

**Processo nº 44000.003925/2006-81**



**Auto de Infração Nº 60/06-28**

**Decisão-Notificação Nº 30/08-29**

**Recorrente: Fundação Assistencial e Previdenciária da Emater - FAPA**

**Recorrida: Secretaria de Previdência Complementar – SPC, sucedida pela  
PREVIC-Superintendência Nacional de Previdência Complementar**

**Relatora: Conselheira Lygia Avena**

## **1. RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário a esta Câmara, em face de Decisão-Notificação que, julgando procedente o auto de infração lavrado em 08.12.2006, condenou a entidade recorrente ao pagamento de multa pecuniária no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) por ter adquirido debêntures sem que tivessem sido observadas condições de rentabilidade, segurança, solvência e liquidez, o que teria infringido o art. 40, § 1º, da Lei 6.435/77 e o art. 1º da Resolução CMN nº 2.324/96.

Narra o auto de infração (fls. 03 e 04) que a recorrente:

- entre 10.09.1996 e 28.02.1997, subscreveu 57 (cinquenta e sete) debêntures do Condomínio Village S/A, no valor total de R\$ 647.747,01 (seiscentos e quarenta e sete mil setecentos e quarenta e sete reais e um centavo);
- entre 01.10.1996 e 31.03.2000, subscreveu 800 (oitocentas) debêntures do Porthal do Lago S/A, no valor total de R\$ 878.036,00 (oitocentos e setenta e oito mil e trinta e seis reais);
- entre 02.03.1999 a 05.01.2001, subscreveu 6.430 (seis mil quatrocentos e trinta) debêntures da Investmobile, no valor de R\$ 8.895.187,46 (oito

milhões oitocentos e noventa e cinco mil cento e oitenta e sete reais e quarenta e seis centavos); e

- em 18.03.1998, integralizou 70 (setenta) debêntures da Eco Hill S/A, ao valor de R\$ 791.210,70 (setecentos e noventa e um mil duzentos e dez reais e setenta centavos).

De acordo com a autoridade autuante, tais transações padeceriam dos seguintes problemas:

- foram efetuadas sem um estudo técnico que desse respaldo à decisão de investir;
- os investimentos se basearam nos estudos de viabilidade econômica dos responsáveis pelo empreendimento; e
- não há comprovação de aprovação formal aos investimentos pelo Conselho de Curadores da entidade.

Notificada (fl. 94), a recorrente apresentou defesa em 03.01.2007 (fls. 10 a 23), na qual alega, preliminarmente, a ocorrência de prescrição quinquenal de que trata o art. 31 do Decreto 4.942/03, eis que, da data da ocorrência dos fatos até a lavratura do auto de infração decorreram mais de cinco anos. No mérito, argumenta que a Resolução CMN 2324/96 não obriga a que as aplicações tenham que se submeter à prévia aprovação do Conselho de Curadores da entidade, e que as aquisições das debêntures atenderam todos os preceitos da legislação atinente à aplicação de recursos pelas entidades fechadas de previdência complementar, quais sejam:

- as empresas emissoras das debêntures eram companhias abertas devidamente registradas na CVM;
- todas as debêntures foram decorrentes de emissões públicas, registradas junto à CVM, conforme previsão do art, 8º, V, da Resolução CMN 2324;





- foram observadas regras de diversificação e limites estabelecidos pelo art. 5º da Resolução 2324;
- os títulos estavam registrados na CETIP, conforme art. 5º, I, da Resolução 2324.

Por meio do Despacho nº 12/2008/SPC/GAB/AG de 04.03.2008 (fls. 98), o Sr. Secretário de Previdência Complementar determinou a juntada aos autos da Notificação de Fiscalização nº 1.860/2001 e a intimação da entidade recorrente para se manifestar sobre a mesma.

A Notificação de Fiscalização encontra-se acostada às fls. 99 a 133.

