



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

96.000.02-B

Sentença / 2012 / JRJO / 14ª Vara Federal

Autos nº 2004.34.00.010319-2

Ação Civil Pública

Autores : Sindicato Nacional dos Aeronautas e Associação dos Funcionários Aposentados e Pensionistas da Transbrasil (AAPT)

Réus : União, Superintendência de Previdência Complementar (sucessora legal, em parte, da União) Instituto AERUS de Seguridade Social e outros

S E N T E N Ç A

Vistos, etc.

Cuida-se de Ação Civil Pública proposta pelo Sindicato Nacional dos Aeronautas e pela Associação dos Funcionários Aposentados e Pensionistas da Transbrasil (AAPT) em desfavor da União (sucedida, em parte, pela Superintendência de Previdência Complementar, do Instituto Aerus de Seguridade Social e de 20 (vinte) outras pessoas jurídicas, patrocinadoras ou não, do referido Instituto AERUS, e que serão mencionadas ao longo desta sentença.

2.- De início, sustentam os Autores a legitimidade ativa e a adequação da ação civil pública para a defesa dos interesses nela declinados, e da responsabilidade das patrocinadoras pela gestão do

AERUS, instituto que teria concorrido para a lesão aos direitos dos aeronautas, mediante operações consideradas irregulares com suas patrocinadoras e adoção de planos de benefícios concebidos de forma irregular.

3.- Sustentam, ainda, de início, a legitimidade passiva da União, que autorizou, pelo antigo Departamento de Aviação Civil, as patrocinadoras a cessarem o repasse de expressivas contribuições ao Instituto AERUS, e que, por omissão da (antiga) Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social, deixou de verificar a regularidade dos atos entre o Instituto e algumas patrocinadoras.

4.- Depois de historiar a criação do instituto AERUS e do seu regime jurídico, ingressaram os Autores nos pontos importantes da demanda, que vem a ser a responsabilidade da União a) pelo financiamento do AERUS e da extinção, indevida, sustentam, de uma importante fonte de receita, a denominada Terceira Fonte, b) por omissão no que concerne aos negócios celebrados pelo AERUS com algumas patrocinadoras, c) pela aprovação da criação e fracionamento de planos de benefícios, que causaram prejuízos aos participantes e dependentes da entidade, e, ainda, d) pela autorização de retirada de patrocinadoras e suas respectivas reservas e redução das contribuições.

5.- Os Autores discorrem sobre cada uma dessas questões, atribuindo à União a responsabilidade pelo descumprimento do dever de proteção dos interesses dos participantes dos planos de benefícios, nos termos do art. 3º da Lei nº 6.435, de 1977, então vigente, além do dever de fiscalização das atividades da entidade, cf. arts. 35 e 40 da mesma lei.

6.- Em suma, a ação tem por objeto (a) responsabilizar a União

por atos que teriam causado prejuízos ao AERUS, no que concerne à “extinção da chamada 3ª fonte” e (b) à aprovação de atos de negociações e renegociações de dívidas de patrocinadoras ao AERUS, (c) anular atos que aprovaram a criação e o fracionamento de planos de benefícios de patrocinadoras da entidade de previdência privada, por importarem prejuízos aos participantes e dependentes da entidade, (d) assim como anular os atos que autorizaram a retirada de patrocinadoras (TAM e Air France) e as respectivas reservas, e a redução de contribuições.

7.- Foi pedida antecipação de tutela, para o fim de se determinar à União e aos seus litisconsortes a manutenção dos respectivos planos de benefícios, assim como a manutenção da vinculação do pessoal ativo e aposentado da TRANSBRASIL nos planos por esta patrocinado no AERUS.

8.- Ao final, além dos pedidos de natureza instrutória, pediram-se, em relação à União e ao Instituto AERUS, em resumo, a) a nulidade da extinção da denominada terceira fonte de financiamento do AERUS, b) a nulidade dos atos da antiga SPC autorizadores de renegociações entre a VARIG e o AERUS e entre a TRANSBRASIL e o AERUS; que autorizaram a retirada de recursos dos planos por parte de patrocinadoras que se retiraram do Instituto; que autorizou o fracionamento (“estilhaçamento”) dos Planos I e II do AERUS, c) a declaração de subsistência do Plano I e a vinculação das respectivas patrocinadoras, tudo nos termos dos convênios de adesão, e a declaração de nulidade da autorização para constituição do Plano II para patrocinadoras então vinculadas ao Plano I, e d) a permanência do pessoal da TRANSBRASIL no plano de benefício do AERUS.

9.- Em relação à União, formularam-se pedidos de condenação nas verbas relativas à antiga terceira fonte, pelo prazo que declinam, e aos prejuízos aos participantes e AERUS em razão das renegociações e das

retiradas de patrocinadoras.

10.- Em relação aos patrocinadores, colocados como litisconsortes passivos, a condenação no pagamento das contribuições como originalmente previsto, ao restabelecimento e manutenção dos Plano de Benefícios I, e ao autopatrocínio do pessoal da TRANSBRASIL, aos lucros cessantes,

11.- A petição inicial, instruída com a documentação de fls. 62 a 686, foi distribuída à 7ª Vara desta Seção Judiciária.

12.- A liminar foi indeferida, cf. decisão de fls. 687, determinando-se, então, a citação apenas da União e do AERUS; a citação dos litisconsortes passivos seria efetivada posteriormente.

13.- A União foi citada e ofertou a resposta de fls. 700-38. De início, sustentou-se que o AERUS deveria ser autor e não réu, pois é o beneficiário dos pedidos formulados pelos Autores; como matéria preliminar, sustentou-se a inadequação da ação civil pública para discussão de contribuição previdenciária (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85), a ilegitimidade ativa do Sindicato para defender interesses do AERUS; incompatibilidade de cumulação de condenação da Fazenda Pública em obrigações de dar (dinheiro), de fazer e de não fazer, citando precedente do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido; alegou-se a inépcia da petição inicial, por haver pedidos incompatíveis entre si; a ilegitimidade passiva da União, por cuidarem-se, alguns pedidos, de relações entre entidades privadas. Como prejudicial de mérito, alegou-se a prescrição quinquenal do Decreto nº 20.910, de 1932. Em matéria de mérito, a União discorreu sobre a instituição, finalidade e extinção da chamada Terceira Fonte, cobrada sobre as tarifas aéreas (fls. 719); sobre a transferência de gerenciamento do Plano

de Benefícios patrocinados pela TAM e AIR FRANCE (fls. 722); sobre as negociações e renegociações de dívidas entre AERUS e seus patrocinadores VARIG e TRANSBRASIL (fls. 726); sobre a implantação do Plano de Benefícios II (fls. 730); sobre as alterações nos textos regulamentares dos Planos de Benefícios e em relação ao Plano da Patrocinadora TRANSBRASIL (fls. 733). Por fim, discorreu sobre a sua responsabilidade pelos atos de fiscalização então exercida pela Secretaria de Previdência Complementar (fls. 735), concluindo pela improcedência do pedido. A resposta veio acompanhada de informações do antigo DAC e da antiga SPC (fls. 740 e seguintes).

14.- O Instituto AERUS de Seguridade Social ofertou a resposta de fls. 773-821. Em preliminares, sustentou a inépcia da petição inicial, a incompatibilidade de cumulação de ações, pois há pedidos contra a União e também, outros, contra várias entidades e empresas; a ilegitimidade ativa dos Autores; a ausência de autorização assemblear; o incabimento da ação civil pública na espécie; da litigância de má-fé, e a de litisconsórcio passivo (esta já superada). Em tema de mérito, o AERUS noticiou o ajuizamento de ação, que tramitou nesta 14ª Vara, tendente a obter a recomposição do seu patrimônio em face da extinção da Terceira Fonte; discorreu sobre a repactuação dos débitos das patrocinadoras VARIG e TRANSBRASIL e sobre a concessão de empréstimos a outros patrocinadores, sustentando a legalidade dessas operações; discorreu sobre os Planos de Benefícios, a necessidade de alteração e criação de planos, e da faculdade de retirada de patrocinadoras, da migração e transferência de recursos, conforme longa exposição na resposta (fls 794), e tratou, em tópico específico, sobre “A Questão Transbrasil” (fls. 818). Por fim, pugnou pelo acolhimento das preliminares, ou pela improcedência dos pedidos formulados na inicial. A resposta veio acompanhada dos documentos e fls. 823 e seguintes.

15.- Os autos foram ao Ministério Público Federal, que se

manifestou às fls. 894-900, pronunciando-se pela necessidade de se esclarecer eventual litispendência com outras ações.

16.- Os Autores pugnaram pela conexão desta ação com o mandado de segurança que tramitava na 8ª Vara Federal (fls. 902-10).

17.- O juízo de origem, cf. decisão de fls. 946-7, declinou da sua competência para o juízo da 8ª Vara, que, não obstante, suscitou conflito negativo ao TRF (fls. 956-61).

18.- O Tribunal, em uma decisão tecnicamente infeliz, concluiu que o competente seria este juízo, por onde tramitava uma ação que para cá veio distribuída em 3 de setembro de 2003, cronologicamente entre o mandado de segurança da 8ª Vara (7 de abril de 2003) e esta ação civil pública, distribuída à 7ª Vara (24 de março de 2004), confundindo o poder de o relator designar um dos juízos conflitantes para decidir em caráter provisório as medidas urgentes com a competência para julgamento definitivo das ações (art. 120 do Código de Processo Civil).

19.- De todo modo, vindo os autos para este juízo, determinei a citação dos litisconsortes passivos, cf. despacho de fls. 970.

20.- A ELETROELETRÔNICA – Indústria de Componentes Aviônicos S/A ofertou a resposta de fls. 1.051-69, pugnando pelo acolhimento de questões preliminares ou pela improcedência do pedido.

21.- Na petição de fls. 1.118-44, os Autores formularam pedido de antecipação de tutela, em face da liquidação extrajudicial, decretada pela antiga Secretaria de Previdência Complementar, do Plano de Benefícios I, do Instituto AERUS, patrocinado pela TRANSBRASIL (Portaria nº 346/2006).

22.- O juiz substituto deste juízo indeferiu a antecipação de tutela, cf. decisão de fls. 1.152-4. Os Autores tiraram agravo contra essa decisão (fls. 1.179-247).

23.- A AMADEUS BRASIL LTDA apresentou a contestação de fls. 1.317-34, pugnando pelo acolhimento de questões preliminares ou pela improcedência do pedido; O SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS AEROMARÍTIAS – SNEA também ofereceu resposta e requereu o acolhimento de questões preliminares ou a improcedência do pedido (fls. 1.354-75).

24.- Foi concedida antecipação de tutela no agravo, conforme decisão de fls. 1.398-403, “de modo a assegurar aos substituídos, até ulterior decisão judicial, a complementação dos benefícios a que fazem jus nos termos regularmente pactuados, também a cargo da União, consoante decisão acima transcrita, mas sem afastar os deveres impostos aos demais patrocinadores, de forma solidária, proporcionalmente ao quanto se obrigaram.” Foi noticiado descumprimento da decisão (fls. 1.497-503), determinando o juiz a manifestação da União (fls. 1.504).

25.- A IATA – INTERNACIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION ofertou a resposta de fls. 1.520-33, pugnando pelo acolhimento de questões preliminares ou pela improcedência do pedido.

25.- Reiterada a notícia de descumprimento da decisão antecipatória (fls. 1.567), proferiu o juiz a decisão de fls. 1.569-71, pela qual fixou o prazo de 10 dias para cumprimento da tutela e fixou multa pecuniária de 12 mil reais por dia de atraso. A União deu notícia da solicitação de abertura de crédito adicional extraordinário, a fim de que a decisão fosse cumprida e que dependia apenas dessa providência (fls. 1.573). O juiz

aumentou a multa pecuniária, concedendo novo prazo de cumprimento (fls. 1.581-82).

26.- A União manifestou agravo dessa nova decisão, no que concerne à multa (fls. 1.594-601). Não há notícia da decisão do TRF. Porém, em pedido de suspensão da medida cautelar ao Supremo Tribunal Federal, a ministra-presidente suspendeu a imposição da multa diária até o julgamento, pela 2ª Turma do TRF, do agravo contra a decisão de indeferimento da antecipação de tutela, concedida pela relatora (fls. 1.617-21).

