

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

PROCESSO Nº: 44000.001730/2009-40

ENTIDADE: FUNDAÇÃO ASSISTENCIAL PREVIDENCIÁRIA DA EMATER - FAPA

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 08/09-51

DECISÃO Nº: 10/2011/DICOL/PREVIC

RECORRENTES: Hélio de Almeida Machado e outros

RECORRIDO: Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC

RELATORA: Rosimery Brandão Barbosa

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da deliberação da Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, conforme Decisão nº 10/2011/DICOL/PREVIC, de 05.04.2011, que julgou por unanimidade a procedência do Auto de Infração nº 08/09-51, de 03/06/2009.

2. O auto de infração foi lavrado contra integrantes da Diretoria Executiva e do Conselho Deliberativo da entidade fechada de previdência complementar - EFPC, aos quais foi imputada a responsabilidade pela infração descrita às fl. 2 do auto de infração 08/09-51: *“descumprir cláusula do estatuto da entidade fechada de previdência complementar ou do regulamento do plano de benefícios, ou adotar cláusula do estatuto ou do regulamento sem submetê-la à prévia e expressa aprovação da Secretaria de Previdência Complementar”*. A infração tem como fundamento legal o inciso I do art. 33 e o art. 17 da Lei Complementar 109, de 29/05/2001 c/c art. 90 do Decreto nº 4.942, de 30/12/2003.

3. De acordo com o relatório do auto de infração, os fatos foram assim relatados (fl. 5 e 6), em síntese:

O plano de benefícios administrado pela entidade se caracteriza pelo fato de os benefícios programados serem calculados atuarialmente, no momento da concessão, com base na Reserva Matemática acumulada pelo participante até aquela data, existindo a garantia regulamentar de sua correção anual pela variação do INPC. As quotas, a princípio deveriam ser corrigidas pela rentabilidade obtida pela entidade na administração do patrimônio (IIR – Taxa Interna de Retorno).

No caso em questão, o art. 71 do regulamento do Plano Misto, vigente à época dos fatos, determina critérios específicos para a correção do valor da cota, que não foram observados pela EFPC. De acordo com a fiscalização verificou-se inobservância ao regulamento em 4 (quatro) situações, a saber:

Primeira inobservância do regulamento

Em fiscalização realizada na EFPC FAPA em 2005, foi constatado que os critérios utilizados para a correção das cotas das Reservas Matemáticas dos Benefícios a Conceder – Contribuição Definida, não estavam de acordo com o estipulado em regulamento.

No entanto, a EFPC realizou a recomposição do valor da cota em 08/2005, após o encerramento da ação fiscal.

Nos procedimentos adotados pela entidade em 08/2005, verificou-se que a cota foi corrigida de acordo com a variação da TIR de janeiro de 2000 até julho de 2005.

Segunda inobservância do regulamento

Em nova ação fiscal iniciada em 04/2007 a fiscalização concluiu que, após a recomposição do valor da cota em 08/2005, a FAPA voltou a adotar critérios distintos do especificado no regulamento do plano de benefícios para a correção da cota.

Apesar da previsão regulamentar e da decisão do Conselho Deliberativo, tomada na 20ª Reunião Ordinária, a Diretoria da FAPA, após a recomposição do valor da cota em 08/2005, passou a corrigir mensalmente o valor da cota limitando-o à variação da meta atuarial (INPC + 6% a.a) enquanto que o regulamento previa como limite o INPC + 0,57% a.m ou 7,05 % a.a.

Terceira inobservância do regulamento

Em 12/2007 verificou-se nova inobservância ao regulamento, quando o Fundo de Oscilação de Rentabilidade Financeira - FORF alcançou o valor de R\$ 16.798 mil (16,8% das Reservas Matemáticas dos benefícios a conceder) e ocorreu o repasse à cota do valor de R\$ 11.654 mil (rentabilidade do mês mais 15,4%) e em 01/2008 outros R\$ 4.046 mil (rentabilidade do mês mais 4,52%). Os procedimentos descritos foram adotados sem a existência de estudo técnico-atuarial e sem a adoção de critérios uniformes e não discriminatórios.

Quarta inobservância do regulamento

A partir de 02/2008, por deliberação interna, a cota passou a ser corrigida pela rentabilidade do patrimônio, tendo o Fundo permanecido em 07/2008 com um saldo de R\$ 858.000,00 (oitocentos e cinquenta e oito mil).

Não aplicabilidade do § 2º do art. 22 do Decreto 4.942/2003.

