

Processo: MPS nº. 44000.000690/2009-19

Autuado: Fernando Antônio Pimentel de Melo, Wilson Carlos Duarte Delfino, Carlos Alberto Cardoso Moreira

Entidade: Fundação SISTEL de Seguridade Social - SISTEL

Assunto: Análise do Auto de Infração nº 002/09-74

Relator: Antonio Bráulio de Carvalho

RELATÓRIO

Trata-se de **recurso de ofício** contra a Decisão nº 19/2010/DICOL/PREVIC, de 26 de outubro de 2010, que concluiu pela improcedência do Auto de Infração nº. 002/09-74 contra Fernando Antônio Pimentel de Melo, Wilson Carlos Duarte Delfino, Carlos Alberto Cardoso Moreira, dirigentes da SISTEL, por violarem dispositivos do § 1º do art. 9º da Lei Complementar nº 109/2001 e o art. 28 e inciso II do artigo 64 do regulamento anexo da Resolução CMN nº 3.121, de 2003 e do artigo 79 do Decreto nº 4.942/2003.

A irregularidade cometida pela SISTEL, que provocou a lavratura do Auto de Infração (AI), conforme relatório da fiscalização, foi a aplicação de recursos garantidores das reservas técnicas em modalidade de investimento não permitida, por meio de realização de operações do tipo *day-trade*, por parte de Fundos de Investimentos Exclusivos dos planos de benefícios da SISTEL, a saber: FIF URANO SISTEL, FIF OMICRON SISTEL, FIF PARTNER SISTEL, FIF LAMBDA SISTEL, FIF DELTA SISTEL, FIF TERRA SISTEL, FIF VENUS SISTEL, no período entre 21.07.2006 e 02.04.2007.

No AI afirma-se claramente: *"Em manifestação sobre algumas dessas operações, a entidade limitou-se a enviar a esta Secretaria respostas dos gestores, na tentativa de explicá-las, sem, no entanto, comprovar a existência de quaisquer providências a seu cargo, tendentes a coibir práticas dessas operações vedadas pelos gestores de seus fundos exclusivos, ou até mesmo corrigir as irregularidades, quando passíveis de correção"*.

A defesa dos autuados apresentou argumentos preliminares:

- a) que o auto de infração não teria observado o princípio da individualização da pena, ao não individualizar a conduta dos agentes e da conseqüente sanção aplicável;

d

- b) que não houve lavratura de tantos autos de infração quantas as infrações cometidas;
- c) que a lavratura do auto de infração não teria sido possível se se observasse o disposto no § 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003.

No mérito, a defesa dos autuados alegou:

- a) não ter havido prejuízo à EFPC, o que impediria a aplicação do disposto no artigo 79 do Decreto nº 4.942/2003;
- b) que as operações foram realizadas no âmbito de fundos de investimentos exclusivos geridos por terceiros e cujo regulamento previa a vedação de operações *day-trade* e que, portanto, a responsabilidade das operações questionadas não poderia ser imputada à SISTEL;
- c) que os fundos de investimentos e seus gestores sempre foram objeto de controle da Fundação SISTEL.

A Diretoria Colegiada da PREVIC, por maioria, decidiu pela improcedência do AI, acompanhando o Relatório Final nº 27/2010/CGDC/DICOL/PREVIC.

A Diretoria Colegiada justificou sua decisão alegando que o próprio AI admitiu que os dirigentes da SISTEL desconheciam os atos irregulares praticados pelos gestores terceiros dos fundos de investimentos exclusivos da Entidade. Em não havendo conhecimento, não haveria omissão dos dirigentes da SISTEL.

O diretor Edevaldo Fernandes da Silva apresentou voto contrário à decisão da Diretoria colegiada da PREVIC.

É o Relatório

Brasília, 20 de julho de 2011


Antônio Bráulio de Carvalho
Membro Representante da ANAPAR

Processo: MPS nº. 44000.000690/2009-19

Auto de Infração nº 002/09-74.

Recorrido: PREVIC

Entidade: Fundação SISTEL de Seguridade Social - SISTEL

Relator: Antônio Bráulio de Carvalho

VOTO

Ementa: Recurso de ofício contra a Decisão nº 19/2010/DICOL/PREVIC, de 26.10.2010 – Deixar de adotar as providências para a apuração de responsabilidades pela prática de operações irregulares; aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas em modalidade de investimento não permitida; realização de operações *day-trade*. Aplicação de penalidade de **Advertência**.

Do embasamento do Auto de Infração

O auto de infração lavrado contra a recorrente tem por base:

- a) a vedação de operações *day-trade* por parte de EFPC, em conformidade com o regulamento anexo da Resolução CNM nº 3.121 de 2003; e
- b) a inércia dos dirigentes da SISTEL em adotar medidas punitivas contra os gestores dos fundos de investimentos exclusivos em consequência da realização de operações vedadas pela legislação e identificadas pela fiscalização.