27.- Também ofertaram contestações a SERVIÇO AUXILIARES DE TRANSPORTE AÉREOS S/A – SATA (fls. 1.668-77), a FUNDAÇÃO RUBEM BERTA (fls. 1.739-52), a VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE, RIO SUL LINHAS AÉREAS REGIONAIS S/A e NORDESTE LINHAS AÉREAS REGIONAIS S/A (fls. 1.777-814), todas pugnando pelo acolhimento de questões preliminares ou pela improcedência do pedido.

28.- A 2ª Turma do TRF negou provimento ao agravo regimental contra a decisão pela qual a relatora antecipou a tutela em favor dos Autores (fls. 2.118).

29.- A EQUANT SERVICES BRASIL LTDA (sucessora da CIP DO BRASIL LTDA) e EQUANT BRASIL LTDA ofertaram a resposta de fls. 2.120-8, requerendo sua exclusão do processo, porque não empregam “aeronautas” ou “aeroviários”. A TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS ofertou a resposta de fls. 2.199-23, pugnando pelo acolhimento de questões preliminares ou pela improcedência do pedido.

30.- Em fase de especificação de outras provas, o Sindicato-Autor requereu a requisição de documentos e de provas orais (fls. 2.238-40); A

VARIG, a Rio Sul e a Nordeste nada requereram (fls. 2.242); a IATA também não (fls. 2.244); o SNEA pediu sua exclusão do processo (fls. 2.246-7; o AERUS disse não pretender produzir outras provas (fls. 2.263-5). A TRANSBRASIL requereu provas (fls. 2.267-8); a União disse que não há outras provas (fls. 2.273).

31.- Redistribuído o agravo no TRF, o novo relator manteve a decisão anterior (fls. 2.330-4), e o Supremo Tribunal Federal, por seu presidente, manteve a suspensão da decisão do TRF (fls. 2.355-62).

32.- Pela decisão de fls. 2.385-88, foi indeferida produção de provas requeridas pelos Autores, pela IATA e pela TRANSBRASIL, tendo esta manifestado agravo retido (fls. 2.400-411), contraminutado às fls. 2.456-8; os Autores tiraram agravo por instrumento (fls. 2.414-29).

33.- No Supremo Tribunal Federal, em agravo regimental contra a decisão do seu presidente, deu-se parcial provimento ao agravo, “de modo que a suspensão dos efeitos da decisão liminar proferida no Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.016434-4, perdure até a prolação de sentença” nesta ação civil pública (fls. 2.439).

34.- A União requereu, em face da criação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) pela Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, a sua sucessão no feito pela autarquia, permanecendo como sua assistente (fls. 5.501-11).

35.- Os Autores trouxeram a alentada documentação de fls. 2.514-3.708, concernente ao inquérito instaurado pela Secretaria de Previdência Complementar para apuração das atividades do AERUS, e também a relatórios anuais da entidade, além de documentos de origens e finalidades

diversas.

36.- Os Autores discordaram da pretensão de sucessão da União pela PREVIC (fls. 3.710-11); o Ministério Público Federal manifestou-se acorde ao pedido da União (fls. 3.719).

37.- Os Réus foram intimados para ciência da documentação de fls. 2.514-3.708; houve manifestações às fls. 3.737, 3.739-42, 3.745-8, 3.750-1, 3.752-5 por diversos réus;

38.- O AERUS manifestou-se às fls. 3.757-68, esmiuçando a documentação trazida pelos Autores e colacionando a Nota Técnica, a Decisão da Secretaria de Previdência Complementar e a Conclusão (relatório) da Comissão de Inquérito (fls. 3.769-4.074).

39.- A decisão sobre a sucessão da União pela PREVIC foi postergada, pela juíza que aqui se encontrava em exercício, para a sentença, determinando-se a vinda das alegações finais (fls. 4.031). Contra essa decisão foram opostos embargos de declaração pela União, afinal rejeitados pela decisão de fls. 4.292.

40.- Em alegações finais, o AEROCUBE DO RIO GRANDE DO SUL requereu sua exclusão da lide e endossou as razões da União (fls. 4.122-4); a VARIG reportou-se à contestação (fls. 4.126); a IATA apresentou as de fls. 4.129-43, também por sua ilegitimidade passiva ou pela improcedência do pedido; a TRANSBRASIL apresentou as de fls. 4.145-52, pela improcedência do pedido; os Autores apresentaram suas alegações às fls. 4.164-256, pela procedência dos pedidos, com o restabelecimento dos benefícios, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal; o AERUS, as de fls. 4.259-79; o SNEA, as de fls. 4.282-90.

41.- A PREVIC requereu seu ingresso na lide como sucessora da União (fls. 4.293-4).

42.- A União apresentou as alegações finais de 4.296-342, pelo acolhimento das preliminares ou pela improcedência dos pedidos;

43.- Em petição conjunta, a PREVIC e a União delimitaram o âmbito das respectivas atuações em relação ao mérito da pretensão autoral, por isso que a autarquia foi admitida como sua sucessora, salvo na questão relativa à extinção da terceira fonte (fls. 4.393).

44.- Os Autores opuseram contra essa decisão os embargos de declaração de fls. 4.396-99.

45.- Acolhi, em parte, referidos embargos, proferindo a decisão de fls. 4.424-9, extremado que a responsabilidade da União não se limita à extinção da terceira fonte, mas que “a admissão da PREVIC, ao lado da União, não exclui a responsabilidade desta por atos de seus agentes, a ser resolvida na sentença, alterando-se a conclusão da decisão de fls. 4.393.”

46.- A PREVIC, assumindo como sucessora parcial da União, apresentou as alegações finais de fls. 4.433-73, sustentando a legalidade dos atos praticados pela antiga Secretaria de Previdência Complementar e pugnando pela improcedência dos pedidos.

47.- Por fim, o Ministério Público Federal emitiu o pronunciamento de fls. 4.479-502, concluindo pela legitimidade ativa dos Autores, pela legitimidade passiva dos réus, pela cumulação de pedidos e pela competência da Justiça Federal, pela continência parcial desta ação em

relação a outras já julgadas por este juízo, e pela legitimidade da sucessão legal da União pela PREVIC; no que concerne ao mérito, não viu o órgão ministerial atuação da União que importasse em sua responsabilização por eventos danosos ao Instituto AERUS, porque atos omissivos não rendem ensejo à responsabilidade objetiva, mas subjetiva, de modo que deveria ser demonstrada a conduta dolosa ou culposa dos agentes do Estado; ademais, prossegue dizendo que do contexto probatório não é possível concluir pela conduta ilícita de agentes públicos na fiscalização do referido instituto de previdência. Em relação aos demais réus, o MPF pronunciou-se pela improcedência do pedido, à vista mesmo do que se decidiu no Mandado de Segurança nº 2003.34.00.011072-5, que tramitou neste juízo. Em resumo, oficiou-se no sentido da rejeição das preliminares e da improcedência dos pedidos.

48.- Depois de longa e acidentada tramitação, vieram os autos conclusos no dia 2 de abril deste ano para prolação de sentença.

Eis, em síntese, o relatório.

II

As questões preliminares

As questões preliminares suscitadas pela União e AERUS, de modo mais abrangente, e pelos demais réus, mais restritivamente, podem ser destacadas e resolvidas como seguem, independentemente de alusão a quem as suscitou. Destaque-se que o Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 4.479-502, ofereceu importantes subsídios jurídicos para resolução dessas questões, e a eles se reportará quando for o caso.

a) a de ilegitimidade ativa do Sindicato

49.- Disse o Ministério Público Federal: “Não obstante os diversos argumentos utilizados pelos réus para tenta afastar a legitimidade ad causam dos autores, entendo plenamente legítima a atuação tanto do sindicato quanto da associação no presente feito. Vejamos! A lei de Ação Civil Pública (art. 5º e 21 c/c art. 82, IV, do CDC), prevê expressamente a legitimidade de associações legalmente constituídas para ingressarem com ação coletiva na defesa dos interesses dos seus associados. Ao contrário do que afirmou a União, o Sindicato é considerado associação civil, para fins de legitimidade ativa para Ação Civil Pública.” (fls. 4.481-2). Cita o Ministério Público Federal, em seguida, julgado do Col. Superior Tribunal de Justiça. E prossegue: “Por outro lado, verifica-se que foi comprovado nos autos tanto a legalidade da constituição de ambas as autoras (fls. 63-112 e 660-685), quanto a pertinência temática das suas finalidades institucionais com o fim colimado na presente ação. Observa-se que a finalidade institucional de ambas as autoras é a defesa dos interesses individuais e coletivos dos seus associados, dentre eles diversos participantes dos planos de previdência privada outrora ofertados pelo Instituto AERUS. Embora os pedidos realizados, se procedentes, venham a beneficiar o próprio Instituto, já que levariam à recomposição do seu patrimônio, não se pode olvidar que os maiores interessados na liquidez do fundo de pensão são os próprios participantes, já que eles serão diretamente influenciados, pelo seu resultado, seja positiva ou negativamente.” (fls. 4.482-3) E adiante conclui que não “falar em ilegitimidade ativa por violação art. 6º do CPC, já que, ao contrário do que afirmaram os réus, não estão os autores realizando SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL ILEGAL do AERUS, mas buscando a tutela dos interesses dos seus próprios associados, participantes dos planos de previdência e diretamente interessados na liquidez do patrimônio do referido Instituto.” (fls. 4.483)

Preliminar rejeitada.

b) a de necessidade de autorização assemblear

50.- No que concerne às alegações de ilegitimidade ativa por falta

de autorização assemblear, o Ministério Público Federal pronuncia-se no sentido da sua desnecessidade, também arrimado em julgados do Superior Tribunal de Justiça, porque, cuidando-se de substituição processual, na defesa dos interesses dos membros da associação – e sindicato é associação – não é necessária essa autorização, e também porque a Lei nº 7.347, de 1985, ampliou o alcance de ações da espécie para defesa de direitos individuais, neste caso homogêneos, nos termos do art. 21 da referida lei, na redação que lhe dera o art. 117 do Código de Defesa do Consumidor .

Preliminar rejeitada.

c) a de legitimidade passiva da União

51.- A União é parte passiva legítima, porque é contra essa pessoa jurídica de direito público que se formulam pedidos específicos, de indenização pela extinção da chamada Terceira Fonte de financiamento do Instituto AERUS, de indenização pela autorização de alteração de planos da entidade e por falta de fiscalização adequada da entidade de previdência privada, tudo em ordem a causar prejuízos aos filiados e associados dos Autores.

52.- Se o bem da vida pretendido, dentro da relação de direito material, só pode ser obtido da União, é desta a legitimidade para figurar no pólo passivo da relação de direito processual.

Preliminar rejeitada.

d) a de ilegitimidade passiva do AERUS

52.- Tem igualmente o AERUS legitimidade para figurar no pólo

passivo da lide, porque, exceto a questão relativa à Terceira Fonte de financiamento, as alterações dos planos e as negociações e renegociações com patrocinadoras, são de sua responsabilidade, em litisconsórcio com a União, pela antiga Secretaria de Previdência Complementar, de modo que a decisão que conclua pela irregularidade daquelas alterações tem repercussão no seu patrimônio jurídico.

53. Depois, o AERUS sustenta veementemente a regularidade dos seus atos, inclusive a desnecessidade de aprovação pela antiga SPC dos contratos relativos às dívidas de patrocinadoras.

Preliminar rejeitada.

e) a de ilegitimidade passiva da VARIG e da TRANSBRASIL

54.- Pela mesma razão acima declinada, tem-se como legitimadas passivamente a VARIG e a TRANSBRASIL, porque os negócios jurídicos de alongamento das suas dívidas relativas ao não recolhimento das contribuições devidas ao AERUS são objeto de impugnação, de modo que, em princípio e em um quadro de normalidade de funcionamento das empresas, a pretensão de declaração de invalidade e anulação desse negócios alcançaria inelutavelmente todas as partes contratantes.