Não foram cumpridas as determinações contidas no Relatório de Fiscalização 12/2007, encaminhado por meio do Ofício nº 138/SPC/DEFIS/CGFD/ERRS, DE 26.11.2008.

Não houve a correção do erro.



Também foi identificado que, no período anterior a 2005, o procedimento adotado pela Entidade foi intencional, com o objetivo de impedir o surgimento de déficits atuariais, conforme deliberação contida na ATA 013 da reunião ordinária do Conselho Deliberativo ocorrida em 05/05/2004 (fl. 07).

A fiscalização identifica os componentes da diretoria executiva e os componentes do Conselho Deliberativo como responsáveis pela infração.

4. Regularmente notificados, os autuados apresentaram, tempestivamente, defesa conjunta e documentos (fls. 52/58), alegando em síntese que:

a entidade não corrigiu a cota nos estritos termos previstos em regulamento, entretanto, este fato não permite a conclusão de que o Regulamento foi literalmente descumprido e que esta deliberação tenha causado prejuízo ao participante.

a entidade passava por riscos reais de retirada de patrocínio, reflexo direto da autarquização de sua patrocinadora (EMATER), e da imprescindível necessidade de mudança de tabela;

neste quadro delicado, de incerteza e apreensão dos participantes, o Conselho Deliberativo buscou adotar uma fórmula, (corrigir a cota pela meta atuarial), para garantir os ajustes indispensáveis ao plano, repassando o excedente para o Fundo de Oscilação de Rentabilidade Financeira, evitando o risco real de uma retirada de patrocínio;

a não distribuição no ano de 2006, decorre do fato de que o valor era insuficiente (R\$ 5.385.031,24, posicionado em 30/06/2006), na data-base da avaliação atuarial anual.

houve estudo atuarial, mesmo porque impossível mudança de tabela, sem estudo atuarial que vem a ser o meio indispensável para identificar os valores.

5. Foram apresentadas alegações finais (fls.89/102), reiterando os fundamentos apresentados na peça de defesa.

6. Instruído o processo e estando o mesmo apto para julgamento, foi proferida a Decisão nº 10/2011/DICOL/PREVIC, de 05 de abril de 2011 (fls.119/120), pelos membros do colegiado, que por unanimidade decidiram **JULGAR PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 08/09-51, de 03/06/2009.

7. Inconformados com a Decisão nº 10/2011/DICOL/PREVIC os autuados apresentaram tempestivamente recurso conjunto, no qual constam as seguintes alegações, em síntese:

PRELIMINAR

- sustentam que o § 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003, é aplicável ao caso, uma vez que não houve prejuízo à entidade, ao plano de benefícios ou ao participante, e muito menos desrespeito ao determinado pelo órgão fiscalizador, o qual concluiu que houve a reincidência;



- que não houve reincidência, pois, as infrações relatadas na ação fiscal realizada em 2005 e as observadas na ação fiscal realizada em 2007 são distintas e não acarretaram nenhum prejuízo ao plano;
- que todas as aposentadorias concedidas no aludido período tiveram suas cotas recompostas quando da concessão do benefício, não havendo prejuízo a nenhum participante.
- que houve o estudo técnico-atuarial de mudança das tábuas biométricas e que serviu de base para as decisões do Conselho;
- que todos os equívocos foram corrigidos, assim como foram tomadas medidas de prevenção, inclusive se procedeu à alteração do Regulamento do Plano de Benefícios extinguindo-se a Provisão de Oscilação de Rentabilidade Financeira.
- que não houve concessão de prazo para a regularização, devendo ser reconhecida a nulidade do auto;

MÉRITO

Com relação às inobservâncias do regulamento no tocante aos juros aplicados na correção das cotas, a defesa apresenta as seguintes razões:

- 1) que não houve determinação expressa da SPC em aplicar-se a taxa contida no Regulamento do Plano, não havendo desobediência a uma determinação;
- 2) que a aplicação de juros de 0,50% a.m nos cálculos da recomposição da cota foi fundamentada pelas seguintes análises jurídicas:

existem legislações que dispõem sobre tal percentual e, juridicamente a legislação tem mais força legal do que o Regulamento do Plano da Entidade;

o Conselho Deliberativo em consultas verbais a várias assessorias jurídicas entendeu que deveria aplicar o que se encontrava em dispositivo legal, que previa 6% a.a, por ter certeza que estaria cumprindo a legislação maior;

em pesquisa interna na entidade não foram encontrados os motivos que levaram à inserção do percentual de juros de 0,57%, a.m o que proporciona uma correção de 7,05 % a.a, em confronto com a legislação. Houve a dedução que ocorreu um erro de digitação não percebido pela entidade ou pela SPC quando da aprovação do Regulamento do Plano;

3) afirma que houve um equívoco de interpretação no Relatório Final que embasou a decisão da Dicol, quando se afirmou que os autuados reconheceram expressamente que a forma de correção da cota não atendia os estritos termos previstos no Regulamento. O que a entidade aduziu em sua defesa é que não houve a distribuição do valor acumulado no FORF no ano de 2006, tendo ocorrido em 2007.