Em 11.04.2008, a entidade se manifestou (fls. 136 a 140), reiterando os termos da defesa apresentada e alegando que a Notificação de Fiscalização constituía documento essencial e deveria estar nos autos quando da lavratura do auto de infração. Como isso não ocorreu, o auto padeceria de vício insanável, acarretando sua nulidade.

Em 06.05.2008 foi emitida a Análise Técnica nº 78/2008/SPC/GAB/AG (fls. 143 a 146), na qual foram afastadas as preliminares e julgado procedente o auto de infração, cominando a penalidade de multa de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais). O parecer foi acatado pelo Sr. Secretário de Previdência Complementar em 16.05.2008 (fls. 146), que emitiu a Decisão Notificação nº 30/08-29 (fls. 142).

Notificada, a recorrente apresentou, em 11.06.2008, recurso a este colegiado (fls. 150 a 168), no qual, em resumo, repisa os argumentos de defesa, propugnando pelo reconhecimento da prescrição e no mérito, pela improcedência da condenação.

É o relatório.



## 2. VOTO

### 2.1 ALEGAÇÃO DE NULIDADE QUANTO À INEXISTÊNCIA, NOS AUTOS, DA NOTIFICAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO Nº 1.860/2001 QUANDO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO

Primeiramente, cumpre enfrentar a alegação de nulidade do presente processo administrativo, realizada pela recorrente às fls. 136/140, por não ter sido juntado aos autos, quando da lavratura do Auto de Infração, a Notificação de Fiscalização 1.860/2001. Segundo a recorrente, a inexistência do referido documento teria acarretado um vício de origem que implicaria na nulidade absoluta do processo administrativo, cuja medida necessária seria o arquivamento do Auto de Infração por ausência de requisitos formais. Vejamos trechos da petição da recorrente de fls. 136 a 140:

*“O documento de fl. 98 é a prova inconteste de que o Auto de Infração era inconsistente, precário e padecendo de vício insanável”*

....

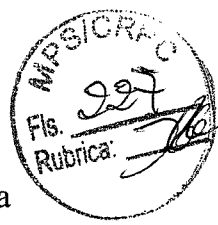
*Jamais, em hipótese alguma, poderia lavrar o Auto de Infração, sem a Notificação de Fiscalização.*

....

*Este vício de origem implica na nulidade absoluta do Auto de Infração, cuja medida única e legal, é o seu arquivamento por ausência de requisitos formais, no caso, documento indispensável para a sua lavratura.*

*Há que se registrar que o Auto de Infração foi lavrado no dia 08 de dezembro de 2006. Somente em março de 2008, foi detectada a inexistência do documento – Notificação de Fiscalização. A juntada deste aludido documento é manifestamente intempestiva e não sana o vício de origem. Não se trata de documento probatório ou mero documento que adiciona ou referenda o objeto da imputação ou defesa. Trata-se de documento, sem o qual torna impossível lavrar o Auto.”*

O documento de fl. 98, a que se referiu a recorrente no trecho acima citado, é o Despacho nº 12/2008/SPC/GAB/AG, de 4 de março de 2008, que, detectando a irregularidade apontada, determinou a juntada da referida Notificação de Fiscalização e concedeu vista à recorrente para sua manifestação.



Vale ressaltar, não obstante tenha ocorrido a ausência da mencionada Notificação de Fiscalização nos autos, quando da apresentação da defesa pela ora recorrente, o que teria tornado nulo o auto de infração segundo a mesma, com a juntada posterior do referido documento nos autos e a abertura de prazo para a sua manifestação, propiciou-se o contraditório, o que efetivamente foi exercido pela entidade recorrente.

Por tal razão, tendo sido oportunizada à recorrente o exercício do direito de defesa e considerando o contexto do caso concreto sob análise, ainda que em momento posterior, entendo prejudicada a preliminar suscitada, passando esta análise à preliminar subsequente.

