

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - CRPC

Processo nº: 44000.001391/2009-00.

Recorrentes: Paulo Afonso Costa Zuba e Antônio Henrique Monteiro Nascimento.

Natureza do recurso: Recurso Voluntário.

EFPC: Fundação de Previdência dos Empregados da CEB - FACEB.

Relator: Allan Luiz Oliveira Barros.

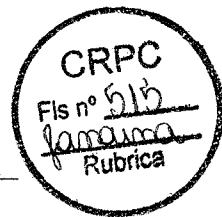
I - RELATÓRIO

Cuida-se de recurso voluntário proposto pelos Senhores **Paulo Afonso Costa Zuba e Antônio Henrique Monteiro Nascimento**, em face de decisão administrativa proferida pela Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, 54ª Sessão Ordinária de 12 de abril de 2011, que, ao julgar o Auto de Infração nº 05/09-62 emitido pela extinta Secretaria de Previdência Complementar (SPC/MPS), imputou aos recorrentes a conduta típica descrita no §1º do art. 9º, c/c §§ 5º e 6º do art. 35 e art. 63 da Lei Complementar nº 109/2001, c/c art. 79 do Decreto nº 4.942/2003, art. 6º da Resolução CMN nº 2.829, de 30/03/2001, e art. 6º da Resolução CMN nº 3.121, de 25/09/2003, §2º, art. 1º do art. 54, inciso II do art. 57 dos Regulamentos Anexos às Resoluções CMN nº 2.829/2001 e 3.121/2003, consistente em *“deixar de adotar as providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, deixar de (sic) 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”*.

A decisão colegiada ficou assim ementada (fls. 421-422):

AUTO DE INFRAÇÃO. DEIXAR DE ADOTAR PROVIDÊNCIAS PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES. APURAÇÃO. IRREGULARIDADES PRATICADAS PELO GESTOR TERCEIRIZADO. PREJUÍZOS AOS FUNDOS EXCLUSIVOS DA FACEB “BMC PORTFOLIO I FIF” E “MELLON GOLD FIA”. APURAÇÃO PELA CVM. PROVA EMPRESTADA. PROCEDÊNCIA.



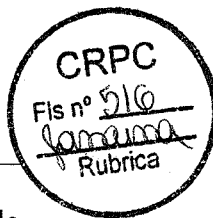


1. As provas carreadas aos autos são suficientes para demonstrar que a gestora, por meio de operações irregulares realizadas no âmbito fundos exclusivos da FACEB, causou prejuízos financeiros aos mesmos, no período de 01/07/2001 a 17/01/2003 e de 23/05/2003 a 22/04/2004.
2. Em face do Princípio da Economia Processual é válida a utilização de prova documental emprestada.
3. O procedimento de fiscalização interrompe a prescrição quinquenal prevista no art. 31 do Decreto nº 4.942, de 30/12/2003. Inteligência do inciso II do art. 33 do mesmo Decreto.
4. Os dirigentes responsáveis nos termos do estatuto, tomando conhecimento das rentabilidades negativas contumazes dos fundos de investimentos exclusivos das EFPC que dirigem, em face das operações irregulares realizadas pelo gestor terceirizado, têm o dever de adotar, de imediato, providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, propor ação regressiva contra os responsáveis pelos danos ou prejuízos causados à entidade ou a seus planos.
5. A contratação de pessoa jurídica especializada para gerir aplicação dos recursos garantidores não isenta a responsabilidade da EFPC e de sua diretoria. Inteligência do inciso II do art. 57 dos Anexos às Resoluções CMN nº 2.829, de 30/03/2001 e nº 3.121, de 25/09/2003 c/c art. 63 da LC nº 109 de 29/05/2001.
6. A falta de providências dos dirigentes durante o longo período em que os fundos tiveram desempenho abaixo do esperado em decorrência de operações irregulares viola o disposto no art. 79 do Decreto nº 4.942, de 30/12/2003.

A sanção administrativa pecuniária aplicada pela Previc a cada um dos recorrentes, no valor de **R\$ 25.786,67** (vinte e cinco mil, setecentos e oitenta e seis reais, sessenta e sete centavos), teve por fundamento a atuação dos recorrentes na qualidade de **Diretor Presidente e Diretor Administrativo Financeiro da Fundação de Previdência dos Empregados da CEB (FACEB)** no período em que foram verificadas irregularidades na gestão dos ativos da entidade fechada de previdência complementar (EFPC).

Conforme consignado no relatório do auto de infração (fls. 03-15) as irregularidades apontadas decorreram de operações financeiras realizadas pela empresa **Solidez Corretora de Câmbio CCTVM Ltda**, contratada pela FACEB¹ como gestora dos ativos de renda variável componentes da carteira dos **Fundos BMC Portfólio I FIF e Mellon Gold**, negociados no mercado futuro da Ibovespa, ocasionando à EFPC um prejuízo de **R\$ 7.537.275,00** (sete milhões, quinhentos e trinta e sete mil, duzentos e setenta e cinco reais), aplicações realizadas no **período de julho/2001 a abril/2004**, sem que os gestores da FACEB atuassem perante a administradora dos ativos no sentido de evitar as perdas ocorridas durante quase 3 (três) anos consecutivos.

¹ Conforme item 20 do relatório do auto de infração (fl. 07), a contratação da gestora dos ativos decorreu de autorização realizada na Assembléia Geral de Condôminos da FACEB, dia 02/07/2001.



As irregularidades foram inicialmente apuradas pela **Comissão de Valores Mobiliários – CVM** por meio de **Inquérito Administrativo CVM (Processo Administrativo Sancionador PAS 21/2006 – fls. 47-130)** que concluiu pela responsabilização da empresa Solidez CCTVM e as administradoras dos fundos BMC Asset Management DTVM Ltda e Mello Brascan DTVM, entre outros.

No relatório produzido no âmbito da CVM (fls.122) ficou consignado que as perdas suportadas pela FACEB ocorreram mediante a manipulação da distribuição dos negócios já fechados na BM&F, com ajustes do dia positivos em operações *day-trade* em favor de grupos bem identificados de clientes da mesma corretora, com a conivência dos gestores dos fundos e da EFPC.

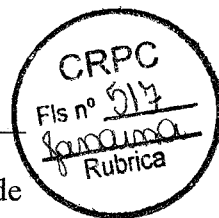
Conforme relatado no auto de infração:

“11. A negligência dos administradores da FACEB, frente a atuação fraudulenta da gestora dos fundos, possibilitou o funcionamento de um esquema por cerca de três anos, montado dentro da Solidez CCTVM, para beneficiar determinados clientes, sempre em prejuízo dos fundos exclusivos da FACEB, através de operações de contratos futuros na BM&F.

12. A CVM constatou que, de um lado, grupos bem identificados de clientes dessa corretora auferiram, de forma sistemática, ajustes do dia positivos em operações *day-trade*, no período de julho de 2001 a abril de 2004, e, de outro lado, os fundos exclusivos da FACEB, BMC Portfólio I – FIF e Mellon Gold FIA, operando nos mesmos mercados e períodos, sofreram ajustes do dia negativos.

O mesmo relatório conclusivo da CVM (fls. 122) afirma que o direcionamento dos resultados positivos para alguns clientes da empresa Solidez CCTVM, em detrimento do patrimônio da FACEB, “se fez viável porque a especificação dos comitentes finais junto à BM&F feita pela intermediária poderia ocorrer mesmo após o término do pregão, tornando possível, assim, o direcionamento dos negócios já fechados de acordo com o que se mostrasse mais conveniente” à empresa contratada.

