



Advocacia Almeida Brito

Av. Comendador Franco, 6.700, casa 9, CEP 81560-000, Curitiba - PR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL DO RIO DE JANEIRO – ESTADO DO RIO DE JANEIRO

URGENTE: Pedido de Antecipação de Tutela

Prioridade de tramitação – idosos (art. 71 da Lei 10.741/2003)

ASSOCIAÇÃO DOS PARTICIPANTES, ASSISTIDOS E PENSIONISTAS DO PLANO DE BENEFÍCIOS Nº. 1, DA PREVI – AAPPREVI, pessoa jurídica de direito privado, sociedade civil com fins não econômicos, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 11.632.592/0001-80, com sede na Rua Ulisses Vieira, 864, bairro Vila Izabel, CEP 80320-090, Curitiba, Estado do Paraná, na qualidade de representante de seus associados, neste ato, representada pelo seu Presidente, Sr. **MARCOS CORDEIRO DE ANDRADE**, inscrito no CPF/MF sob o n. 005.530.694-20; por intermédio de seu procurador judicial adiante assinado, advogado regularmente inscrito na OAB/PR sob o n. 32.492 e OAB-RJ sob n. 185.032, com escritório profissional situado na Av. Comendador Franco, 6.700, casa 9, CEP 81560-000 – Fone 41 – 3527-0417 – Curitiba – PR, onde recebe intimações e avisos, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

em face da

CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI, pessoa jurídica de direito privado, entidade fechada de previdência privada, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 33.754.482/0001-24, com sede na Praia de Botafogo, n. 501, Edifício Centro Empresarial Mourisco (Torre Pão de Açúcar), 3º e 4º andares, bairro Botafogo, CEP 22250-040, Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, pelos fatos e motivos que a seguir expõe.

I – DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O art. 1º da Lei n. 7.347/85 dispõe acerca do cabimento da Ação Civil Pública, *in verbis*:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio-ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V – por infração da ordem econômica;

VI – à ordem urbanística.”

Conforme os fatos adiante narrados e os fundamentos jurídicos a seguir expostos, restará demonstrado que a finalidade da presente ação é **denunciar a ocorrência de danos causados pela atitude lesiva por parte da Ré a todas as pessoas físicas que figuram como participantes do Plano de Benefícios n. 1 da PREVI (cerca de 118.000), bem como pleitear medidas que visem a reparar os danos sofridos pelos associados da Autora.** Trata-se uma lesão a interesses e direitos coletivos, configurada por dois atos concretos por parte da Ré, quais sejam, a INTERRUPÇÃO DO PAGAMENTO DE UM BENEFÍCIO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR e a EXIGÊNCIA DE NOVAS CONTRIBUIÇÕES (distribuição do superavit – art. 20 da Lei Complementar n. 109/2001).

Para melhor entendimento transcreve-se o art. 20 da LC 109/2001:

“Art. 20. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

§ 3º Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições, deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos assistidos.”

Conforme o inciso II, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor – CDC, a definição dos interesses e direitos coletivos é: “os *transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*”. Essa relação jurídica base é o Contrato de Previdência Complementar celebrado entre os Associados da Autora e a Ré.

Neste aspecto, convém transcrever a lição do respeitado jurista Celso Ribeiro Bastos:

“Os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado e não ao homem isoladamente considerado. Colhem, pois, homem não como simples pessoa física tomada à parte, mas sim como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, condômino de um edifício de apartamentos.

Interesses coletivos seriam, pois, os interesses afectos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por uma qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado” (Revista da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, n. 41, junho de 1994, Centro de Estudos, p.113)

Dessa forma, como o objeto da presente ação civil pública é a prevenção ou reparação dos danos causados **“ao consumidor” ou “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”** (inciso II e IV, do art. 1º, da Lei n. 7.347/85), restou plenamente demonstrado o cabimento deste tipo de ação, uma vez que o universo dos participantes que podem ser dos beneficiados pela presente ação pode chegar a 118 mil. E na qualidade de consumidores, celebraram um Contrato de Previdência Privada Complementar com a Ré.

II – DA LEGITIMIDADE ATIVA DA ENTIDADE AUTORA

O interesse processual e a *legitimatío ad causam* da Associação Autora estão presentes, pois todos os seus associados, em cerca de 5.500, conforme relação em anexo, são participantes do Plano de Benefícios n. 1 da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI.



Advocacia Almeida Brito

Av. Comendador Franco, 6.700, casa 9, CEP 81560-000, Curitiba - PR

Informa-se que todos os participantes do Plano de Benefícios n. 1 (cerca de 118 mil) celebraram um Contrato de Previdência Complementar com a PREVI. **Todos eles estavam, até dezembro de 2013, recebendo a distribuição do Superavit desde o ano de 2011 (pagamento do BET) e dispensados de contribuir para o fundo.** Assim, a Associação Autora, na qualidade de representante de seus associados (cerca de 5.500 dos 118.000), tem o interesse processual e está legitimada para a causa, conforme preconiza o seu próprio Estatuto.

O Estatuto da Associação Autora prevê, de forma clara, na sua finalidade institucional defender os interesses coletivos de seus associados (art. 2º, alínea “b”, do Estatuto). Frisa-se que a Autora está constituída há mais de um ano (data da fundação: 10.02.2010).

Como ora informado, a Entidade-Autora demonstra, com seu Estatuto, o inequívoco cumprimento de todos os requisitos expostos no *caput* e inciso V (alíneas “a” e “b”) do art. 5º da Lei n. 7.347/85.

Além disso, conforme o inciso XXI, do art. 5º, da nossa Constituição Federal, o Estado tem o dever de disponibilizar diversos meios coletivos de defesa de direitos e interesses, na medida em que tal providência se traduz em democratização do acesso à Justiça e por atender à economia, tanto do erário, como, por conseguinte, processual.

III – DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA PREVI

A responsabilidade de gerir o Plano de Benefício n. 1, que congrega cerca de 118 mil participantes, é da Ré (Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI). Por esta razão, a PREVI está perfeitamente legitimada para figurar no polo passivo do presente feito.

IV – DO REQUERIMENTO DE PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO DO FEITO – BENEFICIÁRIOS COM IDADE AVANÇADA (ART. 71, DA LEI 10.741/2003)

Em razão da idade avançada dos beneficiários da presente ação, há a necessidade de prioridade na tramitação do presente feito, sendo que tal privilégio acha-se garantido pelo art. 71, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

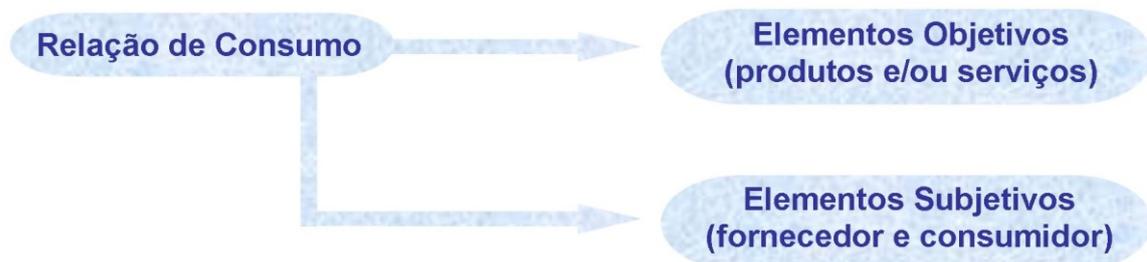
Dessa forma, requer-se seja concedido o privilégio no processamento do feito em decorrência da idade avançada dos associados da Autora que serão beneficiados pela presente ação, anotando-se nos autos a prioridade na tramitação, na forma da Lei 10.741/2003.