Preliminar rejeitada.

f) a de impropriedade da ação civil pública para discussão de matéria previdenciária

55.- A restrição da Lei da Ação Civil Pública (art. 1º, parágrafo único) refere-se a matéria previdenciária de natureza pública, institucional, a

cargo de órgão ou entidade do Estado, e não de previdência complementar, de natureza contratual, privada, a cargo de entidades de igual natureza, como na espécie.

56.- Ademais, aqui não se discute matéria previdenciária, em si, mas responsabilidade do Estado por atos, omissivos, concernentes à fiscalização dos serviços de entidade de previdência complementar, pela supressão de fonte de custeio, e de homologação de alteração de planos de benefícios.

57.- Em suma, não se discute direito a esse ou aquele benefício da previdência complementar.

Preliminar rejeitada.

g) a de inépcia da petição inicial.

58.- Não há falar em inépcia da petição inicial, que preenche todos os requisitos legais, e da narrativa da sua causa de pedir se pode apreender o seu objeto. Os pedidos, embora múltiplos, são imputados aos réus com clareza, ainda que a causa seja, em si mesma, complexa no que se refere aos fatos e aos seus aspectos jurídicos.

Preliminar rejeitada.

h) a de impossibilidade de cumulação de pedidos na ação civil pública.

59.- Nos termos do parecer ministerial, “um dos principais argumentos utilizados para afastar o cabimento da cumulação de pedidos no presente caso, foi o de que a Justiça Federal não é competente para conhecer de todos os pedidos, logo a cumulação seria indevida, por força do disposto no art.

292, § 1º, II do CPC. No entanto, ao meu sentir, uma vez reconhecida a legitimidade da União para figurar no pólo passivo da presente demanda, não há que se falar em impossibilidade de cumulação de pedidos, utilizando-se deste argumento.”(fls. 4.489) E prossegue dizendo que uma vez fixada a competência da Justiça Federal, em razão da legitimidade passiva da União, “ela se torna competente para julgar todos os demais pedidos da causa.” (fls. 4.489). E no que se refere à cumulação de obrigações de dar e de fazer, menciona o Ministério Público Federal julgado do Superior Tribunal de Justiça, de cujo aresto se extrai a seguinte assertiva; “É firme o entendimento de que é cabível a cumulação de pedido de condenação em dinheiro e obrigação de fazer em sede de ação civil pública.” (fls. 4.492)

Preliminar rejeitada.

i) a de ilegitimidade passiva dos demais réus (exceto União, sucedido em parte pela PREVIC, e AERUS)

60.- Em relação às demais patrocinadoras do AERUS, a legitimidade passiva só se configuraria, em princípio, em relação às empresas (excluídas naturalmente a União, em parte sucedida pela PREVIC, e o AERUS), que congregam filiados ao Sindicato Nacional dos Aeronautas e à Associação dos Funcionários Aposentados e Pensionistas da Transbrasil, porque o Sindicato foi constituído para defesa da categoria profissional dos aeronautas, e a associação, dos aposentados e pensionistas da TRANSBRASIL, e assim decidi no Mandado de Segurança nº 2003.34.00.011072-5.

61.- Porém, em face da tese sustentada pelos Autores, de que todas as patrocinadoras estão obrigadas a contribuir para o AERUS conforme o antigo Plano, afinal “estilhaçado” em tantos outros, conforme as

respectivas patrocinadoras, de modo que seus interesses também poderiam ser alcançados na hipótese de eventual procedência do pedido de anulação da implantação pelo AERUS desses novos planos, que foram aprovados pela antiga SPC.

62.- Portanto, o pedido de declaração da plena vigência do Plano I alcança todas as patrocinadoras ao tempo em que foi fracionado em novos planos.

Preliminar rejeitada.

III

O mérito da pretensão

63.- Em tema de mérito, três são as questões postas nesta ação, a saber: (a) responsabilidade da União por atos que teriam causado prejuízos ao AERUS, no que concerne à “extinção da chamada 3ª fonte” e (b) responsabilizar a União por atos de aprovação de atos de negociações e renegociações de dívidas de patrocinadoras ao AERUS, e (c) anular atos que aprovaram a criação e o fracionamento de planos de benefícios de patrocinadoras da entidade de previdência privada, por importarem prejuízos aos participantes e dependentes da entidade, assim como anular os atos que autorizaram a retirada de patrocinadoras (TAM e AIR FRANCE) e as respectivas reservas.

64.- Duas dessas questões foram objetos de ações que tramitaram neste juízo e que já foram julgadas, uma originariamente distribuída para esta Vara, a Ação Ordinária nº 2003.34.00.030154-6, proposta pelo Instituto AERUS, aqui réu, contra a União, também aqui ré, em que se discutiu sobre

a Terceira Fonte, e outra, o Mandado de Segurança nº 2003.34.00.0110072-5, impetrado pelo ora Autor contra ato da Secretaria de Previdência Complementar, e que, como esta ação civil pública, veio para este juízo, por conexão atípica.

65.- Os fundamentos das respectivas sentenças servem, no primeiro caso, inteiramente; no segundo, parcialmente, para também fundamentar os respectivos tópicos da pretensão autoral.

III.a

A Terceira Fonte. Extinção

66.- Nos autos da Ação Ordinária nº 2003.34.00.030154-6, proposta pelo AERUS, aqui litisconsorte passivo, em desfavor da União, também aqui no pólo passivo, conforme sentença que proferi a 7 de março de 2007, e que se encontra por cópia nestes autos às fls. 2.270-305, a matéria foi apreendida e resolvida nos termos que seguem:

“33.- O Autor, em sua exposição inicial, narrou que em julho de 1982 “as empresas aéreas e demais integrantes do Sistema de Aviação Civil firmaram Declaração de Intenção manifestando-se no sentido de constituir entidade de previdência complementar do tipo fechada, sem fins lucrativos, com o objetivo precípuo de prestar previdência supletiva e assistência social aos participantes do Sistema de Aviação Civil”. Esse compromisso foi firmado pelas empresas mencionadas às fls. 8-9. E continuou: “... para solucionar a questão relativa à fonte de recursos para a entidade, sugeriu-se ressuscitar, com outros contornos, o antigo ‘seguro especial do aeronauta’, cujo produto econômico reverteria em favor do fundo que seria criado, única forma de se garantirem os recursos mínimos necessários à criação do Fundo de Pensão, com o mérito adicional de ser uma solução que poderia ser adotada no âmbito do próprio Ministério da Aeronáutica”. (fls. 9).

34.- Para assegurar os recursos necessários, o Departamento de Aviação Civil celebrou com as empresas concessionárias de serviços de transporte

aéreo doméstico de âmbito nacional (VARIG, CRUZEIRO, TRANSBRASIL e VASP) Termos Aditivos aos contratos de concessão, nos quais essas empresas se comprometeram a cobrar dos passageiros e a repassar mensalmente ao Autor o valor equivalente a 3% (três por cento) do total da receita doméstica voada de passagens, a partir de 1º de agosto de 1982, com vencimento a partir de 05 de novembro de 1982, durante os 30 (trinta) anos seguintes.

35.- O Termo Aditivo concernente à VARIG, assinado a 1º de setembro de 1982, encontra-se às fls. 484, no qual a empresa declarou que, “em aditamento ao compromisso assumido no Termo de 29 de outubro de 1973, aceita como condição da concessão a obrigação de recolher, na forma e nas condições determinadas pelo Ministério da Aeronáutica, mensalmente, a partir de 05 de novembro do corrente, a contribuição de 3 (três por cento) sobre o total das receitas de passagens originadas das tarifas aéreas domésticas aprovadas, para fins de complementação de aposentadorias e outros benefícios a cargo do Instituto AERUS de Seguridade Social A obrigação mencionada está vinculada ao prazo de duração da concessão, bem como de sua prorrogação, cessando, porém, definitivamente 30 (trinta) anos após a data do início dos recolhimentos.”

36.- Os termos aditivos aos de concessão relativos à TRANSBRASIL e à VASP encontram-se às fls. 485 e 486, respectivamente (o da VASP também veio às fls. 59, inicial), e todos contém idêntico compromisso.

37.- Sucedeu que em 30 de janeiro de 1991, o Diretor Geral do Departamento de Aviação Civil comunicou ao Instituto AERUS que em razão de estudos realizados no âmbito daquele departamento, que concluíram no sentido de que a contribuição de 3% (três por cento) sobre as tarifas aéreas em favor do instituto já havia produzido o resultado desejado, o DAC resolveu extinguir a obrigatoriedade de inclusão, na tarifa aérea, do referido percentual, “deixando a cargo das partes – Instituto e empresas – promover entendimentos para estabelecer nova forma de contribuição e novas fontes de custeio, de modo a preservar a aposentadoria de aeronautas e aviários.” (fls. 93).

38.- Exatamente quanto a esse entendimento entre AERUS e empresas, disse o Instituto ao Diretor do DAC, na missiva de fls. 97-8, que “esse

objetivo, com a extinção daquela fonte de receita, somente poderá ser assegurado com o aumento da contribuição das empresas patrocinadoras; e que o AERUS, como pessoa jurídica, não pode responder pelas suas patrocinadoras, deverão estas manifestar-se, uma vez feitos os estudos atuariais necessários, se estão dispostas ou não a contribuir com maiores valores mensais, para suprir o cancelamento da chamada 'Terceira Fonte'." Disse mais: "que a nova posição do DAC redundará na reformulação do plano de custeio e na conseqüente elevação das contribuições necessárias para a manutenção do atual plano de benefícios e da estabilidade econômica do AERUS; e que, em vista disto, patrocinadoras e até participantes poderão rever suas posição de associados do Instituto." E ainda: "Sabe V. Exa. das dificuldades que o AERUS tem tido em se compor com a VASP e a TRANSBRASIL a respeito de débitos que se referem aos 3%, como igualmente às contribuições ordinárias, neste caso, exclusivamente, em relação à sua patrocinadora acima mencionada.

39.- Diante da determinação do DAC, formulou-lhe o AERUS o seguinte pleito: "Mediante tal circunstância, vimos encarecer a moderação pessoal de V. Exa.no sentido de fazer com que aquelas duas empresas – para uma solução menos gravosa de todo o assunto – se disponham a pagar o montante dos respectivos débitos para com o AERUS."

40.- Dessas informações já podem ser tiradas as seguintes conclusões:

- a) o DAC sugeriu e o AERUS se propôs a promover estudos atuariais em ordem a reformular o plano de custeio;
- b) as dificuldades para que as contribuições devidas pelas patrocinadoras fossem vertidas ao Instituto AERUS já eram sentidas antes mesmo do ofício do DAC ao AERUS dando conta da extinção da terceira fonte;
- c) o AERUS precisava da intervenção do DAC para que as devedoras mencionadas fossem instadas a pagar o que deviam.

41.- Havia, percebe-se, completa dependência do AERUS ao DAC, para sua instituição e viabilização, daí o pleito de gestão perante as empresas para

verterem suas contribuições, empresas que já se encontravam inadimplentes ao tempo em que foi o instituto comunicado da decisão de que não mais seria exigido das empresas a tal contribuição.

42.- O certo, porém, é que essa obrigação foi objeto de Convênio de Adesão firmado entre o AERUS e cada uma das empresas patrocinadoras do instituto, cuja cláusula, com variação de percentual geral, tinha a seguinte redação padrão:

“A contribuição mensal da PATROCINADORA, fixada (...) da folha de remuneração bruta de todos os seus empregados e diretores, será acrescida de uma importância mensal equivalente a 3% (três por cento) do total da receita voada de passagens domésticas obtidas a cada mês pela PATROCINADORA a partir de 1º de agosto de 1982, durante os 30 (trinta) primeiros anos de vigência deste convênio”.

