

PROCESSO Nº: 44000.004383/2007-45

ENTIDADE: Fundação dos Economiários Federais - FUNCEF

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 138/07-02

DECISÃO Nº: 09/2012/DICOL/PREVIC

RECORRENTE(S): Diretoria Colegiada da Previc

RECORRIDO(S): Jorge Luiz de Souza Arraes e Sérgio Francisco da Silva

RELATOR: Adriano Cardoso Henrique

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso de Ofício em face da deliberação da Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, consubstanciada na Decisão nº 09/2012/DICOL/PREVIC, de 28/02/2012, que julgou por unanimidade pela improcedência do Auto de Infração nº 138/07-02, de 31/10/2007.

2. No caso em espécie aos autuados, Jorge Luiz de Souza Arraes e Sérgio Francisco da Silva, Diretor Imobiliário e Diretor de Administração da FUNCEF respectivamente, foi imputada a responsabilidade pela seguinte conduta infracional: *“violar quaisquer outros dispositivos das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 2001, e dos atos normativos regulamentadores das referidas Leis Complementares”*. No auto de infração o tipo sancionador descrito tem como fundamento legal o art. 32, § 1º (sic) combinado com art. 65, incisos I e IV e § 1º da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001 e art. 110 do Decreto nº 4.942, de 30/12/2003 e Portaria SPC nº 1.016, de 05/04/2007.

3. Para melhor ilustração do caso em exame transcrevem-se os principais pontos da descrição circunstanciada dos fatos, constante do relatório de auto de infração (fls. 03/47):

“1.1.6 Da fiscalização realizada junto à FUNCEF foi verificado que a Entidade está participando diretamente da administração de seus empreendimentos (hotéis e



shopping centers), o fazendo através da nomeação de PREPOSTOS contratados pela Entidade, da nomeação de gerentes na administração dos hotéis (gerente financeiro e gerente de manutenção). No modelo de gestão adotado nos empreendimentos hoteleiros de ANGRA DOS REIS – RJ e BRASÍLIA –DF, não foi feito um **CONTRATO DE LOCAÇÃO DO IMÓVEL, CUMULADO COM OPERAÇÃO HOTELEIRA**, onde ficasse garantido à FUNCEF um aluguel mínimo e um adicional no resultado do hotel. Pelo modelo adotado a FUNCEF, na prática, assumiu diretamente a administração dos negócios em conjunto com as operadoras, indicando para tal os principais executores da operação do hotel (ANEXOS I e II).

1.1.6.1 Cabe frisar, por fim, que o propalado MODELO DE GESTÃO dos empreendimentos imobiliários da FUNCEF foi, recentemente, objeto de apreciação da Diretoria Executiva da Entidade, conforme pode ser verificado da Política de Gestão de Carteira de Hotéis objeto da CI GEIMO/115/07, de 22/05/07; do VO DIMOB 059/07, de 11/06/07; da Norma de Investimentos Imobiliários (ANEXO V). No entanto, A CITADA POLÍTICA DE GESTÃO DE CARTEIRA DE HOTÉIS, APROVADA PELA DIRETORIA EXECUTIVA, não autoriza que a Entidade possa fazer gestão direta de hotéis, sem um contrato de locação do hotel, cumulado com operação hoteleira, nos moldes do que foi feito na gestão conjunta do complexo hoteleiro de Brasília – DF e do hotel de Angra dos Reis – RJ.

(omissis)

De todo o explicitado, verifica-se que a Entidade está participando diretamente da administração e operação de empreendimentos hoteleiros, o que constitui desvio de finalidade da FUNCEF e, portanto, infração ao artigo 32, §1º da Lei Complementar nº 109/2001.

