de 2008 e de 2007, há a seguinte explicação: 'No exercício de 2008, a Entidade registrou déficit técnico no valor de R\$ 565.036, consumindo o superávit técnico acumulado no exercício anterior e gerando déficit técnico acumulado de R\$ 139.584, equivalente a 2,49% da soma de suas provisões matemáticas e fundo previdencial' (peça 16, p. 165).

108. Em 2009, a Fapes apresentou no item 8.3 das Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis para os exercícios findos em 31 de dezembro de 2009 e de 2008 do Relatório de Atividades o seguinte texto: 'Em dezembro de 2009, a Entidade registrou superávit técnico acumulado de R\$ 610.682, equivalente a 9,74% da soma de suas provisões matemáticas e fundo previdencial, enquanto no mesmo período de 2008, foi registrado déficit técnico acumulado de R\$ 139.584' (peça 18, p. 34). Na introdução do mesmo documento, a Fapes explica sobre sua gestão financeira:

'Ainda, no campo da gestão financeira, em um ano que sofreu impactos bastante intensos da crise econômica, a FAPES alcançou bons resultados nos investimentos, em função da recuperação dos mercados a partir do segundo semestre e da constante realização de estudos e aperfeiçoamentos de metodologias. A Fundação encerrou o ano com patrimônio de R\$ 6.941,1 milhões e atingiu o superávit acumulado de R\$ 610,9 milhões, que equivale a 9,7% do Passivo Atuarial. (...) Cabe também registrar o pagamento à vista, pelo Patrocinador, da contribuição devida em decorrência das mudanças na curva salarial do PECS nos acordos coletivos de 2005, 2007 e 2008, em montante equivalente a R\$ 395,3 milhões, sendo tais recursos investidos integralmente em renda fixa'.

109. O BNDES encaminhou, também, o documento Carta Dirsup 148/2008, de 15/12/2008, onde a Fapes apresenta estimativas para o resultado do equilíbrio técnico em dezembro de 2008. Na simulação com a taxa de juros atuarial de 6% com dívida do BNDES, o documento conclui que (peça 77, p. 104):

'Embora cheguemos a um déficit 7,6%, menor do que os 10% referidos na Resolução CGPC n° 26, esse déficit perde a característica de conjuntural, uma vez que é composto em sua maior parte por dívida do patrocinador, passando, por conseguinte, a ser considerado pela legislação como de natureza estrutural.

Logo, o não equacionamento neste exercício da dívida do patrocinador BNDES para com o plano de benefícios administrado pela FAPES gerará déficit parcialmente estrutural nas reservas matemáticas, devendo por imposição da legislação ser imediatamente equacionado. Em outras palavras, caso a situação permaneça sem equacionamento a FAPES, em 2009, estará obrigada a chamar participantes, assistidos e patrocinadores para declarar o desequilíbrio do Plano por dívida não paga do BNDES e decidir se o déficit deverá ser equacionado por elevação de contribuições ou redução de benefícios.

(...)

Entendemos que podemos e devemos, FAPES e BNDES, evitar que o resultado do equilíbrio técnico do plano de benefícios seja caracterizado como déficit estrutural, gerado por ato externo à Entidade, qual seja, por ato unilateral do patrocinador BNDES.'

110. No mesmo documento, a Fapes sugere como solução para impedir o déficit (Peça 77, p. 105):

‘A solução que se apresenta com maior possibilidade de ser aceita pela Secretaria de Previdência Complementar - SPC, por atender ao espírito da legislação, seria o imediato provisionamento da dívida, com a assunção de obrigação de pagamento antes do final do primeiro trimestre do próximo ano. Isto porque a Fapes deverá prestar contas à Secretaria em 31 de março de 2009. Embora o exercício de 2008 possa se encerrar acusando um déficit em grande parte estrutural, no momento da prestação de contas essa situação estaria equacionada, o que ficaria comprovado perante a SPC que o déficit remanescente seria menor do que 10% e de natureza conjuntural.

Desta forma, embora não seja a solução mais adequada para a questão, sugerimos ao BNDES como equacionamento possível que seja provisionado o valor de R\$ 390.910.777,00 (trezentos e noventa milhões, novecentos e dez mil, setecentos e setenta e sete reais), valor esse admitido para as condições do plano de benefícios vigentes em março de 2008 como o montante preliminar relativo às alterações originadas no PECS em 2005 e em 2007, pela STEA, empresa responsável pela avaliação atuarial do plano de benefícios administrado pela Fapes, conforme carta STEA - 1ª DT/572/2008/051, de 18 de julho de 2008’ (grifos no original).

111. Assim, infere-se dos documentos acima apresentados que se o BNDES não tivesse realizado o aporte em 2009 o fundo apresentaria déficit e nesse caso não há dúvida de que o equacionamento deveria ser também arcado pelos participantes, conforme estabelece a legislação.

112. Esse foi o entendimento inicial mantido pela Previc por meio da Nota 014/ERRJ/Previc (peça 21, p. 11):

‘Além do documento apresentado pela própria entidade, todos os outros expedientes acostados aos autos (...) corroboram e ratificam o entendimento inicial da entidade de que o aporte realizado pelo BNDES foi de natureza extraordinária, com o intuito de equacionar um desequilíbrio atuarial, ou, na linguagem da Lei Complementar 109/2001, um déficit técnico.’

113. E também do Parecer 45/2011/CGCJ/PF/Previc (peça 14, p. 60-61):

‘ (...) a contribuição extraordinária instituída com o objetivo de equacionar um desequilíbrio atuarial não pode ser assumida exclusiva ou majoritariamente por patrocinador sujeito à disciplina da Lei Complementar 108/2001, como é o caso da Fapes, independentemente da apuração das causas (e/ou causadores) do aludido déficit, devendo, em observância ao princípio da paridade contributiva, ser suportado, também, por participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições normais.’

6.16. Logo, não procede a tentativa do recorrente de conferir outra natureza, ou mesmo motivação, ao déficit no plano de benefícios da Fapes, tendo em vista que está comprovado que o desequilíbrio financeiro observado enquadra-se na situação descrita no art. 21 da LC 109/2001, estando, assim, os aportes submetidos à regra da paridade de contribuição.

6.17. Além do mais, mesmo que os aportes pudessem ser caracterizados como contribuição extraordinária destinada ao custeio de serviço passado ou de outras finalidades (parte in fine do inciso II do art. 19 da LC 109/2001) não poderiam eles terem sido efetivados pelo BNDES sem a devida autorização legal, ex vi do que preconiza o princípio da legalidade.

6.18. Em relação à questão da origem dos recursos utilizados para o pagamento dos aportes, o BNDES defende que os valores constituem receita própria do banco, e não recursos repassados pela União, de modo que entende afastadas as preocupações lançadas no Voto condutor acerca desse tema e que motivaram a apuração no subitem 9.4.3 da deliberação recorrida.

6.19. De qualquer sorte, ainda que a apuração da SecexPrevidência venha a concluir pela origem própria dos recursos utilizados pelo BNDES, isso por si só não terá o condão de legitimar os aportes realizados, haja vista que tanto a Constituição Federal quanto a legislação regulamentar não fazem essa distinção para a observância da regra da paridade.

6.20. Em verdade, a obrigatoriedade da paridade contributiva visa, em última instância, resguardar a saúde financeira das entidades estatais, coibindo, assim, os abusos perpetrados antes da edição da Emenda Constitucional n.º 19/1998 e que acabavam por prejudicar, indiretamente, o acionista ou controlador majoritário, no caso a União.

6.21. Portanto, não merecem acolhimento as razões recursais examinadas neste ponto.

7. Da necessidade de manifestação prévia do Dest (Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais).

7.1. O BNDES inicia por afirmar que o entendimento deste Tribunal acerca da conclusão de que a entidade não havia logrado comprovar que os aportes em questão prescindiam de prévia manifestação do Dest fundou-se no disposto no art. 4º da Lei Complementar n.º 108/2001 e no inciso VI do art. 2º do Decreto n.º 3735/2001.

7.2. Salienta, todavia, que, no caso do decreto, o fundamento de sua validade, ou seja, a alínea “h” do inciso XIV do art. 14 da Lei n.º 9.649, de 1998, foi revogada pela Medida Provisória n.º 103/2003, posteriormente convertida na Lei n.º 10.683/2003, que redefiniu as competências do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, passando, assim, a regular inteiramente matéria antes disciplinada pela Lei 9.649/1998.