43.- Essa cláusula está no convênio de adesão celebrado entre AERUS e as seguintes empresas concessionárias de transporte aéreo, patrocinadoras do Instituto:

- a) Viação Aérea Rio-Grandense - Varig (Cláusula 3.1; fls. 134-5);
- b) Cruzeiro do Sul S/A – Serviços Aéreos (Cláusula Terceira, item 3.1; fls. 142-3);
- c) Transbrasil S/A – Linhas Aéreas (Cláusula Terceira, item 3.1; fls. 150);
- d) Rio-Sul Serviços Aéreos Regionais (Cláusula 3.1, item 3.1.1; fls. 164);
- e) TAM – Transportes Aéreos Regionais S/A (Cláusula Terceira, item 3.1.1; fls. 171);
- f) Nordeste Linhas Aéreas Regionais (Cláusula Terceira, item 3.1.1; fls. 178);

44.- As demais patrocinadoras, empresa e entidades - inclusive sindicatos e federações de trabalhadores ligados ao setor - que não eram transportadoras aéreas, tinha suas contribuições também fixadas no ato de adesão, reportando-se, no que concerne aos riscos respectivos, à contribuição decorrente da Terceira Fonte, a

cargo das empresas áreas (v.g., convênios de fls. 190 e seguintes, fls. 198 e seguintes, e 209 e seguintes).

45.- O Estatuto do AERUS (fls. 63-90), no Capítulo V, que dispõe sobre o Plano de Custeio, arrola em seu art. 18 as seguintes fontes de receitas da entidade:

- “I – Contribuição mensal dos participantes-ativos;
- II – Contribuição mensal dos participantes-assistidos;
- III – contribuição mensal das patrocinadoras, mediante o recolhimento de percentuais de suas folhas de remuneração;
- IV - jórias dos participantes-ativos, determinadas atuarialmente em face da idade, remuneração, tempo de serviço prestado à patrocinadora, tempo de vinculação à previdência social e tempo de afastamento voluntário da INSTITUIÇÃO;
- V – dotações iniciais das patrocinadoras, a serem fixadas atuarialmente;
- IV – receitas de aplicações do patrimônio;
- VII – doações, subvenções, legados e rendas extraordinárias, não previstas nos itens precedentes.”

46.- Esse Estatuto entrou em vigor a partir de 1º de outubro de 1982 e foi aprovado no dia 20 seguinte pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (fls. 91).

47.- Nele não havia previsão de uma receita específica proveniente da chamada Terceira Fonte, e nem mesmo poderia ser incluída como “receita extraordinária”, tanto que previstas ou referidas nos atos de adesão com prazo de 30 (trinta) anos, de modo que nada havia de extraordinária, pelo menos quanto à sua previsão.

48.- A chamada Terceira Fonte foi objeto de proposta do Grupo de Trabalho, constou do Termo Aditivo da concessão do serviço à VARIG, TRANSBRASIL e VASP (fls. 484, 485 e 486) e constava de cada um dos Convênios de Adesão firmados pelas empresas concessionárias do serviço de transporte aéreo como contribuição da empresa à entidade de previdência privada

da qual eram patrocinadoras.

49.- Pois bem. Em 30 janeiro de 1991, o DAC comunicou ao AERUS que “resolveu extinguir a obrigatoriedade de inclusão, na tarifa aérea, do percentual de 3% (três por cento), deixando a cargo das partes – Instituto e empresas – promover entendimentos para estabelecer nova forma de contribuição e novas fontes de custeio, de modo a preservar a aposentadoria de aeronautas e aeroviários.” E depois de assinar prazo para extinção da contribuição, então a efetivar-se no prazo de 90 (noventa) dias, solicitou que a entidade adotasse as seguintes providências:

- “1 – promover estudo atuarial para reformulação do sistema;
- 2 – concluído e aprovado esse estudo pelo Conselho Diretor do Instituto, promover entendimentos com patrocinadoras e associadas visando à adoção de novo instrumento em substituição aos termos de compromisso e para alteração da cláusula do contrato de concessão;
- 3 – promover entre Instituto e partes ampla, geral e irrestrita quitação, incluídos os valores anteriormente contribuídos;
- 4 – manutenção, se necessário, dos prazos de contribuição estabelecidos nos termos de compromisso, de maneira a assegurar a consecução dos objetivos do Instituto.”

50.- Em reunião do Conselho de Curadores da entidade, realizada a 7 de março de 1991, foram apresentadas pelo Diretor de Seguridade as principais conclusões relativas ao estudo de redimensionamento das taxas do atual plano de custeio, estudos que tiveram como tópicos principais os seguintes: “a) Conceitos básicos do novo plano de suplementação de aposentadorias; b) Melhorias acrescentadas ao mesmo ao longo dos anos; c) Taxas de custeio do plano inicial e vigentes, por patrocinadoras; d) Evolução das despesas de custeio nos meses de set/90 a jan/91, referentes as patrocinadoras VARIG/CRUZEIRO e TRANSBRASIL; e) Idem, das contribuições e despesas por conta da chamada Terceira Fonte; f) Comparação das taxas de custeio vigentes com as novas, reavaliadas e redimensionadas; g) Desembolsos feitos pela VARIG/CRUZEIRO, comparados com o que ocorreria face a extinção dos 3%; h) Idem, TRANSBRASIL; i) Redimensionamento das taxas das demais patrocinadoras; j) despesas de custeio e fundos necessários, para as demais patrocinadoras; j) Despesas de

custeio e fundos necessários, para as demais patrocinadoras; k) Evolução geral das taxas compreendendo as iniciais, vigentes e propostas. Em prosseguimento o Sr. Álvaro Vaz esclareceu que as taxas propostas consistiam na globalização dos Riscos de Regime com os Prioritários/Melhorias de Benefícios, estes últimos cobertos pela Terceira Fonte, e por isto mesmo, calculados para liquidação em trinta anos e que passariam para o regime custeio por prazo infinito. Retomando a palavra o Presidente do Conselho, Sr. Rubel Thomas, colocou a matéria em discussão, tendo a mesma sido aprovada pela unanimidade dos presentes, competindo a Diretoria Executiva dar ciências desta deliberação ao DAC, efetivar os Termos de Acordos com as empresas inadimplentes de modo a consolidar os recolhimentos em atraso e aditar os convênios de adesão de todas as patrocinadoras, em decorrência da adoção das taxas propostas.” (fls. 530).

Tais providências deveriam ter sido não só deliberadas, mas efetivamente adotadas pelo AERUS, a fim de que os participantes dos planos de benefício não tivessem qualquer prejuízo.

51.- Faltou previdência à entidade, algo então tormentoso, pois consoante passagem da ata da referida reunião bem se demonstra o grau de indistinção entre os interesses das patrocinadoras e dos membros do Conselho, como dirigentes das respectivas empresas (fls. 531, alusão à Transbrasil).

52.- De qualquer modo e apesar de toda a então anunciada dificuldade por que passaria a entidade, somente 12 (doze) anos depois daquele comunicado e da deliberação do Conselho de Curadores da entidade, o AERUS ingressa com esta ação, responsabilizando a União pela perda das receitas da chamada Terceira Fontes, que em verdade estavam previstas nos contratos celebrados com as patrocinadoras, como acima mencionado.

53.- Certo é que, mesmo diante daquele comunicado, do que foi deliberado pelo Conselho de Curadores, e da nova realidade a que doravante se submeteria, o AERUS

a) não procedeu aos estudos atuariais,

- b) não cobrou das patrocinadoras a contribuição que estava contratualmente prevista, e
- c) não refez os Planos de Custeio (pelo menos não vieram aos autos, nem notícia pertinente).

54.- A chamada Terceira Fonte, porém, não estava prevista em lei ou ato normativo, mas em atos de adesão das patrocinadoras da entidade de previdência privada, por isso que da União nada se pode reclamar, pois esta não participa da relação jurídica de direito material, pela qual se estabeleceu direitos e obrigações concernentes ao pagamento das contribuições.

55.- A União, em verdade, não extinguiu a contribuição, ainda que essa palavra tenha sido empregada no ofício do DAC ao AERUS. A União deixou, sim, de exigir que as concessionárias incluíssem o percentual respectivo nas tarifas cobradas aos usuários e remeteu as partes interessadas à conciliação.

56.- Qualquer que fosse a influência da autoridade militar de então para impor, instar e até mesmo fazer constar como cláusula de contrato de concessão, cf. os casos da VARIG, TRANSBRASIL e VASP, o fato é que a abrigação de cada patrocinadora, fixada nos respectivos convênios de adesão, restou, entretanto, juridicamente incólume. Tais avenças continham todos os elementos essenciais aos contratos:

- a) agentes capazes;
- b) objeto lícito, e
- c) forma prevista em lei (art. 34, § 2º, da Lei nº 6.435/1977)

57.- Depois, ainda que no Ofício nº 30/DGAC/57 se afirme que a contribuição foi avalizada pelo Governo (fls. 100-1), o fato é que, como observado pela União, o DAC funcionou como uma espécie de incentivador, conciliador e facilitador dos interesses que então estavam sendo forjados e cujo resultado foi a

instituição do AERUS.

58.- A participação da União em todo esse processo, porém, não é de natureza jurídica, pois não se colocou como garantidora do cumprimento daquela obrigação contraída pelas patrocinadoras, cada uma se obrigando, por instrumento próprio, a verter as contribuições necessárias ao instituto.

59.- E mesmo os Termos Aditivos aos Termos de Compromisso de fls. 484, 485 e 486, celebrados a 1º de setembro de 1982 entre o DAC e, respectivamente, VARIG, TRANSBRASIL e VASP, pelos quais as concessionárias se obrigavam a “recolher, na forma e nas condições determinadas pelo Ministério da Aeronáutica, mensalmente, a partir de 05 de novembro do corrente ano, a contribuição de 3% (três por cento) sobre o total das receitas de passagens originadas das tarifas aéreas domésticas aprovadas, para fins de complementação de aposentadorias e outros benefícios a cargo do Instituto AERUS de Seguridade Social”, não faz da União responsável solidária pelo inadimplemento da obrigação aqui assumida perante o DAC, mas a ser cumprida em favor do AERUS.

60.- O não pagamento pelas concessionárias dos salários dos seu empregados, por exemplo, ou o não recolhimento das contribuições à Previdência Social e ao FGTS, não faz da União a responsável por substituição dessas obrigações perante os respectivos credores. A título de ilustração, há cláusula expressa no contrato de concessão de fls. 510-13, pela qual a concessionária se obriga a recolher as contribuições previdenciárias e ao FGTS, (Cláusula Sexta). É fora de dúvida, porém, que a União não se solidariza com tais obrigações, próprias da empresa, se esta não fizer os respectivos recolhimentos a tempo e modo.

61.- O mesmo se passa com a chamada Terceira Fonte, porque, na verdade, em cláusulas da espécie, põem-se de relevo duas distintas relações jurídicas:

- a) a primeira, fixada na própria cláusula contratual, entre a União (DAC) e a concessionária, de direito público, concernente ao

compromisso de adimplir obrigações, contratuais ou ex lege, com terceiros, de cuja inadimplência podem exsurgir penalidades administrativas ao concessionário do serviço, e

- b) a segunda, meramente anunciada na cláusula, entre a concessionária e terceiros, de direito privado (se contratual: cumprir direitos trabalhistas) ou de direito público, (se ex lege: tributos, v.g.), e da inadimplência exsurgem ações próprias aos respectivos titulares do direito contra ao que está obrigado ao adimplemento.

62.- A cláusula acima transcrita retrata bem essa segmentação obrigacional:

- a União, sob cominação de penalidades, obrigou as concessionárias a contribuir ao instituto AERUS, e diante do inadimplemento poderia impor-lhes penalidades;

- as concessionárias (VARIG, TRANSBRASIL e VASP), que aderiram, mediante convênio de adesão, ao AERUS, estariam obrigadas por isso a contribuir com o discutido percentual ao instituto, e, caso se tornasse inadimplente, o AERUS teria ação contra as concessionárias, para haver o que contratualmente lhe fosse devido.

63.- Esse modelo dicotômico se repete em relação a todas as concessionárias de serviço público de transporte aéreo, pois a União (DAC) não se obrigou perante o AERUS a, diretamente, contribuir para a formação das suas reservas, nem se obrigou perante o AERUS a, indiretamente, pagar no caso de a concessionária não o fazer a tempo e modo.