4. Acompanham o auto de infração cópias de documentos às fls. 48 a 365.
5. Regularmente notificados, os autuados apresentaram, tempestivamente, defesa conjunta alegando como principais pontos, em breve síntese:

I – erro na interpretação dos contratos celebrados:

“22. Muito provavelmente os Srs. Auditores chegaram à conclusão, errônea, de que a FUNCEF estaria fazendo parte da administração e da operação de seus hotéis, em razão da equivocada interpretação que deram à denominação conferida aos contratos, que foram intitulados instrumentos de “gerenciamento e gestão conjunta”.

23. De fato, uma leitura apressada poderia induzir o leitor a conclusões equivocadas. Contudo, ao se analisar o contrato de uma forma mais detida, verifica-se que o mesmo, apesar de conter a expressão “gerenciamento e gestão conjunta”, não se refere ao gerenciamento e à gestão física, diária e operacional do hotel, mas sim ao gerenciamento e gestão do ATIVO, o que são coisas bem distintas.”

II – Ausência de prejuízos e do descabimento do auto de infração

“Se além de as condutas adotadas pelos autuados serem absolutamente lícitas, e inexistindo prejuízos apurados ou apontados no auto de infração e, ainda, se a perpetuação da medida de governança corporativa por parte dos autuados potencializa e fomenta a rentabilidade dos hotéis, como visto no capítulo anterior, requer-se, por pertinente, a desconsideração do presente auto de infração, como também a melhor análise de todas as considerações aqui deduzidas, em face das mesmas se coadunarem como o ordenamento jurídico brasileiro, em especial as



regras que disciplinam a previdência complementar, inserto aqui o Decreto nº 4.942/03, porquanto preservam, ao final, o equilíbrio dos planos."

6. Com a defesa foram juntadas as procurações para representação no processo administrativo sancionador (fls.387/388).

7. Após a apresentação da defesa foram juntadas novas procurações de substabelecimento, bem como arrazoadado intitulado "petição aditiva à defesa" na qual faz alusão à existência de fatos novos e da necessidade de aplicação de precedente da Secretaria de Previdência Complementar – SPC e do Conselho de Gestão de Previdência Complementar – CGPC, nos termos abaixo:

"(i) o conteúdo da Nota Técnica 100/SPC/DELEG que determina a subsunção da norma ao sujeito passivo da obrigação. No caso, se houvesse violação do contido no art. 32, parágrafo único, da LC 109/2001, o sujeito passivo somente poderia ser a própria entidade (pessoa jurídica); e

(ii) o entendimento da SPC transitado em julgado após a análise do CGPC, declarando a obrigatoriedade de aplicação do art. 22, §2º do decreto nº 4.942/2003 quando presentes os requisitos contidos nesse diploma normativo de ausência de prejuízo e de agravantes, como se dá in casu".

8. Estando o processo apto para julgamento, este foi incluído em pauta, sendo proferida a Decisão DICOL nº 02/2010/DICOL/PREVIC, de 06 de julho de 2010 (fls. 420), que acolhendo os argumentos trazidos pelo Relatório Final nº 02/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, de 02 de julho de 2010 (fls. 415/418), decidiram os membros do colegiado, por unanimidade, declarar a nulidade do Auto de Infração nº 138/07-02.

9. A ementa da decisão colegiada acima restou assim exarada:

"EMENTA: AUTO DE INFRAÇÃO. DESVIO DE FINALIDADE. ADMINISTRAÇÃO CONJUNTA DE HOTEL PELA FUNCEF (§1º DO ART. 32 DA LC Nº 109/2001). AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO §2º DO ART. 22 DO DECRETO 4.942/2003 ANTES DA LAVRATURA DO AUTO. VÍCIO INSANÁVEL. NULIDADE.

1. Presentes os pressupostos previstos nas normas, quais sejam, a ausência de prejuízo à entidade, ao plano de benefícios ou aos participantes; e a ausência de circunstância agravante; o auto não pode ser lavrado, sem que seja concedido prazo para correção da irregularidade."

10. Em face do disposto no art. 16 do Decreto nº 4.942/2003, foram remetidos os autos a esta CRPC por força do recurso de ofício para reexame da matéria.