V – DA PLENA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À PRESENTE LIDE

Conforme premissa clássica em Direito, oriunda de Justiniano, que não é tarefa da Lei definir institutos jurídicos, mas sim da Doutrina. Entretanto, e dando bom exemplo do grau de zelo e profundidade técnica com que se esmerou o legislador na elaboração do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CDC, o mesmo definiu institutos.

Isto demonstra, de acordo com a explanação do professor Dr. Nelson Nery Júnior, no 1º SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO BANCÁRIO, realizado em julho de 2000, em São Paulo – SP, que o CDC foi elaborado primando pela clareza das relações que regula, a exemplo dos Códigos Europeus, para não dar margens a quaisquer interpretações tendenciosas que não aquela que foi a *mens legis* do legislador. Assim, quando a letra da lei é clara e expressa para determinar que determinado serviço ou produto é regulado por tal lei, não há como aceitar outra interpretação senão a clareza da lei.

Para saber se é aplicável ou não o CDC a determinado fato jurídico, é importante tecermos considerações sobre alguns institutos fundamentais declinados pela Doutrina no enquadramento:



A melhor doutrina é pacífica na sua conceituação, *v.g.*, como a que deu os Autores do Anteprojeto do CDC, *verbis*:

“Entendemos por ‘consumidor’ qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. et alli. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000)

O artigo 3º do CDC, em seu § 2º, conceitua “serviço” como “sendo qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Neste contexto, assevera-se que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA entende que em lide desta natureza, onde a Ré é uma entidade fechada de previdência complementar, aplica-se o CÓDIGO DE DEFESA DO

CONSUMIDOR, senão vejamos:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. APLICAÇÃO DO CDC. SÚMULA 83 DO STJ.

1. **É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável tanto às entidades abertas quanto às fechadas de previdência complementar.** Inafastável a incidência da Súmula 83 do STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ – AgRg no Ag 723943 – MG, 4ª Turma, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias, data do julgamento 09.09.2008, data da publicação/fonte 29.09.2008, DJe)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS CONTRIBUIÇÕES PESSOAIS. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. CDC. APLICAÇÃO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283-STF.

I. Sob pena de usurpação de competência, é vedado ao STJ manifestar-se a respeito de violação a dispositivos constitucionais.

II. **O CDC é aplicável às entidades abertas e fechadas de previdência complementar.**

III. Inviável o recurso que deixa de atacar o fundamento do voto condutor do acórdão objurgado, que com fulcro no art. 54 do CDC, nulificou a cláusula contratual que proíbe a restituição das contribuições quando o participante tenha implementado tempo suficiente à fruição do benefício (Súmula n. 283-STF).

IV. Agravo improvido.” (STJ AgRg no REsp 842029 – GO, 4ª Turma, Relator Aldir Passarinho Júnior, data do julgamento 03.08.2006, data da publicação/fonte 04.09.2006, DJ p. 288)

Para avaliar, de modo ainda mais sólido, que a tese de que os dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor se aplicam a toda sorte de defesa coletiva de direitos, seja qual for a natureza, transcreve-se o art. 21, da Lei n. 7.347/85, cuja clareza não autoriza qualquer outra interpretação, senão vejamos:

“Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

Reprisando, como o objeto da presente ação civil pública é a prevenção ou reparação dos danos causados **“ao consumidor” ou “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”** (inciso II e IV, do art. 1º, da Lei n. 7.347/85), restou plenamente demonstrado o cabimento deste tipo de ação.

Assim, para todos os efeitos, inclusive para fins de inversão do ônus da prova, à presente lide aplica-se o CDC.

VI – DOS FATOS

As pessoas físicas que compõem o quadro social da Entidade Autora (cerca de 5.500) também são participantes do Plano de Benefícios n. 1, gerido pela PREVI, para a qual contribuíram, na forma prevista em seus normativos, com o objetivo de auferirem seus benefícios complementares da aposentadoria concedida pelo INSS e pensão, conforme o caso.

Desde dezembro de 1997, não mais são aceitas adesões ao Plano de Benefícios n. 1. Conforme o art. 47, do Estatuto da PREVI, de 24.12.1997, esse plano encontra em extinção:

“Art. 47. Os benefícios assegurados aos participantes e seus dependentes têm seus valores, formas de concessão e demais condições estabelecidos nos respectivos regulamentos dos planos de benefícios.

§ 1º O plano de benefícios vigente até a data anterior à aprovação deste Estatuto passa a denominar-se Plano de Benefícios Nº 01 e não mais admitirá adesões.” (extraído do Regulamento de 24.12.1997)

A partir de 24.12.1997, a PREVI possui dois planos de benefícios, **sendo o Plano de Benefícios n.1, com registro no Ministério da Previdência sob o n. CNPB 1980.000174** e o Plano de Benefícios n.2 (PREVI-Futuro), com registro no Ministério de Previdência sob o n. CNPB 1998.003574. Porém, eles não se comunicam entre si. Ou seja, cada um possui regulamentos e contabilidades próprias.

Esses planos de previdência privada complementar fechada estão sob a égide da Lei Complementar n. 109/2001. A regulação e a fiscalização desses planos de previdência estão previstas no art. 5º e 74 dessa referida lei, tendo ficado provisoriamente encarregados, respectivamente, pela regulação e pela fiscalização o Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC e a Secretaria de Previdência Complementar – SPC.

Por meio da Lei n. 12.154/2009, o Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC se transformou em Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC com a função de regular o sistema de previdência

complementar. Essa mesma lei criou a Autarquia com o nome de Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, sucedendo a SPC na função de fiscalizar as entidades fechadas de previdência complementar – EFPCs.

Em 2008, o Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC (Ministério da Previdência), através da Resolução n. 26/2008, extrapolou sua competência, modificando alguns parâmetros da Lei Complementar n. 109/2001, criando restrição à distribuição do superávit por parte da PREVI que, por consequência, provocou enormes danos aos participantes do seu Plano de Benefícios n. 1, como será demonstrado adiante.