8. Após o recebimento do recurso os autos foram encaminhados a esta Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC e foram a mim distribuídos para relatoria e julgamento.

Informo que foram recebidos os memoriais apresentados pela defesa.



DILIGÊNCIA

9. Após análise, os autos foram baixados em diligência para os esclarecimentos abaixo solicitados e juntada de documentos, conforme despacho de fl. 214:

Foi solicitado à fiscalização apresentar:

- Regulamento do Plano de Benefícios, objeto da autuação;
- Ofício nº 138/SPC/DEFIS/CGFD/CFD/ESRS;
- Relatório de fiscalização (item objeto da autuação) e outros elementos que comprovem o descumprimento do regulamento, bem como as determinações efetuadas pela fiscalização e o prazo concedido para cumprimento.

Informar se houve determinação para cumprimento do regulamento no relatório de fiscalização em 2005. Caso positivo, juntar os documentos comprobatórios.

10. Em cumprimento à diligência solicitada a fiscalização informou que as conclusões objeto da fiscalização realizada em 2005 foram encaminhadas por meio do Ofício nº 108/2006/SPC/DEFIS/CGFD e que a fiscalização somente pediu esclarecimentos, sem apresentar determinações. Foram anexados os seguintes documentos: Regulamento vigente no ano de 2007, fornecido pela entidade durante a ação fiscal, cópia do Ofício nº 138/SPC/DEFIS/CGFD/CFD/ESRS e cópia dos trechos dos Relatórios de Fiscalização de 2007 e 2008 que tratam da questão da correção da cota.

Transcorrido o prazo de vista sem manifestação dos interessados, os autos retornaram para julgamento.

É o relatório.

Brasília, 20 de fevereiro de 2013.


Rosimery Brandão Barbosa
Conselheira
Representante do Serviço Público Federal



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

PROCESSO Nº: 44000.001730/2009-40

ENTIDADE: FUNDAÇÃO ASSISTENCIAL PREVIDENCIÁRIA DA EMATER - FAPA

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 08/09-51

DECISÃO Nº: 10/2011/DICOL/PREVIC

RECORRENTES: Hélio de Almeida Machado e outros

RECORRIDO: Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC

RELATORA: Rosimery Brandão Barbosa

VOTO

RECURSO VOLUNTÁRIO

1. Conforme consta do Relatório, o auto de infração foi lavrado contra integrantes da Diretoria Executiva e do Conselho Deliberativo da Fundação Assistencial Previdenciária da EMATER - FAPA, aos quais foi imputada a responsabilidade pela seguinte infração: “descumprir cláusula do estatuto da entidade fechada de previdência complementar ou do regulamento do plano de benefícios, ou adotar cláusula do estatuto ou do regulamento sem submetê-la à prévia e expressa aprovação da Secretaria de Previdência Complementar”. A infração tem como fundamento legal o inciso I do art. 33 e o art. 17 da Lei Complementar 109, de 29/05/2001 c/c art. 90 do Decreto nº 4.942, de 30/12/2003.

2. Para melhor compreensão e análise dos fatos faz-se necessária a transcrição do art. 71 do Regulamento do Plano Misto, vigente à época dos fatos, o qual determina critérios específicos para a correção do valor da cota, que segundo a fiscalização não foram observados pela Entidade:

Art. 71 – Para o cálculo dos Benefícios previstos neste Regulamento, serão mantidas Contas Individuais para cada Participante, exceto Assistido, onde serão creditadas todas as contribuições efetuadas em seu nome, convertidas em quotas e registradas em rubricas separadas conforme a sua procedência.

(...)

§3º. A apuração do valor da quota se dará mensalmente com base na rentabilidade do patrimônio calculada conforme definido em Nota Técnica Contábil limitado ao índice mensal máximo correspondente à variação do



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

INPC-IBGE, acrescido de juros reais de 0,57% (zero vírgula cinquenta e sete por cento) ao mês.

§4º. O excedente de rentabilidade, apurado conforme disposto no §3º. deste artigo, não repassado às quotas, será destinado para constituir uma provisão de oscilação de rentabilidade financeira, integrante do Fundo Previdencial, com o objetivo de, em caso de necessidade, aproximar a rentabilidade obtida ao limite apresentado no referido parágrafo.