O Decreto nº 4.942/2003 regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime de previdência complementar, de que trata o artigo 66 da lei Complementar nº 109/2001, estabelece a aplicação das penalidades administrativas, e dá outras providências.

Especificamente em seu artigo 22 define as penalidades administrativas aplicáveis por via da inobservância das disposições das Leis Complementares nº 108 e 109, de 2001 e/ou de sua regulamentação.

O Auto de Infração nº 002/09-74 aponta como fato punível a realização de operações em modalidade vedada pela legislação e responsabiliza os dirigentes

da SISTEL por omissão na análise e na tomada de decisão em relação à gestão de seus fundos de investimentos exclusivos realizada por terceiros.

A Entidade em sua defesa admite o cometimento da infração, mas rechaça a responsabilidade pela decisão, alegando que:

- a) a SISTEL não teria autoridade sobre as decisões de gestão dos fundos de investimentos exclusivos;
- b) a vedação das operações *day-trade* constaria como cláusula específica, inserida por exigência da SISTEL, no regulamento dos fundos de investimentos exclusivos.

A defesa, porém, não informa que medidas teriam sido tomadas pela Entidade como penalização dos gestores dos fundos de investimentos exclusivos, em consequência da realização de operações vedadas pela legislação, identificadas pela fiscalização.

A Diretoria Colegiada da PREVIC toma, por maioria, a decisão pela improcedência do AI em anuência à tese do desconhecimento da infração por parte dos dirigentes da SISTEL. Em suma, justifica seu entendimento de que, "em não havendo conhecimento, não haveria omissão dos dirigentes da SISTEL quanto a práticas irregulares dos gestores de fundos de investimentos".

Data máxima vênia, divirjo do dos argumentos da defesa e da conclusão da Diretoria Colegiada da PREVIC, no caso em tela, por tratar-se de operações realizadas por fundos exclusivos, cujo comando se dá na relação direta dos dirigentes das Entidades. Aproveitar-se-iam, com os devidos cuidados, os argumentos aqui desposados para o caso de Fundos não Exclusivos, quando há um distanciamento natural na gestão.

Ademais esse viés de interpretação poderia ensejar um perigoso precedente ao sistema das EFPC, que poderia entender a terceirização da gestão como mecanismos de isenção de responsabilidade dos dirigentes das Entidades, em relação à aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, mesmo em caso de desrespeito da legislação, ainda que de forma indireta.

Mais do que isso, como os gestores de fundos de investimentos não são submetidos à PREVIC, a infração poderia ficar impune, mesmo tendo a fiscalização identificado o descumprimento da legislação, como ocorreu com as operações *day-trade* agora em debate.

A inclusão da vedação de operações *day-trade* nos regulamentos dos fundos de investimentos exclusivos da SISTEL constitui ato correto e necessário, mas, por si só, insuficiente para garantir o efetivo cumprimento do regulamento do fundo pelos seus gestores. Além da inclusão da vedação nos regulamentos, deve haver controle por parte da EFPC quanto à conformidade dos investimentos da EFPC, bem como previsão e aplicação de penalidades para

os gestores do fundo que descumprirem a legislação e/ou o regulamento do mesmo.

Em nenhum momento a defesa apresentada pelos autuados menciona os controles adotados para verificar o cumprimento do acordado por parte dos gestores dos fundos de investimentos exclusivos, nem tampouco as penalidades aplicadas pela SISTEL, em consequência da realização de operações *day-trade*.

Em conclusão, no presente caso, é incorreto falar em desconhecimento dos dirigentes da SISTEL quanto à atuação dos gestores terceiros, como se houvesse apenas ocorrido um comando não previsto, mas descuido na montagem de operações realizadas por terceiros.

A terceirização de operações de investimentos implica na necessária construção, por parte da EFPC, de um sistema de controle e de política de consequências, para prevenir eventuais irregularidades.

Pelo que vimos, a SISTEL não realizou essa construção, expondo os planos administrados pela Entidade a risco de reincidência de descumprimentos da legislação e dos regulamentos dos fundos de investimento exclusivos.

Por fim, assiste razão à defesa ao firmar que (i) não de prejuízo como resultado das operações *day-trade*; (ii) que o Auto de Infração e o Relatório Final nº 19/2010/CGDC/DICOL/PREVIC não apontam a existência de agravante prevista no artigo 23 do Decreto nº 4.942 .

o fundamento do AI na penalidade prevista pelo artigo 79 do Decreto nº 4.942/2003, a saber:

Art. 79. Deixar de adotar as providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, deixar de propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade fechada de previdência complementar ou a seus planos de benefícios.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até noventa dias.

Dispositivo

Ante o exposto no presente Voto, resta claro que os dirigentes da SISTEL foram pouco diligentes quanto às suas atribuições relativas ao controle de operações de investimento dos recursos garantidores das reservas técnicas e à definição de políticas de consequências, quanto às referidas operações realizadas por gestores terceiros.

Assim, **VOTO** pelo provimento do recurso de ofício, por considerar procedente o Auto de Infração nº 002/09-74.