No âmbito da CVM foi apresentada proposta de Termo de Compromisso pelo BMC Asset Management DTVM Ltda e outros acusados (fls. 140), em que estes se comprometem a pagar em conjunto, no prazo de 10 dias, a quantia de **R\$ 287.784,00** (duzentos e oitenta e sete mil, setecentos e oitenta e quatro reais), na proporção de 80% em benefício da FACEB e 20% para a CVM, montante que equivale a 15% dos “ajustes do dia” negativos sofridos pelo BMC Portfólio I – Fundo de Investimento Financeiro.



Nas fls. 130 consta que no **dia 12/05/2008** foi recebido pela Secretaria de Previdência Complementar o resultado das investigações realizadas na CVM, e iniciada a apuração das supostas irregularidades pelo órgão de fiscalização do regime fechado de previdência complementar.

A empresa Solidez Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários Ltda foi destituída do cargo de gestora da carteira de ativos da EFPC em decisão da Assembléia Geral de Cotista realizada em **19/05/2004** (item 55 do relatório do AI).

O recorrente **ANTÔNIO HENRIQUE MONTEIRO NASCIMENTO** apresentou **recurso voluntário nas fls. 436-456** argumentando, em síntese:

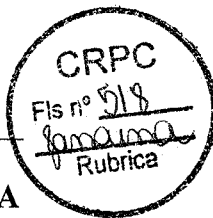
a) a prescrição da pretensão punitiva em relação às irregularidades praticadas no âmbito da EFPC no período de julho/2001 a abril/2004;

b) que seja declarada a nulidade da decisão da Diretoria Colegiada da Previc, já que caberia à mesma, na forma do inciso III, art. 7º da Lei nº 12.154/2009 “decidir sobre a conclusão dos relatório finais” dos autos de infração aplicados pela fiscalização da autarquia, e não apenas “homologar”, sem qualquer juízo de valor, o relatório emitido por outro órgão da Previc (Diretoria de Fiscalização);

c) que seja declarada a nulidade de todo o processo administrativo sancionador, por violação aos incisos LIV e LV, art. 5º da Constituição Federal (devido processo legal, contraditório e ampla defesa), por não ter participado o recorrente como parte investigada no processo administrativo que transcorreu no âmbito da CVM, impossibilitando-lhe a produção de defesa administrativa;

d) a nulidade do auto de infração, por violação ao princípio da legalidade, já que a autuação lastrea-se no art. 79 do Decreto nº 4.941/2003 e não em dispositivo legal específico; e

e) no mérito, afirma que não poderia ser responsabilizado pelos supostos atos irregulares praticados pela empresa contratada para gerir os ativos, seja diante da impossibilidade de acompanhar as ações internas praticadas pela empresa contratada (atribuindo-lhe tal tarefa à CVM e à Previc), seja pela impossibilidade do recorrente apurar responsabilidades ou propor ação regressiva contra os terceiros que causaram o dano à EFPC.



Nas **fls. 459 a 490**, o recorrente **PAULO AFONSO COSTA ZUBA** apresenta o **recurso voluntário** argumentando:

a) preliminarmente, a ocorrência da prescrição quinquenal, considerando que o Auto de Infração nº 05/09-62 foi lavrado apenas em maio de 2009, mais de 5 anos após a data da última operação supostamente irregular perpetrada pelo Fundo Mellon Gold FIA, sem que tenha incidido qualquer causa interruptiva do prazo prescricional;

b) a nulidade do auto de infração, diante da deficiência da tipificação da conduta do recorrente, considerando que inexistente nos autos qual seria a conduta do recorrente que violou os dispositivos normativos que fundamentam o auto de infração, bem como quais seriam os fatos que fazem concluir a conduta negligente do recorrente no acompanhamento e controle dos fundos exclusivos dos quais a FACEB era cotista;

c) a nulidade do processo administrativo por cerceamento de defesa, ao não ter sido apreciado na defesa administrativa apresentada pelo recorrente o pedido de produção de prova documental, mediante a apresentação dos documentos em poder da FACEB, relacionados às operações financeiras realizadas pela entidade;

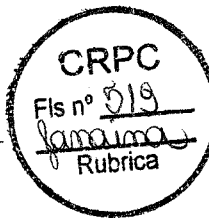
d) no mérito, com a finalidade de elidir sua responsabilidade quanto aos fatos apurados pela fiscalização, alegou conjuntamente:

- não era atribuição do recorrente acompanhar a execução dos contratos celebrados com terceiros, mas apenas a assinatura dos contratos como representante legal da EFPC (Diretor Presidente);

- não tinha a responsabilidade pelas aplicações dos recursos garantidores dos planos de benefício, cabendo tal atribuição ao Diretor Administrativo-Financeiro a supervisão e acompanhamento daquelas aplicações, inclusive existindo designação específica deste último como administrador estatutário tecnicamente qualificado, somente podendo ser responsabilizado o recorrente se houvesse concorrido para as irregularidades, na forma prevista no caput e §§ 5º e 6º do art. 35 da LC 109/2001, o que não teria ocorrido no caso concreto;

- tão logo tomou conhecimento da má performance do gestor terceirizado (Solidez CCTVM) adotou as medidas urgentes para a solução da

51



questão, resultando na destituição do gestor e na determinação ao Diretor Administrativo-Financeiro para adotar providências destinadas a recuperar a performance dos ativos;

- que não atuava como Diretor Presidente na época dos fatos relacionados às operações realizadas no Fundo BMC Portfólio I; e

- que somente após a apuração dos fatos pela CVM é que seria possível formar o convencimento sobre as irregularidades praticadas pela empresa Solidez CCTVM, momento em que o recorrente não era mais o Diretor Presidente da EFPC, estando impossibilitado de tomar qualquer providência para recompor os prejuízos sofridos pela entidade.

Esse o relatório, passemos ao voto.

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - CRPC

Processo nº: 44000.001391/2009-00.

Recorrentes: Paulo Afonso Costa Zuba e Antônio Henrique Monteiro Nascimento.

Natureza do recurso: recurso voluntário.

EFPC: Fundação de Previdência dos Empregados da CEB - FACEB.

Relator: Allan Luiz Oliveira Barros.

II - VOTO

Da preliminar de mérito - tempestividade:

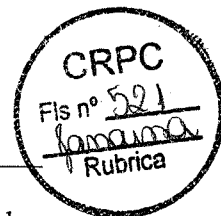
O recurso voluntário é o instrumento processual previsto no Decreto nº 4.942/2003 que regula o processo administrativo sancionador da previdência complementar fechada disponibilizado aos autuados para demonstrar seu inconformismo em face da decisão emitida pela Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, devendo ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da decisão-notificação, suspendendo os efeitos da decisão recorrida, nos termos do §2º, art. 65 da Lei Complementar nº 109/2001¹ e art. 13 do Decreto nº 4.942/2003.

Art. 13. Da decisão do Secretário de Previdência Complementar caberá recurso ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar, com efeito suspensivo, no prazo de quinze dias, contado do recebimento da decisão-notificação.

No caso dos autos, os recursos foram apresentados tempestivamente, considerando que os recorrentes receberam a decisão-notificação no dia **20/04/2011** (AR de fls. 434 e 458) e protocolizaram os recursos nos dias **05/05/2011** (fls. 436) e **09/05/2011** (fls. 459). Como nos dias 21 e 22 de abril de 2011 houve feriado nos órgãos

¹ Art. 65. A infração de qualquer disposição desta Lei Complementar ou de seu regulamento, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, sujeita a pessoa física ou jurídica responsável, conforme o caso e a gravidade da infração, às seguintes penalidades administrativas, observado o disposto em regulamento: (...) § 2º Das decisões do órgão fiscalizador caberá recurso, no prazo de **quinze dias**, com efeito suspensivo, ao órgão competente.





do Governo Federal, o prazo iniciou contagem apenas no dia 25/04/2011 (segunda-feira), encerrando-se em 09/05/2011.