§ 5º. Anualmente, ou em menor período, será realizado um estudo técnico-atuarial, a ser aprovado pelo Conselho Deliberativo, destinado a distribuir, total ou parcialmente, entre as Contas Individuais dos Participantes deste Plano, os recursos que, após a adoção do disposto no 3º deste artigo, permanecerem acumulados no Fundo Previdencial, adotando-se critérios uniformes e não discriminatórios, garantindo também que esta distribuição abrangerá os participantes que vierem a entrar em gozo de benefício no período envolvido pelo estudo supra citado.

§ 6º. Na data de concessão do Benefício, o saldo total da Conta Individual do Participante será transferido para a conta coletiva específica.

(...)

3. De acordo com o dispositivo acima transcrito, o Regulamento determina que as contribuições vertidas pelos participantes e patrocinadores são convertidas imediatamente em cotas e mantidas em contas individuais. Estes valores devem ser atualizados mensalmente de acordo com a variação do patrimônio, mas respeitando um teto máximo de repasse mensal que é igual ao valor do INPC acrescido de 0,57% (o que equivale a 7,0585% a.a). Caso a rentabilidade do patrimônio exceda este teto, o total não repassado às cotas deve ir para o Fundo Previdencial, constituindo uma provisão de oscilação de rentabilidade financeira com a nítida função de amenizar possíveis alterações bruscas nos valores das cotas. Além disso, deverá ser realizado um estudo técnico-atuarial, anualmente ou em menor período para distribuição total ou parcial entre as contas individuais dos valores constantes no Fundo Previdencial.

4. Embora o Regulamento do plano de benefícios tenha previsto um mecanismo que assegurasse a rentabilidade das cotas e a garantia de recursos para o pagamento dos benefícios contratados, este mecanismo foi constantemente desconsiderado pela entidade.

5. Pela análise dos fatos apontados nos autos ficou demonstrado que a entidade adotou critérios distintos dos especificados no regulamento do plano de benefícios para a correção da cota no período de 09/2005 a 11/2007, além disso, permaneceu de 08/2005 a 06/2007, sem realizar a recomposição dos valores das cotas, procedimento que segundo a disposição regulamentar deveria ser no mínimo anual.

6. A fiscalização acompanhou o descumprimento reiterado do Regulamento no período de 2005 a 2008 por meio de três fiscalizações que culminaram com a emissão do presente auto de infração. Vejamos em breve síntese os fatos narrados nos autos:

6.1 Em fiscalização realizada na FAPA em 2005, foi constatado que os critérios utilizados para a correção das cotas das Reservas Matemáticas dos Benefícios a

Conceder – Contribuição Definida, não estavam de acordo com o estipulado em regulamento. As quotas não estavam sendo corrigidas mensalmente nem foi criado o Fundo previsto no § 4º, do art. 71 do Regulamento. Em 08/2005, após o encerramento da ação fiscal, verificou-se que embora a cota tenha sido corrigida de acordo com a variação da TIR de janeiro de 2000 até julho de 2005, a entidade não apresentou qualquer estudo técnico-atuarial que embasasse tal procedimento, em flagrante desrespeito ao regulamento.

O procedimento de correção das cotas foi aprovado pelo Conselho Deliberativo, conforme Ata 20 da Reunião Ordinária do Conselho Deliberativo, em 19 e 20 de julho de 2005, conforme trecho transcrito pela fiscalização à fl. 244: *“as Reservas matemáticas dos benefícios a conceder deverão ser corrigidas pela TIR desde janeiro de 2000 até julho de 2005 e também serão corrigidos os benefícios concedidos cujo valor de concessão tenha sido menor do que os valores recalculados pela TIR e a partir de julho as quotas serão corrigidas aplicando-se o estabelecido no regulamento.”*

Após o encerramento da Ação Fiscal realizada em 2005, foram encaminhados os Ofícios 107/108 e 109/SPC/DEFIS/CGFD, de 17 de janeiro de 2006, solicitando cópia do estudo atuarial que fundamentou o procedimento de recomposição das cotas ocorrido em 08/2005, com a quantificação da recomposição das reservas dos benefícios a conceder e dos benefícios concedidos e as providências tomadas.