64.- A chamada Terceira Fonte, embora sob os auspícios do DAC, foi instituída em favor da entidade mediante obrigação contraída pelas patrocinadoras em instrumentos de indiscutível validade, em relações jurídicas de direito material estabelecidas entre AERUS e patrocinadoras, das quais nasceram direitos e obrigações, sem a interposição necessária da União para o exercício do direito de cobrança pelo

AERUS.

65.- Não há falar, por isso mesmo, em estipulação em favor de terceiro, porquanto o “pretense terceiro” (AERUS) não era juridicamente terceiro, mas parte contratual em convênios de adesão celebrados com cada uma das suas patrocinadoras.

66.- O descumprimento de obrigação contida nos convênios de adesão demandaria ação própria contra as patrocinadoras, que a tanto se obrigaram nos termos dos respectivos convênios de adesão.

67.- Registrem-se, por fim, duas considerações:

a) a ação do Poder Público, em ordem a proteger os interesses dos participantes e assistidos de entidade de previdência complementar fechada, era e é exercida pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, e não pelo Ministério da Aeronáutica, por seu Departamento de Aviação Civil (DAC), e

b) não vem a propósito avaliar o ato administrativo materializado no ofício nº 017/DGAC/34, de 1991, em face de princípios legais e constitucionais, porque o ato não era suficiente por si mesmo para extinguir a obrigação das patrocinadoras, contraída mediante convênios de adesão (itens 2.2.2., 3.1. e 4.1.; fls. 134-5 e 137-8, v.g.).

O pedido deveria ser julgado improcedente.”

67.- Pois bem. A conclusão a que cheguei ao julgar o pedido deduzido pelo AERUS em desfavor da União, para restabelecimento da Terceira Fonte como fonte de custeio do Instituto de Seguridade Social dos aeronautas é também a que deve ser adotada neste caso, em que os Aeronautas, por seu sindicato nacional, e aposentados e pensionistas da extinta Transbrasil, por sua associação, pleiteiam a condenação da União para o mesmo fim.

68.- Nesse ponto da pretensão, não há qualquer outra novidade exposta nesta ação, até porque naqueles autos encontram-se cópias de contratos de adesão das patrocinadoras ao Instituto AERUS, o que permitiu examinar o vínculo jurídico e seus efeitos no que se refere a essa antiga fonte de custeio, seja no que pertine à obrigação das concessionárias, seja no que pertine à situação jurídica da União, que não se colocou na posição de garantidora no caso de inadimplência das empresas.

69.- Transcrevo da petição inicial os seguintes excertos, relativos aos Convênios de Adesão da VARIG e da TRANSBRASIL ao AERUS, pelos quais as companhias aéreas se obrigaram a contribuir com parcela referente à Terceira Fonte, cf. fls. 19, respectivamente, verbis:

“3ª Contribuições Mensais das Patrocinadoras:

3.1. A Contribuição mensal da Patrocinadora, fixada em 9,072% (nove vírgula zero setenta e dois por cento) da folha de remuneração bruta de todos os seus empregados e diretores, será acrescida de uma importância mensal equivalente a 3% (três por cento) do total da receita voada de passagens domésticas obtidos a cada mês pela Patrocinadora, a partir de 1º de agosto de 1982, durante os 30 (trinta) primeiros anos de vigência deste convênio.”

“3ª Contribuição mensal das Patrocinadoras

3.1. A contribuição mensal da Patrocinadora, fixada em 6,428% (SEIS VÍRGULA QUATROCENTOS E VINTE E OITO POR CENTO) da folha de remuneração bruta de todos os seus empregados e diretores, será acrescida de uma importância mensal equivalente a 3% (três por cento) do total da receita voada de passagens domésticas obtidas a cada mês pela Patrocinadora, a partir de 1º de agosto de 1982, durante os 30 (trinta) primeiros anos de vigência deste convênio.”

70.- Por esses fragmentos contratuais, pode-se ver que, além da contribuição específica e variável de cada patrocinadora, foi estabelecido um percentual de 3% (três por cento), em ato entre as mesmas partes convenientes, sobre o “total da receita voada de passagens domésticas”.

71.- Em troca de missivas entre o antigo DAC e o AERUS, no ano de 1991, em torno da extinção do referido percentual sobre as tarifas das passagens aéreas, o DAC consignou que

“I - estudos efetuados neste Departamento chegaram à conclusão de que, já tendo a contribuição de 3% (três por cento) sobre as tarifas aéreas e em favor desse Instituto, produzido o resultado desejado, torna-se dispensável sua manutenção.

II – Efetivamente instituída como fórmula capaz de proporcionar a complementação de aposentadoria a aeronautas, durante todos esses anos vindos da criação do AERUS ficou este Departamento como que fiador do cumprimento da obrigação de recolhimento daquela contribuição, obrigando sua inclusão em termos de compromisso e em contratos de concessão.

III – Sendo essa complementação de aposentadoria um problema eminente privado e já tendo o Governo cumprido sua parte na consolidação do AERUS, inexistente razão para continuação do sistema.

IV – Nessas condições, este Departamento resolveu extinguir a obrigatoriedade de inclusão, na tarifa aérea, do percentual de 3% (três por cento), deixando a cargo das partes – instituto e empresas – promover entendimentos para estabelecer nova forma de contribuição e novas fontes de custeio, de modo a preservar a aposentadoria de aeronautas e aeroviários.” (fls. 277)

E o AERUS respondeu nesse sentido:

“Na linha das recomendações de V.Exa. e devidamente autorizados pelo Conselho de Curadores deste Instituto, vamos desde logo promover os estudos atuariais ‘para reformulação do sistema’; oportunamente, apresentá-los-emos às patrocinadoras, participantes e ao mesmo Conselho de Curadores, com o fim de obter o necessário consenso que possa dar continuidade ao nosso Instituto, em prol da tranquilidade e bem-estar dos membros integrantes do sistema AERUS e dar maior segurança dos usuários dos serviços de transporte aéreo civil.” (fls. 280).

72.- Portanto, a partir do momento em que a União, por ato do antigo DAC, não mais permitiu que as tarifas fossem agregadas de um percentual que se destinava a prover de recursos o instituto de previdência, deveriam as partes interessadas (AERUS e patrocinadoras, tal como fizeram nos convênios de adesão), recompor as avenças segundo essa nova realidade, como aliás, nesse sentido, deliberou o Conselho de Curadores do AERUS, em reunião realizada a 7 de março de 1991 (trecho da ata foi transcrito no item 50 da sentença proferida na Ação Ordinária nº 2003.34.00.030154-6, proposta pela entidade de previdência contra a União, também foi transcrito para esta sentença).

73.- O que se pode perceber é que 12 (doze) anos se passaram entre a referida reunião e a propositura pelo AERUS de ação contra a União, sem haver notícia alguma de que os Convênio de Adesão foram alteradas para enfrentamento da realidade que se impôs, nem de que o Instituto tomou providências de cobrança das contribuições devidas pelas patrocinadoras então inadimplentes, como também registrei na referida sentença, a saber:

- “a) não procedeu aos estudos atuariais,
- b) não cobrou das patrocinadoras a contribuição que estava

contratualmente prevista, e
c) não refez os Planos de Custeio”

Em conclusão, o fato é que a União não se obrigou a suprir a falta das patrocinadoras, por isso seria improcedente o pedido de condenação da União a prover o Instituto AERUS no montante referente à Terceira Fonte, nem antes (inadimplência), nem depois (inexistência de renegociações entre interessados), se a própria pretensão não tivesse sido alcançada pela prescrição, como se pronuncia em seguida.

A prescrição da pretensão quanto à 3ª Fonte

Não há, porém, como superar a prejudicial de prescrição suscitada pela União em sua resposta.

74.- Com efeito, toda ação contra a Fazenda Pública prescreve no prazo de cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910, de 1932, razão por que a prejudicial de prescrição deve ser acolhida.

75.- O ato praticado pelo DAC e que anima a pretensão deduzida nesta ação foi materializado pelo Ofício nº 017/DGAC/00034, de 30 de janeiro de 1991, pelo qual se comunicou que a extinção da contribuição efetivar-se-ia no prazo de 90 dias, contados daquela comunicação (fls. 277-8). Esse ofício chegou ao conhecimento do AERUS pelo menos na primeira quinzena de fevereiro seguinte, pois no dia 14 daquele mês a entidade remete carta ao DAC ponderando acerca do que havia sido decidido pelo órgão (fls. 279-81).

76.- Tem-se, à míngua de prova em contrário, que o efeito decorrente do referido ato materializado no ofício operou-se a partir de maio

de 1991, ou seja, aí ocorreu a pretensa lesão ao direito dos Autores, da qual nasce o direito de ação.

Em conclusão, esta ação foi proposta no dia 24 de março de 2004, quase 13 (treze) anos depois da extinção (segundo o Autor) ou da não-obrigatoriedade (segundo a União) da chamada Terceira Fonte, estando, portanto, extinto o direito de ação para responsabilizar a União por essa eventual lesão ao direito aqui postulado.

Prejudicial que se pronuncia.

III.b.

A alteração dos Planos de Benefícios, a retirada de patrocinadoras com suas respectivas reservas e a exclusão da patrocinadora Transbrasil

77.- Pretendem os Autores anular os atos que aprovaram a criação e o fracionamento de planos de benefícios de patrocinadoras da entidade de previdência privada, por importarem prejuízos aos participantes e dependentes da entidade, assim como anular os atos que autorizaram a retirada de patrocinadoras (TAM e AIR FRANCE).

78.- Essa questão foi apenas parcialmente objeto de resolução na sentença proferida a 13 de março de 2007 nos autos do Mandado de Segurança nº 2003.34.00.0110072-5, impetrado pelo Sindicato-Autor contra ato da antiga Secretaria de Previdência Complementar (SPC), cujas atribuições foram transferidas para a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVI), nos termos da Lei nº 12.154, de 2009.

79.- Nesse mandado de segurança apenas houve pronunciamento

quanto à possibilidade de alteração de planos de benefícios, remanescendo outras questões importantes na relação entre o AERUS e suas patrocinadoras.

80.- Declinei naquela sentença, que se encontra por cópia nestes autos, às fls. 2.535-50, o seguinte:

“31.- A complementação de aposentadoria pela previdência complementar tem natureza contratual, ou seja, depende da vontade do interessado em ajustar com a entidade o respectivo custeio e sua posterior complementação. Por esta razão, prevalece a garantia constitucional do ato jurídico perfeito sobre o pacto celebrado entre as partes, cujos termos acertados não podem ser alterados sem o consentimento de ambas.

32.- Porém, o ato jurídico perfeito, que é insuscetível de alteração unilateral, em se tratando de previdência complementar, refere-se ao custeio e ao benefício, este se já estiver sendo usufruído e aquele, em relação aos valores pretéritos, pois a própria natureza da relação jurídica da espécie, instável e suscetível de atualização atuarial, pode reclamar ajustes no decorrer do vínculo entre participante e entidade de previdência complementar.

33.- Nesse sentido, determina a Lei Complementar nº 109, de 2001, que “as alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regular e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante” (art. 17), dispondo o parágrafo único desse artigo que “Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que tornou elegível a um benefício de aposentadoria.”

34.- Em verdade, não é possível congelar ad eternum as condições vigentes ao tempo em que o participante aderiu aos planos de custeio e de benefícios, tanto mais quando a própria Lei Complementar nº 109, determina que

os planos oferecidos sejam exclusivamente na modalidade de contribuição definida, tal como previsto no seu art. 31, por influxo do art. 12 da mesma lei.