## **2.2 PREJUDICAL DE MÉRITO: PRESCRIÇÃO QUINQUENAL**

**Ementa: “O processo administrativo sancionador no âmbito da previdência complementar fechada tem início com a lavratura do auto de infração ou da instauração do inquérito administrativo. Inteligência do artigo 66 da LC 109/01 e do artigo art. 2º do Decreto nº 4.942/03. Auto de Infração lavrado quando decorridos mais de cinco anos dos fatos apontados como irregulares. Prescrição quinquenal reconhecida.”**

O Conselho de Gestão da Previdência Complementar, sucedido atualmente por este Colegiado, em reunião ocorrida em 14.12.2009 proferiu decisão no Processo 44000.003491/2007-09 (entidade: Real Grandeza), publicada no D.O.U. em 23.12.2009, que assim foi ementada:

***“Auto de Infração lavrado quando decorridos mais de cinco anos dos fatos apontados como irregulares. Prescrição quinquenal reconhecida. Recurso de ofício improvido.”***

De fato, o art. 1º da Lei 9873/99, estabelece que:



*Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.*

De forma semelhante, o art. 31 do Decreto 4.942/03 estabelece o seguinte:

*“Art. 31. **Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Secretaria de Previdência Complementar**, no exercício do poder de polícia, objetivando aplicar penalidade e apurar infração à legislação em vigor, **contados da data da prática do ato** ou, no caso de infração permanente, do dia em que tiver ela cessado, **ou, no caso de infração continuada, do último ato praticado.**”*

Por seu turno, o art. 2º do Decreto nº 4.942/03 dispõe:

*“Art. 2º O processo administrativo tratado neste Decreto é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de pessoa física ou jurídica, por ação ou omissão, no exercício de suas atribuições ou competências, e **terá início com a lavratura do auto de infração ou a instauração do inquérito administrativo**”.*

Portanto, antes da lavratura do auto de infração não há processo administrativo, que é, conforme o citado art. 2º “o instrumento destinado a apurar responsabilidade de pessoa física ou jurídica, por ação ou omissão, no exercício de suas atribuições ou competências”.

Sendo assim, conclui-se que o processo administrativo é “o” único meio legítimo de apuração de responsabilidade previsto na legislação.

Tal entendimento decorre ainda do artigo 66 da Lei Complementar 109/2001, que estabelece o seguinte:

*“Art. 66. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo, na forma do regulamento, aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.”*



Logo, somente há uma forma de apuração das infrações à legislação regente das entidades fechadas de previdência complementar, qual seja o processo administrativo, nos termos do Decreto 4.942/03 (regulamento a que se refere o artigo 66), que expressamente prevê o seu início somente com a lavratura do auto de infração ou a instauração do inquérito administrativo.

Ademais, não se admite apurações de conduta à margem do contraditório e da ampla defesa, que somente podem ser exercidos quando o processo administrativo já estiver instaurado.

Não se pode desprezar também o fato de que somente haverá inércia do Estado passível de averiguação de prescrição se houver infração e esta somente é configurada com a lavratura do correspondente Auto de Infração, o que, nos termos já mencionados, tem o condão de iniciar o processo administrativo.

Dessa forma, se não há como o Estado exercer o seu poder punitivo fora do processo administrativo, também não há como ser interrompida a prescrição por ato senão no âmbito do processo administrativo.

Logo, as hipóteses de interrupção da prescrição previstas no artigo 33 do Decreto 4.942/03 (notificação do autuado, ato inequívoco de apuração do fato e decisão condenatória recorrível) somente devem ser consideradas para atos praticados após a lavratura do Auto de Infração. Se assim não for, a fiscalização poderia, de tempo em tempo, praticar qualquer ato que implicasse em buscar informações sobre o mesmo fato, de forma que, mesmo uma ou mais décadas depois da prática do ato, este ainda poderia ser objeto de um Auto de Infração.

Essa não foi a intenção do legislador, nos termos do art. 66 da LC 109/2001 e do art. 2º do Decreto 4.942/03, que consagram que as infrações são apuradas mediante processo administrativo.