De acordo com o RF 12/2007, em resposta ao Ofício 108/2006/SPC/DEFIS/CGFD (fl. 245), a entidade informou que no momento da realização da Auditoria de Benefícios do Plano Misto, cujo relatório final foi emitido em julho de 2004, a Atuas – Atuários Associados S/C Ltda recomendou que o procedimento de cálculo da fosse *“apreciado internamente, bem como submetido ao Consultor Jurídico da Entidade e que concluindo-se pela sua manutenção, que o texto do Regulamento seja alterado de forma a contemplar o procedimento que vem sendo adotado.”* Segundo a Entidade, tal recomendação ocorreu em função de divergências quanto à forma de cálculo de apuração da cota em relação ao que determina o Regulamento.(grifamos)

6.2. Em 04/2007 foi iniciada nova fiscalização onde se constatou que, após a recomposição do valor da cota em 08/2005, a FAPA voltou a adotar critérios distintos do especificado no regulamento do plano de benefícios para a correção da cota.

No relatório 12/2007 (fl. 243) a fiscalização relata que grande parte da defasagem da cota em relação à TIR ocorreu entre setembro de 2003 e agosto de 2004, com uma subvalorização da cota, o que implicava prejuízo aos participantes ativos. Como o Fundo de Oscilação de Rentabilidade Financeira, em agosto de 2003, não possuía o excedente de rentabilidade não repassada à cota, contabilmente este valor ficou registrado como resultado, fazendo com que o plano saísse de uma situação Deficitária em agosto de 2003 (R\$ 3.871 mil) para uma situação de Superávit em dezembro de 2003 (R\$ 436 mil).

De acordo com a fiscalização, os membros da Entidade tinham consciência de que o Superávit apresentado era consequência do não repasse da rentabilidade às cotas. Na ata da Reunião Ordinária do Conselho Deliberativo, ocorrida em 5 de maio de 2004, fica claro que o procedimento foi intencionalmente adotado e era do conhecimento não só da diretoria executiva, como também do conselho deliberativo



e da coordenadoria de investimentos. A seguir transcreve trecho da ATA 013 RO/CD2002/2006: *"....Entre os destaques do que foi apresentado o Superávit acumulado no exercício de 2004.... Informou o Sr. Boris que este superávit, no entanto é reflexo da decisão da Diretoria em não repassar o total da meta para a cota evitando assim o fechamento dos meses de março e abril com déficit. Informaram os Diretores que estão seguindo a política aprovada pelo Conselho de não apresentar cotas negativas, mantendo superávits que permitam manter a mesma cota ou aumentá-la quando a rentabilidade tornar possível, de forma segura."*

A fiscalização entendeu que embora em agosto de 2005 a Entidade tenha recomposto o valor da cota e atualizado os benefícios que haviam sido concedidos a menor, não houve a reposição dos valores dos benefícios pagos a menor até julho de 2005. Além disso, a entidade voltou a adotar critérios distintos do especificado no regulamento para correção da cota e permaneceu de agosto de 2005 a junho de 2007 sem realizar a recomposição no mínimo anual dos valores das cotas, conforme previsto no regulamento. Assim, determinou a correção da falta conforme item 3.10.4 do RF 12/2007, oportunidade em que a entidade foi advertida de que poderia ser autuada pelo descumprimento de cláusula do regulamento do plano de benefícios (fl. 245 e 246).

6.3. Em agosto de 2008 iniciou-se nova fiscalização, onde foi constatado que houve em dezembro de 2007 e janeiro de 2008 uma reversão de R\$ 11.096 mil do Fundo de Oscilação para as cotas individuais. De acordo com o Relatório Fiscal no ano de 2004 a FAPA reconheceu a não aderência de suas tábuas biométricas sendo que a troca foi postergada até o final de 2007, quando utilizou o fundo para adequação das tábuas. Ao utilizar o valor do fundo para contrabalançar os efeitos da troca de tábua houve uma diminuição no valor do benefício ao que o participante teria direito, pois os valores constantes do fundo já lhe pertenciam e deveriam ser utilizados para a correção da cota antes mesmo da mudança de tábua. Segundo a fiscalização não houve transparência na divulgação dessas informações aos participantes.

Conforme relatado no RF 26/2008, encaminhado por meio do Ofício n. 138/SPC/DEFIS/CGFD/CFD/ESRS, de 26 de novembro de 2008, a entidade continuou a descumprir o regulamento. Não adotou critérios não discriminatórios e transparentes para a recomposição dos valores da cota. Não foi apresentada qualquer justificativa para a adoção dos critérios de correção da cota adotados de agosto de 2005 a novembro de 2007. Além disso, a cota continuou a ser corrigida em percentual inferior ao estipulado em regulamento (INPC + 6% a.a ao invés de INPC + 7,05% a.a) e a não realização da distribuição, no mínimo anual, dos valores presentes no fundo de oscilação de rentabilidade financeira, acentuou a discrepância apontada na recomposição das reservas individuais dos participantes. Dessa forma, a fiscalização entendeu que não foram cumpridas integralmente as determinações contidas no RF 12/2007 e emitiu o auto de infração.