35.- A nova realidade impõe o ajuste dos planos de custeio e de benefícios, ajuste que incide na relação jurídica vigente, sem eiva de irregularidade, pois se trata de relação jurídica continuativa, tendo sido assegurados, ademais, a portabilidade (art. 14, item II, da LC nº 109), ou resgate da totalidade das contribuições (item II do mesmo dispositivo), conforme o interesse do participante, de tal modo que não há para este prejuízo algum.“

81.- Portanto, é fora de dúvida que podem os Planos, sejam de custeio, sejam de benefícios ser alterados, e nesse mister, é interessante transcrever o seguinte excerto da resposta do AERUS: “... qualquer patrocinadora pode extinguir o seu patrocínio, retirando-se do plano de previdência, como é lógico, eis que ninguém pode estar atrelado eternamente a uma relação jurídica. Não há, no ordenamento, vínculo jurídico contratual eterno, que não possa ser rompido. Aliás, para essa retirada de patrocínio há previsão expressa na Lei Complementar nº 109 (artigos 25 e 33, III) e, inclusive, na Resolução MPAS/CPC nº 06, de 07.04.88 (que expede normas reguladoras dos procedimentos relativos à retirada de patrocinadora das entidades fechadas de previdência privada.” (fls. 798)

82.- Além disso, os Planos (de custeio e de benefícios) mantidos pelo AERUS se distinguem uns dos outros conforme o respectivo patrocinador, daí a possibilidade de retirada do patrocínio e das reservas matemáticas, se o beneficiário também não permanecesse vinculado ao instituto.

83.- Conforme esclarece o próprio AERUS, “o réu não opera apenas dois, mas vários planos de benefícios previdenciários, cada qual com suas próprias características econômicas, financeiras e atuariais, muito embora possuam um traço comum, consubstanciado no fato de que todos os planos se beneficiam, de forma igualitária, dos resultados dos investimentos do patrimônio fiduciário global

que pertence – afetado aos seus objetivos institucionais – ao próprio Instituto Aerus.” (fls. 810). Adiante, na mesma lauda, reporta-se o AERUS a parecer jurídico, no qual se esclarece “a existência, não de dois, mas de, exatamente, 32 (trinta e dois) planos de benefícios, inteiramente segregados entre si, e sem solidariedade entre eles.”

84.- Pois bem. O Regulamento do Plano de Benefícios, de 1995, nesse propósito, estabelecia o seguinte sobre a contribuição da patrocinadora:

“V.3. – Das Contribuições da Patrocinadora

V.3.1. a) Todo mês a Patrocinadora contribuirá para o Fundo do Plano, em nome de cada Participante ativo, com uma Contribuição Normal igual a 50% (cinquenta por cento) da Contribuição Básica do Participante, descrita no item V.2.1 (a) deste Regulamento, limitada a 5% (cinco por cento) sobre o excesso do Salário-de-Participação em relação a 10 (dez) Salários Unitário.” (fls. 473; destaquei)

85.- Portanto, a contribuição não era indistinta para o AERUS, mas vinculada ao participante empregado da Patrocinadora.

86.- Do Estatuto do AERUS, que se encontra às fls. 827-40, estabelece a inscrição da patrocinadora à entidade fechada de previdência complementar, nessa condição, mediante Convênios de Adesão (art. 5º, item I), e nos Convênios de Adesão ao instituto, de que são exemplos os que foram celebrados com a VARIG, TRANSBRASIL e o SNEA, estavam previstas as hipóteses de rescisão por parte da Patrocinadora, em caso de culpa do AERUS, e nessas hipóteses havia a obrigação do Instituto de depositar em conta individualizada os recursos necessários à continuidade dos benefícios, além de outras obrigações (Cláusula Quarta, Item 4.3), como

estavam previstas as hipóteses de rescisão por culpa da Patrocinadora, com as suas respectivas obrigações (Cláusula Quarta, Item 4.4).

87.- O que se quer por em relevo com essas referências ao Estatuto e aos Convênios de Adesão é que, conforme fosse de responsabilidade da patrocinadora ou do AERUS, diferentes ordens de providências poderiam ser exigidas das partes, mas as patrocinadoras só se responsabilizavam pelos participantes que fossem ou tivessem sido seus empregados, e, naturalmente aos dependentes destes.

88.- A hipótese de retirada do patrocínio, com a assunção dos encargos relativos aos seus empregados ou beneficiários que foram seus empregados seguiria a mesma regra, de modo que uma patrocinadora não seria responsável pelos benefícios auferidos por participantes empregados de outras empresas, nem por seus dependentes.

89.- O que se tem, portanto, é uma instituição de previdência que mantém vários Planos de Custeio e de Benefícios correlatos aos próprios patrocinadores, de sorte que a rigor o AERUS administra planos mantidos e custeados por patrocinadores e participantes vinculados a patrocinador específico.

Por essa razão, as demais patrocinadoras não têm responsabilidade umas pelos planos das outras, daí que o pedido de que as patrocinadoras colocadas no pólo passivo devem solidarizar-se com os planos que não prosperaram (VARIG e TRANBRASIL) não merece acolhimento, devendo ser julgado improcedente.

O pretenso fracionamento dos Planos

90.- O AERUS deliberou pela alteração dos Planos de Benefícios, de Benefício Definido para Contribuição Definida, em 2002, o que foi aprovado pela Secretaria de Previdência Complementar, e contra isso se insurgem os Autores.

91.- A Secretaria de Previdência Complementar, ao ensejo da implantação dos novos planos, estabeleceu especificações para sua aprovação, consistentes em garantia de concessão de benefícios definidos com base no plano anterior, migração dos participantes para os novos planos e transferência das reservas de poupança de cada participante.

92.- Os Autores sustentam que a criação do Plano II passou a admitir uma contribuição individualizada anteriormente não existente, além de se apropriar das reservas coletivas do Plano anterior. Disseram ainda que admitiu-se, nos seus ativos, contratos impagos, consolidando a situação de lesão aos participantes.

Os contratos “impagos” serão objeto de consideração adiante. Neste tópico, cabe avaliar se a alteração, em si, importou prejuízo aos participantes.

93.- A União, transcrevendo informação da sua antiga SPC, considerou que a reserva de poupança “sempre esteve individualizado no Plano I, pois são contribuições vertidas pelo participante, as quais, podem ser resgatadas ou transferidas, nos termos do regulamento do Plano I, e, por isso, devem estar sempre discriminadas separadamente. Assim, não há que se falar em retirada de mais recursos pelos participantes que aderiram ao Plano II, na medida que os valores transferidos são exatamente as contribuições pessoais dos participantes, não se confundindo essa situação, como pretendem os Autores em sua exordial (pag. 36/37), com a reserva matemática que pode ser entendida como a totalidade dos compromissos líquidos do plano para seus participantes, sendo esses

compromissos líquidos calculados atuarialmente, ou também pode ser definida como sendo a diferença entre o valor atual dos benefícios futuros custo dos benefícios) e o valor atual das contribuições futuras, dito, ainda, de outra forma mais didática, benefício futuro trazido a valor presente.” (fls. 733)

94.- Em arremate, disse a União, no que concerne à contribuição das patrocinadoras, “que, por serem planos distintos, cada um tem seu próprio plano de custeio, o qual determina o nível de contribuições da patrocinadora e dos participantes. Ora, se foi criado um novo Plano de Benefícios II, com modelagem e características diferentes, é evidente que a forma de custeio não pode ser igual à do Plano de Benefícios I, que tem outra modelagem.” (fls. 733).

95.- O Instituto AERUS destaca que a adoção do novo regime, de benefícios definidos para contribuição definida, afasta a principal fonte de risco para a subsistência do sistema de previdência complementar, que é justamente a administração de planos do tipo benefício definido (planos BD), porque “a fixação, com grande antecedência, do valor futuro de benefício a ser concedido, acaba gerando a necessidade enormes aportes de recursos durante o período de acumulação para compensar as perdas de aplicações no mercado e os riscos dos investimentos feitos pela entidade de previdência. Esses aportes não de responsabilidade somente da patrocinadora, mas, também, dos participantes ativos e assistidos (art. 21 da Lei Complementar nº 109/2001), o que gera, para todos, uma grande exposição, podendo causar enormes diferenças atuariais, chamadas déficits técnicos.” (fls. 80-3)

96.- Aliás, os resultados deficitários encontram resolução em regra da própria lei, assim como a responsabilização dos dirigentes das entidades:

“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.”

Em conclusão, as alterações dos Planos, para adequação às regras da Lei Complementar nº 109, não traduziram, em si, prejuízo aos seus participantes.

As saídas das patrocinadoras TAM e AIR FRANCE

97.- Exatamente por cuidarem-se de planos multipatrocinados e independentes entre si, A União, em sua resposta, ao rebater a irregularidade da transferência de administração do Plano patrocinado pela TAM, do AERUS para o BRADESCO MULTIPENSIONS, discorreu o seguinte: “A legislação vigente à época, Lei nº 6.435/77, não proibia a movimentação relativa à transferência de gerenciamento de plano de benefícios (e a atual, a Lei Complementar nº 109/01, expressamente a prevê, em seus arts. 25 e 33, III), como aquela requerida pela patrocinador TAM – Transportes Aéreos, não se aplicando, como pretendem os Autores, aquelas disposições previstas no Estatuto do AERUS que, na verdade, tratam do cancelamento da inscrição de patrocinador e não de transferência de gerenciamento do plano de benefícios. Da mesma forma, não podem ser invocados os artigos 14 e 109 do Regulamento do Plano de Benefícios quanto aos participantes, já que as situações previstas naqueles artigos não se configuraram quando da transferência do gerenciamento do plano de benefícios. Veja que o artigo 14 do regulamento, citado às fls. 41 da inicial, trata da perda do vínculo empregatícios do participante com o patrocinador, situação que foge à questão relativa à transferência de gerenciamento, a qual, conforme anteriormente esclarecido, significa apenas o deslocamento da administração do plano de benefícios para outra entidade.” (fls. 723)

98.- A petição inicial trabalhou com a hipótese de retirada de

patrocínio e permanência dos encargos de pagamento dos benefícios pelo AERUS, conforme declinado às fls. 42: “5. Perceba-se: a Patrocinadora que se retirar é obrigada a APORTAR RECURSOS NO PLANO. É inadmissível, pelo regulamento, que sejam retirados recursos do Plano. Permanece o Plano, na forma do Regulamento, responsável pelo pagamento das aposentadorias e pensões já iniciadas. Ainda mais: até mesmo as Reservas Matemáticas de quem se desligou da patrocinadora nos últimos 5 anos deve ser aportada pela patrocinadora ao Instituto. 5. O Regulamento, em verdade, busca tornar proibitiva a saída de patrocinadora. A tal regulamento ADERIU a TAM. A TAM deveria, pois, TER APORTADO recursos ao Instituto quando dele quis se retirar. O Poder Público autorizou exatamente o contrário!”

99.- A União concluiu que, “se a TAM, ao sair do plano administrado pelo Instituto AERUS, levou consigo, alocando-as sob administração da nova entidade de previdência fechada que passaria a executar seu plano de benefícios, todas as obrigações relativas aos seus empregados, estivessem eles já em gozo de benefícios ou não, e não havendo qualquer dívida de contribuição da TAM para o AERUS até esse momento, a que título poderia dela ser exigido, pelo órgão estatal de controle do sistema, que aportasse dinheiro ao plano? Seria aplicável alguma espécie de penalidade por sua decisão – autônoma e válida no ambiente contratual e facultativo da previdência privada – de transferir o gerenciamento do plano de benefício aplicável a seus empregados? É evidente que não se pode aceitar neste ponto, as alegações dos Autores.” E prosseguiu: “Note-se a propósito que o Poder Público, representado no caso pela SPC, desincumbiu-se de seu dever de fiscalização do ato de transferência de gerenciamento (fazendo exigências bastante específicas, aliás, como demonstrado acima no item 5.5), proporcionando a garantia dos compromissos assumidos em relação à massa de participantes ligada à empresa TAM.” (fls. 724-5; destaquei)

100.- As mesmas razões foram declinadas pela União no que se refere à AIR FRANCE, cujo Plano de Benefícios foi transferido para o CCF Fundo de Pensão do HSBC (fls. 725).

101.- Por isso, ao se transferir os Planos de Benefícios da TAM e da AIR FRANCE para outras entidades, a respectiva reserva matemática administrada até então pelo AERUS também deveria ser transferida, porque constituía recursos necessários à concessão e manutenção dos benefícios, e para cuja formação contribuíram o patrocinador e o participante.

