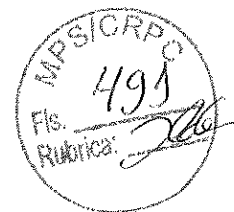


PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

PROCESSO nº 44000.001021/2007-01

Auto de Infração nº 50/07-55

Decisão-Notificação nº 93/08-49

EFPC Interessada: Instituto Infraero de Seguridade Social - INFRAPREV

Relatoria: Conselheiro Thiago Barros de Siqueira

RECURSO VOLUNTÁRIO

Recorrentes:

- *Roberto Della Piazza*
- *Mário Massao Murata*
- *Francisco Ribeiro Alberto Brick*

Recorrida: Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, sucessora da Secretaria de Previdência Complementar – SPC,

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelos Recorrentes em face da Decisão-Notificação nº 93/08-49 que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 50/07-55, de 27/03/2007, aplicando-lhes “a pena de multa pecuniária no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), agravada em 50%, nos termos da Análise Técnica nº 171/2008/SPC/GAB/AG, de 16 de outubro de 2008”. (fls. 176/177).

Em 27 de Março de 2007 foi lavrado o Auto de Infração nº 50/07-55 em decorrência de “aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas em modalidades não permitidas pelas normas vigentes” (fls. 01/06), em desacordo com a legislação então vigente (Artigo 40, § 1º da Lei nº 6.435, de 15/07/1977; e artigo 1º da Resolução CMN nº 2.324/1996; e artigo 1º do regulamento anexo à Resolução CMN 2.720/2000).

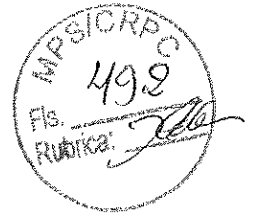
Em apertada síntese, resume o Auto de Infração que “as operações descritas do INFRAPREV com [os títulos] ELET 940316 [entre 11/01/2000 e 13/11/2000] foram realizadas sob preços superavaliados em detrimento da rentabilidade do patrimônio da entidade, impossibilitando um ganho em torno de R\$ 1.854.000,00 para o fundo de pensão quando se avaliam os negócios considerando como preço justo para o ativo, na respectiva data, a média CETIP (sem a participação dos negócios da entidade)” (fls. 05), o que desrespeitou a legislação vigente uma vez que não atenderam o requisito rentabilidade exigido pelo Conselho Monetário Nacional.

Devidamente intimados, os Autuados apresentaram Defesa conjunta tempestiva (fls. 93/136) alegando em síntese:

- *Que, dado a exigüidade do prazo para Defesa, teria ocorrido cerceamento de defesa, razão pela qual postulam a sua dilação;*
- *Que as 15 autuações que tiveram seriam conexas, razão pela qual postulam a sua unificação;*
- *Que as autuações distintas implicariam em violação ao princípio do “non bis in idem”;*
- *Que os preços praticados pela Entidade estavam dentro da normalidade do mercado;*



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

- *Que a Entidade não poderia ter sido autuada em função do que determina o § 2º do art. 22 do Decreto nº 4942/2003; e*
- *Que estava presente a atenuante prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 23 do Decreto nº 4.942/2003, qual seja, de inexistência de prejuízo à Entidade.*

Após o devido procedimento legal foi proferida a Decisão-Notificação nº 93/08-49, que julgou procedente o Auto de Infração em relação aos Autuados, aplicando-lhes a pena de multa pecuniária no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), agravada de 50%, nos termos da Análise Técnica nº 171/2008/SPC/GAB/AG, de 14 de novembro de 2008 (fls. 154/155).

De conseguinte, os autuados interpuseram Recurso Voluntário tempestivo (fls. 160/291 e 292/438) reiterando essencialmente os argumentos já lançados em suas Defesas.

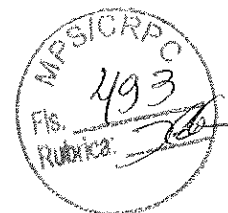
Os autos foram recebidos no Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC para a devida análise dos Recursos Voluntários em 19 de dezembro de 2008. Tendo em vista o que determina o artigo 55 do Decreto nº 7123, de 03 de Março de 2010, em 06/05/2010, 1ª Sessão Ordinária desta Corte Administrativa, os autos me foram distribuídos para relatoria e julgamento.

Em tempo, acuso o recebimento de Memoriais.