7. A defesa alega que não houve determinação expressa da Previc em aplicar a taxa contida no regulamento do plano. A alegação não procede, pois no RF 12/2007 item 3.10.4ª fiscalização determina a Entidade que: "adote como teto de repasse da TIR à cota o estipulado no Regulamento, ou seja INPC + 0,57% am;"(fl. 245).





PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

8. As alegações da defesa que tentam justificar a adoção do percentual 0,50% ao ou 6% aa como teto para correção das cotas se fundam em legislações que não tratam da questão aqui levantada. Não há que se confundir meta atuarial com um critério de correção de cotas previsto em Regulamento. Também não se mostra plausível a alegação de que houve a dedução de que o percentual de juros de 0.57%, o que proporciona uma correção de 7,05% a.a, foi colocado no Regulamento por um erro de digitação não percebido à época pela FAPA e nem pela SPC. Em nenhuma das alegações houve uma justificativa com embasamento técnico que justificasse a utilização de percentual de repasse à cota diverso do estabelecido em regulamento.

9. Não se trata de cumprir uma legislação maior como tenta demonstrar a defesa, mas sim de cumprir o que foi devidamente pactuado entre as partes no Regulamento do plano de benefícios contratado.

10. Enquanto no regime de previdência oficial impera o princípio da legalidade estrita, na previdência complementar, os direitos, deveres e obrigações das partes devem estar estabelecidos, por elas próprias, sobretudo pelo instrumento do contrato, no caso o Regulamento do Plano. O respeito ao princípio da contratualidade para o regime de previdência privada é de tal importância que a Lei Complementar 109 de 2001 em seu art. 44, inciso III, prevê para os casos de descumprimento de disposições estatutárias ou de obrigações previstas nos regulamentos dos planos de benefícios, convênios de adesão ou contratos dos planos coletivos, até mesmo a decretação de intervenção do órgão regulador e fiscalizador na entidade de previdência complementar que cometer tal infração. Neste caso extremo, o órgão fiscalizador deverá intervir para fazer valer as regras que livremente estabeleceram entre si as partes integrantes do sistema.

11. Embora no regime de previdência complementar ou privada também prevaleça o princípio da facultatividade, este somente se aplica no momento em que o patrocinador decide criar um plano de previdência para os seus empregados e estes decidem aderir ou não ao plano. Depois de estabelecidas as regras, estas devem ser cumpridas, sob pena de ser abalada a garantia da segurança jurídica da previdência privada.

12. Sérgio de Andréa Ferreira ressalta que “o próprio conceito de estatuto e a formação etimológica dos vocábulos regulamento e regimento evidenciam que estamos diante de atos jurídicos que contêm regras de direito, de atos-regra portanto.” E conclui: “Se uma instituição privada edita regras, vincula-se a observá-las, através de negócio jurídico unilateral.”¹

13. Como bem dito no Relatório Final n. 09/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, “o descumprimento regulamentar, (aplicar comando irregular não expresso nem autorizado na época pela SPC), é uma infração relevante, pois afeta sobremaneira o interesse público, ao atingir a relação jurídica instituída, nos aspectos credibilidade, idoneidade e confiança, consequentemente ofende o direito dos participantes e

¹ Ferreira Andréa, Sérgio: “Aspectos básicos do moderno direito das fundações de previdência suplementar.” In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas n. 172, p. 20-36, abril/junho 1988, p 26-27.

assistidos, causando-lhes prejuízo, bem como ao plano e a EFPC pela insegurança jurídica estabelecida.”

14. A defesa alega ainda que houve um equívoco no Relatório Final n. 09/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, quando se afirmou que os atuados reconhecem expressamente a situação infracional, que a interpretação é equivocada, pois a referência se fazia sobre o fato de não ter ocorrido a distribuição do valor acumulado no Fundo de Oscilação de Rentabilidade Financeira no ano de 2006, tendo ocorrido no ano de 2007.