7.3. Desse modo, segundo o recorrente, a norma que dotava o Ministério do Planejamento e Orçamento de poderes mais extensos, inclusive, o de ser ouvido previamente à assunção de algum compromisso por parte de patrocinador público de plano de previdência (Decreto n.º 3.735/2001) não mais produziria efeitos à época em que os aportes ora investigados foram feitos.

7.4. Portanto, como a capacidade de produzir efeitos do Decreto 3.735/2001 dependia da existência do art. 14 da Lei 9.649/1998, com a revogação deste, mesmo que tácita, essa norma infralegal perdeu automaticamente a aptidão à produção de efeitos jurídicos.

7.5. Em relação à Lei Complementar 108/2001, sustenta o recorrente que o art. 4º trata somente dos casos de instituição de plano de benefícios ou adesão a plano de benefícios em execução, o que não teria ocorrido no caso concreto, reafirmando com isso que, na data dos aportes questionados, inexistia norma legal exigindo manifestação prévia do DEST.

7.6. Por fim, alega que somente com a edição da Portaria DEST n.º 27, de 12/12/2012, é que surgiu no ordenamento jurídico a regulamentação do modo (e do tempo) da manifestação do órgão nos casos não previstos na legislação previdenciária, salientando ainda que, de todo modo, o BNDES deu publicidade aos aportes, efetuando o registro em suas demonstrações contábeis e a previsão orçamentária consignada no respectivo instrumento formal (plano de dispêndio global), objeto de acompanhamento por seu controlador.

Análise:

7.7. Não assiste razão ao recorrente.

7.8. Diversamente do alegado, o Decreto 3.735/2001 não perdeu a sua validade em virtude das alterações promovidas na Lei 9.649/1998 pela Medida Provisória n.º 103/2003, posteriormente convertida na Lei 10.683/2003.

7.9. Embora tenha ocorrido a revogação tácita da alínea “h” do inciso XIV do art. 14 da Lei n.º 9.649/1998 pela alínea “h” do art. 27 da Lei 10.683/2003, não houve, na prática, a retirada de competência do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) e, conseqüentemente do Dest, para fiscalizar as empresas estatais, conforme facilmente se depreende do cotejo das disposições mencionadas:

- alínea “h” do inciso XIV do art. 14 da Lei n.º 9.649/1998:

h) formulação de diretrizes e controle da gestão das empresas estatais;

- alínea “h” do art. 27 da Lei 10.6813/2003:

h) formulação de diretrizes, coordenação e critérios de governança corporativa das empresas estatais federais.

7.10. *Corroborando esse entendimento a constatação de que o Decreto 3.735/2001 ainda está vigente, apesar das diversas alterações que ocorreram desde então legislação sobre o tema, sendo que atualmente tais atribuições cabem ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, conforme a Medida Provisória n.º 726/2016, o que não importou, em momento algum, supressão de competência do Dest.*

7.11. *Quanto à Lei Complementar 108/2001, o recorrente faz uma interpretação estreita da norma, tendo em vista que Parágrafo único do art. 4º também exige, no caso de elevação de contribuição dos patrocinados, como foi o caso, a prévia manifestação do Dest, verbis:*

“Art. 4o Nas sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, a proposta de instituição de plano de benefícios ou adesão a plano de benefícios em execução será submetida ao órgão fiscalizador, acompanhada de manifestação favorável do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle do patrocinador.

Parágrafo único. As alterações no plano de benefícios que implique elevação da contribuição de patrocinadores serão objeto de prévia manifestação do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle referido no caput.”

7.12. *Portanto, não merecem acolhimento as razões recursais apresentadas.*

CONCLUSÃO

8. *Das análises anteriores, conclui-se que, apesar dos inúmeros argumentos apresentados pelos recorrentes, novamente não restou demonstrado o respaldo jurídico para os aportes realizados pelo BNDES em favor do plano de benefícios administrados pela Fapes, sem a correspondente contrapartida dos participantes.*

8.1. *Ao contrário, verificou-se que os referidos aportes foram efetivados ao completo arrepio das disposições da Constituição Federal (art. 202, §3º) e da Lei Complementar 108/2001, sendo infundada a tese de que a interpretação dos dispositivos da Lei Complementar 109/2001 permitiria a realização de tais gastos pelo banco.*

8.2. *Com base nessas conclusões, propõe-se negar provimento aos pedidos de reexame interpostos, mantendo-se inalterados os dispositivos do Acórdão 2.766/20015 – Plenário, por lúdimos os seus fundamentos.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. *Diante do exposto, propõe-se:*

a) com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, conhecer dos pedidos de reexame interpostos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (peça 123) e pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES – Fapes (peça 104) contra o Acórdão 2766/2015– Plenário, para, no mérito, negar-lhes provimento;

b) dar ciência da deliberação aos recorrentes e às instâncias competentes, conforme especificado no subitem 9.7 da deliberação recorrida.”

É o relatório.

VOTO

Com fundamento no artigo 48 da Lei nº 8.443/1992, conheço dos Pedidos de Reexame interpostos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (peça 123) e pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES – Fapes (peça 104), em relação aos subitens 9.2.2 e 9.3 do Acórdão nº 2.766/2015– TCU - Plenário.

Deixo de admitir os apelos interpostos em relação aos subitens 9.4.1, 9.4.2 e 9.4.5, tendo em vista a ausência de cabimento recursal contra determinações do Tribunal para realização de fiscalização de controle externo e convocação dos responsáveis em audiência, conforme o artigo 279 do Regimento Interno, por se tratar de indevida intromissão em atividades típicas e finalísticas do controle externo, relativamente às quais não cabe recurso.

Quanto ao mérito, alinho-me aos muito bem-fundamentados voto do Relator da decisão recorrida, Ministro Augusto Sherman, e parecer da Secretaria de Recursos, cujos fundamentos, desde logo, incorporo às minhas razões de decidir. Há de mister, todavia, o acréscimo de considerações sobre vários aspectos, atinentes aos termos em que se realizava a gestão da entidade, que considero essenciais ao deslinde da matéria.

Versam os autos sobre representação, formulada pelo Srs. José Carlos Sampaio Chedeak, Coordenador-Geral de Fiscalização Direta, e Sérgio Djundi Taniguchi, Diretor de Fiscalização, ambos vinculados à Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, contra possíveis irregularidades verificadas em aportes unilaterais de recursos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, na condição de patrocinador público, ao plano de benefícios previdenciários administrados pela respectiva entidade fechada de previdência privada, Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES – Fapes, sem a correspondente contrapartida dos segurados.

Após o exame da peça inaugural, a concessão de medida cautelar e o saneamento dos autos, o Eminente Relator, Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, confirmou a ocorrência dos seguintes fatos:

- o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES realizou, unilateralmente, três aportes de recursos à respectiva entidade fechada de previdência privada complementar, Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes, nos valores de R\$ 395,2 milhões, em junho de 2009, R\$ 11,5 milhões, em julho de 2010, e R\$ 40,9 milhões, em agosto de 2010, sem contrapartida financeira dos participantes do plano de benefícios previdenciários administrados pela Fapes;

- as transferências de recursos à Fapes foram justificadas pelo BNDES como contribuições extraordinárias, destinadas a cobrir insuficiência oriunda do aumento de provisões matemáticas, decorrente de alteração do Plano Estratégico de Cargos e Salários (PECS) dos empregados da empresa pública federal;

- os aportes unilaterais, realizados pelo patrocinador público, ao respectivo fundo de pensão, sem as correspondentes contrapartidas financeiras dos participantes do plano de benefícios previdenciários, expressamente descumpriram a regra de paridade contributiva, prevista no § 3º do art. 202 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, bem como violou os parágrafos 1º e 3º do art. 6º da Lei Complementar nº 108/2001;

- os repasses unilaterais de recursos pelo BNDES à Fapes não foram submetidos à prévia autorização do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais - Dest, órgão vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, violando o disposto no art. 4º da Lei Complementar nº 108, no inc. VI do art. 2º do Decreto 3.735/2001 e na alínea “f” do inciso IV do art. 8º do Anexo I do Decreto 8.189/2014.