Conforme o art. 20 da LC 109/2001, ocorrendo superávit em 3 (três) exercícios contábeis consecutivos, o valor que sobrar da conta da Reserva de Contingência é lançado na conta da Reserva Especial, a qual é utilizada para revisão do plano de benefícios.

No presente caso concreto, tendo ocorrido superávits por 3 (três) exercícios (2008, 2009 e 2010), em outubro de 2010, homologando o Memorando de Entendimentos firmado pelos representantes das partes (participantes, patrocinador e EFPC), a PREVI, após escriturar a Reserva de Contingência, contabilizou a sobra na conta Reserva Especial – a quantia de R\$ 15.068.116.000,00 (quinze bilhões, sessenta e oito milhões, cento e dezesseis mil reais) –, sendo repartido em duas partes iguais (participantes e patrocinadores).

Assim, a metade, R\$ 7.534.068.000,00 (sete bilhões, quinhentos e trinta e quatro milhões e sessenta e oito mil reais), foram separados em favor dos participantes para revisão do Plano de Benefícios n.1 (pagamento do BET – Benefício Especial Temporário). Além desse valor, foi constituído o Fundo de Contribuições para suportar a dispensa das contribuições.

Ocorre que, apesar de ainda existir saldo, tanto no Fundo de Destinação da Reserva Especial (para pagamento do BET) quanto no Fundo de Contribuições capaz de suportar essas obrigações por mais alguns meses ou eventualmente até o final de 2014, agora em janeiro-2014, a PREVI interrompeu o pagamento do BET e cobrou as contribuições.

Essa atitude provocou enormes danos morais e patrimoniais aos participantes do Plano de Benefícios n. 1 retro referido, razão pela qual a Autora vem perante o Judiciário interceder pelos seus mais de 5.500 associados, podendo/devendo os benefícios da presente lide ser estendidos a todo o universo dos participantes que totalizam cerca de 118.000.

Esta é a essência do presente feito, apresentando-se de forma patente a justificativa para a propositura da presente Ação, pedindo *venia* a Vossa Excelência para a demonstração dos fundamentos jurídicos que tutelam as suas pretensões.

VII – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

VII.1 – DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS SALDOS TOTAIS DOS FUNDOS PREVIDENCIAIS (FUNDO DE DESTINAÇÃO DA RESERVA ESPECIAL E FUNDO DE CONTRIBUIÇÕES) PARA PAGAMENTO DO BET E PARA DISPENSAR AS CONTRIBUIÇÕES

VII.1.1 – DA ILEGALIDADE DA REVERSÃO DOS SALDOS DOS FUNDOS PREVIDENCIAIS (FUNDO DE DESTINAÇÃO DA RESERVA ESPECIAL E FUNDO DE CONTRIBUIÇÕES) PARA A CONTA DA RESERVA DE CONTINGÊNCIA

Autora denuncia que qualquer medida que não esteja prevista na LC 109/2009 e que imponha restrições à distribuição do superávit e que venha causar danos aos participantes É ILEGAL, como será demonstrada a seguir.

VII.1.1.1 – DA ILEGALIDADE DO ART. 18 DA RESOLUÇÃO CGPC N. 26/2008 (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA)

Para mostrar que é ilegal a reversão dos saldos das contas dos fundos previdenciais (Reserva Especial e Fundo de Contribuições) para a Reserva de Contingência, há de se arguir e demonstrar a ilegalidade do art. 18 da Resolução CGPC n. 26 (Ministério da Previdência), que assim dispõe:

“Art. 18. A utilização da reserva especial será interrompida e os fundos previdenciais de que trata o art. 17 serão revertidos total ou parcialmente para recompor a reserva de contingência ao patamar de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das reservas matemáticas quando for inferior o montante apurado a título de reserva de contingência.”

Acerca do controle da legalidade dos atos administrativos, vejamos a lição do nobre jurista Hely Lopes Meirelles:

“O controle judicial dos atos administrativos é unicamente de legalidade, mas nesse campo a revisão é ampla, em face dos preceitos constitucionais de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV);(...) Diante desses mandamentos da Constituição, nenhum ato do Poder Público poderá ser subtraído do exame judicial, seja ele de que categoria for (vinculado ou discricionário) e provenha de qualquer agente, órgão ou Poder.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 186)

Assim, ressalta-se a necessidade desse Douto Juízo conhecer e julgar a arguição de ilegalidade do art. 18 da Resolução CGPC n. 26/2008 pelo fato de ter criado obrigações e restrições não contempladas na LC n. 109/2001.

Neste aspecto, cabe lembrar que existe uma hierarquia das normas jurídicas, conforme a seguinte explicação, hipoteticamente de uma pirâmide:

1. No topo está a Constituição Federal, pois se existir algum dispositivo de alguma norma que for contrário a algum preceito constitucional, esse dispositivo terá de ser expurgado do nosso ordenamento jurídico.
2. Logo abaixo da Constituição, vem as Emendas Constitucionais, que, também, não podem contrariar a Lei Maior.
3. Em seguida, estão as leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas e as medidas provisórias.
4. Depois dessas normas ora mencionadas, estão os decretos do Poder Executivo, cuja finalidade é regulamentar as leis.
5. Por fim, vêm as resoluções, as instruções normativas, as portarias, etc., cuja função é, em suma, explicar o funcionamento dos órgãos de serviços públicos e a execução dos próprios serviços públicos.

A pirâmide a seguir exemplifica a hierarquia existente entre as normas jurídicas.



Portanto, uma resolução (e nem mesmo um decreto) não pode inovar as disposições de uma lei.

No caso em tela, a LC 109/2001 estabeleceu que o saldo da Reserva Especial deveria ser, obrigatoriamente, utilizado em sua totalidade na revisão do Plano de Benefícios n. 1 (pagamento do BET e dispensa das contribuições).

No entanto, o art. 18 da Resolução CGPC (Ministério da Previdência) n. 26/2008, inovou escandalosamente o teor da LC 109/2001, pois estabeleceu que a “utilização da reserva especial será interrompida e os fundos previdenciais de que trata o art. 17 serão revertidos total ou parcialmente para recompor a reserva de contingência ao patamar de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das reservas matemáticas quando for inferior o montante apurado a título de reserva de contingência”, extrapolando a competência de uma Resolução que é de explicitar o funcionamento dos serviços públicos, eis que a LC 109/2001 não delegou tal prerrogativa.

E nem tente argumentar de que o art. 5º da LC 109/2001 estaria delegando poderes para a emissão de tal resolução, eis que esse próprio art. 5º salienta que a regulação deve ser realizada conforme a lei. Se a regulação deve ser nos limites da lei, a Resolução CGPC n. 26/2008 não poderia ter criado as condições de reversão estabelecida no seu art. 18, PREJUDICIAL AOS PARTICIPANTES DO PLANO DE BENEFÍCIOS.