15. Quanto a este ponto podemos dizer que não somente na peça de defesa os atuados reconhecem expressamente a situação infracional como em diversos documentos citados nos autos, tendo inclusive a agravante de que o descumprimento do regulamento em determinado momento se deu de forma intencional. Vejamos alguns dessas afirmações:

Na peça de defesa (fl. 45) a entidade assim se manifesta: “em que pese a Entidade não ter corrigido a cota nos estritos termos previstos em Regulamento (INPC + 0,57%), não permite a conclusão de que o Regulamento foi literalmente descumprido e que esta deliberação tenha causado prejuízo ao participante” e continua (fl. 46) “Foi com essa visão maior, na defesa da permanência do plano, que o Conselho Deliberativo tomou a decisão de corrigir a cota pela meta atuarial, repassando o excedente para o Fundo de Oscilação de Rentabilidade Financeira.”

O Conselho Deliberativo também tinha conhecimento e admite a situação infracional, conforme trecho da Ata 20 da Reunião Ordinária do Conselho Deliberativo, em 19 e 20 de julho de 2005 : “a partir de julho as quotas serão corrigidas aplicando-se o estabelecido no regulamento.” (fl. 244).

No RF 12/2007 a fiscalização relata que em resposta ao Ofício 108/2006/SPC/DEFIS/CGFD (fl. 245), a entidade informou que a Atuas – Atuários Associados S/C Ltda recomendou que o procedimento de cálculo da fosse “apreciado internamente, bem como submetido ao Consultor Jurídico da Entidade e que concluindo-se pela sua manutenção, que o texto do Regulamento seja alterado de forma a contemplar o procedimento que vem sendo adotado.” Segundo a Entidade, tal recomendação ocorreu em função de divergências quanto à forma de cálculo de apuração da cota em relação ao que determina o Regulamento.(grifamos)

16. Assim, resta clara a ocorrência da infração bem como o reconhecimento da sua ocorrência pela Diretoria Executiva e pelos membros do Conselho Deliberativo.

17. Por fim, para que haja a aplicação do § 2º do art. 22 do Decreto 4.942/2003, devem ser atendidas todas as condições ali previstas, quais sejam: inexistência de prejuízo à entidade, ao plano de benefícios ou ao participante, não seja verificada circunstância agravante e a irregularidade tenha sido corrigida no prazo estabelecido pela PREVIC.

18. No caso em análise não cabe a aplicação do disposto no § 2º do art. 22 do Decreto 4.942/2003 em razão de não terem sido cumpridas as determinações contidas no Relatório de Fiscalização 12/2007, item 3.10.4, a seguir transcritas:

“*Desta forma viemos determinar à Entidade que:*



- *Somente utilize o Fundo de Oscilação de Rentabilidade Financeira de acordo com o disposto no Regulamento do Plano;*
- *Adote como teto de repasse da TIR à cota o estipulado no Regulamento, ou seja, INPC + 0,57% a.m;*
- *Implemente procedimento que atenda o especificado no § 5º do art. 71 do Regulamento do Plano de Benefícios Misto, realizando anualmente ou em menor período, um estudo destinado a distribuir, total ou parcialmente, entre as contas individuais dos Participantes, os recursos remanescentes no Fundo de Oscilação de Rentabilidade Financeira, garantindo que esta distribuição atenda também aos participantes que entraram em gozo de benefício no período envolvido;*
- *Implemente procedimento para pagamento aos assistidos da diferença dos valores dos benefícios pagos entre fevereiro de 2000 e julho de 2005 e os valores recalculados em agosto de 2005 após a recomposição dos valores das cotas."*

Conforme relatado no RF 26/2008, encaminhado por meio do Ofício n. 138/SPC/DEFIS/CGFD/CFD/ESRS, de 26 de novembro de 2008, a entidade continuou a descumprir o regulamento. Não adotou critérios não discriminatórios e transparentes para a recomposição dos valores da cota. Não foi apresentada qualquer justificativa para a adoção dos critérios de correção da cota adotados de agosto de 2005 a novembro de 2007. Além disso, a cota continuou a ser corrigida em percentual inferior ao estipulado em regulamento (INPC + 6% a.a ao invés de INPC + 7,05% a.a) e não houve a realização da distribuição, no mínimo anual, dos valores presentes no fundo de oscilação de rentabilidade financeira. Dessa forma, a fiscalização entendeu que não foram cumpridas integralmente as determinações contidas no RF 12/2007 e emitiu o auto de infração.