É o relatório.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

EMENTA: AQUISIÇÃO DE ATIVOS PELO MAIOR PREÇO UNITÁRIO PRATICADO NO MERCADO. INEXISTÊNCIA DE ESTUDO TÉCNICO OU JUSTIFICATIVA À FORMA DE PRECIFICAÇÃO ADOTADA. INOBSERVÂNCIA AO REQUISITO DE RENTABILIDADE DOS INVESTIMENTOS. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO CARACTERIZADA. RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO PROVIDO.

II – FUNDAMENTAÇÃO

III. DO NÃO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES PRELIMINARES

Preliminarmente, verifico que em sede de Recurso os autuados defendem a incidência da prescrição da pretensão punitiva estatal aos fatos narrados no Auto de Infração, alegação esta que entendo deve ser afastada de plano, especialmente após a análise da cronologia dos fatos desses autos que demonstram inequivocamente o respeito a todos os prazos prescricionais previstos na legislação.

Uma vez iniciada a contagem do prazo prescricional em 13/11/2000, com a última aquisição de título ELET 940316, tem-se que o mesmo foi interrompido:

(i) em 02/04/2002, por meio da ciência pela Entidade da Notificação de Fiscalização nº 65/2002;e

(ii) em 27/03/2007, com a lavratura do Auto de Infração nº 50/07-55, do qual foram notificados os autuados em 30/03/2007.

Nesse sentido, diante dos fatos verificados, a prescrição quinquenal ocorreria somente em 02 de abril de 2007 (cinco anos a partir da lavratura da Notificação de Fiscalização nº 65/2002, de 02 de abril de 2002). Contudo, observo que o Auto de Infração foi lavrado em 27 de março de 2007, antes, portanto, da ocorrência da prescrição quinquenal.

Igualmente não merece guarida a alegação de incidência da prescrição intercorrente uma vez que os autos não ficaram por tempo igual ou superior a três anos aguardando despacho ou julgamento (§ 1º do artigo 1º da Lei nº 9.873/99), razão pela qual deve ser integralmente afastada a alegação preliminar de incidência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

No que tange à alegação de cerceamento de defesa, entendo que deve a mesma ser afastada uma vez que o prazo para a apresentação da Defesa decorre de previsão legal, estando a ele vinculada de forma inafastável a Administração Pública, sem margem para a pretendida dilação. Ademais, o bom nível técnico da Defesa apresentada e especialmente dos Recursos interpostos indicam que foi devidamente respeitado o corolário constitucional da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, Constituição Federal de 1.988).

Quanto a postulação de unificação das autuações decorrentes da Notificação de Fiscalização nº 65/2002, de 02/04/2002, tal pedido não pode ser atendido ante a inexistência de dispositivo legal regulamentando tal possibilidade, não cabendo à Administração inovar em desrespeito ao devido processo legal estipulado pela Lei 9.784, de 29/01/1999 e pelos Decretos nº 4.942/2003 e 7123/2010.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Com relação à suscitada alegação de que a análise em separado das distintas autuações decorrentes da Notificação de Fiscalização nº 65/2002 implicaria em violação ao princípio do “*non bis in idem*”, observo que tal argumento também não se sustenta.

Quanto à definição do princípio em comento, leciona Rafael Munhoz de Mello que:

“O princípio do ‘non bis in idem’ impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira. É dizer, uma vez imposta a sanção administrativa, esgota-se a competência punitiva atribuída à Administração Pública, não sendo lícita a imposição de nova sanção pelo mesmo fato.”
(Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 210) (destacamos)

Nesse sentido, tem-se que o princípio do *non bis in idem*, enquanto pressuposto axiológico, veicula a garantia de que o cidadão não poderá sofrer mais de uma sanção em decorrência de uma mesma infração cometida.

No caso dos autuados, constata a Análise Técnica 166/2008/SPC/GAB/AG que:

“Cada um dos 15 (quinze) AI possui características específicas, com datas de inversões diferentes, valores diferentes, recursos aplicados diferentes, estratégias de investimento diferentes, em suma, tratam-se de fatos distintos e que, portanto, constituem infrações distintas.” (fls. 146)

Apesar de se tratarem de infrações semelhantes, o fato é que cada uma das operações autuadas, incluindo as objeto dos presentes autos, é diferente das demais, não sendo possível sequer considerá-las como infração continuada, razão pela qual se mostra irreparável a conduta da Secretaria de Previdência Complementar ao ter autuado em separado tantas quantas foram as infrações supostamente cometidas.

Nesse diapasão é clara a letra do parágrafo único do artigo 3º, do Decreto nº 4.942/2003, nos seguintes termos: “*Em uma mesma atividade de fiscalização, serão lavrados tantos autos de infração quantas forem as infrações cometidas*”.