Nada houve de irregular nisso, e nem cabe à União “compensar” ou “indenizar” o AERUS porque perdas não ocorreram por essa retirada, porque as reservas transferidas foram constituídas para manutenção dos benefícios aos participantes, e seus dependentes, patrocinados pela TAM e pela AIR FRANCE, e todos se desvincularam do AERUS, patrocinadoras e participantes.

A exclusão da patrocinadora TRANSBRASIL

102.- Alegam os Autores que a TRANSBRASIL foi excluída como patrocinadora do AERUS, cessando suas contribuição e causando prejuízo aos participantes vinculados à empresa, que não mais puderam contribuir e não tiveram oportunidade de optar pelo autopatrocínio, tudo com o beneplácito da União, pela antiga SPC.

103.- A União, por informações da antiga SPC, afirma que “não há correlação jurídica válida entre os fatos alegados pelos autores a respeito de supostas irregularidades que teriam ocorrido na entidade e a atuação desta Secretaria de Previdência Complementar, como se tivesse havido qualquer aprovação oficial dos atos imputados à entidade previdenciária, a embasar, como pretendido, simplesmente, a condenação da União no pagamento de quaisquer valores ao Aerus, como se fosse possível a responsabilização objetiva do Estado no caso, à margem de qualquer comprovação. 8.2.2 Ademais, como já se disse acima, foi nomeado por esta Secretaria administrador especial, com poderes

próprios de intervenção e liquidação extrajudicial, especificamente para cuidar do assunto, em vista da especial situação de falência que se acha envolvida a questão, visando sanear o respectivo plano de benefícios.” (fls. 734)

104.- O AERUS, por sua vez, disse que havia tomado as providência de cobrança das contribuições devidas pela TRANSBRASIL, mas foram suspensas as contribuições dos participantes empregados da empresa, exatamente porque, diante de parecer jurídico, “restou reconhecida a extinção do vínculo empregatícios entre participante e patrocinadora pela falência desta. Daí porque o réu permitiu o resgate das contribuições dos participantes que assim o requereram, não só porque o direito lhes assegurava tal prerrogativa ou porque isso lhes traria um enorme alívio num momento de desemprego. Mas, também, porque o resgate, na prática, equilibra o plano financeiramente, dado que o participante leva somente suas próprias contribuições, deixando, em benefício do plano, as contribuições vertidas pelas patrocinadoras.” (fls. 819).

105.- E prosseguiu o AERUS, dizendo que a partir da data-base fixada pelo Conselho Deliberativo “ninguém mais entrou em gozo de benefícios ou continuou vertendo contribuições para os planos da TRANSBRASIL e INTERBRASIL STAR, justamente porque estes planos tiveram que ser congelados para permitir o seu saneamento ou extinção, conforme vier a ser decidido pela Secretaria de Previdência Complementar que, hoje, está examinando a proposta de continuação desses planos, formulada pelo Administrador Especial” (fls. 819)

106.- Em sua resposta, a TRANSBRASIL apenas reconheceu sua absoluta insolvabilidade, por má fé de terceira credora, e por isso “os planos de benefícios de seus funcionários foram congelados, a permitir o saneamento e a futura extinção. Relembre-se, por relevante, que a AERUS permitiu o resgate das contribuições dos participantes que assim requereram, já que além de terem esse direito, a medida equilibrou o plano financeiramente.” (fls. 2.222)

107.- Na verdade, o Convênio de Adesão da TRANSBRASIL, que se encontra às fls. 192-99, previa a hipótese de exclusão

“em caso de descumprimento por parte da PATROCINADORA de qualquer das cláusulas deste convênio.” (Cláusula Quarta, Item 4.4; fls. 197).

108.- E a obrigação do AERUS, em casos assim, era a de manter o benefício concedido (item 4.7.1 do convênio) ou a de pagar diretamente ao participante 80% das reservas de poupança (item 4.7.2. do convênio).

109.- Essa segunda providência foi adotada pelo AERUS; a segunda, estaria afeta à sobrevivência do Plano, afinal em liquidação, porque recursos não havia para a manutenção dos benefícios.

110.- A pretensão dos Autores de responsabilizar a União e o AERUS pela exclusão da patrocinadora TRANSBRASIL da entidade de previdência não prospera, porque foi a situação econômica da TRANSBRASIL, então em estado pré falimentar, que concorreu exclusiva e decisivamente para a extinção dos planos de benefícios dos seus empregados-participantes, tendo o AERUS adotado as providências que lhe cabia, de permitir, diante do desemprego, o resgates das contribuições realizadas pelos participantes, assim como o de paralisar a concessão de benefícios. A União, por sua vez, nomeou administrador especial para o Plano II - TRANSBRASIL.

111.- Esse Plano está em liquidação extrajudicial, cf. Portaria nº 346/SPC, de 2006, e em suas alegações finais, a TRANSBRASIL anexa comunicados do Liquidante, dando conta do rateio dos créditos em favor dos beneficiários e da habilitação do Plano no processo de falência da empresa (fls. 4.145-52 e anexos de fls. 4.153-58).

Portanto, não há falar em responsabilidade da União pela inviabilidade do Plano II – TRANSBRASIL, nem há falar em responsabilidade do AERUS. Pela extinção do Plano não responde a União, porque decorrente de falência, mas pelo que se passou até aí sua responsabilidade se configura, como se decidirá adiante.

III.c

As renegociações de dívidas das patrocinadoras VARIG e TRANSBRASIL e a atuação da antiga SPC

112.- Aludem os Autores, para divisar a responsabilidade da União, no exercício do seu poder de fiscalização das entidades de previdência complementar, nos termos da antiga Lei nº 6.435, de 1977, art. 35, aos contratos de negociação e renegociação de dívidas das patrocinadoras VARIG e TRANSBRASIL, que teriam sido concebidos irregularmente e em detrimento da higidez das finanças do AERUS. Arrolam os Autores os contratos da TRANSBRASIL (fls. 26) e da VARIG (fls. 26-8). Mencionam-se casos de empréstimos contraídos pela AEROMOT e pela SATA, ambos em 1997, mas sem importância alguma para o caso, eis que há notícias de que foram devidamente pagos.

113.- Afirmam os Autores que houve autorização da SPC e que essa autorização foi absolutamente ilegal, porque a Lei nº 6.435, de 1977, exigiu o funcionamento da instituição de previdência privada em regime de capitalização e que nem todas as obrigações das patrocinadoras em financiáveis, como a taxa de administração e alugueres de imóveis pertencentes à entidade de previdência, o que afetaria profundamente o seu fluxo de caixa, e que o atraso no recolhimento da contribuição deveria ser objeto de execução imediata, nos termos do Decreto nº 2.111, de 1996.

114.- Consideram os Autores que a parcela da Terceira Fonte, já financiada pelo elástico período de 30 anos, não poderia ser objeto de novo financiamento pelo AERUS, e que o art. 45 da Lei nº 6.435, de 1977, não amparava as renegociações, porque a hipótese prevista na regra refere-se a manutenção, pela entidade de previdência, de fundo de garantia em nível não inferior a 70% (setenta por cento) das correspondentes necessidades, “se as patrocinadoras das entidades assumirem o compromisso de manter, em seus respectivos patrimônios, parcelas equivalentes às insuficiências observadas, de modo que sua cobertura possa, em qualquer época, ser realizada.” Dizem os Autores que lei refere-se expressamente às Reservas Técnicas de Benefícios a Conceder, destinadas às aposentadorias futuras e não as já ocorridas, e o AERUS “sequer tinha conseguido integralizar a Reserva de Benefícios Concedidos.”

115.- Ademais, houve prestação de garantia que sequer poderia ser executada (Item 4; fls. 28); houve contratos sem indicação do indexador, “em evidente fraude ao Plano”; garantia consistente na emissão de notas promissórias pelo AERUS contra a patrocinadora, em que não há liquidez alguma; que a manutenção de valores devidos à entidade de previdência em carteira da patrocinadora equivaleria a atuar indevidamente como entidade de previdência, violando-se o disposto no art. 80 da Lei nº 6.435, além de irregularidades a resoluções do Conselho de Gestão da Previdência Complementar do MPAS.

116.- O AERUS, em sua resposta, disse que foram realizadas várias repactuações das dívidas das patrocinadoras VARIG e TRANSBRASIL, mas que, em razão das dificuldades que o setor de aviação vem de longo tempo enfrentando, não conseguiram honrar esses compromissos. O não-pagamento representa irregularidade, mas “não a

repactuação e os instrumentos que foram firmados, todos legítimos e de acordo com a lei” (fls. 788). Todas as renegociações – assegura - culminaram, em relação à TRANSBRASIL, no contrato datado de 16 de maio de 2001, e, em relação à VARIG, no instrumento de consolidação e repactuação de dívidas, datado de 10 de abril de 2003.

117.- O AERUS sustenta que não estava financiando nada às patrocinadoras, e que “firmar contratos para equacionar uma dívida preexistente não caracteriza financiamento e nem constitui irregularidade alguma.” (fls. 789). Depois de dizer que não teria sentido ingressar em juízo se viável o caminho consensual, sustentou que a renegociação era o meio adequado para o tratamento do gravíssimo problema da inadimplência das patrocinadoras, decorrente de circunstâncias próprias do setor aeroviário, mas ‘quando a via judicial se mostrou adequada a providência foi adotada, tanto em relação à TRANSBRASIL quanto em relação à VARIG.” (fls. 789)

118.- Afirmou o AERUS que as renegociações se situavam dentro do âmbito da gestão da entidade, por isso que não estavam submetidas à aprovação da Secretaria de Previdência Complementar. (fls. 790)

119.- Sustentou-se, ainda que as garantias foram formalizadas adequadamente, especialmente no último instrumento relativo a cada patrocinadora, que não havia óbice legal, porquanto não se tratava de empréstimo, nem de financiamento, mas de renegociação de dívidas, o que encontrou amparo no art. 35 da Lei nº 6.435, nas condições previstas pela Resolução nº CGPC nº 17. Ademais, diante da insolvência das patrocinadoras, aplica-se a regra do art. 35 e não do art. 45 da referida lei, nem havia proibição de renegociação decorrente do art. 22 do Decreto nº 2.111, de 1996.

120.- A União, também aqui transcrevendo informação da sua antiga SPC, disse que “as negociações e renegociações de dívida não dependem de prévia e expressa autorização do órgão fiscalizador para sua concretização entre as partes envolvidas, na realidade, essas negociações se inserem no âmbito próprio de gestão tanto da entidade como dos patrocinadores, sendo eles os responsáveis pela sua condição e aplicação da legislação quanto às referidas contratações, submetendo-se sempre às consequências estabelecidas em lei. Cabe salientar que os atos de gestão praticados entre os patrocinadores e as entidades fechadas de previdência complementar independem de prévia e expressa autorização do órgão fiscalizador, a menos que houvesse determinação legal em sentido contrário, circunstância que não se verifica no presente caso.” (fls. 727). Disse mais, que em razão de ações da SPC, a VARIG promoveu o reconhecimento de suas dívidas, tendo, então, reiniciado seus pagamentos (fls. 729).

121.- A VARIG, às fls. 1.805 e seguintes, sustenta a regularidade da renegociação, até porque a inadimplência não foi voluntária, referindo-se ao congelamento tarifário nos anos 1980, cuja recuperação de perdas foi objeto de ação judicial que lhe assegurou o direito à indenização de cerca de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). Disse ainda que a dívida foi provisionada nas suas demonstrações contábeis, fato registrado pela SPC na resposta da União. A TRANSBRASIL, às fls. 2.2218-9, sustentou a regularidade da renegociação e que a dívida teve origem na crise do setor aéreo.