Preliminar de mérito - prescrição da pretensão punitiva:

Argumentam os recorrentes que os fatos que resultaram na lavratura do auto de infração, ocorridos no período de 07/2001 a 04/2004, estariam prescritos, o que impediria o exercício do poder punitivo pelo Estado.

O argumento não merece prevalecer.

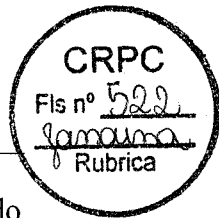
Segundo prescrevem os artigos 31 a 34 do Decreto 4.942/2003 a pretensão punitiva do Estado deve ser exercitada no prazo de até cinco anos contados do (s) fato (s) que motivou a aplicação da sanção administrativa, ocorrendo a prescrição intercorrente caso o processo fique paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.

Nos casos de infração permanente ou de infração continuada o prazo prescricional se prolonga no tempo, iniciando o *dies a quo* da contagem prescricional no momento em que tiver cessada a conduta ilícita ou do último ato praticado, conforme o caso.

Os fatos que levaram à lavratura do auto de infração decorreram da omissão dos recorrentes (Diretor Presidente e Diretor Administrativo Financeiro da FACEB) ao deixarem de adotar providências destinadas à apuração da responsabilidade dos gestores em operações financeiras realizadas por empresa contratada, que, no período de 07/2001 a 01/2003 e de 05/2003 a 04/2004, negociou ativos da EFPC na Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F, por meio de fundos exclusivos da FACEB, resultando em perdas sucessivas no mercado financeiro, causando prejuízo aos recursos garantidores do plano de benefícios da entidade fechada.

O fato dos dirigentes da entidade fechada deixarem de adotar as providências necessárias a impedir as sucessivas perdas nas negociações engendradas no mercado financeiro caracteriza infração permanente que se protraí no tempo, cessando a permanência apenas quando não mais existir o dever de fidúcia desses

2



dirigentes em relação à entidade, o que, em tese, se caracterizaria com o término do mandato dos dirigentes na Diretoria Executiva da entidade fechada².

Conforme consta das fls. 130, o início da apuração das irregularidades no âmbito do órgão de fiscalização ocorreu no dia **12/05/2008**, quando a extinta Secretaria de Previdência Complementar recebeu o resultado das investigações realizadas na CVM, sucedendo-se com a prática de outros atos administrativos destinados à apuração do ilícito, dentre os quais: o despacho de fls. 132, lavrado em 14/10/2008, que distribuiu os autos para atuação da autoridade fiscal; a solicitação de informações à entidade fechada de fls. 133, de 31/10/2008; o envio de notificação administrativa para apresentação da defesa pelos recorrentes (AR de fls. 323 recebido em **05/06/2009**), sendo concluída a investigação com a decisão da Diretoria Colegiada da Previc (fls.420-422, de 12/04/2011) que decidiu pela procedência do auto de infração.

Ou seja, mesmo que considerado como o dia inicial de contagem do prazo prescricional a data da última operação financeira realizada pela empresa contratada (abril/2004), não se passaram 5 (cinco) anos até a data da notificação dos recorrentes para apresentação de defesa (05/06/2009), nem desta até a emissão da decisão administrativa de 1ª instância (decisão Previc de 12/04/2011), considerando que a notificação e a decisão administrativa interrompem o prazo prescricional³.

Desse modo, deixo de acolher a preliminar de prescrição da pretensão punitiva.

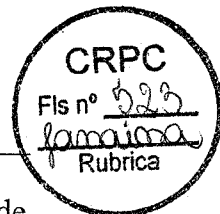
Da nulidade da decisão administrativa da Previc:

Aduz o recorrente **ANTÔNIO HENRIQUE MONTEIRO NASCIMENTO** que deve ser reconhecida a nulidade da decisão administrativa emitida pela Diretoria Colegiada da Previc, já que caberia à mesma, na forma do inciso III, art. 7º da Lei nº 12.154/2009, decidir sobre a conclusão dos relatórios finais dos autos de infração aplicados pela fiscalização da autarquia, e não apenas “homologar”, sem

² Conforme informação registrada no relatório que fundamentou o auto de infração, o recorrente Paulo Afonso da Costa Zuba, atuou como Diretor Presidente no período de 23/01/2003 a 04/08/2006 e o recorrente Antônio Henrique Monteiro Nascimento, como Diretor Administrativo-Financeiro no período de 27/01/1999 a 08/06/2006.

³ Decreto nº 4.942/2003: Art. 33. Interrompe-se a prescrição: I - pela notificação do autuado, inclusive por meio de edital; II - por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato; ou III - pela decisão condenatória recorrível. Parágrafo único. Ocorrendo interrupção da prescrição, o prazo prescricional recomeçará a fluir desde o seu início.

13



qualquer juízo de valor, o relatório emitido por outro órgão da autarquia (Diretoria de Fiscalização).

Não assiste razão ao recorrente.

No processo administrativo sancionador, tal qual no processo judicial, o reconhecimento de nulidade processual depende da demonstração de violação a dispositivo de lei de ordem pública e, quando alegado vício de forma, cabe ao interessado a demonstração do prejuízo.

Nesse sentido, o art. 35 do Decreto nº 4.942/2003:

Seção IX

Das Nulidades

Art. 35. A inobservância de forma não acarreta nulidade do ato processual quando não houver prejuízo para a defesa.

§ 1º A nulidade somente prejudica os atos posteriores àquele declarado nulo se dele diretamente dependentes ou se dele forem consequência.

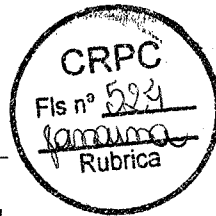
§ 2º À autoridade responsável pela declaração de nulidade caberá a indicação dos atos nulos por força do § 1º, bem como a determinação dos procedimentos saneadores.

A disciplina jurídica atual do processo administrativo sancionador confere competência para julgamento do auto de infração à Diretoria Colegiada da Previc (sucessora da extinta Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social), cabendo a esta apreciar a regularidade formal e material do auto de infração lavrado pela área de fiscalização⁴ e declarar ou não sua validade jurídica.

A decisão final da Diretoria Colegiada da Previc que julga procedente o auto de infração consiste em ato administrativo complexo, iniciando com os procedimentos prévios de investigação, a lavratura do auto de infração, a emissão de relatórios da área de fiscalização, somente se aperfeiçoando com a manifestação de vontade conclusiva do órgão colegiado.

Consta dos autos a Ata da Sessão da Diretoria Colegiada da Previc (fls. 420) que aprova o relatório final de fls. 381-419, posteriormente sendo emitida decisão específica pelo Colegiado (fls. 421-422) onde foram analisadas todas as questões

⁴ O Decreto nº 4.942/2003 que regula o processo administrativo sancionador, com o advento da Lei nº 12.154/2009 que criou a Previc, autarquia federal responsável pela supervisão e fiscalização do regime de previdência complementar fechada, substituindo a extinta Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social, deve ser interpretado considerando as alterações promovidas pela referida lei



relacionadas à infração administrativa, sem que se evidencie qualquer irregularidade ou prejuízo ao recorrente.

Assim, rejeito o argumento da nulidade da decisão administrativa.

Da nulidade – ausência do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo conduzido pela CVM e em razão da não apreciação do pedido de produção de prova documental pela FACEB:

O recorrente **ANTÔNIO HENRIQUE MONTEIRO NASCIMENTO** alega na sua peça recursal que não lhe foi conferida a possibilidade de participação nas investigações realizadas no âmbito da CVM, o que resultaria na nulidade do processo administrativo sancionador da Previc por violação aos incisos LIV e LV, art. 5º da Constituição Federal (devido processo legal, contraditório e ampla defesa).