Assim, por se tratarem de fatos distintos e, conseqüentemente, infrações distintas, não há que se sustentar que o julgamento em separado de cada uma das infrações apuradas pela Notificação de Fiscalização nº 65/2002 implicaria em violação ao princípio do “*non bis in idem*”.

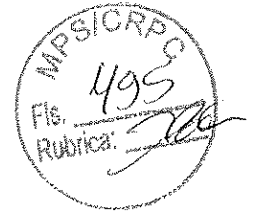
É igualmente improcedente a alegação de nulidade da autuação em decorrência do não cumprimento do dispositivo previsto no § 2º do artigo 22 do Decreto nº 4.942/2003, nos seguintes termos: “*Desde que não tenha havido prejuízo à entidade, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante e não se verifique circunstância agravante prevista no inciso II do art. 23, se o infrator corrigir a irregularidade cometida no prazo fixado pela Secretaria de Previdência Complementar, não será lavrado o auto de infração*”.

Isso porque no presente caso concreto foi apurado um prejuízo da ordem de R\$1.854.000,00, tendo em vista a justificativa de precificação **adotada exemplificativamente** pela Secretaria de Previdência Complementar (média CETIP).

Nesse sentido, a Análise Técnica nº 171/2008/SPC/GAB/AG, de 16/10/2008 foi precisa:



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

“Não assiste razão aos autuados, pois a aplicabilidade do dispositivo somente se justifica ante a ausência de prejuízo, fato que não ocorreu. Pelo contrário, como se verificará a seguir, as operações descritas no AI foram realizadas sob preços superavaliados em detrimento da rentabilidade do patrimônio da entidade.”(fls. 147)

Ademais, conforme já me manifestei em longo voto proferido nos autos dos processos nº 44000.003319/2007-47, da sessão de 27/07/2010, e 44000.001136/2007-97, da sessão de 18/08/2010, entendo que a determinação do artigo retro não pode ser aplicada às infrações que impliquem em violação às diretrizes de investimentos estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional - CMN. Percebe-se que tais infrações se caracterizam como sendo de perigo abstrato, se configurando com a mera aplicação dos recursos da Entidade fora dos limites e princípios traçados pelo CMN, independentemente de prejuízo financeiro (que nesse caso foi devidamente comprovado), não sendo, assim, passíveis de correção conforme determina o dispositivo.

Por fim, os Recursos interpostos devem ser admitidos independentemente de depósito recursal diante do que determina a atual Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 21, de 29/10/2009, que declarou ser *inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para a sua admissibilidade*, entendimento este que passou a vincular a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, na forma em que previsto pelo *caput* do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988.

Portanto, uma vez afastadas as preliminares suscitadas não verifico qualquer nulidade a macular o Auto de Infração que inaugura estes autos, razão pela qual passo ao exame do seu mérito.

II.II. DA PROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO

Em apertada síntese, a questão dos presentes autos gravita em torno de 03 (três) operações de aquisição de títulos ELET 940316 realizadas entre 11/01/2000 e 13/11/2000, as quais, realizadas todas por valores acima dos preços-correntes adotados no mercado (CETIP), teriam gerado um prejuízo da ordem de R\$ 1.854.000,00, considerando os preços unitários médios registrados no CETIP sem a participação da entidade.

O prejuízo apurado não se revela como natural consequência do exercício da atividade financeira (risco da aplicação), já que, considerando a adoção do preço médio praticado pelo mercado em datas anteriores e em datas posteriores o prejuízo se manteria, conforme análise da Secretaria de Previdência Complementar:

“Com efeito, a adoção do preço médio praticado pelo mercado em data imediatamente anterior às negociações da entidade (28/12/1999, 21/09/2000 e 8/11/2000) produz uma diferença/prejuízo de R\$2,356 milhões.

De outro lado, utilizando-se os preços médios do dia imediatamente posterior (19/01/2000, 6/10/2000 e 17/11/2000) obteve-se uma diferença/prejuízo de R\$ 2,434 milhões.”(fls. 149)



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Apesar da utilização pela Secretaria de Previdência Complementar do sistema CETIP como referencial para a precificação dos títulos adquiridos, a sua utilização não era obrigatória para a Entidade. Ainda que não exista obrigação legal de observância dos valores divulgados pelo sistema CETIP, fato é que *“os atuados deveriam ter se valido destes ou qualquer outro mecanismo seguro para obtenção de preços de referência para realização das transações com maior segurança e rentabilidade”* (fls. 150 – destaques no original).