11. Regularmente distribuídos os autos a Membro desta CRPC o processo foi julgado em 24 de agosto de 2011, sendo que por unanimidade de votos esta Câmara de Recursos conheceu do recurso e por maioria, vencidos o Relator original e o Membro Luís Ricardo Marcondes Martins, deu provimento ao reexame necessário. Assim restou ementada a decisão colegiada, publicada no Diário Oficial da União nº 173, de 08 de setembro de 2011:

"Ementa: Recurso de Ofício – Suposta desobediência ao parágrafo único do art. 32 da Lei Complementar nº 109, de 29.05.2001, o qual veda que as EFPC prestem

X

quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto. DN que anula o AI pelo suposto vício insanável correspondente a não concessão pela fiscalização de prazo para a entidade sanar a irregularidade, uma vez que supostamente não houve prejuízo à entidade, aos participantes ou aos planos de benefício por ela administrado – Fato ou vício que, na verdade, é plenamente sanável – Anulação da DN – Determinação de retorno dos autos para a PREVIC de forma a sanar o vício e proceder novo julgamento, de forma a evitar a supressão de instância – Recurso de Ofício provido.

12. Por força da decisão colegiada acima os autos retornaram a Previc, sendo determinado o encaminhamento do processo à Diretoria de Fiscalização da autarquia federal para verificação da possibilidade de aplicação do §2º do art. 22 do decreto nº 4.942 de 2003 e, cabendo sua aplicação, que fosse estabelecido prazo para correção da irregularidade (fls. 471 – verso).

13. Às fls. 473 a defesa dos autuados apresentou novo arrazoado denominado “petição com Fatos Novos” sendo o que mais importa transcrito abaixo:

“Portanto, à vista das informações supra, pode-se constatar que os contratos objeto do Auto cessaram em meados de 2009 no que tange aos hotéis de Brasília – DF e, em meados de 2008 no que tange ao hotel de Angra dos Reis – RJ, o que, pela conclusão dos Membros da CRPC, implicaria na declaração de nulidade do AI, como se deu na primeira manifestação dessa DICOL.

(omissis)

Desta forma, pugna-se pela análise no âmbito da PREVIC, dos contratos ora juntados que comprovam a alteração da situação anteriormente apresentada e a regular atuação dos gestores da FUNCEF no acompanhamento dos empreendimentos hoteleiros investidos, fornecendo essa informação à CRPC para que se conclua o julgamento em curso na Segunda Instância administrativa.”

14. Em cumprimento a determinação da Diretoria de Fiscalização foi emitida a Nota Técnica nº 03/2012/CFDF/CGDF/PREVIC (fls. 552/555) na qual foi realizada a análise do caso, tendo se chegado à seguinte conclusão:

“29. Da análise dos contratos de gerenciamento em vigor, relativos ao Hotel Brasília Alvorada e do Hotel Eco Resort de Angra, verifica-se que a FUNCEF não mais participa diretamente da gestão/administração desses empreendimentos.

30. Dessa forma, não mais persiste a irregularidade apontada no Auto de Infração nº 138/07-02, constatando-se a cessação da conduta inadequada à legislação.

(omissis)

33. Portanto, não foi necessário conceder prazo para a correção da irregularidade, na forma prevista no § 2º do artigo 22 do decreto 4.942/2003.”

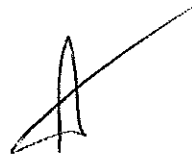
15. Estando o processo novamente apto para julgamento, este foi incluído em pauta, sendo proferida a Decisão DICOL nº 09/2012/DICOL/PREVIC, de 28 de fevereiro de 2012 (fls. 561/562), que acolhendo os argumentos trazidos pelo Parecer nº 10/2012/CGDC/DICOL/PREVIC, de 23 de fevereiro de 2012 (fls. 556/560), decidiram os membros do colegiado, por unanimidade, julgar pela improcedência do Auto de Infração nº 138/07-02.

16. A ementa da decisão colegiada acima restou assim exarada:



"EMENTA: AUTO DE INFRAÇÃO. DESVIO DE FINALIDADE. ADMINISTRAÇÃO CONJUNTA DE HOTEL PELA FUNCEF (§1º DO ART. 32 DA LC Nº 109/2001). DECISÃO Dicol PELA ANULAÇÃO POR INFRINGÊNCIA AO § 2º DO ART. 22 DO DECRETO Nº 4.942/2003. PROCEDÊNCIA DO RECURSO DE OFÍCIO PELA CRPC. RETORNO À PREVIC PARA CONCESSÃO DE PRAZO PARA CORREÇÃO DA FALTA. IRREGULARIDADE CORRIGIDA. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

- 1. Retornaram os autos após decisão da CRPC no sentido de anular a decisão da Dicol que declarou nulo o auto de infração por infringência ao § 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003.*
 - 2. Irregularidade corrigida antes mesmo da decisão de segunda instância administrativa.*
 - 3. Inteligência do § 2º do art. 22 do decreto nº 4.942/2003, que impede a autuação em caso de correção da falta no prazo concedido pela fiscalização.*
 - 4. Improcedência do auto de infração."*
17. Em cumprimento ao disposto no art. 16 do Decreto nº 4.942/2003, foram remetidos os autos a esta CRPC, neste caso em particular, novamente, por força do recurso de ofício para reexame da matéria.
18. Vistos e relatados em breve síntese, passemos a análise do recurso e prolação do voto.



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - CRPC

PROCESSO Nº: 44000.004383/2007-45

ENTIDADE: Fundação dos Economiários Federais - FUNCEF

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 138/07-02

DECISÃO Nº: 09/2012/DICOL/PREVIC

RECORRENTE(S): Diretoria Colegiada da Previc

RECORRIDO(S): Jorge Luiz de Sousa Arraes e Sérgio Francisco da Silva

RELATOR: Adriano Cardoso Henrique

VOTO

Recurso de Ofício

1. Trata-se de recurso de ofício que julgou improcedente o auto de infração com relação aos identificados em epígrafe.
2. A decisão, ora em reexame necessário, julgou improcedente o auto de infração em virtude da correção da irregularidade objeto do auto de infração durante o decurso do processo administrativo sancionador.
3. Conforme se constatou no relatório destes autos, os autuados corrigiram a irregularidade quando da remessa dos autos por esta CRPC à Previc, em virtude de declaração de vício sanável, para que esta ofertasse o prazo previsto no § 2º do art. 22 do Decreto nº 4942/2003¹ para fins de correção voluntária da conduta ou operação caracterizada como irregular.

1 Art. 22. A inobservância das disposições contidas nas Leis Complementares nos 108, de 29 de maio de 2001, e 109, de 2001, ou de sua regulamentação, sujeita o infrator às seguintes penalidades administrativas:



4. Neste contexto, a correção da conduta ou operação irregular entre a baixa dos autos para saneamento do processo e a decisão de 1ª instância determina a improcedência do auto de infração em virtude da ausência de motivação do ato administrativo.

5. O caso em tela não requer maiores debates em face da flagrante improcedência do auto no atual estágio do processo. De toda maneira, deixo registrado neste voto, ainda que somente para fins de fundamentação, a minha concordância com o posicionamento do ilustre Relator deste processo quando do primeiro julgamento feito por esta CRPC no que diz respeito à nulidade do auto de infração (vício insanável), bem como a determinação para que a Previc verificasse junto à FUNCEF se a irregularidade ainda persistia, e aí sim, dando novo prazo para correção.

6. Com a devida vênia ao voto divergente, a declaração de nulidade do auto de infração, em face da ausência de concessão de prazo para correção da irregularidade quando cabível é medida que se impõe tendo em vista o vício insanável.

7. No meu entender, o ato jurídico administrativo materializado no auto de infração sem a devida concessão de prazo para correção, quando possível tal providência, caracteriza-se como ato existente, mas inválido, ou seja, que não repercute efeitos jurídicos. Neste sentido, a valiosa lição de Odete Medauar²:

"Validade, por sua vez, diz respeito ao atendimento de todas as exigências legais, para que os efeitos do ato administrativo sejam reconhecidos na ordem jurídica. O ato administrativo pode ter completado todas as fases de sua formação, ter entrado em vigor e, no entanto, conter ilegalidade que implicará no não reconhecimento de efeitos que tenha produzido."

8. Ademais, a tese acerca da possibilidade de sanear o auto de infração acarreta muito mais, a meu ver, tumulto processual, levando a um processo ser julgado em duplicidade pelas instâncias administrativas, não modificando em concreto o resultado

§ 2º 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.



almejado, qual seja a correção da irregularidade já indicada no voto vencido do relator original.

9. Feitas as considerações acima, conheço do recurso de ofício para negar-lhe provimento, mantendo na íntegra a decisão da 1ª instância.

10. É como voto.

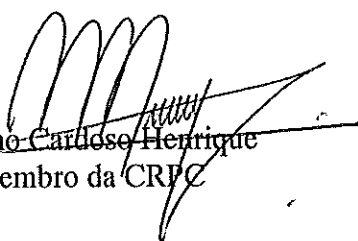
11. Caso prevaleça o voto acima proponho a seguinte ementa para o acórdão:

EMENTA: RECURSO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE CONCESSÃO DE PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DA CONDUTA OU OPERAÇÃO IRREGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. VÍCIO INSANÁVEL. RECURSO DE OFÍCIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I – A correção da conduta ou operação irregular entre o saneamento do processo e a decisão de 1ª instância determina a improcedência do auto de infração em virtude da ausência de motivação do ato administrativo.

II - O ato jurídico administrativo materializado no auto de infração sem a devida concessão de prazo para correção, conforme determina o § 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003, quando possível tal medida, caracteriza-se como ato administrativo inválido, não gerando qualquer efeito jurídico.

Brasília, 23 de janeiro de 2013.



Adriano Cardoso Henrique
Membro da CRPC

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 33ª Reunião Ordinária - 23 de janeiro de 2013

Relator: Adriano Cardoso Henrique

Processo: 44000.004383/2007-45

Auto de Infração: 138/07-02

Decisão: 02/2010/Dicol/Previc

Recorrente: Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc

Recorridos: Jorge Luiz de Souza Arraes e Sérgio Francisco da Silva

Entidade: Funcef - Fundação dos Economistas Federais

Voto do Relator: "...conheço do recurso de ofício para negar-lhe provimento, mantendo na íntegra a decisão da 1ª instância..."

Representantes	Votos
ANTÔNIO BRÁULIO DE CARVALHO ITAMAR PRESTES RUSSO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Impedido por força do Art. 42, inciso IV, do Decreto 7.123, de 3 março de 2010.
ALEX LEMOS KRAVCHYCHYN (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto do Relator.
LUÍS RICARDO MARCONDES MARTINS (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.
ROSIMERY BRANDÃO BARBOSA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto do Relator.
PAULO CESAR DOS SANTOS (Presidente)	Acompanha o voto do Relator.

Sustentação Oral: Alexandre Brandão Henriques Maimoni e Andreia Corrêia Neubet

Resultado: Por unanimidade de votos a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC conheceu do recurso para, no mérito, negar-lhes provimento. Declarado impedido de participar do julgamento o membro Antônio Bráulio de Carvalho e o membro suplente Itamar Prestes Russo, por força do art. 42, inciso IV, do Decreto no 7.123, de 3 março de 2010.

Brasília, 23 de janeiro de 2013



PAULO CESAR DOS SANTOS
Presidente