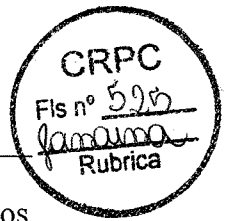
Já o recorrente **PAULO AFONSO COSTA ZUBA** argumenta que teve seu direito de defesa cerceado por não ter sido apreciado o seu pedido de apresentação de documentos em poder da FACEB, relacionados aos fatos objeto da apuração administrativa.

Também razão não assiste aos recorrentes.

A obediência ao devido processo legal e a oferta do contraditório e da ampla defesa foram regularmente franqueados aos recorrentes perante o órgão de fiscalização da previdência complementar, seja pela possibilidade do oferecimento de defesa e documentos que corroborassem com sua tese, seja a oportunidade da apresentação de alegações finais.

Embora o início da apuração das irregularidades no âmbito da extinta Secretaria de Previdência Complementar tenha sido deflagrado pelo encaminhamento das conclusões dos trabalhos realizados pela CVM (documentos de fls. 47-129, prova emprestada), a qual investigou as operações financeiras realizadas na BM&F em prejuízo do patrimônio da FACEB, a partir do recebimento dessas informações novo processo administrativo foi instaurado para a apuração de eventual responsabilidade dos dirigentes da EFPC (documentos de fls. 130-132).

Não se podem confundir as atribuições e procedimentos adotados por entidades públicas distintas (CVM e Previc), já que compete à CVM disciplinar, normatizar e fiscalizar a atuação dos diversos integrantes do mercado de valores



mobiliários e a atuação de seus atores, como as companhias abertas, os intermediários financeiros e os investidores, além de outros cuja atividade gira em torno do mercado financeiro, e à Previc a fiscalização e supervisão das atividades das EFPC, aplicando sanções administrativas quando configurados fatos que se amoldem aos tipos administrativos previstos na Lei Complementar nº 109/2001, Decreto nº 4.942/2003 e demais normas complementares da previdência complementar.

Assim, não se pode falar em nulidade do processo administrativo sancionador da previdência complementar em razão da ausência de participação do recorrente **ANTÔNIO HENRIQUE MONTEIRO NASCIMENTO** no processo administrativo conduzido por outra entidade pública (CVM), cujos objetivos eram distintos e que não se destinava à apuração de responsabilidade do recorrente na qualidade de dirigente do fundo de pensão.

Também não procedem as afirmações do recorrente **PAULO AFONSO COSTA ZUBA** ao alegar cerceamento de defesa, já que constam dos autos, por solicitação da fiscalização da Previc, todas as informações e documentos em posse da FACEB relacionadas aos fatos objeto da apuração administrativa, sendo desarrazoada a reiteração do pedido de documentos que já constavam dos autos.

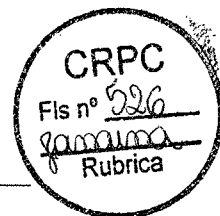
Da nulidade do auto de infração pela deficiência da tipificação administrativa:

Alega o recorrente **PAULO AFONSO COSTA ZUBA** que não foi apontado no auto de infração qual seria a conduta que lhe foi atribuída para legitimar sua inclusão como autor da infração administrativa.

Consta do auto de infração que o referido recorrente, na qualidade de Diretor Presidente da FACEB, teria o dever funcional de acompanhar as operações financeiras realizadas pela empresa contratada, adequando-se sua conduta ao art. 79 do Decreto nº 4.942/2003, razão pela qual não procede a tese recursal.

Da nulidade do auto de infração – violação ao princípio da legalidade:

Afirma o recorrente **ANTÔNIO HENRIQUE MONTEIRO NASCIMENTO** que o auto de infração padece de nulidade por fundamentar a infração administrativa com base no art. 79 do Decreto nº 4.942/2003 e não em dispositivo de lei



em sentido estrito, o que violaria o princípio da legalidade que somente legitima a exigência de obrigações pelo Estado aos seus cidadãos se previamente previstas em lei.

Não assiste razão ao recorrente.

Ao contrário do afirmado pelo recorrente, a aplicação de sanções administrativas aos responsáveis por violar a legislação de previdência complementar possui fundamento de validade nos artigos 63 a 67 da LC 109/2001, a qual remete ao regulamento a definição dos tipos administrativos que, caso ocorridos os fatos nele previstos, implica a configuração do ilícito punível.

LC 109/2001:

Art. 65. A infração de qualquer disposição desta Lei Complementar ou de seu regulamento, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, sujeita a pessoa física ou jurídica responsável, conforme o caso e a gravidade da infração, às seguintes penalidades administrativas, **observado o disposto em regulamento:**

I - advertência;

II - suspensão do exercício de atividades em entidades de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias;

III - inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público; e

IV - multa de dois mil reais a um milhão de reais, devendo esses valores, a partir da publicação desta Lei Complementar, ser reajustados de forma a preservar, em caráter permanente, seus valores reais.

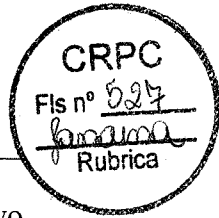
(...)

Art. 66. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo, **na forma do regulamento**, aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. (Vide Decreto nº 4.942, de 30.12.2003)

Na seara da previdência complementar fechada coube principalmente ao Decreto nº 4.942/2003 e às normas do Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC e do Conselho Monetário Nacional - CMN, órgãos reguladores da previdência complementar fechada e do mercado de valores mobiliários, respectivamente, detalhar quais seriam as condutas tidas como relevantes à preservação do sistema de previdência privada fechada.

Especificamente no âmbito da previdência complementar em que a grande maioria das infrações decorre de práticas ilícitas perpetradas por gestores das entidades fechadas, ou pessoas físicas e jurídicas contratadas, na aplicação inadequada dos recursos garantidores dos planos de benefícios no mercado financeiro, a aplicação restrita do princípio da legalidade estrita terminaria por impedir a adequada atuação do Estado em atividade cuja dinâmica e constante evolução dos negócios financeiros exige celeridade na construção de tipos administrativos específicos, o que certamente não

7



seria adequadamente acompanhado na mesma velocidade pelo processo legislativo ordinário.

Nesse sentido, precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que legitima a utilização de atos infra-legais para fundamentar autos de infração expedidos pelo Estado no exercício do poder de polícia:

ADMINISTRATIVO – AUTO DE INFRAÇÃO – CONMETRO E INMETRO – LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 – ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA – CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES – PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES – TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passant a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.

2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.

3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.

4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ.

(RESP nº 1.102.578 - MG (2008/0266102-6). Relatora Ministra Eliana Calmon).

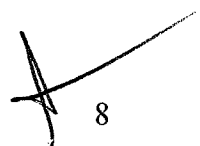
Pelo exposto, deixo de acolher o referido argumento.

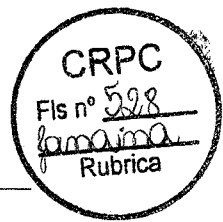
Do mérito – responsabilidade administrativa dos recorrentes:

Por fim, aduzem os recorrentes que não poderiam ser responsabilizados pelos supostos atos irregulares praticados pela empresa contratada para gerir os ativos, seja diante da impossibilidade de acompanhar as ações internas praticadas pela empresa contratada (atribuindo-lhe tal tarefa à CVM e à Previc), seja pela impossibilidade dos recorrentes apurarem responsabilidades ou proporem ação regressiva contra os terceiros que causaram o dano à EFPC.

A responsabilidade administrativa no processo sancionador de previdência complementar fechada sustenta-se no conceito de culpa (responsabilidade subjetiva).