Os atuados não exerceram com o devido zelo suas atividades de membros do “Comitê de Aplicações” ao terem deliberado a aquisição de títulos ELET 940316 sem o amparo em estudo técnico ou justificativa para a sua respectiva precificação, conduta esta que implicou em prejuízo financeiro aos recursos da entidade.

Nessa esteira, correta a Análise Técnica nº 171/2008/SPC/GAB/AG ao assentar que:

“... um dos princípios que deve nortear a ação dos gestores das entidades fechadas de previdência complementar é o princípio do homem prudente, qual seja, o administrador de bens de terceiro deverá empregar na condução da sua gestão a mesma prudência que empregaria na gestão dos seus negócios próprios.

(...)

Aos atuados competia, ao menos, ter adotado um comportamento diligente, realizando operações em consonância com as diretrizes do CMN, velando pela rentabilidade das aplicações referentes a recursos de terceiros sob sua administração, atuando segundo as boas práticas de gestão, em especial aquelas que dizem respeito à avaliação dos valores de aquisição de ativos.”(fls. 150/151 – destaques do original)

Assim, diferente situação seria se os atuados tivessem justificado a precificação dos ativos em estudo técnico ou mecanismo idôneo como o sistema CETIP, oportunidade na qual, persistindo o prejuízo, não poderiam os mesmos ser responsabilizados.

Nesse sentido, destaco as palavras do ilustre Conselheiro Luiz Gonzaga Marinho Brandão, quando do julgamento do processo nº 44000.002794/2005-34, em 16 de junho de 2010:

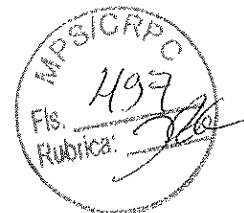
“Ressalto que, em coerência com outros votos já proferidos no antigo CGPC, venho reafirmando que entendo não haver qualquer regra vigente que sugira a aplicação de penalidades aos administradores exclusivamente em virtude de eventuais perdas na aplicação de recursos das EFPC, justamente por serem estes diversificadamente aplicados, a fim de que eventuais perdas em certas aplicações possam ser, com maior probabilidade, compensadas por ganhos em outras. A responsabilidade desses administradores é uma responsabilidade de meio e não de fim. É essencial, no entanto, que a observância dos procedimentos previstos para a tomada das diferentes decisões deva se pautar pelo espírito que orientou sua elaboração e não apenas pela atenção a seus aspectos meramente formais.” (destacamos)

Assim, resta evidente a infração à legislação perpetrada pelos atuados ao terem deliberado a aquisição, entre 11/01/2000 e 13/11/2000, de títulos ELET 940316 pelos maiores preços praticados no mercado, gerando um prejuízo da ordem de R\$ 1.854.000,00.

Com relação à responsabilidade dos atuados, verifico às fls. 88/90 que, enquanto membros do “Comitê de Aplicações”, conforme as ATAs nº 003/00, 133/00 e 157/00, foram eles que deliberaram e autorizaram as aquisições dos títulos, restando comprovada a responsabilidade pela infração.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Por fim, no que tange à sanção aplicada aos Recorrentes (*multa pecuniária no valor de R\$6.500,00, agravada em 50%*), percebe-se que a sua dosimetria foi proporcionalmente vinculada aos fatos narrados nos autos e à sua gravidade, não sendo passível de reforma nessa oportunidade.

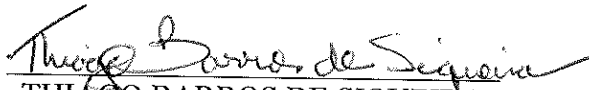
Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, entendo que deve ser mantida a sanção aplicada aos Recorrentes pela Secretaria de Previdência Complementar por intermédio da Decisão Notificação nº 93/08-49, qual seja, pena de multa pecuniária no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), agravada em 50%, para cada um dos Recorrentes, nos termos da Análise Técnica nº 171/2008/SPC/GAB/AG, de 16 de outubro de 2008. (fls. 154/155).

III – DECISÃO

Ante todo o exposto, conheço dos Recursos Voluntários interposto pelos autuados *Roberto Della Piazza, Mário Massao Murata e Francisco Ribeiro Alberto Brick*, e no mérito nego-lhes provimento, devendo ser mantida integralmente a Decisão do Sr. Secretário de Previdência Complementar, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Brasília, 24 de Agosto de 2010


THIAGO BARROS DE SIQUEIRA
Conselheiro Suplente
Representante do Serviço Público Federal