Michel Temer é contendente sobre essa matéria:

“Como o regulamento é subordinado à lei, esta não pode delegar competência legislativa ao Executivo para criar direitos e deveres” (TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 157)

Celso Antonio Bandeira de Mello é ainda mais claro acerca do tema:

“Considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 332)

Dessa forma, ainda que a LC 109/2001 tenha delegado ao Poder Executivo a competência para realizar a normatização das atividades das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, ESSA NORMATIZAÇÃO **NÃO** PODE CRIAR DIREITOS OU RESTRIÇÕES QUE A LC 109/2001 NÃO CRIOU, sob pena de ocorrer a usurpação da competência de outro poder (o Legislativo).

Em vista disso, em respeito ao princípio da legalidade, o art. 18 da Resolução CGPC n. 26/2008 deve ser declarado ilegal, considerando sem efeito o seu teor.

Nesse sentido, em casos similares, é a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e de outros tribunais pátrios, senão vejamos:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CARTEIRA DE HABILITAÇÃO. PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO. Mandado de Segurança impetrado contra ato dito ilegal da autoridade coatora porque negou a realização de nova prova ao argumento de ter expirado o prazo de um ano para conclusão do processo, previsto na Resolução CONTRAN nº 168/04. Ainda que considerado o prazo da referida Resolução para a conclusão do processo de habilitação, manifesto o direito líquido e certo da candidata a realizar outra prova porque o agendamento do segundo exame foi tempestivo. A Resolução não pode em hipótese alguma inovar a norma regulamentada, seja para criar ou restringir direitos. Desta forma, como o Código de Trânsito Brasileiro não estabeleceu prazo para a conclusão do processo de habilitação e o artigo 147, § 2º, fixa o prazo de cinco anos para validade dos exames de aptidão mental e física, impossível a norma de hierarquia inferior submeter o candidato a novo processo de habilitação quando não concluído o primeiro processo em 1 (um) ano. Recurso desprovido, sentença mantida no reexame necessário.” (TJRJ – Reexame Necessário n. 0111816-72.2006.8.19.0001, 17ª Câmara Cível, Relator Des. HENRIQUE DE ANDRADE FIGUEIRA, data do julgamento 29.04.2009)

“DIREITO TRIBUTÁRIO. Duplo Grau Obrigatório. Embargos à Execução. Princípio constitucional da não cumulatividade. Direito à compensação de créditos acumulados. Inocorrência de qualquer ofensa à legislação vigente. A Resolução nº 1.039/83, não tem o condão de inovar o ordenamento jurídico e nem restringir dispositivo legal. O ponto nodal da questão é saber se existe a possibilidade de a empresa utilizar o referido crédito em qualquer estabelecimento da empresa ou somente no estabelecimento em que figurou no procedimento autorizativo perante a Secretaria de Fazenda Estadual. A Lei Complementar nº 87/96, no seu artigo 25 c/c § 8º do art. 33 da Lei Estadual nº 2.657/96, autoriza a compensação dos saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizado no Estado. RECURSO IMPROVIDO, MANTENDO-SE A SENTENÇA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.” (TJRJ – Apelação Cível n.

0005825-52.2003.8.19.0021, 15ª Câmara Cível, Relator Des. CELSO FERREIRA FILHO, data do julgamento 09.01.2007)

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PODER REGULAMENTAR. RESOLUÇÃO INSS/DC 17/00. INOVAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES DE SUPERVISOR MÉDICO PERICIAL. **ABUSO DE PODER REGULAMENTAR.** SENTENÇA MANTIDA. 1. Conhece-se da remessa oficial nos termos da lei vigente à época. Como salientado em primeiro grau (fl. 86), a doutrina ensina que o cargo público tem suas atribuições, responsabilidades e estipêndios fixados na forma estabelecida em lei, não significando, evidentemente, que a lei esgote todas as minúcias relativas ao cargo público, sendo possível a autorização de regulamentação pelo Poder Executivo. 2. **Entretanto, é a lei que deixa em aberto a possibilidade de regulamentação, de modo que, caso a legislação esgote determinado aspecto, não é autorizado à regulamentação o poder de acrescentar ou de restringir o assunto. Eis porque o poder regulamentar não é inovador da ordem jurídica. Sua finalidade é de explicitação e de esclarecimento da lei (art. 84, inciso IV, da CF).** 3. Portanto, é de se ver que ao determinar que o supervisor médico pericial exerça a atividade especializada de perícia médica é inovar no tocante às atribuições do referido cargo, extrapolando-se no poder regulamentar, em verdadeiro vício contra o princípio da legalidade. 4. Ainda que existam justificativas práticas para o desvio de atribuições do cargo de supervisor médico pericial, cumprir-se-ia observar a regular alteração legislativa, não sendo autorizado ao mero poder regulamentar tal atribuição. 5. Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença mantida.” (TRF-3 – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 18863 SP 2000.61.00.018863-4, Data de publicação: 08/09/2009)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DO COFECI. EXAME DE SUFICIÊNCIA INSTITUÍDO PELA RESOLUÇÃO Nº 800/2002- COFECI. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. - A edição da Resolução nº 800/2002, que instituiu o exame de suficiência profissional, pelo COFECI, não o torna litisconsorte passivo necessário em ações de mandado de segurança onde o objeto de impugnação é o ato da autoridade que passou a exigir o aludido exame como condição de registro profissional na categoria. - **Resolução é norma infralegal, não podendo inovar na ordem jurídica para os fins de determinar exigências**

não previstas em lei, em virtude do princípio da legalidade. - Ao exigir a prévia aprovação em exame de suficiência para realização de inscrição profissional, e conseqüente exercício da atividade, a Resolução nº 800/2002 do COFECI não se adequou ao art. 5º, inciso XIII, da Carta Magna, que remete apenas à lei a possibilidade de impor restrições ao exercício das atividades profissionais. - Apelação e remessa oficial improvidas.” (TRF-5 – Apelação em Mandado de Segurança AMS 94373 SE 2006.85.00.000023-7, Data de publicação: 03/10/2006)

“SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – LEILÃO DE IMÓVEL – SALDO DA CONTA DO FGTS PARA PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO EM ATRASO – RESOLUÇÃO Nº 05 DO CONSELHO CURADOR DO FGTS – LEI 8036 /90 – ART. 20, V – DIREITO DE PROPRIEDADE – DIREITO FUNDAMENTAL – FGTS – DIREITO SOCIAL – EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE 1. Trata-se de Apelação em Mandado de Segurança interposta de sentença que julgou procedente o pedido, concedendo a segurança requerida para o fim de sustar o leilão de imóvel adquirido pelo SFH, reconhecendo o direito do impetrante de utilizar o saldo existente na conta do FGTS para pagamento das prestações em atraso. 2. A questão central está adstrita à validade ou não da Resolução nº 05, do Conselho Curador do FGTS, que autoriza o pagamento de parte dos encargos do financiamento concedido no âmbito do SFH, condicionando-o, no entanto, à adimplência do mutuário. 3. O direito de propriedade é consagrado pela nossa Lei Maior como um direito fundamental. 4. As restrições aos direitos fundamentais só podem ser justificadas em razão da proteção de outro direito fundamental ou bem jurídico que tenha estatura constitucional. 5. A referida Resolução, ao condicionar o pagamento de parte dos encargos do financiamento à adimplência do mutuário, fere o direito fundamental de propriedade, vez que, não possuindo o autor, ora apelado, outros meios de adimplir com a sua obrigação, não podendo usar de seu FGTS, que é um direito social, portanto fundamental, também consagrado pela Magna Carta, acarretará na perda de seu imóvel. 6. A Resolução não pode inovar os termos a Lei 8036 /90, e sim apenas regulamentá-la. 7. Não é necessário esgotar a via administrativa para ingresso na via judicial, salvo nos casos expressos, que não é a hipótese dos autos. 8. Recurso e remessa necessária conhecidos e desprovidos.” (TRF-2 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 9502070810 RJ 95.02.07081-0, Data de publicação: 24/02/2003)

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. EXERCÍCIO DE CARGO POR DESIGNAÇÃO. PAGAMENTO DE DIFERENÇA SALARIAL. PROVIMENTO APENAS POR PROMOÇÃO VERTICAL E MERECIMENTO. LEI ESTADUAL N. 13.467/2000 E RESOLUÇÃO N. 367/2001-TJ/MG. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que ‘(...) às portarias, regulamentos, decretos e instruções normativas não é dado inovar a ordem jurídica, mas apenas conferir executividade às leis, nos estritos limites estabelecidos por elas’ (REsp 872.169/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 13/5/2009).

2. Inexistência de direito líquido e certo à percepção de vencimentos de acordo com o padrão PJ-64 (depois alterado para PJ-70), uma vez que o art. 2º, inc. I, da Lei Estadual n. 13.467/2000 estabelece o preenchimento dos cargos de Oficial de Apoio Judicial mediante a promoção vertical e merecimento, critério esse que foi respeitado pelo art. 51 da Resolução n. 367/2001-TJ/MG.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ – AgRg no RMS 17920 / MG n. 2004/0022969-0, Relator Ministro OG FERNANDES, 6ª Turma, Data do Julgamento 16/05/2013, Data da Publicação/Fonte DJe 28/05/2013)

Através dos fundamentos ora apresentados, restou demonstrada a necessidade de que o art. 18 da Resolução CGPC n. 26/2008 (Ministério da Previdência) tenha de ser declarado ILEGAL, eis que **violou** o princípio da legalidade dos atos normativos, o princípio da reserva legal, o princípio da hierarquia das normas jurídicas e o princípio da separação de poderes.

Por consequência da ilegalidade do art. 18 da Resolução CGPC n. 26/2008 (Ministério da Previdência), a PREVI deverá ser impelida a continuar com a distribuição do superávit ocorrido em 2010 até o esgotamento total dos saldos segregados para esse fim nas contas dos Fundos Previdenciais (Fundo de Destinação da Reserva Especial – participante e Fundo de Contribuição – participante).

VII.1.2 – DA OBRIGATORIEDADE DA DISTRIBUIÇÃO TOTAL DO SUPERAVIT POR FORÇA DO § 2º DO ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR N. 109/2001 – DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS SALDOS TOTAIS DOS FUNDOS PREVIDENCIAIS (DO FUNDO DE DESTINAÇÃO DA RESERVA ESPECIAL E DO FUNDO DE

CONTRIBUIÇÕES) PARA PAGAMENTO DO BET E PARA DISPENSAR AS CONTRIBUIÇÕES, ATÉ QUE SEJAM ESGOTADOS ESSES RECURSOS

Em vista da demonstração de ilegalidade do art. 18 da Resolução CGPC n. 26/2008 (Ministério da Previdência), a Autora entende que a LC 109/2001 garante a distribuição total dos valores contabilizados nas contas dos fundos previdenciais (da Reserva Especial e do fundo de contribuições).

Para melhor entendimento transcreve-se novamente o art. 20 da LC 109/2001:

“Art. 20. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

§ 3º Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições, deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos assistidos.”

A revisão do Plano de Benefícios pode ser voluntária ou obrigatória. O § 1º dispõe sobre a revisão voluntária, que pode ser anual, se houver saldo na conta da Reserva Especial. O § 2º determina a revisão obrigatória, caso ocorra o superávit em 3 (três) exercícios consecutivos.

Assim, se é obrigatória a revisão do plano, os saldos do Fundo de Destinação da Reserva Especial e do Fundo de Contribuições podem (e devem) ser utilizados até zerar.

Portanto, se há saldo nos Fundos Previdenciais específicos (Fundo de Destinação da Reserva Especial para pagamento do BET e Fundo de Contribuições), esses saldos não podem ser revertidos para a conta de Reserva de Contingência, eis que a LC 109/2001 não autorizou essa medida que causa danos aos participantes.

Se a LC 109/2001 não autorizou a reversão dos saldos dos Fundos Previdenciais para a conta de Reserva de Contingência, nem o órgão regulador e nem os regulamentos da PREVI pode autorizar tal medida. Frisa-se que quando os saldos foram segregados nas contas dos Fundos Previdenciais, esses valores já saíram da esfera da mera expectativa de direito para o rol dos direitos adquiridos ou direitos acumulados, como trata também a LC 109/2001, senão vejamos:

“Art. 17. As alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante.

(...)

Art. 68 (...)

§ 1º Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.”

Conforme os dispositivos ora transcritos, desde que os participantes do Plano de Benefícios n. 1 tenham cumprido as exigências legais, quais sejam (no caso concreto), a ocorrência de superávit em 3 (três) exercícios consecutivos, esses participantes passaram a ter direito adquirido de receber a distribuição do superávit até o esgotamento total dos saldos das contas dos fundos previdenciais.

Dessa forma, restou demonstrada a possibilidade e a necessidade de utilização total dos saldos das contas que foram separados em favor dos participantes.

VII.1.2.1 – DA OBRIGAÇÃO DA PREVI DE CONTINUAR COM PAGAMENTO DO BET E COM A DISPENSA DA COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES ATÉ O ESGOTAMENTO TOTAL DOS SALDOS DOS FUNDOS PREVIDENCIAIS

Além do comando da LC 109/2001 que determina a distribuição do superávit até o esgotamento total dos saldos das contas dos Fundos Previdenciais, agora, informa-se que o Regulamento do Plano de Benefícios n. 1 também garante aos participantes o pagamento do BET e a suspensão das contribuições até que sejam utilizados os saldos totais dos referidos fundos.