Para que seja legítima a sanção administrativa aplicada deve ficar demonstrado no processo que o autuado contribuiu ou concorreu de alguma forma para


8



a ocorrência do ilícito administrativo, inteligência que se extrai dos artigos 65 e 66 da LC 109/2001.

Os recorrentes foram enquadrados no tipo administrativo prescrito no art. 79 do Decreto nº 4.942/2003, o qual prescreve:

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 dias⁵.

O tipo administrativo descrito no art. 79 impõe a aplicação de sanção para aqueles que deixam de adotar providências para apuração de responsabilidades e a respectiva ação regressiva reparadora dos prejuízos causados pela ação lesiva ao patrimônio da EFPC.

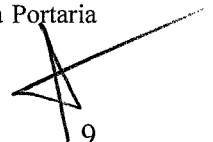
Trata-se de um tipo administrativo que prescreve uma **omissão punível** em que o responsável tinha a obrigação legal ou estatutária de preservar os interesses da entidade fechada.

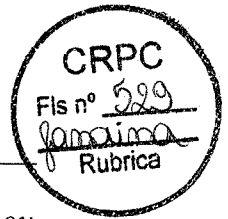
Ou seja, tirantes as situações normais de oscilação de mercado e eventuais prejuízos financeiros suportados pelas entidades fechadas em razão de circunstâncias de mercado, aqueles gestores que se propõem a assumir cargos que participam diretamente dos processos decisórios da EFPC, dentre eles as ações voltadas à execução de sua política de investimento, tem por obrigação contratual e estatutária zelar e acompanhar a evolução dos recursos garantidores dos planos de benefícios, mesmo quando os atos lesivos sejam executados por gestão terceirizada.

No momento em que o gestor assume o compromisso estatutário perante a entidade fechada tem o dever de agir para impedir o resultado lesivo ao patrimônio da entidade.

É o que no direito penal se intitula **delito omissivo impróprio ou comissivo por omissão**, que *“consiste em dar lugar por omissão a um resultado típico, não evitado por quem podia e devia fazê-lo, ou seja, por aquele que, na situação*

⁵ Segundo o auto de infração, o valor de R\$ 25.786,67 corresponde à atualização da multa pela Portaria MPS/SPC nº 2.649, de 11 de dezembro de 2008.


9



concreta, tinha a capacidade de ação e o dever jurídico de agir para obstar a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado”⁶.

Compulsando os autos verificamos a omissão punível dos recorrentes que não diligenciaram sequer para minorar os prejuízos sofridos pela entidade fechada.

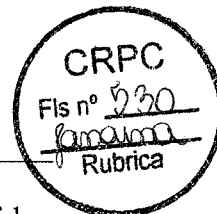
No relatório produzido no âmbito da CVM (fls.122), confirmado pela fiscalização da Previc, ficou evidenciado que no período de 07/2001 a 01/2003 e de 05/2003 a 04/2004 houve perdas suportadas pela FACEB mediante a manipulação da distribuição dos negócios já fechados na BM&F, com ajustes do dia positivos em operações *day-trade* em favor de grupos bem identificados de clientes da mesma corretora (**SOLIDEZ CORRETORA DE CâMBIO, TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA**), com a conivência dos gestores dos fundos e da EFPC, o que resultou num prejuízo de **R\$ 7.537.275,00** (sete milhões, quinhentos e trinta e sete mil, duzentos e setenta e cinco reais) ao fundo de pensão.

Concluiu a autoridade fiscalizadora no relatório de fiscalização que, com base nas informações da CVM, os fundos da FACEB foram usados para dar suporte a um esquema fraudulento montado pela empresa **SOLIDEZ**, com o objetivo de beneficiar determinados clientes em detrimento dos fundos exclusivos da FACEB.

Na época dos fatos o recorrente **PAULO AFONSO DA COSTA ZUBA** ocupava a função de Presidente da FACEB (23/01/2003 a 04/08/2006), cujas atribuições funcionais, conforme consta no inciso III, art. 50 do Estatuto da EFPC (fls.16-23), abrangia “representar a FACEB, juntamente com outros Diretores, em convênio, contratos, acordos e demais documentos, firmando em nome dela, os respectivos instrumentos e movimentar os recursos da FACEB juntamente com um dos Diretores”, o que justificaria o dever de agir para evitar a continuidade dos prejuízos sofridos pela entidade fechada por quase 3 anos consecutivos.

Não procedem os argumentos utilizados pelo referido recorrente para infirmar o dever de agir em relação às operações financeiras, já que a rescisão do contrato com a empresa **SOLIDEZ** ocorreu 15 (quinze) meses após a posse do recorrente como Diretor Presidente, sendo também irrelevante o fato de não ser dirigente do fundo de pensão no período das operações realizadas no fundo BMC

⁶ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 1. Parte Geral. 3ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002. Página 261.



Portfólio I, já que tais circunstâncias não impediram os prejuízos financeiros sofridos pela FACEB.

Já o recorrente **ANTÔNIO HENRIQUE MONTEIRO NASCIMENTO** atuou como Diretor Administrativo-Financeiro da FACEB no período de 27/01/99 a 08/06/2006, também contemporâneo aos atos ilícitos apurados, constando no inciso III, art. 52 do Estatuto da EFPC (fls.16-23) a atribuição de “movimentar os recursos da FACEB juntamente com o Presidente,” o que atrairia sua responsabilidade sob os recursos administrados pela empresa contratada para gerir os fundos exclusivos.

Corroborando com a existência de culpa dos recorrentes, além de sua posição funcional na Diretoria Executiva da EFPC, o fato de haver previsão nos regulamentos dos fundos de investimentos a obrigatoriedade da administradora dos recursos repassar mês a mês à FACEB as informações sobre a rentabilidade auferida pelos fundos, bem como a existência de um Comitê de Investimento constituído por membros indicados pela entidade fechada e pela administradora, com a finalidade de sugerir ativos financeiros para compor a carteira dos ativos.

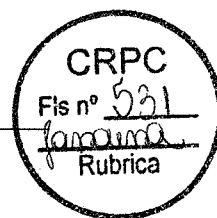
A empresa Solidez Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários Ltda foi destituída do cargo de gestor da carteira tão somente na Assembléia Geral de Cotista realizada em 19/05/2004 (fls. 11 - item 55 do relatório do auto de infração), conforme informado pela FACEB, o que demonstra a inércia dos recorrentes quando deveriam agir imediatamente, à medida que tivesse conhecimento das operações danosas ao patrimônio da entidade a qual representava.

Diante de todo o exposto, conheço dos Recursos Voluntários para, no mérito, negar-lhes provimento.

É como voto.

Brasília/DF, 20 de junho de 2012.