Assim, o Decreto 4.942/2003, ao tratar do instituto da prescrição, buscou conferir segurança jurídica às situações constituídas em decorrência da prática de ato por dirigentes das entidades fechadas de previdência

13

complementar. Em outras palavras, haveria insegurança jurídica para os fiscalizados se não houvesse um limite de tempo para a fiscalização aplicar penalidades administrativas referentes a condutas praticadas no decorrer da gestão da Entidade e de seus Planos de Benefícios.



Diante dos fatos apurados, verifica-se que no processo em questão ocorreu a prescrição quinquenal prevista no art. 1º da Lei 9.873/99 e no art. 31 do Decreto 4.942/03.

O auto de infração é datado de 08.12.2006 e a notificação ocorreu em 14.12.2006 (fl. 94). A teor do art. 33, I do Decreto 4.942/2003 é a notificação, e não a lavratura do auto que possui o condão de interromper a prescrição.


Assim sendo, as eventuais infrações cometidas até 13.12.2001 estão fora do alcance da pretensão punitiva das autoridades de fiscalização da previdência complementar fechada, eis que já ocorreu a referida prescrição.

Da leitura do relatório do auto de infração (fls.03 a 05) verifica-se que a primeira operação inquinada pela Fundação ocorreu em 10.09.1996 e a última em 05.01.2001. Portanto, quando da notificação do autuado acerca da lavratura do auto de infração, já estava prescrita a punibilidade de todos os fatos nele descritos.

Pelo exposto, acolho a prejudicial de mérito relativa à prescrição quinquenal suscitada pela recorrente, extinguindo-se, por consequência, a punibilidade, nos termos do art. 34, II, do Decreto 4.942/03.

É como voto.

Brasília, 15 de julho de 2010.

  
Conselheira LYGIA AVENA





## Resultado de Julgamento

**Reunião e Data:** 3ª Reunião Extraordinária - 15 julho de 2010

**Relatora:** Lygia Avena

**Processo:** 44000.003925/2006-81

**Recorrente:** Fundação Assistencial e Previdenciária da EMATER - FAPA

**Entidade:** Fundação Assistencial e Previdenciária da EMATER - FAPA

**Auto de Infração nº:** 60/06-28

**Decisão Notificação nº:** 30/08-29

**Penalidade:** Multa pecuniária no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais)

**Voto da Relatora:** "... acolho a prejudicial de mérito relativa à prescrição quinquenal suscitada pela recorrente, extinguindo-se, por consequência, a punibilidade, nos termos do art. 34, II, do Decreto 4.942/03"

**Voto de Vista do Membro Antônio Braúlio de Carvalho:** "...no nosso entendimento, até para consolidarmos esse processo, esses atos inequívocos têm de servir como atos que possam contribuir para o efeito decisório e não simplesmente como efeitos protelativos." Acolhe a prescrição quinquenal."

Representantes	Votos
<b>MARTA DENISE MAIDANCHEN</b> (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto da Relatora
<b>HILTON DE ENZO MITSUNAGA</b> (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Afasta a preliminar de prescrição.
<b>MARIA BATISTA DA SILVA</b> (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Afasta a preliminar de prescrição.
<b>ALFREDO SULZBACHER WONDRAECK/ANA CAROLINA SQUADRI SANTANNA</b> (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Afasta a preliminar de prescrição.
<b>Paulo César dos Santos</b> (Presidente)	Acompanha o voto da Relatora

**Resultado:** Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar, conhece do recurso. Tendo em conta o empate na votação, dentre os membros presentes, que acolherem ou não acolheram a preliminar de prescrição quinquenal, prevaleceu o voto de qualidade do Sr. Presidente que foi no sentido de acolher a preliminar de prescrição quinquenal. Vencidos os votos dos Membros Hilton de Enzo, Maria Batista da Silva e Alfredo Sulzbacher Wondracek, que votaram no sentido de afastar a preliminar de prescrição.

Brasília, 15 de julho de 2010.

**PAULO CÉSAR DOS SANTOS**  
Presidente-Substituto