122.- A PREVIC, sucessora da antiga SPC, sustentou em suas alegações finais que “a extinta SPC sempre pautou seus atos na estrita obediência ao princípio da legalidade e na busca pelo efetivo atendimento ao princípio da eficiência, sendo notório que os percalços enfrentados pelo AERUS ocorreram por um único e exclusivo motivo: as dificuldades financeiras que atingiram a patrocinadora VARIG, ocasionadas por fatores diversos e que a

levaram a sua liquidação, conforme se passa a demonstrar...” (fls. 4.440-41). E adiante concluiu que “todos os percalços enfrentados pelo Aerus decorrem das dificuldades financeiras que atingiram as patrocinadoras VARIG e TRANSBRASIL, em meio instabilidade vivida à época pelo setor de aviação civil, amplamente divulgada pelos meios de comunicação, inexistindo qualquer responsabilidade da antiga Secretaria de Previdência Complementar – SPC pelo ocorrido.” (fls. 4.443)

A responsabilidade da União

Pois bem. Pretendem os Autores responsabilizar a União por atos negociais entre AERUS e patrocinadoras, que estariam submetidos à sua fiscalização e que representaram prejuízos aos participantes da entidade, ao fundamento inserto no art. 35 da revogada Lei nº 6.435, de 1977, de que lhe cabia

“d) fiscalizar as atividades das entidades fechadas, inclusive quanto ao exato cumprimento da legislação e normas em vigor e aplicar as penalidades cabíveis.”

123.- Ao entendimento dos Autores, os vários contratos de negociação e renegociação de dívidas celebrados entre o AERUS e as referidas patrocinadoras foram irregulares e causaram prejuízos aos participantes, e a primeira questão que se põe é saber se atos dessa natureza estariam sujeitos à fiscalização da União, por sua antiga Secretaria de Previdência Complementar.

124.- De logo, neste tópico da demanda, rejeita-se o argumento da União e do AERUS de que tais atos não estavam sujeitos à homologação ou aprovação da antiga SPC, mas eram-lhe encaminhados para ciência ou documentação, porque tal providência seria desvestida de qualquer finalidade, como se o órgão público fosse meramente registrário, o que não

se concebe.

125.- Com efeito, a dicção da referida lei é clara no sentido de que cabia ao órgão executivo da União, que também era em certa medida normativo, fiscalizar as atividades das entidades fechadas, vale dizer, ter atuação proativa no sentido de que tais atividades se pusessem em ordem a alcançar os objetivos da entidade de previdência privada,

“de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social”,

conforme a própria lei define os objetivos das entidades da espécie no art. 1º, caput.

126.- O art. 3º da mesma lei estabelecia que

“A ação do poder público será exercida com o objetivo de:

I – proteger os interesses dos participantes dos planos de benefícios.”

127.- E nas hipóteses previstas no art. 51 dessa lei (insuficiência de cobertura, inadequada aplicação das reservas técnicas, fundos especiais ou provisões, ou anormalidades graves) poderia o órgão fiscalizador nomear, por prazo determinado, diretor-fiscal, cuja tarefa era a de avaliar o funcionamento administrativo e a situação econômico-financeira da entidade, de modo que, concluindo pela inviabilidade de sua regularização, proporia a intervenção; depois da intervenção, se necessária, viria a liquidação, parcial ou total.

128.- Portanto, o órgão fiscalizador da União tinha na referida lei, como tem na atual Lei Complementar nº 109, art. 3º, itens V e VI, o poder-

dever de atuar na proteção dos interesses dos participantes.

129.- Porém, é de ciência comum que em direito administrativo o poder (faculdade) se traduz em dever e nesse sentido é antiga a lição de HELY LOPES MEIRELLES: “O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo.” E HELY MEIRELLES menciona doutrina de CARLOS MAXIMILIANO, “ao sustentar que ‘para a autoridade, que tem a prerrogativa de ajuizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios adequados para exercer as suas atribuições, o poder se resolve em dever’” (Direito Administrativo Brasileiro, 14ª Ed., 1989, RT, p. 85). E arremata o mesmo autor em seguida: “Pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal. Daí porque a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omissor...”

130.- Autor moderno, LUCAS ROCHA FURTADO também trilha no mesmo sentido: “Se o administrador possui competência para praticar determinado ato e se a situação a ele apresentada reclama a adoção de determinada providência, ele incorrerá em ilegalidade se não exercer as atribuições que lhe foram conferidas pela ordem jurídica.” (Curso de Direito Administrativo, Editora Fórum, 2007, p. 625)

131.- E tendo o poder-dever de atuar, se da omissão administrativa de atuar decorrer prejuízo a terceiros, incide a regra de responsabilidade do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, e não há de se cogitar de verificação de culpa dos agentes da antiga SPC, questão que só interessa à Administração, porque o dever da fiscalização proativa de que se cuidava tinha e tem expressa determinação legal.

132.- Assim, tinha a antiga SPC o dever de fiscalizar as atividades do AERUS, incluídos os contratos de negociação e renegociações de dívida das patrocinadoras, para avaliar a sua regularidade com vistas aos interesses dos participantes dos respectivos planos e tomar as providências cabíveis, desde as primeiras horas, a fim de evitar resultado danoso àqueles que se colocavam na posição de protegidos (diz a lei: proteger) do Estado.

133.- Conforme minudentemente declinado pelos Autores, desde março de 1991, em relação à TRANSBRASIL (fls. 26), e desde março de 1987, em relação à VARIG (fls. 26-8), se iniciaram, se desenvolvem e se frustraram as tratativas entre essas empresas e o AERUS, no que concerne ao pagamento por elas das contribuições devidas à entidade para concessão de benefícios aos seus trabalhadores.

134.- Está além de toda dúvida razoável que tais negócios entre as referidas patrocinadoras e o AERUS se puseram mesmo em ordem a causar prejuízo aos participantes e se a União, por seu órgão próprio, tivesse exercido escorreitamente o seu poder de intervenção na entidade ou nos Planos da VARIG e da TRANSBRASIL, esses planos teria sido liquidados mais cedo ou sido consertados os seus rumos, pelo menos até a quebra das empresas, com resultados mais satisfatórios aos destinatários da ação protetiva do Estado.

135.- Por isso, se a atuação da União, pela antiga SPC, fosse no cumprimento da lei (“a ação do poder público será exercida com o objetivo de proteger os interesses dos participantes dos planos de benefícios”), e desde o alvorecer desses negócios, frustrados nos seus propósitos, de duas uma:

1) ou as empresas verteriam as contribuições devidas, com a

capitalização dos Planos, ou

2) ou os Planos seriam liquidados desde cedo, ou mesmo depois, e certamente, na oportunidade das falências das empresas.

136.- O certo é que, no primeiro caso, os participantes poderiam usufruir dos benefícios de previdência complementar; porém, no segundo caso, teriam ainda poder de negociação com as empresas, se os Planos fossem liquidados desde cedo, ou poderiam resgatar as respectivas reservas, na oportunidade das falências.

137.- Não se cogita aqui de responsabilizar a União pela derrocada das empresas, fato que não podia nem devia evitar em uma economia de livre mercado e concorrência, mas de evitar que os participantes dos Planos permanecessem no falso abrigo de uma previdência complementar que a União não fiscalizava adequada e na proteção, deles participantes, no que concerne às referidas patrocinadoras, cujas inadimplências eram conhecidas do órgão fiscalizador, mediante a remessa dos contratos – por cópia – de renegociação de dívidas das patrocinadoras com o AERUS.

138.- Porém, pouco ou quase nada lhes sobrou, porque o Estado se omitiu no seu poder-dever, prescrito o art. 3º, especialmente item I, da Lei nº 6.435, de 1997, e deve responder patrimonialmente pela falta do serviço, ou porque interpretou mal o dever legal ou porque interpretou bem e nada se fez, e como quer que seja, a omissão causou grande prejuízo aos participantes dos Planos das tantas vezes mencionadas patrocinadoras, e, como se disse, a culpa é indiferente aos interesses dos participantes e dos dependentes titulares de benefícios.

139.- Não exonera a União da sua responsabilidade o fato de a antiga SPC ter decretado, já nos anos 2000, a intervenção nos Planos mantidos pela VARIG e pela TRANSBRASIL e, depois, diante do estado falimentar das empresas e da impossibilidade de elas verterem recursos, a liquidação desses Planos, situação a que se chegou não só pela quebra das empresas (fato pelo qual não responde a União), mas também porque havia anos que as patrocinadoras não honravam seus compromissos com a previdência dos seus trabalhadores e isso era do conhecimento do órgão fiscalizador.

Em conclusão, deve a União responder pelos danos causados aos participantes, e seus dependentes titulares de benefícios, dos Planos da VARIG e da TRANSBRASIL.

A liquidação dos danos

140.- Os atos omissivos e danosos da União, pela antiga SPC, ocorreram desde o vencimento das primeiras contribuições não recolhidas e a partir da adesão de cada patrocinadora VARIG e TRANSBRASIL, até as respectivas liquidações dos seus Planos de Benefícios pela antiga SPC.

141.- E o não recolhimento das contribuições, para o qual concorreu decisivamente a omissão da União, causou prejuízo aos participantes, e aos dependentes, que não puderam perceber os benefícios complementares, ou de receber a parcela que lhes coubesse na distribuição do ativos dos Planos, conforme cláusula IX do Regulamento do Plano de Benefícios:

“Em caso de liquidação do Plano II, nenhuma contribuição adicional excedente aos compromissos assumidos na forma das normas legais pertinentes, exceto quaisquer contribuições devidas e ainda

não pagas, será feita pela Patrocinadora, e o Ativo do Plano, calculado de acordo com as normas vigentes, será, após tomadas as providências para liquidar todas as despesas administrativas comprometidas e estimadas, distribuído pela INSTITUIÇÃO aos Participantes e Beneficiários, em Pecúlio, rendas, pagamentos diferidos, ou uma cominação dessas formas de pagamento, conforme decisão do Conselho de Curadores, e de acordo com a legislação e os princípios descritos a seguir.“ (fls. 479; destaquei).

142.- Portanto, a reparação dos danos consistirá em montante individual e nos estritos limites das contribuições que deveriam ser vertidas e não o foram pelas referidas companhias, tanto da parcela da patrocinadora quanto da parcela dos participantes, inclusive a chamada Terceira Fonte até sua extinção, devidamente corrigida e adicionada de juros, nos termos da lei civil, conforme se apurar em liquidação de sentença por arbitramento.

IV

Em face do exposto,

- a) rejeito todas as questões preliminares suscitadas pelos réus;
- b) pronuncio a prescrição da pretensão concernente à chamada Terceira Fonte;
- c) julgo improcedentes os pedidos relativos à alteração e ao fracionamento, por patrocinador, dos Planos de Benefícios do AERUS, à retirada de patrocinadoras (TAM e AIR FRANCE) e das respectivas reservas, e à liquidação dos Planos VARIG e TRANSBRASIL;
- d) julgo improcedente o pedido de condenação das demais

patrocinadoras em relação aos Planos da VARIG e da TRANSBRASIL, pois não há solidariedade entre os diversos Planos de Benefícios administrados pelo AERUS;

- e) julgo improcedentes os pedidos de nulidade das renegociações de dívidas das patrocinadoras VARIG e TRANSBRASIL;
- f) julgo procedente o pedido de condenação da União a indenizar os participantes e os dependentes titulares de benefícios dos Planos de Benefícios da VARIG e da TRANSBRASIL, por omissão no poder-dever de fiscalização e proteção dos participantes dos planos de previdência complementar (art. 3º, item I, da Lei nº 6.435, de 1977, c/c art. art. 3º, itens V e VI, da Lei Complementar nº 109, de 2001), indenização que consistirá em montantes individuais, apurados nos termos declinados no tópico próprio (itens 140 a 142) desta sentença.

Determino o imediato cumprimento pela União da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.016434-4, pois realizada a condição imposta pelo Supremo Tribunal na Suspensão de Liminar nº 127 (fls. 2.439).

Condeno a União em verba honorária, no valor equivalente a 1% (um por cento) do montante a ser arbitrado em liquidação, em favor dos Autores; sem honorários advocatícios em favor dos demais réus (art. 18 da Lei da Ação Civil Pública).

Sentença sujeita à revisão de ofício, mas admitida a execução provisória; oportunamente, subam os autos ao eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Comunique-se ao relator do referido agravo.

P. R. I.

Brasília-DF, 13 de julho de 2012.

Juiz Jamil Rosa de Jesus Oliveira
da 14ª Vara Federal - DF