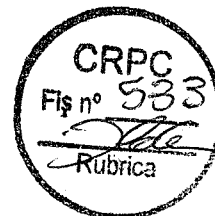

Allan Luiz Oliveira Barros
Membro Suplente da CRPC
Representante dos Servidores Públicos Efetivos



Sugestão de Ementa:

EMENTA: RECURSO VOLUNTÁRIO. ART. 79 DO DECRETO Nº 4.942/2003. DEIXAR DE ADOTAR AS PROVIDÊNCIAS PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES E DEIXAR DE PROPOR AÇÃO REGRESSIVA CONTRA EMPRESA CONTRATADA PARA GERIR FUNDOS EXCLUSIVOS DO FUNDO DE PENSÃO. OPERAÇÕES FRAUDULENTAS REALIZADAS NA BM&F. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. LEGALIDADE DA DECISÃO DA DIRETORIA COLEGIADA DA PREVIC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO CONDUZIDO PELA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM, UTILIZADO COM PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE DA FIXAÇÃO DO ILÍCITO ADMINISTRATIVO PELO DECRETO Nº 4.942/2003. DEVER DE AGIR DOS RECORRENTES NA QUALIDADE DE DIRETOR-PRESIDENTE E DIRETOR ADMINISTRATIVO-FINANCEIRO DA ENTIDADE. AUSÊNCIA DE AÇÕES EFICAZES PARA EVITAR O RESULTADO LESIVO NAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS ENGENDRADAS POR EMPRESA CONTRATADA, PELO PERÍODO DE QUASE 3 ANOS. PROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO-PROVIMENTO DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR



VOTO VENCEDOR

Processo nº.: 44000.001391/2009-00

Auto de Infração nº.: 05/09-62

Decisão nº.: 13/2011/CGDC/DICOL/PREVIC

Entidade interessada: FUNDAÇÃO DE PREVIDÊNCIA DOS EMPREGADOS DA CEB - FACEB

Recorrentes: Paulo Afonso Costa Zuba e Antonio Henrique Monteiro Nascimento

Relator Recurso Voluntário: Allan Luiz Oliveira Barros

Voto Vencedor Recurso Voluntário: Luís Ricardo Marcondes Martins

I - CONTEXTUALIZAÇÃO

1. Trata-se de Recursos Voluntários interpostos em face de decisão n. 13/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, proferida pela Diretoria Colegiada da PREVIC, na 54ª Seção Ordinária, realizada em 12/04/2011, que aprovou, por unanimidade, o Relatório Final n. 12/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, datado de 06 de abril de 2011 e, dessa forma, julgou procedente o Auto de Infração n.º 05/09-62, lavrado contra Paulo Afonso Costa Zuba e Antonio Henrique Monteiro Nascimento, aplicando-lhes multa pecuniária de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), conforme estabelecido no art. 79 do Decreto n. 4.942/2003, valor este a ser atualizado nos termos do § 2º do art. 26 daquele mesmo Decreto. A referida decisão restou assim ementada:

“EMENTA: AUTO DE INFRAÇÃO. DEIXAR DE ADOTAR PROVIDÊNCIAS PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES. APURAÇÃO. IRREGULARIDADES PRATICADAS PELO GESTOR TERCEIRIZADO. PREJUÍZOS AOS FUNDOS EXCLUSIVOS DA FACEB 'BMC PORTFOLIO I FIF' E 'MELLON GOLD FIA'. APURAÇÃO PELA CVM. PROVA EMPRESTADA. PROCEDÊNCIA.

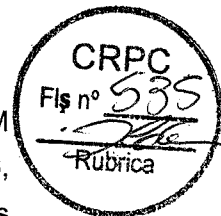
1. *As provas carreadas aos autos são suficientes para demonstrar que a gestora, por meio de operações irregulares realizadas no âmbito fundos exclusivos da FACEB, causou prejuízos financeiros aos mesmos, no período de 01/07/2001 a 17/01/2003 e de 23/05/2003 a 22/04/2004.*



2. *Em face do princípio da economia processual é válida a utilização de prova documental emprestada.*
3. *O procedimento de fiscalização interrompe a prescrição quinquenal prevista no art. 31 do Decreto n. 4.942, de 30/12/2003. Inteligência do inciso II do art. 33 do mesmo Decreto.*
4. *Os dirigentes responsáveis nos termos do estatuto, tomando conhecimento das rentabilidades negativas contumazes dos fundos de investimentos exclusivos das EFPC que dirigem, em face das operações irregulares realizadas pelo gestor terceirizado, têm o dever de adotar, de imediato, providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, propor ação regressiva contra os responsáveis pelos danos ou prejuízos causados à entidade ou a seus planos.*
5. *A contratação de pessoa jurídica especializada para gerir aplicação dos recursos garantidores não isenta a responsabilidade da EFPC e de sua diretoria. Inteligência do inciso II do art. 57 dos Anexos às Resoluções CMN n. 2.829, de 30/03/2001 e n. 3.121, de 25/09/2003 c/c art. 63 da LC n. 109 de 29/05/2001.*
6. *A falta de providências dos dirigentes durante o longo período em que os fundos tiveram desempenho abaixo do esperado em decorrência de operações irregulares viola o disposto no art. 79 do Decreto n. 4.942, de 30/12/2003. ”*

2. Cumpre ressaltar que, de acordo com o relatório do referido auto de infração, em fiscalização iniciada em 22/10/2008, comunicada por meio do Ofício n. 3.575/SPC/DEFIS/CGFD, de 15/10/2008, foram constatadas irregularidades em operações de contratos futuros negociados na BM&F, por meio de fundos exclusivos da FACEB (BMC Portfólio I – Fundos de Investimento Financeiro e Mellon Gold Fundo de Investimentos em Ações), que resultaram em perdas no montante de 7,5 milhões de reais (R\$ 1.918.560,00 no BMC Portfólio I e R\$ 5.618.715,00 no Mellon Gold Fundo de Investimentos em Ações), considerando-se apenas os “ajustes do dia”, no período de 07/2001 a 01/2003 (BMC Portfólio I) e 05/2003 a 04/2004 (Mellon Gold Fundo de Investimentos em Ações).

3. Ainda conforme a Fiscalização “tais perdas só foram possíveis graças à falta de diligência dos administradores da entidade, que, por cerca de três anos consecutivos, não tomaram nenhuma providência junto à gestora dos fundos, Solidez Corretora de Câmbio CCTVM Ltda., de modo a evitar os ajustes negativos contumazes.”



4. Restou registrado no auto que em virtude das referidas operações a CVM instaurou Inquérito Administrativo e o Processo Administrativo Sancionador PAS 21/2006, que concluiu pela responsabilização da Solidez Corretora de Câmbio CCTVM Ltda. e das administradoras dos fundos, dentre outros.

5. Segundo o relatório da Comissão de Inquérito ocorreram manipulações na distribuição dos negócios já fechados na BM&F e especificação final dos comitentes, com a conivência dos perdedores (os fundos exclusivos da FACEB nas pessoas dos seus gestores e administradores).

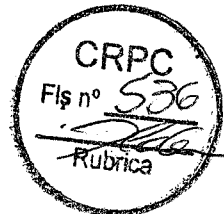
6. A CVM constatou que, de um lado, grupos bem identificados de clientes da referida corretora auferiram, de forma sistemática, “ajustes do dia” positivos em operações de *day trade*, e, de outro lado, os fundos exclusivos da FACEB, operando nos mesmos mercados e períodos, sofreram “ajustes do dia” negativos.

7. A Fiscalização ressaltou que, por intermédio dos relatórios fornecidos pelos administradores dos fundos, por força dos instrumentos celebrados entre as partes e a comparação do desempenho daqueles fundos com os resultados dos FIFs e do IBOVESPA, a entidade possuía meios para identificar as perdas com derivativos, o que afastaria a eventual alegação de ignorância dos fatos para eximir a responsabilidade dos Recorrentes.

8. Informa o AI que foi publicado no DOU, de 02/04/2009, proposta de Termo de Compromisso apresentada pela BMC Asset Management DTVM Ltda. e outros acusados, no âmbito do Processo Administrativo Sancionador 21/2006 em que os acusados comprometiam-se a pagar, em conjunto, a quantia de R\$ 287.784,00 destinada na proporção de 80% para a FACEB e 20% para a CVM, quantia esta que correspondia a 15% dos “ajustes do dia” negativos sofridos pelo BMC Portfólio I FIF.

9. Assim, concluiu o auto de infração que *“fica evidente que os administradores da FACEB, no mínimo, deixaram de fazer um acompanhamento rigoroso da atuação do gestor e dos administradores dos fundos BMC Portfólio I FIF e Mellon Gold FIA, descurando-se de sua responsabilidade de zelar pela promoção de elevados*

padrões éticos na condução das operações relativas às aplicações dos recursos garantidores dos planos de benefícios...".