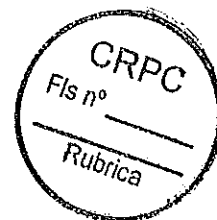
d

Em sendo esse também o entendimento desta colenda Câmara antecipo o meu **Voto**, no mérito, onde conheço e acolho parcialmente o recurso dos autuados, convertendo a penalidade de multa em advertência, conforme previsto no artigo 22, do Decreto nº 4.942/2003.

É como voto

Brasília, 20 de julho de 2011


Antônio Braulio de Carvalho
Membro Representante da ANAPAR



PROCESSO Nº: 44000.000690/2009-19

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 002/09-74

DECISÃO-NOTIFICAÇÃO Nº: 19/2010/DICOL/PREVIC

RECORRENTE: Superintendência Nacional de Previdência Complementar --
PREVIC

RECORRIDOS: Fernando Antônio Pimentel de Melo, Wilson Carlos Duarte
Delfino e Carlos Alberto Cardoso Moreira

ENTIDADE INTERESSADA: Fundação SISTEL de Seguridade Social - SISTEL

RELATOR: Antônio Bráulio de Carvalho

RECURSO DE OFÍCIO

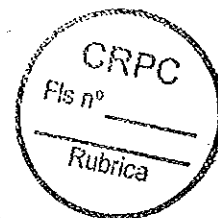
VOTO-VISTA

I - CONTEXTUALIZAÇÃO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão nº 19/2010/DICOL/PREVIC (fls. 122/129), que concluiu pela improcedência do Auto de Infração nº 002/09-74 (fls. 01/11), lavrado em 20/03/2009, contra Fernando Antônio Pimentel de Melo, Wilson Carlos Duarte Delfino e Carlos Alberto Cardoso Moreira, todos eles dirigentes da SISTEL.

Os dispositivos tidos por violados foram: § 1º do art. 9º, § 5º do art. 35, art. 63 e 65, todos da Lei Complementar nº 109/2001; art. 61, inciso II, do regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.829/01; art. 64, inc. II do regulamento anexo da Resolução CMN nº 3.121, de 2003; art. 37, inciso XVII, do Decreto nº 4.206/02 e do art. 79 do Decreto nº 4.942/2003. A penalidade proposta pelo Auto de Infração é de multa.

O referido Auto de Infração é originário da fiscalização realizada "a partir do dia 17/03/08", conforme Ofício nº 663/SPC/DEFIS/CGFD (fl.12), datado de 13 de março de 2008 (período de 13/03/2008 a 11/03/2009).

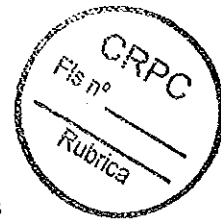


A infração vem descrita sumariamente como: "Deixar de adotar providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, deixar de propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa ao dano ou prejuízo à entidade fechada de previdência complementar ou a seus planos de benefícios, pela aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas em operações vedadas pelas normas vigentes, realizando as operações denominadas 'day-trade', assim consideradas aquelas iniciadas e encerradas no mesmo dia."

Assim, a suposta irregularidade cometida pela Entidade, a qual teria provocado a lavratura do Auto de Infração (AI), seria a falta de providências com relação à prática de aplicação de recursos garantidores das reservas técnicas em modalidade de investimento não permitida, por meio de realização de operações do tipo day trade, por parte de Fundos de Investimentos Exclusivos dos planos de benefícios da SISTEL (FIF URANO SISTEL, FIF OMICRON SISTEL, FIF PARTNER SISTEL, FIF LAMBDA SISTEL, FIF DELTA SISTEL, FIF TERRA SISTEL, FIF VENUS SISTEL), nos períodos entre 14/01/2002 a 07/01/2005 e 21/07/2006 a 02/04/2007.

Os Autuados Wilson Carlos Duarte Delfino e Carlos Alberto Cardoso Moreira apresentaram defesa em conjunto (fls.64/77), já o Autuado Fernando Antônio Pimentel de Melo apresentou defesa individual (fls.79/92), contendo, ambas as defesas, fundamentação quase que idêntica, que pode ser assim resumida:

- i) Preliminarmente: que o AI não teria observado o princípio da individualização da pena; que não houve lavratura de tantos autos de infração quanto às infrações cometidas; e que a lavratura do AI não seria possível, caso tivesse sido observado o disposto no § 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003;
- ii) Mérito: não houve prejuízo à Entidade, o que impediria a aplicação do disposto no art. 79 do Decreto nº 4.942/2003, assim como não foi apontado prejuízo pela fiscalização; que as operações foram realizadas no âmbito de fundos de investimentos exclusivos geridos por terceiros e cujo regulamento previa a vedação de operações day trade, não podendo, portanto, a responsabilidade das operações questionadas



serem imputadas à SISTEL; e que os fundos de investimentos e seus gestores sempre foram objeto de monitoramento e controle da Fundação.

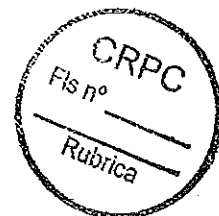
A Diretoria Colegiada da PREVIC – DICOL, em sua 36ª Sessão Ordinária, por meio da Decisão nº 19/2010/DICOL/PREVIC (fls.135/136), por maioria, decidiu pela improcedência do referido Auto de Infração, acompanhando o Relatório Final nº 27/2010/CGDC/DICOL/PREVIC (fls.122/129), com a seguinte ementa:

"Auto de Infração. Deixar de adotar providências para apuração de responsabilidades pela prática de operações irregulares. Aplicação de recursos garantidores das reservas técnicas em modalidade de investimento não permitida. Realização de operações tipo 'day-trade'. Fundamentação (...). Improcedência."

A decisão acima teve como fundamento central o fato de que o próprio AI admitiu que os dirigentes da SISTEL desconheciam os atos irregulares praticados pelos gestores dos Fundos de Investimentos Exclusivos da Entidade, não havendo, portanto, omissão por parte deles apta a caracterizar o cometimento da infração apontada pela fiscalização.

Tendo os Autos sido remetidos para julgamento perante essa Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC, na 15ª Reunião Ordinária, Ilustríssimo Relator, Dr. Antônio Bráulio de Carvalho considerou ter havido a infração constante do referido AI, divergindo dos argumentos da defesa e da conclusão da Diretoria Colegiada da PREVIC, motivo pelo qual, em seu voto, conheceu e acolheu parcialmente o Recurso de Ofício de modo a julgar procedente o Auto de Infração, tendo, entretanto, convertido a aplicação da penalidade de multa pecuniária em advertência.

Em que pesem os fundamentos apontados pela fiscalização originária e pela relatoria, os quais respeitamos, pedimos licença para manifestar divergência, pelos motivos a seguir expostos.



II – FUNDAMENTOS

A) ENQUADRAMENTO LEGAL / FUNDAMENTO DA AUTUAÇÃO – ART. 79 DO DECRETO 4.942/03

Conforme se constata do Auto de Infração nº 02/09-74, os Autuados estariam sendo acusados da prática da infração prevista no art. 79 do Decreto nº 4.942/2003, que assim dispõe:

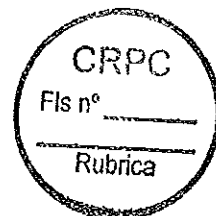
“Art. 79. Deixar de adotar as providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, deixar de propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade fechada de previdência complementar ou a seus planos de benefícios”.

Verifica-se, portanto, que os Recorridos foram autuados por deixar de adotar providências para apuração de responsabilidade pela aplicação, pelos Fundos de Investimentos Exclusivos dos planos de benefícios da SISTEL anteriormente citados, dos recursos garantidores das reservas técnicas em operações vedadas pelas normas vigentes, realizando as operações denominadas day trade.

Logo de início, cumpre observar que não se pode confundir a irregularidade de realizar operações de *day trade*, o que realmente era vedado pela legislação vigente à época, com outra situação, prevista no art. 79 do Decreto nº 4.942/03, que é “*deixar de adotar as providências*” em caso de ciência do cometimento de uma irregularidade.

O supra transcrito art. 79 do Decreto, invocado como fundamento pelo Auto de Infração, não trata de operações de *day trade*, mas da omissão de gestores diante da ciência do cometimento de alguma irregularidade.

Nesse contexto e tendo em vista os argumentos contidos nas defesas, os documentos apresentados pela Entidade e pelos Autuados, o disposto no Relatório Final nº 19/2010/CGDC/DICOL/PREVIC (fls.122/130), bem como na própria Decisão nº 19/2010/DICOL/PREVIC (fls.135/136), a IMPROCEDÊNCIA da autuação é medida que se impõe.



Isso porque, para que reste caracterizada a infração prevista no transcrito art. 79 do Decreto nº 4.942/03, é indispensável que se demonstre, de maneira inequívoca, que aquele que tinha obrigação de "adotar as providências para apuração de responsabilidades" tenha deixado de adotá-las, mesmo tendo conhecimento do cometimento de irregularidades.

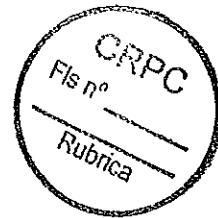
Verifica-se, assim, que o conhecimento da realização de operações irregulares (no caso, day trade), por terceiros (no caso, pelos Fundos de Investimentos Exclusivos dos planos de benefícios da SISTEL), passível de exigir a adoção de providências para apuração de responsabilidade, é pressuposto indispensável para caracterização do cometimento da infração prevista no referido artigo.

Entretanto, no caso presente, constatou-se que os Autuados não tinham conhecimento dos investimentos irregulares, não restando, por isso, caracterizada a infração prevista no art. 79 do Decreto 4.942/03, apontada pela fiscalização.

O próprio Auto de Infração (AI) reconhece que os Autuados não tiveram ciência da realização, pelos Fundos de Investimentos Exclusivos dos planos de benefícios da SISTEL, de operações vedadas pela legislação. Vejamos trecho do AI que comprova tal fato: "os dirigentes da entidade foram omissos na análise e tomada de decisões, por não se cientificarem da realização, pelos Fundos Exclusivos dos Planos de Benefícios da SISTEL, de operações vedadas (...)." (fl.07 do AI).

A ausência de conhecimento, por parte dos Autuados, do cometimento de irregularidade pelo gestor contratado também foi reconhecida pela Decisão nº 19/2010/DICOL/PREVIC (fls.135/136), assim ementada:

"2. O dirigente responsável nos termos do estatuto, tomando conhecimento da irregularidade praticada pelo gestor contratado, tem o dever de adotar, de imediato, providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, propor ação regressiva contra os causadores dos danos ou prejuízos causados à entidade ou a seus planos, conforme estabelece o art. 79 do Decreto nº 4.942, de 2003. 3. Entretanto, o conhecimento do fato pelo dirigente responsável é pressuposto para caracterização



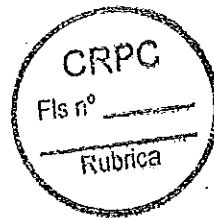
da infração. 4. Não havendo conhecimento da prática irregular pelo dirigente responsável não há que se falar em aplicação do art. 79 do Decreto nº 4.942, 2003. 5. No caso concreto a fiscalização informa que os dirigentes responsáveis não tinham conhecimento dos investimentos irregulares, não cabendo por isso a aplicação do art. 79 do Decreto nº 4.942, de 2003, tornado a autuação improcedente."

Não é demais reiterar que o próprio Auto de Infração, instrumento que dá início ao processo administrativo, no item "1. Descrição circunstanciada dos fatos", registrou que os dirigentes da entidade "não se cientificaram" da realização, pelos Fundos Exclusivos dos Planos de Benefícios da SISTEL, de operações vedadas.

Diante de tal fato (ausência de ciência dos autuados da realização, pelos Fundos Exclusivos dos Planos de Benefícios da SISTEL, de operações de *day trade*), fato este admitido por verdadeiro pela própria autuação, não se pode sequer admitir qualquer discussão no sentido de que autuados deveriam ter tido ciência da realização de tais operações.

Como já demonstrado, o pressuposto para a caracterização da infração em comento é o conhecimento, pelo dirigente responsável pela tomada de providências para apuração de responsabilidade, da prática irregular. Como, no caso presente, restou reconhecido, desde a lavratura do Auto de Infração, que os autuados não tiveram o referido "conhecimento", resta manifesta a impossibilidade de terem cometido tal infração, não havendo que se cogitar o motivo de tal ciência não ter ocorrido.

Portanto, justamente por não terem tomado ciência da realização das operações irregulares, que os Autuados não tinham como adotar providências para apuração de responsabilidades. Assim, tendo em vista que a ciência dos autuados é fato essencial para a caracterização da infração descrita nos autos, diante da sua ausência deve-se forçosamente concluir pelo não cometimento da infração.



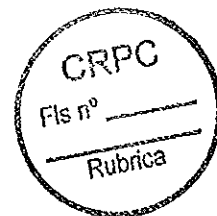
Portanto, constata-se que não há que se falar na procedência do Auto de Infração e, conseqüentemente, na condenação dos Autuados, uma vez que as próprias provas produzidas pelo órgão fiscalizador, ao admitir que eles não tinham conhecimento da realização das operações irregulares, impedem a aplicação do disposto no art. 79 do Decreto nº 4.942/03, pois falta o pressuposto indispensável para caracterização da referida infração (ciência da realização das operações vedadas pela legislação).

O conhecimento do fato tido como irregular e que implicaria na necessária adoção de providências para se apurar responsabilidades constitui pressuposto lógico a caracterização da infração prevista no art. 79 do Decreto 4942/2003.

O Relatório nº 19/20110/CGDC/DICOL/PREVIC, de 14.10.2010, às fls. 128, ao examinar o mérito da questão reconheceu expressamente que:

"...O desconhecimento pelos dirigentes dos atos irregulares praticados pelo gestor terceirizado pode até acarretar imputação de alguma penalidade àqueles dirigentes, como por exemplo, por falta de dever de diligência na gestão da entidade, mas não a imputação da infração prevista no art.79 do Decreto nº 4.942, de 2003, pois, para a conduta ali tipificada, o conhecimento das operações vedadas pelo gestor terceirizado é requisito essencial para sua caracterização, ou seja, a subsunção da conduta omissa dos dirigentes ao fato típico descrito naquela norma regulamentar..."

Ademais, importante consignar que o Auto de Infração não aponta sequer a existência de qualquer prejuízo nas operações mencionadas, em relação às quais os autuados são acusados de *"deixar de adotar as providências"*. Ora, não havendo prejuízo, também não há que se falar na configuração da infração prevista na segunda parte do artigo em questão (art. 79), afinal, para que surja a obrigação de *"propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros"* é pressuposto que tenha ocorrido *"dano ou prejuízo à entidade fechada de previdência complementar ou a seus planos de benefícios"*.



Adicionalmente, convém observar que, conforme restou demonstrado, as operações foram realizadas no âmbito dos fundos de investimentos exclusivos, geridos por instituições financeiras, constando nos referidos regulamentos cláusula específica de vedação de operações denominadas *day trade*. Tal fato nos leva a presumir que a entidade cumpria com suas obrigações de meio, pois, inclusive, se acautelou contratualmente

Ora, se os fundos de investimentos exclusivos realizaram tais operações, ao arrepio da legislação e dos regulamentos e sem a ciência dos Autuados (fato este incontroverso inclusive pela fiscalização), não podem eles ser responsabilizados por não adotar providências para apuração de responsabilidades.

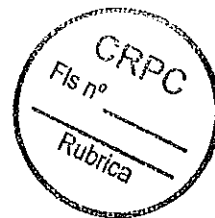
Nesse sentido também já decidiu a CRPC quando, por unanimidade, negou provimento ao Recurso de Ofício interposto nos autos do Processo nº 44000.000081/2008-89 (Entidade POSTALIS; Relator Membro Luiz Gonzaga Marinho Brandão) sob o argumento de que: *"Uma vez que não restou comprovado o prejuízo, impossível responsabilizar os diretores da entidade pela omissão do art. 79 do Decreto nº 4.942/03, que exige para a sua configuração a demonstração do dano ou prejuízo à entidade ou a seu plano de benefício."*

Note-se, aliás, que os recorridos, com a necessária e diligente acuidade, exigiram do gestor Bradesco Asset Management esclarecimentos acerca das operações entendidas como *day-trade*, que assim se posicionou em missiva datada de 02.07.2008 (fls., 527/528):

"... Em atenção a seu email de 19.07.2008 que nos questiona acerca de operações realizadas no Fundo e que seriam consideradas operações de day trade pela Secretaria de Previdência Complementar apresentamos nossos esclarecimentos:

No que se refere as operações realizadas entre fundos do mesmo Gestor entendíamos que tais operações não seriam caracterizadas como day trade haja vista estarmos tratando de pessoas jurídicas distintas...

A despeito de nosso entendimento diante do questionamento em questão passamos a tratar tais operações de acordo com o entendimento da Secretaria de Previdência Complementar.



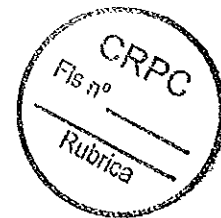
O mesmo entendimento temos para operações realizadas entre fundos de mesmo cotista, mas geridos/administrados por gestores diferentes. Nesse caso impossível entender que operações realizadas por fundos diferentes com gestores diferentes sejam *day trade* eis que o gestor cabe, com exclusividade, a decisão quanto aos investimentos...

... Relativamente as operações de derivativos constantes da tabela anexa derivam de uma falha ocorrida no registro das operações, não obstante contarmos com controles internos para monitoramento de todas as operações..."
(os destaques são nossos)

Como se vê, que a própria instituição gestora, instada a se manifestar, reconheceu que as operações, segundo seu entendimento, ou não estariam caracterizadas como *day trade*, ou, inobstante os controles internos existentes, ocorreram em função de erros operacionais de gestão, sendo certo, inclusive, que referida instituição foi devida e formalmente destituída por ato dos recorridos, que repreenderam o gestor, fato este que por si só, demonstra o pleno atendimento do dever de diligência,

Ora, se o próprio gestor estabeleceu a regra no Regulamento vedando tal tipo de operação (porque passou a ser vedada pelos normativos então vigentes), evidentemente que sua concretização – ainda mais em volume imaterial, como demonstrado – não passou de falha operacional e de acompanhamento de sistema do próprio gestor. O fato é que por ação dos autuados confirmou-se que a irregularidade estava sanada, e que decorreu de falha operacional do próprio gestor, valendo lembrar ainda que o volume das negociações em questão é imaterial face aos investimentos e às provisões detidas pela Entidade, não havendo assim qualquer prejuízo a seus participantes, nem aos propósitos da regulamentação em vigor.

Esta questão já foi enfrentada nessa CRPC, quando, por unanimidade, negou provimento ao Recurso de Ofício interposto nos autos do Processo nº 44000.003299/2008-95 (Entidade Fundação de Assistência e Seguridade da Embasa – FABASA); processo este relatado pelo Conselheiro Daniel Pulino, julgado em 07.12.2011, com a seguinte ementa *in verbis*:



"REMESSA OFICIAL. AUTUAÇÃO BASEADA NA FALTA DE ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PELA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES VEDADAS PARA INVESTIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUSTENTAR-SE O ENQUADRAMENTO DADO AO CASO ANTE A EXISTÊNCIA DE PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELA ENTIDADE, TIDAS COMO PROPORCIONAIS AO CONTEXTO FÁTICO CONSIDERADO. REMESSA IMPROVIDA"

Tais iniciativas, somadas às restrições contratuais existentes nos regulamentos dos Fundos Exclusivos vedando expressamente a realização da operação de *day trade*, por si só afastam qualquer alegação no sentido de não ter havido por parte dos recorridos a adoção de quaisquer providências a seu cargo, tendentes a coibir a prática dessas operações.

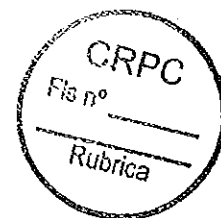
B) INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA E DA PENA – DEFICIÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO

Ainda, apenas a título de argumentação, outro aspecto relevante que deve ser considerado diz respeito à ausência de individualização das condutas e, conseqüentemente, das penas.

No que tange à responsabilidade de cada um dos Autuados, deve-se destacar, a título de exemplo, que o Autuado Fernando Antônio Pimentel de Melo não mais exercia o cargo de Diretor-Presidente da SISTEL no segundo período de ocorrência da prática das operações *day trade* (período de 21/07/2006 a 02/04/2007). Tal fato, inclusive, restou consignado pelo próprio AI, no qual se verifica que ele exerceu o cargo de Diretor-Presidente no período de 29/03/2000 a 19/01/2004 (fl. 10 do AI).

Tal aspecto não foi considerado pela fiscalização e tampouco, com a devida licença, pelo voto do Conselheiro Relator, que não individualizou as condutas dos Autuados tendo, por conseqüência, aplicando-lhes a mesma pena.

Mas não é só. Restou demonstrado que o auto de infração não descreveu adequada e pormenorizadamente a conduta de cada envolvido, de modo a delimitar e precisar o objeto da controvérsia e os fatos imputados aos



recorridos. Tal deficiência implica no necessário reconhecimento de vício insanável, até porque viola o direito do contraditório e ampla defesa.

Tal questão foi muito bem destacada no processo nº 44000.001956/2008-60 (Entidade PRECE – Previdência Complementar), onde se discutiu operação de *day-trade*, julgado na 16ª Reunião Ordinária dessa Câmara Recursal que, com base no voto do ilustre Conselheiro Relator Thiago Barros de Siqueira, manteve por unanimidade de votos a decisão da Diretoria Colegiada da Previc que reconheceu a nulidade da autuação, negando assim provimento ao recurso de ofício, nos seguintes termos:

“... Com supedâneo em consolidada jurisprudência desta Colenda Corte Administrativa, impõe-se concordar com as conclusões do Relatório Final nº 26/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, uma vez que a insuficiência da descrição dos fatos imputados aos autuados impossibilita o pleno conhecimento da situação em concreto, acarretando em prejuízo da análise do mérito e inviabilizando, por consequência, o adequado exercício dos corolários constitucionais do *contraditório* e da *ampla defesa* pelos administrados, razão pela qual se mostra acertada a decretação da nulidade da referida autuação...

...No presente caso, uma vez que o mero elenco dos autuados em rol ao final do Auto de Infração, sem a devida justificativa ou demonstração do nexo entre a sua autuação na Entidade e a infração relatada implica em prejuízo para a defesa, já que não permite determinar a quem incumbia e, principalmente, quem “*deixou de adotar as providências para a apuração de responsabilidades e, quando for o caso, deixou de propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo*” (infração do art. 79 do Decreto 4.942/2003), não resta outra conduta senão a de manter a nulidade da autuação.

Com relação à referida decretação de nulidade em decorrência da ausência de descrição adequada dos fatos tidos por irregulares, destaca-se, dentre outros, os seguintes precedentes desta CRPC:

“EMENTA: Auto de infração com vício insanável decorrente de relato impreciso dos fatos e ausência de nexo causal entre os fatos e a identificação dos responsáveis. Nulidade reconhecida. Recurso Ofício improvido” (Recurso de Ofício nº 44000.001954/2008-71, Relatora Maria Batista da Silva, julgado por unanimidade na sessão de 15/07/2010, publicado no DOU nº 156, de 16/08/2010, p. 44) (destacamos)



"EMENTA: Recurso de Ofício. Nulidade da autuação. Insuficiência da descrição dos fatos imputados ao atuado pode acarretar prejuízo ao direito de contraditório e ampla defesa do administrado." (Recurso de Ofício nº 44000.000085/2008-67, relator Hilton de Enzo Mitsunaga, julgado por unanimidade na sessão de 2/07/2010, publicado no DOU nº 156, de 16/08/2010, p. 45) (destacamos)..."
(os grifos são do original)

Destarte, presumir a culpa dos recorridos, sem a efetiva demonstração do nexo causal entre os fatos e o suposto ato indevido praticado pelo dirigente, implica também em reconhecer o instituto da responsabilidade objetiva, que como se sabe não é cabível no sistema da previdência complementar. Aliás, sobre o tema o Departamento de Legislação e Normas – DELEG já se manifestou através da Nota Técnica nº 100/2007/SPC/DELEG, de 17 de dezembro de 2007, deixando assente que:

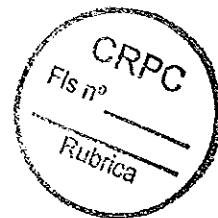
...58. Note-se que a Lei Complementar, ressaltando que só haverá responsabilização dos dirigentes que "tenham concorrido" para a prática de eventual ilícito adota, claramente, a responsabilidade subjetiva.

59. Além disso, tendo previsto a figura do dirigente "responsável pelas aplicações", a Lei Complementar traz nítida inversão do ônus da prova em matéria de ilícitos na área de investimentos.

60. Como se pode observar, a responsabilidade subjetiva com culpa presumida – em que, inicialmente, se presume a culpa do responsável, admitindo-se prova em contrário, isto é, podendo o acusado comprovar a ausência de culpa – é, na verdade, a que melhor se amolda às infrações administrativas à legislação da previdência complementar..."

É regra assente no Direito Brasileiro o princípio da inexistência de responsabilidade sem culpa. A culpa objetiva somente é admitida quando expressamente adotada na lei de regência. Não é o caso da previdência complementar, como se depreende da Lei Complementar 109/01 e mesmo da legislação ordinária civil, que além daquela (culpa) exigem a correlação entre a conduta do agente e o evento violação do direito ou dano, aferíveis.

Outrossim, a não individualização das condutas e conseqüentemente das penas por parte da fiscalização não pode ser admitido sob



pena de haver condenação desproporcional e injusta, como ocorrerá no caso presente, na hipótese de se entender pela procedência da autuação.

C) LEGISLAÇÃO ATUALMENTE EM VIGOR SOBRE OPERAÇÕES "DAY TRADE"

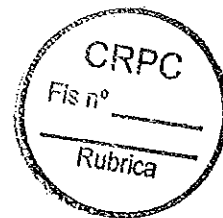
Por último, mas não menos importante, faz-se imprescindível destacar que, embora os autuados não estejam sendo acusados de fazer operações *day trade* (irregularidade original), mas sim de não tomar providências por elas terem sido feitas (suposta irregularidade derivada), vale registrar que hoje a legislação afastou a presunção absoluta de irregularidade nesse tipo de operação.

Isso porque, a vedação absoluta imposta às EFPC's no tocante à impossibilidade de realização de operações *day trade* foi mitigada com o advento da Resolução CMN nº 3.792/2009, que passou a admitir a realização dessa modalidade de operação por entidades fechadas de previdência complementa, desde que realizada em plataformas eletrônicas, tal como previsto no art. 53, inciso X, da referida Resolução.

Nesse contexto, com as devidas ressalvas, também se poderia aplicar ao caso presente o disposto na Súmula nº 02 da PREVIC, *verbis*: "Aplica-se na Previdência Complementar Fechada, o princípio da retroatividade da norma mais benéfica inclusive na hipótese de enquadramento decorrente da alteração promovida pela Resolução CMN nº 3.792, de 24.09.2009."

III - CONCLUSÃO

Por todo o exposto, reiterando as vênias ao Voto do Relator, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo-se a Decisão nº 19/2010/DICOL/PREVIC que considerou improcedente o Auto de Infração nº 02/09-74, uma vez que restou confirmado pelo próprio órgão fiscalizador que os Autuados não tomaram ciência da prática das operações *day trade*, não podendo,



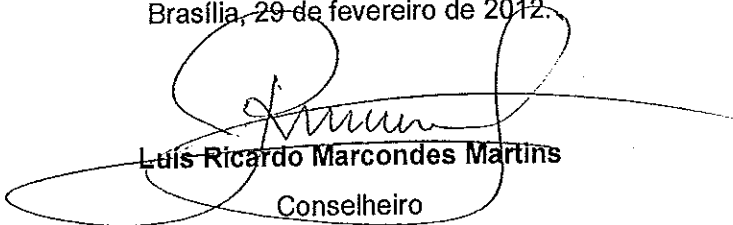
assim, ser-lhes imputado o cometimento da infração prevista no art. 79 do Decreto nº 4.942/03.

É como voto.

Caso prevaleça esse entendimento, propomos a ementa a seguir:

Ementa: Deixar de adotar providências para a apuração de responsabilidade pela prática de operações irregulares; aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas em modalidade de investimento não permitida; realização de operações *day trade* - Falta de ciência dos Autuados da prática de tais operações; impossibilidade, portanto, de adotar providências para apuração de responsabilidade - Não caracterização da infração prevista no art. 79 do Decreto nº 4.942/03 - Improcedência do Auto de Infração. - Recurso de ofício - Negado provimento.

Brasília, 29 de fevereiro de 2012.



Luís Ricardo Marcondes Martins
Conselheiro

Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC