



RELATÓRIO PROCESSO N. 44000.000085/2008-67

São Paulo, 06 de julho de 2010

Processo: 44000.000085/2008-67
Interessada: POSTALIS – Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos
Recorrentes: “Recurso de Ofício”
Recorridos: José de Souza Teixeira e Heitor Alexandre Pereira Reis

1. Trata-se de “recurso de ofício” decorrente da Decisão Notificação nº 25/09-70, de 04.09.09, que decidiu julgar nulo o Auto de Infração nº 157/07-47, conforme fls. 271/272.

2. José de Souza Teixeira e Heitor Alexandre Pereira Reis foram autuados em 28 de dezembro de 2007 por deixarem de apurar responsabilidade e, se for o caso, propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar, pela aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas em modalidades não permitidas pelas normas vigentes, realizando as operações denominadas day-trade, assim consideradas aquelas iniciadas e encerradas no mesmo dia (fls. 1/13).

3. José de Souza Teixeira e Heitor Alexandre Pereira Reis apresentaram defesa conjunta a fls. 54 a 266, sustentando que (a) a realização das supostas operações day-trade não podem ser imputadas aos autuados, mas apenas aos agentes fiduciários terceirizados (gestora/administradora/custodiante) e (b) o auto de infração não apontou qualquer prejuízo na realização das suspostas operações day-trade.

4. Nos termos de Análise Técnica de fls. 267/270, a nulidade do auto de infração haveria de ser reconhecida, porque, considerou a análise que o relatório do AI é deficiente na descrição dos fatos, na medida em que não descreve a conduta com suficiente especificidade, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e permitir a plenitude de defesa.

5. Com base nesse entendimento, seguiu-se a Decisão Notificação nº 25/09-70, de 04.09.09, conforme já dito acima, que anulou o Auto de Infração nº 157/07-47, recorrendo de ofício dessa decisão para esta Câmara de Recursos.

6. É o relatório.

Hilton de Enzo Mitsunaga
Conselheiro Suplente
(Representante do Poder Público)



Processo: 44000.000085/2008-67
Interessada: POSTALIS – Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos
Recorrentes: “Recurso de Ofício”
Recorridos: José de Souza Teixeira e Heitor Alexandre Pereira Reis

VOTO

EMENTA: Recurso de ofício. Nulidade da autuação. Insuficiência descrição dos fatos imputados ao autuado pode acarretar prejuízo ao direito de contraditório e ampla defesa do administrado.

1. Como já adiantado no Relatório, foi remetido a esta Câmara de Recursos, “**recurso de ofício**” interposto contra a DECISÃO-NOTIFICAÇÃO Nº 25/09-70 que julgou nulo o Auto de Infração nº 157/07-47, de 28/12/2007, nos termos da Análise Técnica nº 45/2009/SPC/GAB/AG, de 3 de setembro de 2009.

2. A autuação se deu com fulcro no art. 37 do Decreto nº 4.206/2002, de 23/04/2002, c/c art. 61, II, do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 2.829, de 30/03/2001, abaixo transcritos.

Art.37. Constituem infrações sujeitas às penalidades previstas neste Decreto as seguintes condutas praticadas por pessoas físicas ou jurídicas:

(...)

XVII - deixar de apurar responsabilidade e, se for o caso, propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar;

Art. 61. É vedado às entidades fechadas de previdência privada:

(...)

II - realizar as operações denominadas day-trade, assim consideradas aquelas iniciadas e encerradas no mesmo dia, independentemente de a entidade fechada de previdência privada possuir estoque ou posição anterior do mesmo ativo;

3. Ou seja, consta dos autos que a EFPC, por meio de seu Fundo de Investimentos Exclusivo POSTALIS – MELLON PRIDE FIC, realizou operações denominadas day-trade, operações estas vedadas pelo ordenamento que disciplina os investimentos dos Fundos de Pensão. Dada ciência de tal irregularidade, relata o Auto de Infração que “os dirigentes da entidade foram omissos na análise e tomada de decisões, ao se científicarem da realização, pelo Fundo de Investimento Exclusivo POSTALIS – MELLON PRIDE, de operações vedadas, e não adotarem nenhuma providência”.



4. Embora a Resolução CMN nº 2.829 já previsse em seu art. 12¹ norma de equiparação dos investimentos realizados diretamente pela entidade com aqueles realizados por intermédio de fundos de investimentos por ela administrados para fins observância aos limites e riscos impostos pela Resolução, a autuação não imputou aos dirigentes o cometimento da irregularidade em si, mas sim, a omissão na apuração de responsabilidade, na propositura de eventual ação regressiva a agentes que deram causa a dano ou prejuízo à entidade. Nesse ponto andou mal a autuação porque a infração já poderia ser atribuída aos dirigentes a título, no mínimo de culpa presumida, que poderiam afastar tal responsabilidade por fortuito ou culpa exclusiva de terceiros, desde que comprovada diligência e cuidados nos controles de seus terceirizados. Pior, imputou aos mesmos, infração de conduta omissiva que exige em seu tipo administrativo ocorrência de prévio dano ou prejuízo à entidade.

5. Nesse contexto, advertiu bem a Análise Técnica nº 45/2009/SPC/GAB/AG, de 3 de setembro de 2009, que identificou vício insanável no documento punitivo consistente na insuficiência da descrição dos fatos imputados ao administrado, o que inviabiliza por completo seu exercício ao contraditório e ampla defesa, tornando tal ato administrativo inválido.

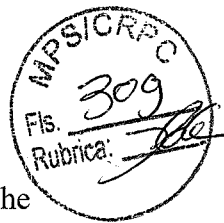
6. Nesse sentido é farta a melhor jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DEMISSÃO. ILÍCITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO. DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. - A instauração do processo disciplinar é efetuada mediante ato da autoridade administrativa em face de irregularidades funcionais praticadas pelo servidor público, o qual deve conter a descrição e qualificação dos fatos, a acusação imputada e seu enquadramento legal, além da indicação dos integrantes da Comissão de Inquérito. - O inquérito administrativo disciplinar instaurado para apuração da prática de ilícito administrativo mediante Portaria que não contém a descrição dos fatos imputados ao servidor público contém grave vício de nulidade, porque afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa. - Recurso ordinário provido. STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 10578 PA 1999/0009395-0 Relator(a): Ministro VICENTE LEAL Julgamento: 17/10/1999 Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA Publicação: DJ 22.11.1999 p. 194

7. Assim, entendo que andou bem a decisão recorrida ao julgar nulo o Auto de Infração nº 157/07-47, pois que de fato restou demonstrado nos autos que o Relatório do AI não foi suficiente na descrição dos fatos a que se quer imputar como infração, o que ocasionou prejuízo ao exercício do direito ao contraditório e ampla defesa dos atuados.

CONCLUSÃO

¹ Art. 12. Equiparam-se às aplicações realizadas diretamente pela entidade fechada de previdência privada aquelas efetuadas por meio de fundos de investimento ou de carteiras administradas.



8. Ante o exposto, voto pelo conhecimento do “recurso de ofício”, para negar-lhe provimento, mantendo integralmente a DECISÃO-NOTIFICAÇÃO N° 25/09-70, da qual resulta a nulidade da autuação.

9. É como voto.

Brasília, de julho de 2010.

Hilton de Enzo

Hilton de Enzo Mitsunaga
Conselheiro Suplente
(Representante do Poder Público)

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 4ª Reunião Extraordinária - 21 julho de 2010

Relator: HILTON DE ENZO MITSUNAGA

Processo: 44000.0000085/2008-67

Recorrente: Secretaria de Previdência Complementar

Recorridos: José de Souza Teixeira, Heitor Alexandre Pereira Reis

Entidade: Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos - POSTALIS

Auto de Infração nº: 157/07-47

Decisão Notificação nº: 25/09-70

Irregularidade: Deixar de apurar responsabilidades de seus dirigentes.

Penalidade: Não foi aplicada penalidade. Julgado nulo o Auto de Infração

Voto do Relator: "... conhecimento do "recurso de ofício", para negar-lhe provimento, mantendo integralmente a DECISÃO-NOTIFICAÇÃO N° 25/09-70, da qual resulta a nulidade da autuação."

Representantes	Votos
ANTÔNIO BRÁULIO DE CARVALHO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto do Relator
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto do Relator
LYGIA MARIA AVENA (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	Acompanha o voto do Relator
MARIA BATISTA DA SILVA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto do Relator
ALFREDO SULZBACHER WONDRAČEK (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto do Relator
PAULO CÉSAR DOS SANTOS (Presidente)	Acompanha o voto do Relator

Resultado: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar, conhece do recurso de Ofício para, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 21 de julho de 2010.


PAULO CÉSAR DOS SANTOS
Presidente-Substituto