19. A alegação de que não foi concedido prazo para correção da falta não procede, pois foi dada a determinação para correção da falta no RF 12/2007 e o Auto de Infração foi emitido em 3 de junho de 2009, ou seja, 1 (um) ano e 5 (cinco) meses após a determinação contida no RF 12/2007. Portanto, houve concessão de prazo suficiente para correção da irregularidade. Quando da determinação efetivada no RF 12/2007 a entidade foi advertida da possibilidade de aplicação do auto de infração, no entanto não efetivou a correção:

Também há a proposição de Auto de Infração fundamentado no Inciso I do art. 33 e art. 17 da Lei Complementar nº 109, de 29/05/01 c/c art. 90 do Decreto nº 4942, de 30/12/03, pelo descumprimento de cláusula do regulamento do plano de benefícios ao corrigir o valor da cota de forma diversa da estipulada, causando prejuízos aos participantes ao conceder benefícios em valores inferiores aos de direito, bem como trazer riscos à própria Entidade ao formar artificialmente um *superávit* técnico com possíveis repercussões no cálculo do custo e na implantação do custeio do plano de benefícios. Esta penalidade pode alcançar multa de R\$ 15.397,00 (quinze mil, trezentos e noventa e sete reais)¹⁹, podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias.

20. Com relação ao mérito esta Câmara já se posicionou pela procedência de Auto de Infração em situação semelhante, conforme a seguinte decisão:





PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

PROCESSO : 44000.002648/2006-90 – Decisão – 10/11/2010

Ementa: "Recurso Voluntário contra a Decisão-Notificação 47/08-21. Aplicação pela Fundação Sistel de Procedimento não previsto no Regulamento da Entidade, quanto ao Cálculo das Contribuições de Participantes Assistidos. Não ocorrência de Prescrição. Infração Comprovada. "Recurso Voluntário Improvido."

Decisão: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC - conheço do recurso voluntário e afasta às preliminares. Por maioria de votos, a CRPC, no mérito, nega provimento ao recurso. Vencido o voto da Relatora no sentido de dar provimento parcial ao recurso, convertendo a pena de multa pecuniária em advertência, conforme previsão do item 3 da IN SPC 15/97.

21. Por todo o exposto, conheço do recurso para negar-lhe provimento, com base nos argumentos apresentados e por tudo que consta dos autos. VOTO pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração e manutenção da DECISÃO Nº: 10/2011/DICOL/PREVIC.

22. É como voto. Caso seja este o entendimento desta Câmara, proponho a seguinte ementa:

Ementa: Auto de Infração. Descumprir regulamento do Plano de Benefícios. Correção do valor das cotas de forma diversa da prevista em Regulamento. Não observância da constituição e periodicidade na distribuição dos recursos do Fundo de Oscilação de Rentabilidade Financeira. Recurso Voluntário Improvido. Afastada a aplicação do § 2º do art. 22 do Decreto 4942/2003. Falta de correção da irregularidade.

Brasília, 20 de fevereiro de 2013.


Rosimery Brandão Barbosa
Conselheira

Representante do Serviço Público Federal

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 34ª Reunião Ordinária - 20 de fevereiro de 2013

Relator: Rosimery Brandão Barbosa

Processo: 44000.001730/2009-40

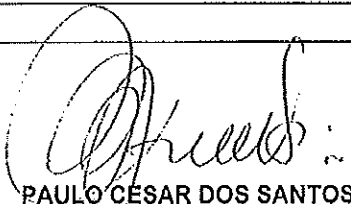
Auto de Infração: 08-09/51

Decisão: 10/2011/Dicol/Previc

Recorrentes: Hello de Almeida Machado, Leibnitz Agilbert, Luiz Amado Araújo Fernandes, Ivan Decker Raupp, Silvio Tedéo, Héclo Luiz Ferro, Lauro Morales Crepaldi e João Carlos Zandona

Entidade: Fapa - Fundação Assistencial e Previdenciária da Emater – Paraná

Voto do Relator: "...conheço do recurso para negar-lhe provimento, com base nos argumentos apresentados e por tudo que consta dos autos. Voto pela procedência do Auto de Infração e manutenção da Decisão Nº: 10/2011/DICOL/PREVIC."

Representantes	Votos
ANTÔNIO BRÁULIO DE CARVALHO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto da Relatora.
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e Instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto da Relatora.
LUÍS RICARDO MARCONDES MARTINS (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	Acompanha o voto da Relatora.
ALLAN LUIZ OLIVEIRA BARROS (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto da Relatora.
THIAGO BARROS DE SIQUEIRA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto da Relatora.
PAULO CESAR DOS SANTOS (Presidente)	Acompanha o voto da Relatora.
Sustentação Oral: Sr. Hello de Almeida Machado	
Resultado: Por unanimidade de votos a Câmara de Recursos da Previdência Complementar conheceu do recurso, afastou as preliminares para, no mérito, negar-lhes provimento.	
Brasília, 20 de fevereiro de 2013	
 PAULO CESAR DOS SANTOS Presidente	