Em se tratando do presente caso, convém transcrever parte do Memorando de Entendimentos firmado entre as partes (participantes, patrocinador e a PREVI) em 24.10.2010 que deu origem ao Regulamento de 16.02.2011:

“3.2.6. A manutenção do Benefício Especial Temporário estará condicionada à existência de saldo disponível no fundo previdenciário específico.” (extraído da pág. 3 do Memorando de Entendimentos de 24.10.2010)

Neste contexto, transcrevem-se os dispositivos do Regulamento de 16.02.2011 que tratam da matéria, senão vejamos:

Suspensão das contribuições:

“Art. 85 – Fica suspensa a cobrança das contribuições normais de participantes e patrocinadores, para a Parte Geral deste Plano.

§ 2º - Os recursos necessários para custear as contribuições de participantes e assistidos e de patrocinadores serão transferidos do Fundo de Destinação da Reserva Especial de Participantes e do Fundo de Destinação da Reserva Especial de Patrocinador para o Fundo de Contribuições Pessoais e para o Fundo de Contribuições Patronais, respectivamente.

§ 3º - Os Fundos de Contribuições referidos no parágrafo 2º serão atualizados mensalmente pelo índice referido no artigo 27, acrescido dos juros atuariais.

§ 4º - Caso seja constatada insuficiência de recursos nos Fundos de Contribuições referidos no parágrafo 2º para manter a suspensão das contribuições até o final do exercício, poderá haver novo aporte de recursos oriundos do Fundo de Destinação da Reserva Especial de Participantes e do Fundo de Destinação da Reserva Especial de Patrocinador.

§ 5º - Os saldos existentes nos Fundos de Contribuições serão utilizados exclusivamente para a cobertura das contribuições pessoais e patronais que deixarão de ser cobradas de participantes, assistidos e Patrocinadores.

§ 6º - A suspensão da cobrança das contribuições perdura enquanto os recursos nos Fundos de Contribuições forem suficientes para suportá-la, observado o parágrafo 4º deste artigo.” (salientamos)

Pagamento do BET (Benefício Especial Temporário):

“Art. 89 – O Benefício Especial Temporário será custeado mensalmente pelo Fundo de Destinação da Reserva Especial de Participantes, referido no artigo 83.

§1º - O Benefício Especial Temporário somente será devido enquanto houver saldo suficiente no Fundo de

Destinação da Reserva Especial de Participantes para a cobertura da totalidade dos valores mensais.”

Com base nos fundamentos até aqui expostos, em especial no fundamento legal do § 2º, do art. 20, da LC 109/2001 e nos dispositivos do Regulamento do Plano, a PREVI deve ser impelida a concluir a distribuição do superávit ocorrido nos anos de 2008, 2009 e 2010, o qual começou a ser distribuído no início de 2011, mas foi interrompido em janeiro de 2014, apesar de ainda restar saldo nas contas dos Fundos Previdenciais (Fundo de Destinação da Reserva Especial e Fundo de Contribuições).

Dessa forma, a PREVI deve ser impelida a continuar o pagamento do BET e a dispensar a cobrança das contribuições até o esgotamento total dos saldos dos respectivos fundos.

Informa-se que, mensalmente, a PREVI divulga em seu site o Resultado do Patrimônio Líquido do Plano de Benefícios n. 1. No entanto, até o momento (dia 24.01.2014), só ocorreu a divulgação dos dados até o mês de outubro de 2013, cujos saldos dos Fundos Previdenciais eram os seguintes:

FUNDOS PREVIDENCIAIS	Outubro-2013 Valores em R\$	Setembro-2013 Valores em R\$
Fundo Renda Certa	10.023.000,00	10.140.000,00
Fundo Destinação da Reserva Especial – Participantes	1.340.810.000,00	1.473.544.000,00
Fundo Destinação da Reserva Especial – Patrocinadores	815.321.000,00	953.361.000,00
Fundo de Contribuição – Participante	267.408.000,00	307.975.000,00
Fundo de Contribuição – Patrocinadores	397.025.000,00	432.648.000,00

Fonte: site da PREVI: <http://www.previ.com.br/plano-1/investimento-e-rentabilidade/demonstracao-do-ativo-liquido/>

Assim, em 31.10.2013, na conta do Fundo de Destinação da Reserva Especial que estava sendo utilizada para pagamento do BET existia a quantia de R\$ 1.340.810.000 (um bilhão, trezentos e quarenta milhões e oitocentos e dez mil reais). Enquanto que na conta do Fundo de Contribuições que estava sendo usada para suportar a dispensa das contribuições existia o saldo de R\$ 267.408.000,00 (duzentos e sessenta e sete milhões e quatrocentos e oito mil reais).

Convém lembrar que esses fundos foram constituídos no início de 2011, os quais deveriam ser utilizados até o esgotamento de seus saldos, cujo montante inicial era de R\$ 7.534.068.000,00.

Como atualmente ainda existe saldo nas contas dos Fundos Previdenciais, a PREVI deve se abster de reverter esses valores para a Reserva de Contingência e ser impelida a continuar pagando o BET, bem como dispensar a cobrança das contribuições até que as contas dos respectivos Fundos Previdenciais sejam zeradas.

VIII – DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Preceitua o art. 6º, inc. VIII do CDC:

“Art. 6º. São direitos do consumidor:

...

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;”

Como anteriormente demonstrado, a relação entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPCs e seus participantes faz parte da relação de consumo, sendo justificável, no caso, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, porquanto evidente a hipossuficiência da Autora e dos seus associados perante o fundo de pensão (PREVI) que gerencia o Plano de Benefício *sub judice*, sobretudo na discrepância econômica entre as partes e, principalmente, no aspecto técnico. Assim, a PREVI, que é obviamente responsável pela administração do Plano de Benefícios n. 1, do qual participa os beneficiários da presente lide, deve suportar o ônus da prova.

Dessa forma, Excelência, reitera a Autora que É PRINCÍPIO BÁSICO EM MATÉRIA DE RELAÇÕES DE CONSUMO QUE, SENDO VEROSSÍMIL A AFIRMAÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE UM DETERMINADO FATO, INVERTE-SE O ÔNUS DA PROVA A ESSE RESPEITO (ART. 6º, VIII, DO CDC).

Além disso, para a devida cognição da presente lide, a PREVI deve ser impelida a exibir as demonstrações contábeis e outros documentos necessários à cognição do presente feito, com base no art. 359, do CPC.

IX – DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Excelência, além da necessidade de se obter a tutela principal para determinar que a Ré (PREVI) continue com pagamento do BET e com a dispensa das contribuições até que seja utilizado todo o saldo dos Fundos Previdenciais, HÁ A NECESSIDADE DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA TUTELA PRINCIPAL PRETENDIDA.

Assim, a Autora busca a segurança jurisdicional para assegurar o resultado prático do processo, no sentido de DETERMINAR, ANTECIPADAMENTE:

- a) Que a Ré (Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI) seja impelida a informar os saldos das contas dos Fundos Previdenciais;

- b) Que a RÉ (PREVI) não reverta os saldos remanescentes dos Fundos Previdenciais (Fundo de Destinação da Reserva Especial e Fundo de Contribuições) para a Reserva de Contingência;
- c) Que a Ré (PREVI) deposite o valor dos saldos remanescentes dos referidos Fundos Previdenciais em depósitos judiciais sob os cuidados desse Douto Juízo, visando garantir a efetividade da tutela principal pretendida.