Ao acolher as conclusões expostas pelo Relator *a quo*, o Tribunal exarou o Acórdão nº 2.766/2015– TCU – Plenário, cuja parte dispositiva foi vazada nos termos a seguir expostos:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de representação, apresentada pelos Srs. José Carlos Sampaio Chedeak, Coordenador-Geral de Fiscalização Direta, e Sérgio Djundi Taniguchi, Diretor de Fiscalização, ambos vinculados à Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, a respeito de possíveis irregularidades em aportes realizados pelo patrocinador Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES ao plano de benefícios previdenciários administrado pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes, sem a correspondente contrapartida dos participantes,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, vez que satisfeitos os requisitos de admissibilidade para tanto, em especial aqueles previstos nos arts. 235 e 237, inc. III, do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. determinar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, nos arts. 43, inciso I, e 45 da Lei 8.443/1992, e nos arts. 250, inciso II, e 251 do RI/TCU, que:

9.2.1. se abstenha de efetuar, em favor do plano de benefícios previdenciários administrado pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes, aportes e contribuições não paritárias, em obediência ao disposto no art. 202, §3º, da Constituição Federal e no art. 6º, §§ 1º e 3º, da Lei Complementar 108/2001;

9.2.2. no prazo de noventa dias, apresente plano de ação com medidas para obter o ressarcimento, em valores atualizados, das importâncias indevidamente repassadas à Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes quando dos aportes unilaterais e sem a contribuição paritária dos beneficiários de R\$ 395,2 milhões em junho de 2009, R\$ 11,5 milhões em julho de 2010 e R\$ 40,9 milhões em agosto de 2010, em afronta ao § 3º do art. 202 da Constituição Federal e aos §§ 1º e 3º do art. 6º da Lei Complementar 108/2001, devendo o prazo de ressarcimento não ultrapassar o limite de 36 meses;

9.2.3. dê continuidade ao estudo acerca do risco e a sustentabilidade do Plano Básico de Benefícios administrado pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes, conforme as medidas comunicadas pela Presidência do BNDES, por meio do ofício 302/2015-BNDES GP, com vistas a adequar referido plano de previdência à realidade previdenciária atual, bem como a reduzir seus custo e risco;

9.2.4. observe a obrigatoriedade de prévia autorização do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais nas situações previstas no art. 4º da LC 108, no inc. VI do art. 2º do Decreto 3.735/2001 e na alínea “f” do inciso IV do art. 8º do Anexo I do Decreto 8.189/2014;

9.3. determinar à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que, no prazo de noventa dias, calcule o valor atualizado que foi aportado unilateralmente pelo BNDES à Fapes (aportes de R\$ 395,2 milhões em junho de 2009, R\$ 11,5 milhões em julho de 2010 e R\$ 40,9 milhões em agosto de 2010), de maneira a subsidiar o BNDES no cumprimento da medida determinada no item 9.2.2 deste Acórdão;

9.4. *determinar à SecexPrevidência que:*

9.4.1. *realize a audiência dos componentes da diretoria do BNDES e demais responsáveis pelas autorizações de aportes de recursos previdenciários à Fapes, a título de contribuições extraordinárias, nos valores de R\$ 395.261.656,88, conforme Decisão nº Dir. 201/2009 (peça 78, p. 26) e Informação Padronizada – IP 024/09 (peça 78, p. 27/41), de R\$ 11.478.660,54, conforme Informação Padronizada – IP 046/2010 (peça 78, p. 44/47), e de R\$ 40.923.934,42, conforme Informação Padronizada – IP 54/10 e 10/10 (peça 78, p. 51/59), para que apresentem razões de justificativa pela realização dos referidos aportes de forma unilateral pelo BNDES, sem a observância da paridade com as contribuições dos assistidos pelo plano de previdência, exigida pelo art. 202, §3º, da Constituição Federal e pelo art. 6º, §§ 1º e 3º, da Lei Complementar 108/2001, bem como sem a oitiva prévia do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais – Dest, prevista no art. 4º da referida Lei Complementar e no art. 2º, inciso VI, do Decreto 3.735/2001;*

9.4.2. *realize a audiência dos gestores da área jurídica do BNDES subscritores da Nota AJ/COJIN – 008/2009 (peça 1, p. 5/16) e da Nota AJ/COJIN – 011/2009 (peça 1, p. 17/25), para que apresentem suas razões de justificativa pela elaboração e aprovação das referidas Notas, que serviram de fundamento para a realização do aporte unilateral pelo BNDES à Fapes no valor de R\$ 395.261.656,88, a despeito de representar inobservância dos dispositivos constitucionais e legais referenciados no item 9.4.1 acima;*

9.4.3. *aprofunde sua análise sobre a fonte de recursos utilizada para a realização dos aportes unilaterais indicados no item 9.4.1 acima, bem como apure a eventual ocorrência de infração a normas de caráter orçamentário ou financeiro pelo BNDES nessas operações, devendo, caso venham a ser detectadas irregularidades, submeter o caso ao Relator;*

9.4.4. *monitore as determinações constantes dos itens 9.2 e 9.3 deste Acórdão;*

9.4.5. *apure a eventual participação do Conselho de Administração do BNDES na aprovação das mencionadas contribuições, e, em caso afirmativo, promova a audiência dos referidos membros, nos termos do item 9.4.1 deste Acórdão;*

9.5. *determinar a constituição de processo apartado para acompanhamento das medidas adotadas pelo BNDES em relação a outros aportes unilaterais que seriam relacionados a eventos ocorridos em data anterior à instituição da paridade contributiva, devendo a análise abranger a avaliação da correção dos valores das dívidas reconhecidas pelo BNDES e considerar, além da disciplina constante do art. 202 da Constituição Federal e da Lei Complementar 108/2001, a questão atinente à limitação temporal prevista no art. 6º da Emenda Constitucional 20/1998;*

9.6. *determinar o levantamento da chancela de sigilo que recai sobre este feito; (...)*”

A defesa alega, simplesmente, que os aportes unilaterais de recursos à Fapes, efetivados pelo BNDES, não estão sujeitos à regra de paridade contributiva, inscrita no artigo 202, § 3º, da Carta Magna e no artigo 6º, §1º da Lei Complementar nº 108/2001, ou seja, nas circunstâncias, o BNDES pode livremente realizar aportes de recursos à Fapes. Em abono a essa tese, os recorrentes apresentaram as razões abaixo descritas:

- na dicção do artigo 202, § 3º da Constituição Federal e do artigo 6º, §1º, da Lei Complementar nº 108/2001, a regra de paridade contributiva entre patrocinador público de fundos de pensão e respectivos segurados somente se aplica às contribuições normais, assim compreendidas aquelas transferências de recursos financeiros destinadas ao custeio do plano de benefícios previdenciários;

- os aportes unilaterais de recursos do BNDES à Fapes não se enquadram na categoria de contribuições normais, mas, sim, de contribuições extraordinárias, por derivarem de iniciativa exclusiva do patrocinador público em corrigir disparidades existentes nos planos de cargos e salários, à

época, vigentes naquela instituição financeira estatal;

- as contribuições extraordinárias não foram realizadas com o propósito de cobrir déficit financeiro, tampouco evitar ou corrigir resultado deficitário em virtude do crescimento de benefícios dos empregados da instituição, para os quais seria exigível a manutenção da proporcionalidade contributiva, conforme determina o artigo 21 da Lei Complementar nº 109/2001;

- os aportes unilaterais de recursos do BNDES à Fapes visaram à cobertura de serviço passado e de outras finalidades, as quais não estão inclusas no plano de benefícios previdenciários nem são custeadas pela contribuição normal. Para essas finalidades, o artigo 19, parágrafo único, inciso II, Lei Complementar nº 109/2001 não exige cumprimento da paridade contributiva entre patrocinador público e segurados do fundo de pensão;

II

Os argumentos trazidos pela defesa são inteiramente improcedentes.

O BNDES, por meio de atos de seus dirigentes, fundado em “pareceres”, praticou o mais lúdimo exemplo de patrimonialismo, caracterizado pelo desvio e apropriação do patrimônio público em benefício do grupo estatutariamente encarregado de sua gestão e dos demais empregados da entidade e beneficiários do seu fundo de previdência complementar.

Em valores de hoje, o BNDES voluntariamente transferiu à Fapes o montante de R\$ 921.234.386,00 (novecentos e vinte e um milhões, duzentos e trinta e quatro mil e trezentos e oitenta e seis reais), como veremos, em oposição deliberada à literalidade da Constituição Federal e a todas as regras legais existentes, atinentes ao sistema de previdência privada fechada.

A interpretação levada a efeito pelos recorrentes contempla tornar inócuo o mandamento constitucional, no sentido da contribuição paritária entre o Estado, na qualidade de patrocinador, e os segurados dos fundos de pensão. Viola a literalidade dos termos expressos do artigo 202, § 3º, do Constituição Federal, que fixa a regra geral que veda ao poder público a realização de transferência de recursos a entidade privada de previdência complementar, nestes termos: “*É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.*”

Vedação de aporte de recursos e contribuição paritária são mandamentos constitucionais expressos e cogentes, incidentes sobre toda e qualquer forma de transferência de recursos do Estado às entidades fechadas de previdência privada complementar patrocinadas.