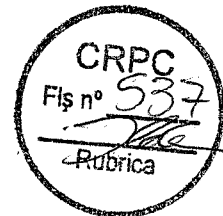
10. Pertinente destacar que o Relatório Final n. 12/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, datado de 06 de abril de 2011, aprovado pela decisão atacada nos recursos voluntários, afastou todas as preliminares suscitadas nas peças de defesas (inclusive a prejudicial de mérito de prescrição) e, por considerar que as provas carreadas aos autos seriam suficientes para demonstrar que a gestora contratada, por meio das operações irregulares realizadas na gestão dos fundos exclusivos da FACEB, causou prejuízos; que os Recorrentes, ao tomar conhecimento das rentabilidades negativas contumazes dos referidos fundos, não adotaram, de imediato, providências para a apuração de responsabilidades; e que a contratação de pessoa jurídica especializada para gerir aplicação dos recursos garantidores não isenta a responsabilidade dos autuados, propôs que fosse decidido pela procedência da autuação, com a aplicação da pena mínima de multa pecuniária, para cada autuado, no valor de R\$ 15.000,00, a ser atualizado nos termos do § 2º do art. 26 do Decreto 4.942/2003.

11. Destaque-se que, basicamente, aqueles mesmos argumentos foram utilizados no r. voto do Relator que conheceu os Recursos Voluntários para, no mérito, negar-lhes provimento.

12. Para finalizar a presente contextualização, registre-se que a Câmara de Recursos da Previdência Complementar, na sua 26ª Reunião Ordinária da CRPC, realizada em 20 de junho de 2012, ao julgar os referidos recursos voluntários, por unanimidade, rejeitou todas as preliminares suscitadas e, por maioria (vencido este Conselheiro), afastou a prejudicial de mérito de prescrição. Ainda por maioria, reformou a Decisão n. 13/2011/CGDC/DICOL/PREVIC e julgou nulo o Auto de Infração n. 05/09-62.

13. Como no mérito da questão posta em julgamento, o ilustre Relator, Conselheiro Allan Luiz Oliveira Barros, restou vencido, sendo os recursos voluntários providos por maioria de votos, coube a este Conselheiro redigir a decisão, conforme preceitua o art. 36, § 4º, do Decreto n. 7.123, de 03 de março de 2010.

II - FUNDAMENTAÇÃO



14. Inicialmente, cumpre ressaltar que, com relação ao recurso voluntário interposto por Paulo Afonso Costa Zuba, este Conselheiro dava-lhe provimento pelos seguintes argumentos:

Os §§ 5º e 6º da Lei Complementar 109/2001 assim prelecionam:

§ 5º Será informado ao órgão regulador e fiscalizador o responsável pelas aplicações dos recursos da entidade, escolhido entre os membros da diretoria-executiva.

§ 6º Os demais membros da diretoria-executiva responderão solidariamente com o dirigente indicado na forma do parágrafo anterior pelos danos e prejuízos causados à entidade para os quais tenham concorrido."

Já o art. 54 das Resoluções CMN 2.829/2001 e 3.121/2003, assim dispõe:

"Art. 54. As entidades fechadas de previdência privada devem designar administrador estatutário tecnicamente qualificado, responsável, civil e criminalmente, pela gestão, alocação, supervisão e acompanhamento de seus recursos, bem como pela prestação de informações relativas à aplicação dos mesmos, sem prejuízo da responsabilidade solidária dos demais administradores.

§ 1º É facultada à entidade fechada de previdência privada a designação de administrador estatutário responsável por cada um dos segmentos referidos neste Regulamento.

§ 2º O administrador referido neste artigo, os demais administradores, as pessoas jurídicas referidas nos arts. 55, 56 e 57, inciso II, os procuradores com poderes de gestão, o interventor e o liquidante, conforme o caso, responderão, por ação ou omissão, pelos danos ou prejuízos que causarem à entidade fechada de previdência privada, inclusive em razão da não observância da política de investimento de seus recursos, ou pela utilização de critérios inconsistentes de avaliação de risco. "

Portanto, da leitura daqueles dispositivos, verifica-se que um membro da Diretoria Executiva, na condição de administrador estatutário tecnicamente qualificado, é o responsável pelas aplicações dos recursos da entidade, nesse conceito abrangidas as atividades de *"gestão, alocação, supervisão e acompanhamento de seus recursos, bem como pela prestação de informações relativas à aplicação dos mesmos"*, devendo os demais responder solidariamente pelos danos e prejuízos causados à entidade **para os quais tenham concorrido.**

Reitera-se que o auto de infração foi lavrado porque, segundo a Fiscalização, o referido Recorrente teria deixado *"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."*

Assim, considerando que o referido Recorrente, na condição de Presidente, não era o administrador estatutário tecnicamente qualificado, constitui-se no cerne do mérito do recurso em análise, verificar se, de alguma maneira, o mesmo concorreu para a ocorrência de danos ou prejuízos à entidade.

Ou, sob outro prisma, avaliar se aquele Recorrente seria responsável pelo acompanhamento dos investimentos e ainda teria sido omissos na adoção das providências necessárias para apuração de responsabilidades de terceiros (no caso, o gestor dos fundos exclusivos).

Ressalte-se que não se trata aqui de investimentos feitos diretamente pela Entidade e que tenham sido aprovados pela Diretoria Executiva, mas de aplicações financeiras realizadas por terceiros (gestores de fundos exclusivos), o que restringe a presente análise tão somente nas atividades de acompanhamento e adoção das providências cabíveis para apuração de responsabilidades.

No presente caso, o Recorrente Antonio Henrique Monteiro Nascimento, na condição de administrador estatutário tecnicamente qualificado, era o responsável pela *"gestão, alocação, supervisão e acompanhamento de seus recursos, bem como pela prestação de informações relativas à aplicação dos mesmos"*.





Dessa forma, entendo que não cabia ao Recorrente PAULO AFONSO COSTA ZUBA, a responsabilidade pelo acompanhamento das aplicações realizadas nos referidos fundos exclusivos.

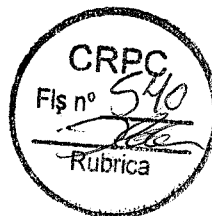
Não procede a argumentação, utilizada na decisão atacada, de que a responsabilidade do Recorrente Paulo Afonso Costa Zuba decorreria da atribuição contida no inciso III do art. 50 do Estatuto – “*movimentar recursos*” – uma vez que tal competência não se confunde e nem alcança a atividade de acompanhamento dos investimentos realizados nos fundos exclusivos (a própria decisão recorrida, no item 50 –fl. 409, reconhece, expressamente, que o Recorrente não era responsável pelas aplicações financeiras da entidade).

Igualmente inconsistente a tentativa de atribuir ao Presidente aquela responsabilidade pelo fato do mesmo ter assinado os instrumentos que formalizaram a contratação dos gestores terceirizados. Não há que se confundir poder de representação com a atribuição de promover o acompanhamento do contrato.

Por fim, quanto ao argumento contido na decisão recorrida de que o Recorrente Paulo Afonso Costa Zuba tinha conhecimento da performance deficiente do gestor daqueles fundos exclusivos, cumpre ressaltar que restou comprovado nos autos, inclusive pelo depoimento do Sr. Waldet Peixoto Lourenço (fl. 66), cujos principais trechos são reproduzidos abaixo, que o referido Presidente, ao tomar conhecimento daquele fato, determinou ao Diretor Administrativo Financeiro a adoção de todas as medidas para a recuperação dos prejuízos experimentados naquelas aplicações:

“...como integrante do quadro de pessoal da Fundação e conhecedora do seu manual de organização do modelo de gestão, o acompanhamento do desempenho e dos resultados dos fundos é uma atribuição da Diretoria Administrativo-Financeira...

...participei de uma reunião da Diretoria Executiva, convocada pelo Presidente, onde todos os presentes foram informados sobre a performance daquele fundo. Nela o Presidente determinou a retirada imediata da referida aplicação e delegou competência ao Diretor Administrativo-Financeiro para que adotasse todas as demais medidas necessárias à recuperação...”



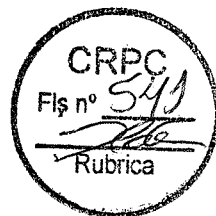
15. Se não bastasse este entendimento envolvendo a ausência de responsabilidade do Recorrente Paulo Afonso Costa Zuba, a Câmara de Recursos de Previdência Complementar, pela sua maioria, ao reformar a Decisão n. 13/2011/CGDC/DICOL/PREVIC e julgar nulo o Auto de Infração n. 05/09-62, entendeu também que houve inconsistência insuperável entre o fundamento legal apontado e a descrição sumária da infração,

16. Reitere-se que, de acordo com o Auto de Infração o mesmo foi lavrado por infringência do art. 79 do Decreto 4.942/2003: *“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.”*

17. No entanto, restou registrado no Inquérito Administrativo e o Processo Administrativo Sancionador PAS 21/2006, instaurado pela Comissão de Valores Mobiliários, o seguinte:

*“182. Em contraposição, em operações, geralmente do tipo day-trade, nas quais o participante, expondo-se ao risco, abre posições de compra ou de venda num determinado horário do pregão para, posteriormente, fechar sua posição realizando o negócio inverso, seria muito improvável (ou até impossível) que um investidor pudesse obter em 100% de suas participações resultados positivos. Essa taxa de performance (100% de acerto) somente torna-se possível, em um universo elevado de operações, mediante a manipulação da distribuição de negócios já fechados e especificação final de comitentes, **com a conivência dos ‘perdedores’, no caso, os fundos exclusivos da Faceb, nas pessoas de seu gestor e administradores.**” (fl. 123) – O grifo é da reprodução.*

18. Pertinente destacar que exatamente por aquela razão é que no relatório elaborado pela Comissão designada para a condução do Inquérito Administrativo CVM n. 21/2006 constou a recomendação de remessa daquele documento “à Secretaria de Previdência Complementar, em razão da irregularidade envolvendo a FACEB – Fundação de Assistência dos Empregados da Companhia Energética de Brasília – nas operações com Ibovespa, na BM&F.” (fl. 129)



19. Dessa forma, se teria havido a participação dos Recorrentes naquela operação tida como irregular, claro está que a tipificação da infração não poderia ser *“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”*, uma vez que não seria crível imaginar que os mesmos iriam apurar as próprias responsabilidades e ainda, propor ação judicial contra si.

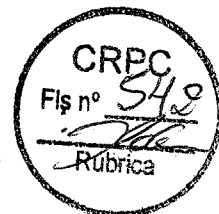
20. Assim, a infração deveria ter sido capitulada no art. 64 do Decreto n. 4.942/2003: *“aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional”*, que, inclusive, comina penalidades mais severas do que as previstas no art. 79. Diante deste vício formal insanável decorrente da deficiência da tipificação é de ser reconhecida a nulidade do auto, com o consequente provimento do recurso interposto.

III - CONCLUSÃO

21. Isso posto, diante da inequívoca deficiência na descrição sumária da infração, vício este que não comporta correção nesta fase do processo e macula a autuação desde o início, é que se impõe a declaração de nulidade do auto de infração, conforme o decidido pela maioria dos membros da Câmara de Recursos de Previdência Complementar. Eis a ementa da decisão:

EMENTA: AUTO DE INFRAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. DEFICIÊNCIA VERIFICADA NO AUTO DE INFRAÇÃO NA DESCRIÇÃO SUMÁRIA DA INFRAÇÃO. VÍCIO INSANÁVEL NESTA FASE PROCESSUAL. NULIDADE

1. *O auto de infração foi lavrado com base em prova emprestada, qual seja, o relatório elaborado pela Comissão designada para a condução do Inquérito Administrativo CVM n. 21/2006 que concluiu pela “conivência” dos Recorrentes nas operações fraudulentas praticadas nos Fundos Exclusivos e que causaram prejuízos aos planos de benefícios administrados pela Entidade.*



2. Incorre em equívoco o auto de infração ao tipificar a conduta infracional dos Recorrentes no art. 79 do Decreto 4.942/3003 (*"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"*), uma vez que não seria crível imaginar que os mesmos iriam apurar as próprias responsabilidades e ainda, propor ação judicial contra si.
3. Assim, a infração deveria ter sido capitulada no art. 64 do Decreto n. 4.942/2003: *"aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional"*
4. A deficiência na descrição sumária da infração é vício que não comporta correção nesta fase do processo e macula a autuação desde o início.

São Paulo, 21 de junho de 2012.


Conselheiro LUIS RICARDO MARCONDES MARTINS

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 26ª Reunião Ordinária - 20 de junho de 2012

Relator: Adriano Cardoso Henrique/Allan Luiz Oliveira Barros

Processo: 44000.001391/2009-00

Auto de Infração: 05/09-62

Decisão: 13/2011/Dicol/Previc

Recorrentes: Paulo Afonso Costa Zuba e Antonio Henrique Monteiro Nascimento

Entidade: Faceb – Fundação de Previdência dos Empregados da CEB

Voto do Relator: "...os recursos foram apresentados tempestivamente..." "...deixo de acolher a preliminar de prescrição da pretensão punitiva" "... deixo de acolher a preliminar de prescrição da pretensão punitiva"... Assim, rejeito o argumento da nulidade da decisão administrativa" "...Da nulidade do auto de infração – violação ao princípio da legalidade: ... deixo de acolher". "Do mérito – responsabilidade administrativa dos recorrentes:...Diante de todo o exposto, conheço dos Recursos Voluntários para, no mérito, negar-lhes provimento.

Representantes	Votos
ITAMAR PRESTES RUSSO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto do relator.
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO ALEX LEMOS KRAVCHYCHYN (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Ausentes justificadamente
LUÍS RICARDO MARCONDES MARTINS (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	Conheceu dos recursos. Acolheu preliminar de prescrição quinquenal. Afastou as preliminares de nulidade de decisão administrativa, nulidade de ampla defesa e do contraditório, de deficiência de tipificação administrativa e de nulidade de legalidade. No mérito deu provimento aos recursos.
MARIA BATISTA DA SILVA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Quanto as preliminares acompanhou o voto do relator. No mérito deu provimento aos recursos.
PAULO CÉSAR ANDRADE ALMEIDA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Quanto as preliminares acompanhou o voto do relator. No mérito deu provimento aos recursos.
PAULO CESAR DOS SANTOS (Presidente)	Quanto as preliminares acompanhou o voto do relator. No mérito deu provimento aos recursos.

Sustentação Oral: Maurício Corrêa Sette Tórres

Resultado: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC conheceu dos recursos. Por maioria de votos, a CRPC afastou a preliminar de prescrição quinquenal, vencido o voto do membro Luís Ricardo Marcondes Martins que acolheu a prescrição. Por unanimidade de votos, a CRPC afastou as preliminares de nulidade da decisão administrativa da Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar, da ausência do contraditório, da ampla defesa, pela deficiência de tipificação administrativa e pela violação ao princípio da legalidade. No mérito, por maioria, a CRPC deu provimento aos recursos, vencidos os votos do Relator e do membro Itamar Prestes Russo, que negaram provimento. Ausentes os representantes dos patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das entidades.

Brasília, 20 de junho de 2012



PAULO CESAR DOS SANTOS