Portanto, Excelência, diante da possibilidade de que esses recursos dos saldos remanescentes dos referidos Fundos Previdenciais venham a ser revertidos contabilmente para a Reserva de Contingência ou que venham a ser utilizados para a aquisição de algum ativo de baixa liquidez ou de risco (imóveis, ações, cotas de fundos de investimentos, etc.), OS PARTICIPANTES DO PLANO DE BENEFÍCIOS N. 1 NÃO PODEM ficar esperando o provimento final da presente ação sem a garantia do resultado prático da lide (DE QUE ESSES RECURSOS AINDA ESTARÃO DISPONÍVEIS).

IX.1 - DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - DA INEXISTÊNCIA DE PERIGO DA IRREVERSIBILIDADE

A respeito da antecipação de tutela, leciona JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS:

“A única hipótese em que se nos afigura não poder a lei evitar a proteção liminar é aquela em que a sua proibição ou não concessão significará, sem sombra de dúvida, impossibilidade da futura tutela definitiva.”
(CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 9.869, de 11 de janeiro de 1973, vol III: arts. 270 a 331, 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.16)

No caso que se nos afigura, Meritíssimo, **não há risco de irreversibilidade da tutela pretendida antecipadamente, eis que nem a Autora e nem os participantes tomarão posse dos recursos referentes aos saldos remanescentes** dos referidos Fundos Previdenciais, eis que os recursos ficarão a disposição desse Douto Juízo até o trânsito em julgado do presente feito. Assim, a pretensão da Autora está perfeitamente de acordo com o § 2º do art. 273 do CPC.

Assim, cumpre demonstrar a presença dos requisitos necessários à concessão de antecipação da tutela, consubstanciados em: prova inequívoca, verossimilhança do direito alegado, e fundado receio de dano IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.

IX.1.1 – DA PROVA INEQUÍVOCA E DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ALEGADO

A respeito deste pressuposto a doutrina tem se manifestado:

“... a prova inequívoca é a do fato título da demanda (causa de pedir) que alicerça a tutela (pedido) que se quer antecipar. E essa prova inequívoca não precisa conduzir à certeza, no que diz respeito ao convencimento do magistrado, suficiente, sendo a verossimilhança. O que se vai antecipar é a tutela, conseqüentemente, a prova inequívoca que se pede diz respeito ao direito à tutela. Os demais pressupostos, apenas somados a ela, autorizam a sua antecipação.”
(CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 9.869, de 11 de janeiro de 1973, vol III: arts. 270 a 331, 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.23 – grifamos e omitimos)

Portanto, segundo preciosa lição de CALMON DE PASSOS, a prova inequívoca de que trata o art. 273 do Código de Processo Civil diz respeito à comprovação DO FATO que alicerça a tutela que se quer antecipar, sendo que tal prova não precisa necessariamente conduzir à certeza do julgamento final, bastando ser demonstrada a verossimilhança do pedido.

Como já demonstrado, a Ré (PREVI) não cumpriu integralmente as disposições da LC 109/2001 e do Regulamento do Plano de Benefícios n. 1, pois, mesmo ainda havendo saldos nas contas dos Fundos Previdenciais, INTERROMPEU O PAGAMENTO DO BET agora em janeiro de 2014.

Além disso, a Ré ameaça reverter os saldos remanescentes dos Fundos Previdenciais para a Reserva de Contingência.

Assim, já há nos autos prova inequívoca de que a interrupção do pagamento do BET e o retorno da cobrança das contribuições causaram enormes danos aos participantes do Plano de Benefícios n. 1, passíveis de reparação, mediante a imposição judicial para que a Ré continue a distribuir o superávit até que sejam esgotados os recursos dos Fundos Previdenciais.

Com base nestas provas inequívocas, e também na verossimilhança do pedido – assaz verossímil, a Autora necessita da antecipação da tutela jurisdicional para obter a garantia de que os recursos que sobraram fiquem disponíveis para eventual cumprimento de sentença.

IX.1.2 – DO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL

OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

J. J. CALMON DE PASSOS assevera que :

“... devendo o magistrado considerar apenas a necessidade de antecipação da eficácia do julgado porque, se não deferida, haverá o risco de ocorrerem, para o autor, danos que serão eliminados, se antecipação houver.” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 9.869, de 11 de janeiro de 1973, vol III: arts. 270 a 331, 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.32)

A este ponto, o retro citado Professor se reporta ao RISCO OBJETIVO em que cumpre ao Magistrado analisar simplesmente a situação dos participantes, para, em razão de fatores objetivos, concluir pela necessidade ou não da antecipação, sendo que essa necessidade se verificará quando houver fundado receio de que os danos ocorrerão.

Assim, mesmo que este processo lhes seja favorável para, ao final, assegurar a continuidade do pagamento do BET e suspensão da cobrança das contribuições, se naquele momento futuro a Ré tiver imobilizado os recursos necessários para a liquidação da sentença, não apenas o processo não terá sido útil aos participantes; antes, TERÁ SIDO EXTREMAMENTE PREJUDICIAL, na exata medida em que, além de não ter recebido o BET no prazo correto e ter pago as contribuições, não terão os recursos para receber o BET pela via judicial. Então, os seus danos serão irreparáveis ou, no mínimo, de difícil reparação.

Neste contexto, convém transcrever o art. 83, do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

Portanto, os participantes do Plano de Benefícios n. 1, por intermédio da Autora, precisam mais do que nunca do provimento de urgência do Judiciário para obter a garantia de que os recursos ficarão separados a disposição desse Douto Juízo.

Como já demonstrado, a Ré (PREVI) como já consumou o seu primeiro intento: INTERROMPEU O PAGAMENTO DO BET agora em janeiro de 2014. A segunda atitude prometida é REVERTER OS VALORES REMANESCENTES DAS CONTAS DOS FUNDOS PREVIDENCIAIS PARA A RESERVA DE CONTINGÊNCIA.

Isto posto, pede a Autora a Vossa Excelência que, com base na prova inequívoca constante nos autos, assim como na verossimilhança de seus

pedidos e da demonstração de risco irreparável ou de difícil reparação, fundamentado no art. 273 do Código de Processo Civil, **CONCEDA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL PARA OS FINS DE RESGUARDAR OS RECURSOS PARA FUTURO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA.**

IX.2 - DOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE DEMONSTRAÇÃO DE BOA-FÉ DA AUTORA

A presente Ação, Excelência, resulta da urgente necessidade da Autora de ver reparado os danos sofridos por seus associados, bem como da inadiável necessidade de obter o adiantamento parcial dos efeitos da tutela, qual seja, **DETERMINAR QUE A RÉ NÃO REVERTA OS SALDOS REMANESCENTES DOS FUNDOS PREVIDENCIAIS PARA A RESERVA DE CONTINGÊNCIA, BEM COMO DEPOSITE EM ESSES VALORES EM DEPÓSITOS JUDICIAIS A DISPOSIÇÃO DESSE JUÍZO.**

No presente caso, tem-se como desnecessária a prestação de caução, pois, NEM A AUTORA E NEM OS SEUS ASSOCIADOS IRÃO RECEBER RECURSOS ADIANTADOS, NÃO EXISTINDO NENHUM RISCO DE PREJUÍZO PARA A RÉ OU PARA O PLANO DE BENEFÍCIOS.

X - DOS PEDIDOS E SUAS ESPECIFICAÇÕES

Por todos os fundamentos declinados e por mais o que possa suprir Vossa Excelência, pede a Autora, invocando a prestação jurisdicional deste Juízo em favor de seus associados (cerca de 5.500), sendo passível de ser estendida a todo o universo dos participantes (cerca de 118.000), que seja determinada a procedência da ação, decretando-se por sentença, para o fim de:

1. ANTECIPADAMENTE

(INAUDITA ALTERA PARTE - OU ANTES DA INSTRUÇÃO)

1.A - OFICIAR À RÉ (PREVI) para que ela informe nos autos, no prazo de 15 (quinze) dias, os saldos remanescentes, ou seja, posição em 31.12.2013 (que sobraram), dos FUNDOS PREVIDENCIAIS (do Fundo de Destinação da Reserva Especial-participantes e do Fundo de Contribuições-participantes);

1.B - OFICIAR À RÉ (PREVI) para que ela se abstenha de reverter os saldos remanescentes, que sobraram, dos FUNDOS PREVIDENCIAIS (do Fundo de Destinação da Reserva Especial-participantes e do Fundo de Contribuições-participantes) para a Reserva de Contingência, mantendo os recursos nas mesmas

contas, de maneira que possam ficar disponíveis a qualquer momento;

Cumulativamente e alternativamente aos pedido n. 1.A e n.1.B:

1.C – OFICIAR À RÉ (PREVI) para que ela deposite o valor dos saldos remanescentes dos referidos Fundos Previdenciais em depósitos judiciais sob os cuidados desse Douto Juízo, visando garantir a efetividade da tutela principal pretendida.

2. EM SENTENÇA FINAL:

2.A – DECLARAR que o art. 18 da Resolução CGPC (Ministério da Previdência) n. 26/2008 É ILEGAL e que o seu teor fique sem efeito entre Ré e os seus participantes, eis que, ao tentar explicitar a LC 109/2001, esse artigo INOVA, criando restrições para a distribuição do superávit do Plano de Benefício n. 1 da Ré, violando o princípio da legalidade dos atos normativos, o princípio da reserva legal, o princípio da hierarquia das normas jurídicas e o princípio da separação de poderes, extrapolando a sua competência de normatizar;

2.B – DETERMINAR que a RÉ (PREVI) se abstenha de reverter os saldos remanescentes, que sobraram, dos FUNDOS PREVIDENCIAIS (do Fundo de Destinação da Reserva Especial-participantes e do Fundo de Contribuições-participantes) para a Reserva de Contingência, mantendo os recursos nas mesmas contas;

2.C – CONDENAR a Ré (PREVI) ao pagamento do BET – Benefício Especial Temporário aos associados da Autora, até que sejam esgotados os recursos do Fundo de Destinação da Reserva Especial, com base no § 2º do art. 20 da LC 109/2001 e no Regulamento de 16.02.2011, em especial, no § 1º do art. 89 desse Regulamento;

2.D – DETERMINAR que a Ré (PREVI) continue a dispensar as contribuições dos associados da Autora, até que sejam esgotados os recursos do Fundo de Contribuições, com base no § 2º do art. 20 da LC 109/2001 e no Regulamento de 16.02.2011, em especial, nos §§ 4º e 6º do art. 85 desse Regulamento;

2.E – CONDENAR a Ré ao pagamento dos ônus de sucumbência, sendo a verba honorária calculada em

percentuais de acordo com o § 3º do art. 20 do CPC, sobre o valor da condenação, levando-se em consideração os termos do § 4º do mesmo artigo do CPC, ante ao grau de complexidade da matéria e zelo profissional despendido.

Para tanto, requer:

a) a citação da Ré pelo correio, por meio de carta registrada com Aviso de Recebimento – AR, na pessoa de seu representante legal para, querendo, apresentar as defesas que tiver, sob as penas da lei, citação dessa natureza é plenamente válida conforme Jurisprudência do STJ;

b) a intimação do Ministério Público para que participe do feito, conforme o § 1º do art. 5º da Lei 7.347/85.

c) seja determinada a produção de todos os meios de provas em direito admitidas que se façam necessárias ao deslinde do feito, como a prova documental, pericial, testemunhal, depoimento pessoal das partes;

d) seja determinada a exibição, por parte da Ré, de demonstrativos contábeis necessários ao deslinde da questão, sob as penas do art. 359, do CPC;

e) seja determinada a inversão do ônus da prova, a fim de determinar à Ré que pague as despesas com eventual perícia contábil, caso venha a ser efetuada;

f) a prioridade de tramitação para o presente processo, eis que a maioria de seus beneficiários possui mais de 60 anos (art. 71 da Lei 10.741/2003);

g) a juntada dos seguintes documentos: Procuração, Estatuto, Cartão CNPJ, Ata de Eleição da Diretoria, Documentos pessoais do Presidente, Rol dos associados da Autora, Resolução CGPC 26/2008 e outros documentos úteis ao deslinde da questão.

h) prazo de 15 (quinze) dias para a juntada de documentos que porventura estejam faltando;

i) Por fim, requer de que seja comunicado ao Sr. Cartorário que, para efeito de acompanhamento forense via Diário de Justiça, as publicações sejam feitas EXCLUSIVAMENTE em nome do patrono, **OSÉ TADEU DE ALMEIDA BRITO (OAB/PR N. 32.492 e OAB/RJ N. 185.032)**. Ademais, esta



Advocacia Almeida Brito

Av. Comendador Franco, 6.700, casa 9, CEP 81560-000, Curitiba - PR

providência resguardará os direitos da parte representada, a garantia da sua ampla defesa e evitará transtornos, eliminando RISCOS DE PERDA DE PRAZOS.

j) requer-se, finalmente, a comunicação ao Sr. Distribuidor que, além desta demanda, qualquer outra, conexa ou continente, deverá ser distribuída a este juízo.

Dá à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para efeitos fiscais e de alçada.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Curitiba – PR, em 24 de janeiro de 2014.

JOSÉ TADEU DE ALMEIDA BRITO
Advogado – OAB/PR 32.492 e OAB/RJ 185.032