Na forma dos autos, a transferência de recursos parece assumir todas as feições de verdadeiro fato típico penal, antijurídico e culpável, materializado no crime de peculato, uma vez que estão comprovados tanto a apropriação de recursos públicos, pela FAPES, pertencentes a ente estatal, no caso o BNDES, como o desvio de recursos para ela, em benefício próprio e de outrem, no caso a totalidade dos servidores do órgão – tanto os que praticaram os atos, como os que deles passivamente se beneficiaram - que, por sua vez, em face das indevidas transferências de recursos públicos, deixaram de fazer face às despesas em que incorreriam para as suas aposentadorias integrais, a que, nos termos da sua particular legislação previdenciária, estariam a fazer jus. E como se explicitará adiante, é a própria lei que expressamente determina a responsabilização criminal das autoridades que violem os dispositivos com referência à paridade das contribuições.

A fim de apreender o sentido e alcance da norma constitucional, faz-se necessário compreender o contexto histórico em que ela foi produzida, no sentido de que a instituição da regra da

paridade contributiva entre o patrocinador público dos fundos de pensão e os respectivos segurados emerge de conjuntura moralizadora de profundas mudanças políticas, sociais e jurídicas, que se seguiram à falência do antigo modelo de *Welfare State* ou Estado do Bem Estar Social, vítima de suas próprias insuficiências e contradições.

Na ocasião, a atuação estatal deixou de ser menos interventiva e passou a ser mais indutora do desenvolvimento econômico e social. Essa exigência teve o nobre propósito de racionalizar os gastos públicos e coibir os inúmeros abusos perpetrados na concessão de benesses – que, como visto, continuam a ocorrer - muitas das quais hauridas da cultura e tradição arraigadamente patrimonialistas que discrepavam da realidade previdenciária de grande parte da população. Isto significa que para um estamento privilegiado tudo se permitia, em detrimento do estamento maior, que tudo custeava.

A adoção de medidas racionais e moralizadoras da Administração insere-se no rol das primeiras iniciativas do legislador constituinte derivado, implementadas após a vigência da Constituição Cidadã, em realizar ampla Reforma Previdenciária, diante do quadro de aprofundamento da crise fiscal do Estado Brasileiro, com raízes não somente em fatores conjunturais, oriundos de instabilidades macroeconômicas, ou mesmo em limitações gerenciais, relacionadas à má gestão e ao desvio de recursos. Decorre, sobretudo, de disfunções estruturais, inerentes à coexistência do regime geral de previdência social, com diversos sistemas previdenciários especiais e não-uniformes, dotados de regras próprias e desconformes com a capacidade de custeio de benefícios.

Destaca-se, entre esses fatores estruturantes, a existência de legislação previdenciária socialmente injusta e permissiva, com múltiplos privilégios, a engendrar déficits progressivos, agravados pela redução paulatina da relação entre contribuintes e beneficiários, dadas as mudanças em curso do perfil demográfico da população e nas relações de trabalho. Sem falar das distorções distributivas de renda do modelo previdenciário vigente e do rol absolutamente largo de beneficiários.

Consoante Exposição de Motivos anexa à proposta que, posteriormente, foi convertida na Emenda Constitucional nº 20, de 1998, buscava-se resgatar o caráter contributivo da política previdenciária pela eliminação das disfunções estruturais, uniformização de regimes, transferência para a área de assistência social dos benefícios que lhe são próprios, a fim de garantir a viabilidade financeira e atuarial da previdência social brasileira em diversos horizontes temporais.

Intentava-se, assim, tornar a previdência social mais justa e efetiva na consecução de seus objetivos primordiais: uma política destinada a garantir, mediante contribuição, uma renda substitutiva daquela oriunda do trabalho quando verificada a incapacidade laborativa total ou parcial do segurado, em caráter definitivo ou temporário.

III

Com relação ao fundo complementar de previdência privada, de caráter facultativo, organizado de forma autônoma, os fundamentos da emenda constitucional enaltecem sua importância como forma de assegurar níveis suplementares de proteção social ao trabalhador e a seus dependentes, mantido o teto de contribuição e de valor de benefícios da previdência social. Ao mesmo tempo, a exposição de motivos exaltou a previdência complementar como instrumento gerador de poupança de longo prazo, a ser utilizada, inclusive, no financiamento de projetos de desenvolvimento.

A introdução do parágrafo 3º do artigo 202 da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 20/1998 tornou clara a opção do legislador constituinte derivado de estabelecer, como diretriz e regra geral, a vedação ao Poder Público de aporte de recursos nas entidades privadas de previdência complementar, salvo na condição excepcional de patrocinador, ainda assim, limitada sua contribuição normal à do segurado.

O parágrafo 4º desse dispositivo constitucional, também incluso pela referida emenda, remeteu para lei complementar específica a disciplina da relação entre o Estado e entidades fechadas privadas de previdência complementar por ele patrocinadas:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

“Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)”

(...) § 3º **É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)**

§ 4º **Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)”** (grifei)

Em vista dos abusos então recorrentes, tão grave e necessária foi a limitação imposta pela emenda constitucional que, em seus artigos 5º e 6º, estabeleceu a obrigatoriedade de as entidades fechadas de previdência privada complementar patrocinadas por entidades públicas, nestas inclusas as empresas públicas e sociedades de economia mista, reverem, no prazo de dois anos, a contar da publicação da emenda, seus planos de benefícios e serviços a fim de ajustá-los atuarialmente a seus ativos.

De acordo com norma constitucional derivada, a ausência dessa revisão poderá sujeitar a entidade de previdência privada complementar a intervenção extrajudicial, bem como ensejar a responsabilização civil e criminal dos dirigentes e respectivas patrocinadoras pela omissão:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998

“Art. 5º - O disposto no [art. 202, § 3º, da Constituição Federal](#), quanto à exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado, terá vigência no prazo de dois anos a partir da publicação desta Emenda, ou, caso ocorra antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do mesmo artigo.

Art. 6º - As entidades fechadas de previdência privada patrocinadas por entidades públicas, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, deverão rever, no prazo de dois anos, a contar da publicação desta Emenda, seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos, sob pena de intervenção, sendo seus dirigentes e os de suas respectivas patrocinadoras responsáveis civil e criminalmente pelo descumprimento do disposto neste artigo.” (grifei)

A opção do legislador constituinte derivado é coerente com a pauta política e axiológica vigente, a qual, aliás, aparentemente perdura até os dias atuais. Com efeito, não poderia o Estado continuar a permitir e fomentar privilégios no sistema previdenciário, o que, evidentemente, seria um contrassenso aos fundamentos da proposta de racionalização, transparência e moralização dos gastos públicos.

A expressa previsão constitucional de responsabilização criminal e civil dos dirigentes da entidade de previdência e dos dirigentes da entidade estatal patrocinadora não é mera quimera, sem

aferição prática, mas elemento essencial da norma jurídica, de dignidade constitucional, que erigiu o processo criminal e civil de fixação de responsabilidades como a sanção própria ao comportamento antissocial, caracterizado pela ilegal movimentação de recursos da entidade, o que já parece constituir, como visto, fato típico, antijurídico e culpável, constante do Código Penal brasileiro.

Do contrário, estaria a própria sociedade a subvencionar direta ou indiretamente, por meio de impostos e subsídios transferidos aos entes estatais, disparidades distributivas de renda pelo perverso mecanismo de transferências unilaterais de recursos do Poder Público aos fundos de pensão por ele patrocinados, não deixando o ato de ser menos gravoso pelo fato de que o desvio é atomizado entre milhares de beneficiados que, porventura, alguns dele nem sabiam ou não desejavam tomar conhecimento, desde que todas as vantagens previstas no plano sejam pontualmente concedidas.

No caso concreto, aliás, constitui o BNDES entidade estatal, com mais de dois mil servidores, cujos níveis de remuneração colocam-se em patamar sem paradigma em todo o mundo civilizado. A situação de remuneração dos servidores do BNDES deve ser objeto de particular apuração pelo TCU, em processo específico de auditoria, uma vez que está a discrepar inteiramente de quaisquer padrões de moralidade da Administração Pública Federal, uma vez que, a pretexto de a entidade não receber verbas públicas, poderia praticar qualquer política remuneratória que entendesse conveniente, para a totalidade de seus servidores. Transferem-se vantagens que seriam específicas de uma leva muito pequena de dirigentes, de excepcional capacitação, para todos os empregados da empresa pública.

A ausência de subsídios estatais ao funcionamento da entidade pública, instituída com o objeto específico de apoiar o desenvolvimento do País, obtida a partir de renda da aplicação de recursos públicos subsidiados no mercado, não autoriza a constituição de estamento cuja remuneração fuja do modelo da correta retribuição pelo trabalho, gerando uma folha de estipêndios absolutamente incondizente com valores da moral e da ética administrativa, consistindo antes na apropriação do patrimônio da entidade por seus servidores.

E os montantes reais dos salários, acrescidos dos expressivos aumentos da folha, ocorridos com frequência singular, devido às equiparações internas, entre carreiras diversas, constitui a real e verdadeira razão do desequilíbrio do apontado órgão de previdência do BNDES, exacerbado, pois, por atos administrativos internos, cujas consequências para a FAPES eram inteiramente previsíveis e cuja validade jurídica é de veras questionável.

É a partir desse contexto concreto, social, político e jurídico que deve ser interpretada a finalidade e alcance da regra da contribuição paritária, inscrita no artigo 202, § 3º, da Constituição Federal, a qual deve conformar toda a legislação infraconstitucional.

IV

Por expressa determinação contida no parágrafo 4º do artigo 202 da Constituição Federal, coube exclusivamente à Lei Complementar nº 108/2001 disciplinar a relação jurídica entre o Estado e os fundos de pensão por ele patrocinados. Referido diploma legal estendeu às entidades fechadas de previdência privada patrocinadas pelo Poder Público, apenas, as regras e princípios gerais estabelecidos na Lei Complementar nº 109/2001, a qual regula o *caput* do artigo 202 da Carta Magna. Contudo, ressalvou as disposições específicas contidas na LC nº 108/2001:

LEI COMPLEMENTAR Nº 108, DE 29 DE MAIO DE 2001

Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência

complementar, e dá outras providências.

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

Art. 1^ª A relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, e suas respectivas entidades fechadas, a que se referem os [§§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal](#), será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar.

Art. 2^ª As regras e os princípios gerais estabelecidos na Lei Complementar que regula o caput do [art. 202 da Constituição Federal](#) aplicam-se às entidades reguladas por esta Lei Complementar, ressalvadas as disposições específicas. (grifei)

Ao tratar do tópico referente ao custeio do plano de benefícios previdenciários administrados pelas entidades fechadas de previdência privada, a Lei Complementar nº 108/2001 reproduziu a vedação constitucional ao Estado de realização de transferência de recursos para as entidades privadas de previdência complementar, salvo, na condição de patrocinador público, situação em que, em nenhuma hipótese, sua contribuição normal excederá a do segurado. Afora essa contribuição, não foi prevista nenhuma outra forma de contrapartida financeira estatal para os respectivos fundos de pensão.

A Lei Complementar 108 de 2001 esclarece, como estampado acima, que é esta Lei – e não outra lei qualquer - que disciplina a relação entre os entes públicos e estatais patrocinadores e suas entidades fechadas de previdência complementar, sendo que são as regras e princípios gerais nela estabelecidos que se aplicam às entidades por ela reguladas.

Da Lei Complementar também se verifica que o comportamento estatal de manejo de recursos públicos, transferindo-os das finalidades institucionais do ente patrocinador, em modelo não paritário, aos cofres de entidade de previdência privada, sobre ilegal, estaria a caracterizar fato típico penal e pode ser objeto de responsabilização civil e penal de todos os administradores que deliberaram sobre a previdência irregular.

A norma complementar especial previu, apenas, a possibilidade de os planos de benefícios dos fundos de pensão, patrocinados pelo Estado e suas estatais, instituírem contribuição facultativa, a ser assumida integralmente pelos participantes do plano de benefícios, sem contrapartida do patrocinador.

Em reforço à a regra geral de proibição de aportes de recursos públicos a entidades de previdência privada complementar que não estejam contemplados na exceção constitucional, a Lei Complementar nº 108/2001 mais uma vez, vedou ao Poder Público assumir qualquer encargo adicional no financiamento de planos de benefícios, além daqueles já previstos nos respectivos planos de custeio:

“Art. 5^ª É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas o aporte de recursos a entidades de previdência privada de caráter complementar, salvo na condição de patrocinador.

Seção II

Do Custeio

“Art. 6^ª O custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos.

§ 1^ª A contribuição normal do patrocinador para plano de benefícios, em hipótese alguma, excederá a do participante, observado o disposto no [art. 5º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998](#), e as regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.

§ 2^ª Além das contribuições normais, os planos poderão prever o aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador.

§ 3^ª É vedado ao patrocinador assumir encargos adicionais para o financiamento dos planos de benefícios, além daqueles previstos nos respectivos planos de custeio.” (grifei)

V

Por sua vez, a Lei Geral das Entidades Privadas de Previdência Complementar (Lei Complementar nº 109/2001), na seção dedicada às entidades fechadas, entre as quais se inserem aquelas patrocinadas pelo Estado, estabeleceu alguns princípios e regras abrangentes quanto ao regime e forma custeio dos planos de benefícios previdenciários.

Por sua peculiar importância ao deslinde deste processo, merecem destaque as previsões normativas que definem a finalidade, os tipos de contribuições utilizadas no financiamento dos referidos planos de benefícios, bem como a forma de equacionamento de déficits verificados:

LEI COMPLEMENTAR Nº 109, DE 29 DE MAIO DE 2001

Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências

“Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1^ª O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.

§ 2^ª Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

§ 3^ª As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:

I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

(...)

Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas

contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

§ 1º O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.”(grifei)

V

Esforça-se, inutilmente, o BNDES, em justificar os vários aportes unilaterais de recursos ao seu fundo de previdência, no total de 921 milhões de reais, sem a observância e violação da regra constitucional e legal da paridade contributiva entre o patrocinador público e os segurados, pela baldada tentativa de enquadramento na categoria de contribuições extraordinárias, destinadas ao custeio de serviços passados e ao pagamento de outras finalidades. Não fora aliás a presta atuação do Tribunal, talvez novos aportes de recursos públicos teriam ocorrido.

Segundo os recorrentes, com base em interpretação conjuminada do artigo 202, § 3º, da Constituição Federal, das disposições específicas da Lei Complementar nº 108/2001, e do artigo 19, parágrafo único, inciso II, combinado com o artigo 21 da Lei Complementar nº 109/2001, apenas as contribuições extraordinárias destinadas ao equacionamento de déficits do plano de benefícios previdenciário estariam sujeitas ao instituto da contribuição paritária.

Lamentável a tentativa. O BNDES, para justificar sua conduta irregular e penalmente ilícita, tenta retornar aos tempos da balbúrdia previdenciária. A partir dos termos da Constituição, toda e qualquer forma de transferência de recursos públicos para fundos de pensão patrocinados pelo Estado não pode estar dissociada do custeio de plano de benefícios previdenciários. O próprio *caput* do artigo 202 da Constituição Federal, ao instituir o regime de previdência privada de caráter complementar, facultativo e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, estabeleceu como pilar e finalidade primordial a constituição de reservas que garantam o benefício contratado. O parágrafo 3º do artigo 6º da Lei Complementar nº 108/2001 não se refere a outra destinação dos recursos aportados pelo ente público aos fundos de pensão por ele patrocinados, a não ser os encargos previstos nos planos de custeio.

As Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001, são essencialmente diversas. A primeira traça as regras atinentes a relação dos entes estatais e suas paraestatais, com as entidades privadas de previdência fechada complementar; a segunda, normas gerais de todas as entidades privadas de previdência complementar.

Existe uma distância abissal entre as entidades de extração estatal, financiadas com recursos públicos, e as que promovem aposentadorias e vantagens, a partir das contribuições voluntárias de empresas privadas. Em relação a estas prevalece o princípio da livre disposição do seu patrimônio e dos seus recursos. As empresas públicas pautam-se pelo princípio da legalidade. A disposição de aplicar regras atinentes às segundas, sem nenhum obséquio à Constituição e à Lei Complementar 108, aos entes dependentes de patrocinador público, configura erro atroz de interpretação, em desfavor do Erário e da correção da ação da Administração Federal, que depõe contra a seriedade da instituição BNDES.

Ao erigir, portanto, tal argumentação, como pedra-de-toque para desviar-se de sua responsabilização - e manter o rateio dos recursos públicos transferidos para a FAPes entre os beneficiários do plano de previdência - o BNDES estaria a lançar uma pá-de-cal sobre toda a higidez do sistema, voltando ao estágio mais primitivo de previdência, para salvaguardar os atos irregulares de transferência de dinheiro público a sua Fapes.

A CEF e os Correios poderiam, então, seguir-lhe o exemplo e transferir os recursos públicos federais destinados à atividade fim de ambas as instituições, para cobrir os rombos de seus

sistemas previdenciários. Fariam o mesmo o Banco do Brasil e a Petrobrás e todas as estatais, já que o TCU estaria a admitir as fraudadas razões do BNDES.

Com base nessa premissa, a fim de manter coerência com a inteligência constitucional, a expressão “contribuição normal”, referida pela Carta Magna, conjuminada com toda a legislação subsequente, a qual está sujeita ao regime paritário, apenas admite a acepção abrangente de todas as obrigações financeiras assumidas pelo patrocinador público e pelos segurados, sejam elas passadas, presentes e futuras, que se destinem, direta ou indiretamente, ao custeio do plano de benefícios previdenciários. Não há cogitar de outra finalidade e condição para o patrocínio público de fundo de pensão, o qual é a única exceção à regra geral imposta pela Lei Maior que expressamente proíbe a transferência de recursos do Estado para entidades de previdência privada complementar.

Qualquer outra interpretação implicaria o esvaziamento e frustração da finalidade moralizadora estampada em letra viva no mandamento constitucional. Bastaria que norma de hierarquia inferior à Constituição Federal, como a edição de atos administrativos ou regulamentos internos do BNDES, autorizasse a realização de transferência unilateral e não paritária de recursos públicos para o fundo de pensão, sob o pretexto de serem destinados ao pagamento de serviço passado ou a atendimento de “outras finalidades”, quando, na verdade, tais dispêndios não podem estar dissociados do custeio do plano de benefícios previdenciários.

E abertas as anchas à interpretação de “pareceristas de plantão”, pretendida pelo BNDES, todo o sistema estaria sob risco, uma vez que todas as entidades estatais, patrocinadoras de entidades de previdência privada, como a CEF e os Correios, poderiam usar a mesma vereda, realizando maciças transferências de recursos públicos para cobrir os déficits crescentes de suas entidades patrocinadas, em favor de seus empregados.

Este procedimento colidiria, obviamente, com a própria lógica da Lei Maior que, expressamente, estabeleceu, como regra geral, a vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas de realizar aporte de recursos a entidades de previdência privada de caráter complementar, salvo na excepcionalíssima hipótese de patrocinador público, ainda assim, a sua contribuição normal limitada à do segurado.

Nesse contexto, talvez tenha sido difícil para a diretoria do BNDES e os “pareceristas” da entidade compreender a latitude da regra prevista no artigo 202, § 3º, da Constituição Federal, que veda ao poder público a realização de transferência de recursos a entidade privada de previdência complementar, no sentido de que é vedado o aporte de recursos, “...salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado”. A vedação à transferência de recursos é a regra geral; a condição de patrocinador, a exceção; e “em hipótese alguma” a contribuição normal poderá exceder a do segurado. Eis o mandamento expresso da Carta Magna.

Em síntese, a transferência unilateral de recursos pelo BNDES à Fapes fere frontalmente a norma proibitiva estampada na Carta Magna de aporte de recursos do ente estatal à entidade privada de previdência complementar, dado que não se encontra albergada pela única exceção nela prevista.

Na moldura jurídica delimitada pela Carta Política e pela Lei Complementar nº 108/2001, em que as regras de relacionamento entre o Estado e Fundos de Pensão acham-se claramente fixadas, perde relevo o sentido e alcance que os apelantes pretendem imprimir à expressão “contribuição extraordinária”, a qual foi extraída de contexto diverso de regulação normativa, caso da Lei Complementar nº 109/2001, cujas regras e princípios gerais não podem, como visto, obviamente, derogar as disposições específicas do diploma complementar especial (LC nº 108/2001).

A propósito, é basilar que a regra da paridade contributiva entre o patrocínio público de fundo de pensão e os respectivos segurados, de estatura constitucional, não pode ser relativizada por

interpretação equivocada de norma de hierarquia inferior, sob pena de subverter o ordenamento jurídico. Evidente que paridade de contribuições entre ente patrocinador e segurados não se confunde com parasitagem dos segurados em relação ao ente patrocinador.

Não importa se o patrocínio financeiro do Estado ao fundo de pensão tenha-se dado sob a alcunha de contribuição ordinária e extraordinária, que se destine à cobertura de déficits presentes ou futuros, ou mesmo ao pagamento de serviços passados e ao atendimento de outras finalidades, a Constituição da República exige sempre, sob a acepção lata de “contribuição normal”, que toda e qualquer transferência de recursos públicos não exceda a contribuição do segurado e seja destinada ao custeio de plano de benefícios entidade privada de previdência complementar. Em relação a entidade de previdência complementar instituída por ente público é assim.

Na verdade, toda essa falsa celeuma, levantada pelos responsáveis, é forçada a partir da crise dos fundos de previdência complementar estatais – majorada, no BNDES, pelos indevidos aumentos de remuneração e das equiparações remuneratórias das várias carreiras – ocorrida por decisão interna dos gestores e pressão dos sindicatos, o que intencionalmente ocasionou a errônea apreciação dos conceitos de contribuição normal e extraordinária, trazidas pela Lei Complementar nº 109/2001, para ambiente normativo que não lhe é próprio, à luz dos interesses dos empregados beneficiários do BNDES.

A meridiana clareza do instituto, consoante já salientado alhures, não permite ao diploma legislativo dispor sobre a regra de contribuição paritária entre patrocinador público e segurado de fundo de pensão. Por expressa dicção constitucional e legal, coube apenas à Lei Complementar nº 108/2001 regular a matéria, a qual não previu outra forma de aporte de recursos públicos a entidade fechada de previdência privada complementar, sem a observância da paridade contributiva. Aliás, qualquer estudante primeiranista de direito sabe que as emanações normativas da Constituição condicionam a legislação complementar subsequente, sob pena de inconstitucionalidade.

Ao definir as tipologias de contribuição e prever as respectivas destinações, a Lei Complementar nº 109/2001 o faz segundo uma concepção de temporalidade. Com efeito, tal dimensão fica clara ao buscar o significado comum e técnico da expressão “contribuição normal” ou “contribuição ordinária”, em contraposição à “contribuição extraordinária”.

Excluídas outras acepções irrelevantes ao caso, o Dicionário Aurélio atribui ao qualificativo “normal” como sendo aquele atributo do que seja habitual, natural. Ao transferir o sentido comum do adjetivo para o sistema de previdência privada complementar, a contribuição normal pode ser compreendida como aporte de recursos que se realiza de forma ordinária, rotineira e periódica, destinada à regular administração e funcionamento do plano de benefícios previdenciários.

Numa acepção técnica do termo, deve-se recorrer à ciência contábil e atuarial. Nesse sentido, valho-me da definição trazida pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, transcrita no Parecer nº 156/2014/CONJUR-MPS/CGU/AGU, aprovado pelo Ministro de Estado da Previdência Social, em 4 de abril 2014, com os efeitos do artigo 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993:

“Quanto aos aspectos técnicos, a Nota no 301/2014/CGMA/DIACE/PREVIC esclarece que a contribuição normal destina-se ao custeio regular do plano previdenciário (...).”

A Área Técnica da PREVI acrescenta que: “Além das contribuições normais, que são aquelas destinadas ao custeio regular, constante e periódico do plano, a doutrina atuarial nacional e internacional só admite a possibilidade de existência de contribuições extraordinárias (também mencionadas na literatura como ‘contribuições suplementares’), que são aquelas vinculadas a eventos não ordinários, tais como custeio de déficits atuariais ou o financiamento de serviço passado de participantes na ocasião do plano.”

Na mesma linha, trilha o parecer do Procurador Federal e Coordenador de Consultoria e Assessoramento Jurídico da Procuradoria Federal junto à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, Leonardo Vasconcellos Rocha, ao examinar o tema da paridade contributiva no regime de previdência complementar (artigo disponível no endereço da página da internet: <file:///D:/Users/marcoamu/Downloads/paridade contributiva no regime de previdencia complementar- o carater absoluto da vedacao de aporte.pdf>, acessado em 01/7/2016):

“Diz-se que o instituto da paridade é, de fato, estranho à classificação instituída pela LC 109, em seu art. 19, pois o critério norteador que a permeia é diverso: o da temporalidade, ou, nos termos de obra doutrinária coordenada por WAGNER BALERA, o da pontualidade:

As denominadas contribuições normais são aquelas ordinárias, rotineiras, as quais provêm tanto dos patrocinadores/instituidores, como dos participantes, destinadas diretamente ao pagamento dos benefícios de natureza previdenciária.

São aquelas que são processadas e posteriormente cobradas, destinando-se à constituição de reservas técnicas.

No entanto, mesmo ocorrendo a cobrança das contribuições normais, este ato, por si só, não significa que haverá o efetivo pagamento, verificando-se, assim, o déficit ou a falta de recolhimento dos contribuintes por serviços já prestados no âmbito do plano, referidos na norma como serviços passados.

Assim, aquelas contribuições que não foram pagas pontualmente, transformaram-se, quando efetivamente recolhidas ao plano nas denominadas contribuições extraordinárias, as quais, ao fim e ao cabo, são destinadas, igualmente à constituição de reservas.

Como se infere do fragmento supracitado, o vocábulo normal, na concepção idealizada no art. 19, tem relação com a ideia de ordinário, rotineiro, que ocorre em períodos certos. Diferencia-se da noção de extraordinário justa e exclusivamente em razão do momento em que o aporte é efetivamente realizado. Isso evidencia que a classificação, repita-se, é pautada tão-somente pelo fator temporal.

Baseando-se nesta noção, inclusive, WLADIMIR NOVAES MARTINEZ minimiza a importância de se fazer tal diferenciação:

Diferente das normais (mas, em última análise, ainda destinada ao custeio de benefícios), as extraordinárias convergem para a composição de déficits. À evidência, trata-se de convenção e designação de cunho contábil porque, ao final do processo, essas importâncias prestar-se-ão para o pagamento de prestações como as normais.

Ainda que se socorra da análise fria do vocábulo extraordinário, fora do contexto de previdência complementar, a noção de tempo, como critério diferenciador permanece, sob a roupagem da habitualidade:

EXTRAORDINÁRIO. Além do ordinário ou do que é de costume, é a significação do vocábulo, composto de extra (além, fora de) e de ordinário (usual, comum segundo o costume). Nesse sentido [...] vem por imposição de uma necessidade, fora do habitual.¹³ [...] ORDINÁRIO. Do latim ordinarius, de ordo, originariamente quer significar o que é posto em ordem, segundo a regra ou o costume. E, daí, sua significação técnica para exprimir o que está em ordem, é do costume ou se usa fazer, de que se deriva a significação de comum, usual, habitual.”

Na mesma vertente esposada pelo autor, inteiramente diverso é o sentido que o artigo 202, § 3º, da Constituição Federal e o artigo 6º, § 1º, da Lei Complementar nº 108/2001 atribuem à expressão “contribuição normal”. Tal significação, de caráter mais amplo, pauta-se pela ótica da responsabilidade segundo a qual hão de ser paritárias as participações financeiras do Estado e do

segurado, no custeio de plano de benefícios previdenciários, administrados por fundos de pensão, patrocinados pelo Poder Público, sem qualquer exceção, sob pena de comprometer a própria regra constitucional que veda a transferência de recursos públicos para entidades privadas de previdência complementar.

Nessa acepção lata, a contribuição normal, a que alude o artigo 202, § 3º da Constituição Federal e o artigo 6º, § 1º, da Lei Complementar nº 108/2001 não se confunde com a contribuição normal e a contribuição extraordinária, referidas pelos incisos I e II do parágrafo único do artigo 19 da Lei Complementar nº 109/2001. Pode-se dizer que essas últimas acepções seriam consideradas como subespécies ou variações da primeira, sob uma ótica estritamente temporal.

E não poderia ser diferente, pois todo e qualquer tipo de contribuição vertida pelo patrocinador público ao fundo de pensão, a qual deve sujeitar-se à regra de paridade contributiva com o segurado, visa, em última instância, à constituição de reservas destinadas a custear pagamentos de benefícios previdenciários passados, presentes e futuros. Tais reservas obedecem a um regime de capitalização inerente ao sistema de previdência complementar.

Sendo a concessão dos benefícios, em geral, diferida, há a necessidade de constante aferição do equilíbrio atuarial, até mesmo para verificar a necessidade de realização das sobreditas "contribuições extraordinárias", o que não as desnatura como forma de participação financeira do Estado no custeio do plano de benefícios, sendo, assim, submetidas à mesma regra de paridade contributiva, como ocorre nas chamadas contribuições ordinárias ou normais em seu sentido estrito (realizadas rotineiramente).

Por qualquer prisma que se avalie o tipo de contribuição, não há como eximir a obrigatoriedade da contribuição paritária entre o patrocinador público e o segurado do plano de benefícios administrado pelo fundo de pensão. Tal é a lógica interpretativa que tem como princípio a harmonização da Lei Complementar nº 109/2001 com as disposições específicas da Lei Complementar nº 108/2001 e da própria Constituição Federal.

Esses fundamentos são suficientes para afastar toda construção argumentativa utilizada com o propósito de relativizar a norma constitucional, a qual não contemplou "qualquer exceção" à contribuição paritária entre patrocinador público aos fundos de pensão e respectivos segurados.

Não bastassem tais razões, no caso concreto, há dados concretos de que os aportes unilaterais de recursos do BNDES ao respectivo fundo de pensão foram destinados ao equacionamento do déficit intencionalmente gerado pela instituição, com as equiparações entre carreiras diversas, sempre resultando na majoração das remunerações.

Assim, mesmo nas contribuições extraordinárias, previstas na Lei Complementar nº 109/2011, no sentido estrito do termo do art. 21, exige-se que o eventual resultado deficitário nos planos deve ser equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições. Embora tal dispositivo não se aplique ao ente público, ele realça os verdadeiros atos de disposição de recursos públicos praticados pelo BNDES.

De acordo com a unidade técnica de origem, há várias manifestações referentes à apuração de "déficit técnico" (v.g.: fls. 165, peça nº 16, fls. 34, peça nº 18, fls. 11, peça nº 21, fls. 104/105, peça nº 77).

As transferências unilaterais do BNDES não estavam desvinculadas do plano de benefícios previdenciários administrados pela Fapes. Os aportes de R\$ 450 milhões em valores da época, ou R\$ 921 milhões, em valores corrigidos, se destinaram a cobrir a insuficiência do aumento das provisões matemáticas, decorrente de alteração do Plano Estratégico de Cargos e Salários dos empregados da empresa pública federal. Ocorre que estas consequências eram inteiramente previsíveis, a partir da

intencional elevação da remuneração das carreiras da empresa pública e dos patamares de remuneração por ela praticados para todos os seus empregados.

Buscava-se evitar ou corrigir resultado deficitário no plano, em virtude do crescimento do valor dos benefícios, em decorrência de sua paridade com a remuneração dos empregados ativos. O BNDES pretendeu, a partir do intencional aumento de sua folha salarial, oriundo de acordos coletivos e outras medidas, realizar as transferências de recursos para o fundo de previdência, para cobrir a situação que ele mesmo intencionalmente causara, para regozijo de seus empregados, quando efetivara política salarial sem precedentes no Brasil, para todos os seus servidores.

Não se admite, nem mesmo para argumentar, que instituição do nível técnico do BNDES, com largos quadros de economistas e matemáticos, seja incapaz, a partir de cálculos atuariais singelos, de prever o impacto que teria a deletéria política de majoração interna das remunerações de seu pessoal, em relação ao seu fundo de previdência complementar que assegura a todos a paridade – aí sim, paridade – entre a remuneração dos empregados ativos e inativos.

Ao menos parte deste déficit constou do resultado atuarial do exercício de 2008 da Fapes, conforme registro de p. 34/35 da peça 18 (déficit técnico acumulado de R\$ 139 milhões), tal qual consignado na Informação Fiscal nº 02/ERRJ/PREVIC, de 11/10/2010, da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (peça 14, p. 20):

“5. Consta do parecer atuarial que o resultado deficitário, em 2008, teve natureza estrutural e conjuntural. Esta devido ao comportamento atípico do mercado financeiro durante este período, e aquela por causa das alterações ocorridas no Plano Estratégico de Cargos e Salários (PECS) da patrocinadora por força dos acordos coletivos de trabalho de 2005, 2007 e 2008 que oneraram os compromissos do Plano Básico de Benefícios”. (grifei)

À época dos fatos inquinados, o próprio Conselho de Gestão de Previdência Complementar, órgão vinculado ao então Ministério da Previdência Social, já vedava a possibilidade de contribuições exclusivas de ente públicos aos fundos de pensão para o equacionamento de resultado deficitário, conforme artigo 29, parágrafo único, da Resolução MPS/CGPC nº 26/2008 (peça 77, p. 155):

“Art. 29. O resultado deficitário apurado no plano de benefícios deverá ser equacionado por participantes, assistidos e patrocinadores, observada a proporção quanto às contribuições normais vertidas no exercício em que apurado aquele resultado, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que tenham dado causa a dano ou prejuízo ao plano de benefícios administrado pela EFPC. Parágrafo único. Em relação aos planos de benefícios que não estejam sujeitos à disciplina da Lei Complementar nº 108, de 2001, o resultado deficitário poderá ser equacionado pelos patrocinadores, de forma exclusiva ou majoritária, sem a observância da proporção contributiva de que trata o caput” (grifei)

Em síntese, O déficit existente no BNDES – previsível e intencional - decorrente da alteração de plano de cargos e salários, que diretamente implicou a majoração das retribuições previdenciárias, e sua cobertura não poderia ter ficado a cargo do BNDES. Houve franca violação da Constituição e da Lei Complementar 108. Em havendo interesse da empresa estatal e dos seus empregados, em negociação coletiva, na manutenção da paridade salarial entre ativos e aposentados, deveriam tais alterações, se possíveis, ter constado do cálculo atuarial anual do plano de benefícios previdenciários e terem sido custeadas paritariamente entre patrocinador público do fundo de pensão e

os segurados, consoante determina a Constituição Federal (artigo 202, § 3º), a Lei Complementar nº 108/2001 (artigo 6º, § 1º) e a Lei Complementar nº 109/2001 (artigo 21).

Na prática, procedeu o BNDES a um rateio dos valores indevidamente transferidos aos cofres da previdência complementar entre todos os seus empregados, visto que eles para ela não contribuíram extraordinariamente. É como se, em cálculo brusco, o BNDES dividisse os R\$ 921 milhões de reais, em valores de hoje, pelos seus dois mil servidores, e lhes atribuisse *pro rata*, a cada um deles, o valor de R\$ 460.617,00, para cobrir a parte que seria devida por cada um de seus empregados. Tal fato constitui, na verdade, verdadeira medida com os cofres da empresa pública e deve ser objeto de apuração e responsabilização dos gestores.

Inconstitucional, ilegal e imoral, portanto, atribuir ao BNDES a responsabilidade pela manutenção dos segurados, a partir dos seguidos aumentos de benefícios previdenciários, com a equiparação da remuneração dos empregados inativos aos ativos. A solução analogicamente prevista na legislação complementar é deveras simples, ou os segurados e assistidos assumem os encargos financeiros da manutenção dessa equiparação salarial, ou reduzem os benefícios previstos. E nada justifica a ação dos administradores da entidade que incorreram não só em faltas administrativas gravíssimas, mas em crime previsto no Código Penal.

Frise-se que não estão excluídos da regra da paridade contributiva os serviços passados ou diferenças nos valores já reconhecidos como dívidas dos patrocinadores que deveriam ser aportados pelo BNDES em favor da Fapes sem a contrapartida dos participantes. Com efeito, segundo o artigo 21, caput e parágrafo primeiro, da Lei Complementar 109/2001, “o resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar” e “o equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.”

De acordo com o artigo 6º da EC 20/1998, a Fapes teve o período de dois anos, de 1998 a 2000, para rever seu plano de benefícios, a fim de ajustá-lo atuarialmente a seus ativos. Esta revisão não pode ser feita posteriormente àquela data. Muito menos, a cada momento em que a entidade entender oportuno, como mecânica de cobertura de déficits futuros, decorrentes da política salarial ruinosa do BNDES.

Dada a expressa determinação legal, também não podem os fatos furtarem-se a ser apreciados em vista da possibilidade de sua subsunção a tipo penal específico, no caso o crime de peculato, praticado por todos os responsáveis que ensejaram as indevidas transferências de recursos públicos do BNDES ao fundo de previdência Fapes.

De fato, os responsáveis, que são funcionários públicos, ainda que ocupantes de cargos e empregos em comissão, pelos atos de repasse dos recursos, desviaram dinheiro público, de que tinham a posse em razão do cargo, em proveito próprio, se também são empregados do BNDES, ou em proveito alheio, dos demais funcionários da entidade, com infração a dever funcional expresso, materializado nas minudentes regras de conduta da entidade, cedendo a pedidos e à influência dos segmentos organizados de defesa dos privilégios dos empregados da mesma entidade.

Daí, inelutável que cópia do relatório, voto e acórdão sejam encaminhados aos órgãos encarregados da repressão criminal, para a prática dos atos que entenderem cabíveis, uma vez que a percepção da eventual ocorrência de crime impõe a qualquer funcionário a remessa dos autos à autoridade responsável, sobretudo em vista da magnitude dos valores públicos desviados de suas finalidades e usados para cobrir rombos de previdência privada, derivados de equiparações e práticas de aumentos salariais pouco ortodoxas.

Tal medida, obviamente, não se afigura em violação ao princípio da *non reformatio in pejus*, pois o Tribunal estará, apenas, dando conhecimento de fato, que entende típico, antijurídico e

culpável, à autoridade competente, que irá formar convicção e avaliar as medidas que entender cabíveis na sua alçada.

Como bem salientado, ainda no século passado, por Louis D. Brandeis (1856-1941), “Justice” da Suprema Corte dos Estados Unidos, “Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman”, ou seja, o ato de tornar público é justamente elogiado como remédio para doenças sociais e industriais. A luz do sol é considerada como o melhor dos desinfetantes; a luz elétrica, o policial mais eficiente.

Feitas essas considerações, nego provimento aos recursos e voto por que o Tribunal acolha a minuta de deliberação que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 27 de julho de 2016.

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Relator

ACÓRDÃO Nº 1922/2016 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 029.058/2014-7.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame (em Representação)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessados: Carlos Tadeu Moreira Ribeiro (551.417.817-04); Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes (00.397.695/0001-97); José Carlos Sampaio Chedeak (024.999.207-85); Lucia Maria Silveira Lopes Queto (547.714.987-68); Mariza Giannini (369.975.607-68); Outros; Pedro Linhares Della Nina (013.619.317-01)
 - 3.2. Responsáveis: Fernando Marques dos Santos (280.333.617-00); Guilherme Narciso de Lacerda (142.475.006-78); João Carlos Ferraz (230.790.376-34); Luciano Galvão Coutinho (636.831.808-20); Mauricio Borges Lemos (165.644.566-20); Roberto Zurli Machado (600.716.997-91); Wagner Bittencourt de Oliveira (337.026.597-49)
 - 3.3. Recorrentes: Fundação de Assistência e Previdência Social do Bndes - Fapes (00.397.695/0001-97); Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (33.657.248/0001-89).
4. Órgão/Entidade: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social (SecexPrevi).
8. Representação legal:
 - 8.1. Bruno Ferreira Motta Teixeira (113.066/OAB-RJ), Filipe Machado Guedes (150.032/OAB-RJ), Marcus Vinicius Noronha (95.440/OAB-RJ), Álvaro Oliveira de Freitas (75.912/OAB/RJ) e outros, representando Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.
 - 8.2. Renato Marchena do Prado Pacca (79733/OAB-RJ) e outros, representando Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes.
 - 8.3. André Carvalho Teixeira (18.135/OAB-DF) e outros, representando Luciano Galvão Coutinho, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia pedidos de reexame, interpostos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (peça 123) e pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES – Fapes (peça 104) contra o Acórdão 2.766/2015– Plenário,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992 e art. 286 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer dos Pedidos de Reexame interpostos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (peça 123) e pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES – Fapes (peça 104) contra os subitens 9.2.2 e 9.3 do Acórdão 2.766/2015– Plenário, para, no mérito, negar-lhes provimento;

9.2. encaminhar cópia do relatório, voto e acórdão para o Ministério Público Federal e para a Polícia Federal, para a prática dos atos que entender cabíveis;

9.3. dar ciência da deliberação aos recorrentes e às demais instâncias competentes, conforme especificado no subitem 9.7 da deliberação recorrida, bem como aos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e às respectivas comissões de controle, aos ministros de Estado Chefe da Casa Civil, da Fazenda, do Planejamento e da Transparência e Controle.

10. Ata nº 29/2016 – Plenário.
11. Data da Sessão: 27/7/2016 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1922-29/16-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral