

Processo nº 44000.001953/2008-26

Auto de Infração nº 26/08-51

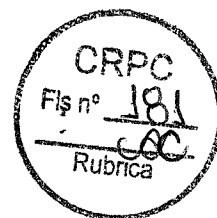
Decisão nº 24/2010/DICOL/PREVIC

Recorrentes: PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar, Magda Chagas Pereira e Paulo Alves Martins

Recorridos: Ubiratan de Gusmão Campelo Lima e PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar, sucessora da SPC - Secretaria de Previdência Complementar

Entidade Interessada – PRECE Previdência Complementar

Relator: Conselheiro Luís Ricardo Marcondes Martins



I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar e de Recurso Voluntário interposto por Magda das Chagas Pereira (Diretora Financeira) e Paulo Alves Martins (Gerente de Investimentos). Referidos recursos foram interpostos em face à Decisão nº 24/2010/DICOL/PREVIC, a qual julgou procedente o Auto de Infração nº 26/08-51, lavrado contra os ora Recorrentes e Ubiratan de Gusmão Campelo Lima, aplicando para cada um dos Recorrentes a pena de multa no valor de R\$30.794,00 (trinta mil, setecentos e noventa e quatro reais), cumulada com a pena de inabilitação de 2 (dois) anos, tendo, ainda, decidido pela improcedência em relação ao autuado Ubiratan de Gusmão Campelo Lima, fato que motivou a interposição de Recurso de Ofício.

O referido Auto de Infração (AI) é originário da solicitação de esclarecimentos feita pela fiscalização, conforme Ofício nº 2.234/SPC/DEFIS/CGFD, datado de 29 de novembro de 2005 (fl. 39). A infração vem descrita sumariamente como “aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios, em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional”, infringindo o disposto no artigo 1º e art. 54, §2º do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121 de 25/09/2003, do artigo 64 do Decreto nº 4.942 de 30/12/2003.

O relatório do AI apontou que a fiscalização, valendo-se de metodologia utilizada pela CPMI dos Correios e das investigações desenvolvidas pela CVM, baseada na “apuração dos ajustes negativos de primeiro dia como indicador de perda”, analisou as operações da PRECE no mercado futuro, entre o período de 2002 e 2005, constantes nos bancos de dados da SPC e de informações solicitadas por meio de Ofício nº 2.234/SPC/DEFIS/CGPC. Concluiu-se, portanto, que restou evidenciada “a violação ao dever de diligência dos administradores da entidade por negligenciarem suas tarefas do bem gerir o patrimônio da entidade, de supervisão e de controle, pois sua função é exatamente a de realizar bons negócios e de fiscalizar negócios estranhos, como os abordados no presente relatório, os quais sua carteira própria figura como contumaz perdedora.”

Foram juntados Avisos de Recebimento, comprovando as notificações dos Autuados, referente à lavratura do Auto de Infração nº 26/08-51 (fls. 08 e 09).

Devidamente notificados, os Autuados, Ubiratan de Gusmão Campelo Lima e Magda Chagas Pereira, de forma conjunta e tempestiva, apresentaram defesa escrita (fls. 11/26), em 02/06/2008, podendo tais alegações serem resumidas da seguinte forma:

- i) alegaram, inicialmente, a tempestividade da defesa;
- ii) informaram que o Autuado Ubiratan de Gusmão Campelo ocupou o cargo de Diretor-Presidente cabendo ao mesmo administrar a Diretoria de Seguridade, Financeira e Administrativa, bem como representar a entidade perante todo e qualquer órgão, conforme estabelece o Estatuto da PRECE; com relação à Autuada Magda Chagas Pereira, registraram que, em junho de 2003, foi convidada a compor o Conselho Deliberativo da PRECE, como membro indicado pela patrocinadora e, subsequentemente, empossada como Diretora Financeira, responsável pela subordinação das Gerências de Planejamento Estratégico, de Controladoria, de Tecnologia e de Investimento; alegaram que sempre atuaram nos estritos limites de suas atribuições e competência;
- iii) afirmaram que dentre as vinte e três operações listadas pela Secretaria, apenas doze ocorreram no período em que os Autuados foram diretores da PRECE;
- iv) alegaram, ainda, a inexistência de descrição de conduta culposa dos Autuados, bem como a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que os Autuados cumpriram, estritamente, os ditames e as diretrizes estabelecidas na política de investimento da entidade e que, a partir de suas investidas, com a devida aprovação dos Comitês Tático e de Investimentos, seguindo a política de investimentos aprovada foram feitas operações dos mercados à vista e futuro com o objetivo de se fazer *hedge* das posições à vista;
- v) alegaram que para contenção dos riscos inerentes ao mercado de derivativos contrataram empresas de auditoria, consultoria de análise de investimentos, bem como outras empresas de avaliação de risco negocial; ademais, informaram que a PRECE contava, internamente, com gerente de investimento especialmente contratado para traçar a estratégia de investimentos e para propor medidas de redução e contenção de riscos;
- vi) argumentaram que a especificação de comitentes era feita pela corretora, sem qualquer ingerência dos Autuados; ademais, alegaram que a autuação se baseou em operações “ilustrativas”, que demonstrariam “um possível favorecimento de terceiro”, que “mesmo que não tenham sido decisivas”, contribuíram para o “fraco desempenho”; assim, não houve qualquer comprovação da existência de concretas operações ilegais, bem como de efetivo ganho ou favorecimento de algum investidor em detrimento da PRECE, não havendo que cogitar a pena dos Autuados;
- vii) por fim, requereram a improcedência do AI, uma vez inexistir qualquer responsabilidade ou culpa dos Autuados, que desconheciam por completo qualquer manipulação de alocações, agindo dentro da legalidade e cautela.

Em 10/06/08, o Autuado Paulo Alves Martins apresentou defesa, alegando, resumidamente, que:

- i) quanto as operações em questão, estas consistiam em contratos de índices adquiridos com finalidade de *hedge*, em que as ordens de compra e venda eram passadas a preço de mercado. Que para desenvolvimento de tal política de *hedge*, o Autuado passava as ordens de compra de contratos futuros para a corretora para que comprasse os ativos a “preço de mercado”. Assim, quem fazia a especificação dos comitentes era a corretora, independentemente de qualquer vontade ou ingerência do Autuado;
- ii) alegou que na qualidade de gerente de investimento, ele tinha somente a atribuição de, em atendimento à política de investimentos, determinar a aquisição do ativo, desconhecendo por completo suposta manipulação de alocação realizada pela corretora;
- iii) afirmou que a operação não infringiu qualquer ato legal ou normativo, nem a política de investimento da EFPC;
- iv) alegou, ainda, que nenhum ajuste negativo de primeiro dia é indicador de perda, nem tampouco ajuste positivo como indicador de ganho; ainda mais agravado pelo fato de que a amostragem escolhida para análise foi em muito reduzida, devendo muitos outros fatores serem considerados. E mais, “para melhor análise estatística dos dados” da amostragem já reduzida foram pinçadas apenas as operações acima de 10 contratos e acima de 80%;
- v) afirmou que a aferição de ganho ou prejuízo de uma entidade tem de ser encarada de forma ampla, a fim de traduzir fielmente a realidade experimentada no período, sob pena de produção de conclusões equivocadas, conforme o presente caso;
- vi) por fim, o Autuado argumentou que no período em que exerceu a função de gerente de investimentos, a Entidade superou a meta atuarial estabelecida pela política de investimento, requerendo o indeferimento do auto.

O Despacho nº 154/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, proferido em 26/08/10 (fls. 47 e 48), informou o encerramento da fase de instrução, sugerindo a concessão do prazo de 15 (quinze) dias para manifestação dos Autuados, acerca do referido despacho e dos demais documentos juntados às fls. 34/46, bem como para a apresentação facultativa de alegações finais.

Em 31/08/10 foram emitidos ofícios para a concessão de prazo para apresentação de alegações finais (Nelson Martins Portugal, Diretor Presidente da PRECE, Ofício nº 2.738/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, fl. 70; Autuado Paulo Alves Martins, Ofício nº 2.739/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, fl. 71; Autuada Magda das Chagas Pereira, Ofício nº 2.740/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, fl. 72; Autuado Ubiratan de Gusmão Campelo Lima, Ofício nº 2.743/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, fl. 73).

A PRECE – Previdência Complementar apresentou alegações finais em 23/09/2010, alegando resumidamente:

- i) a nulidade do processo por falta de notificação da Entidade;
- ii) a nulidade da autuação por ilegitimidade passiva, já que as práticas supostamente irregulares não teriam sido cometidas pela Entidade, mas pelos seus gestores;
- iii) a declaração da improcedência da autuação e, por conseguinte, o arquivamento do AI, visto que não há lei em sentido formal, prevendo a penalidade imposta, nem mesmo a obrigação exigida, estando contida apenas em mera resolução e decreto;
- iv) o reconhecimento de ilegitimidade da multa por caracterizar-se como *bis in idem*, penalizando duplamente a Entidade;
- v) por fim, alegou que fosse afastada ou reduzida a multa imputada, haja vista seu caráter manifestamente confiscatório e desproporcional.

Em 30/09/2010 foi emitido Ofício nº 3.192/2010/CGDC/DICOL/PREVIC (fl. 121), notificando a Entidade, na pessoa de seu Diretor Presidente, do inteiro teor do AI nº 26/08-51, em face da carência nos autos, de documentos demonstrando a ciência da PRECE sobre a referida autuação.

Em 21/10/2010, foi emitido Relatório Final nº 24/2010/CGDC/DICOL/PREVIC (fls. 123/137), que:

- i) em sede de preliminar, destacou a inexistência da prescrição quinquenal;
- ii) com relação à manifestação da Entidade, rebateu os pontos alegados, afirmando não proceder a alegação de que a imputação de solidariedade na execução de dívida de multa por desrespeito à legislação por parte de seus diretores e dirigentes impõe *bis in idem*; alegou também o saneamento sobre a ausência de documento demonstrando o envio do AI à Entidade, com o comparecimento do representante legal da PRECE à PREVIC, tendo vista e extraído cópia dos autos; afirmou que foi observado o princípio da legalidade, uma vez que no âmbito do regime disciplinar da previdência complementar fechada, a previsão de infrações e sanções administrativas por meio de decreto é medida que observa a legalidade, pois não há criação ou inovação, mas sim regulamentação do ordenamento jurídico; por último, afirmou que a alegação de multa excessiva está longe de ser medida confiscatória e desproporcional, representando imputação mínima aos autuados nos estritos limites legais;
- iii) quanto ao mérito, defendeu a procedência da autuação, destacando que no presente caso houve a inobservância da prévia existência de procedimentos de controle e de avaliação do risco de mercado e dos demais riscos inerentes às operações com derivativos, uma vez que não foram devidamente apresentadas as análises e controles de riscos, evidenciando-se a “violação do dever de diligência dos administradores da entidade por negligenciarem suas tarefas do bem gerir o

patrimônio da entidade, de supervisão e de controle”; e considerou responsáveis pela infração apenas os autuados Magda Chagas Pereira (Diretora Financeira que ocupava a função de Administradora Tecnicamente Qualificada, responsável pela gestão, alocação, supervisão e acompanhamento dos investimentos) e Paulo Alves Martins (Gerente Financeiro), ambos vinculados diretamente aos procedimentos de operacionalização do investimento no mercado futuro da “Carteira Própria” da PRECE, bem como mencionados no “Relatório Final da CPMI dos Correios, Vol. III, fl. 1278”. Em relação ao Autuado Ubiratan de Gusmão Campelo Lima, defendeu que não restou comprovado nestes autos a sua participação direta nestas operações;

- iv) afirmou, ainda, a falta de aprofundamento no Relatório do AI com relação a existência de algum tipo de favorecimento na distribuição dos negócios, mas houve menção ao Relatório da CPMI dos Correios, cuja investigação teria encontrado indícios sobre a prática de ilícitos penais, civis e administrativos, identificando a figura dos Autuados, Magda das Chagas Pereira e Paulo Alves Martins;
- v) em conclusão, propôs o afastamento das preliminares arguidas; a procedência da autuação em relação aos autuados Magda Chagas Pereira e Paulo Alves Martins, com aplicação de pena de multa pecuniária para cada autuado, no valor de R\$30.794,00 (trinta mil reais, setecentos e noventa e quatro centavos), cumulada com inabilitação pelo prazo de dois anos e a improcedência da autuação em relação ao Autuado Ubiratan de Gusmão Campelo Lima.

Em 26/10/2010, foi realizada a 36ª Sessão Ordinária da Diretoria Colegiada (DICOL), (fl. 122), tendo os diretores, por votação unânime, aprovado o Relatório Final nº 24/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, de 21 de outubro de 2010, justificando a aplicação cumulativa da penalidade de inabilitação pelo prazo de 2 (dois) anos, ante a ocorrência de prejuízo e a gravidade e contumácia das operações, acompanhando, portanto, o voto do Diretor-Superintendente (Decisão nº 24/2010/DICOL/PREVIC – Ementa e Decisão – fls. 138/139).

Em 29/10/10, foram emitidos ofícios encaminhando cópia da Decisão nº 24/2010/DICOL/PREVIC, Resultado do Julgamento e o Relatório Final 24/2010/DICOL/PREVIC para ciência dos Autuados e da Entidade. Às fls. 159/163 foram juntados aos autos os avisos de recebimento dos respectivos ofícios.

Inconformada com a decisão da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, a Autuada Magda Chagas Pereira apresentou, em 22 de novembro de 2010, recurso voluntário (fls. 144/155), na qual, além de repisar todos os argumentos apresentados em sua defesa, acrescentou, que caso a CRPC entendesse pela culpa da Recorrente, necessário seria a alteração das penas impostas para a pena de advertência, uma vez ser a pena aplicada seria muito elevada para o caso em tela.

Em 01/12/10, o Autuado Paulo Alves Martins apresentou recurso voluntário (fl. 157), também repisando argumentos apresentados em sua defesa, acrescentando fatos

relacionados à CPMI dos Correios. Afirmou que “saltou os olhos o alto índice percentual de ajustes negativos de primeiro dia apontado pela fiscalização. Como na época dessas operações a especificação dos clientes poderia ser feita até o final do dia, um erro gravíssimo corrigido pela BM&F, realmente sugere possível favorecimento a terceiros, algo totalmente impossível de ser detectado por mim. Cabe ressaltar que com a politização desses *possíveis* favorecimentos, haja vista que a CPMI os Correios conseguiu chegar até a um fundo de pensão da CEDAE, de imediato me prontifiquei a esclarecer tais operações, de modo que compareci voluntariamente a esta CPMI (...).” Disse ainda que, se não houve prejuízo global nessas operações em questão, houve talvez negligência (ou possível ma-fé) por parte da corretora em não apurar lucros para a Entidade. Ao final, afirmou que assumia sua parcela de responsabilidade, pois cabia a ele a indicação da corretora para aprovação pelo Comitê Estratégico de Investimentos da Entidade. Diante de tais razões, solicitou que fosse considerada a pena de 2 anos de inabilitação imposta a ele como já cumprida (até a presente data e mediante tamanha exposição ainda não teria conseguido nova colocação no seguimento), e que a pena de multa pecuniária imposta fosse reduzida para a pena de advertência, pois além de excessiva, o Recorrente não possui recursos desta monta, sobrevivendo de trabalhos eventuais.

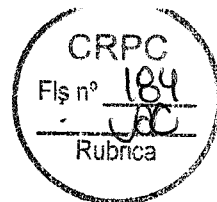
Foi proferido Despacho nº 108/2011/CGDC/DICOL/PREVIC (fls. 164/165), em 09/02/11, informando que os Autuados Magda Chagas Pereira e Paulo Alves Martins haviam interposto recursos tempestivos, mas, por não trazerem novos elementos, opinava pela manutenção da decisão de primeira instância. Referido despacho contou com o “de acordo” do Coordenador-Geral de Apoio à Diretoria Colegiada.

Em 14/02/2011, na 46ª Sessão Ordinária da Diretoria Colegiada (DICOL) - PREVIC, os diretores, por votação unânime, diante da ausência de novos argumentos ou documentos que ensejassem a reconsideração, mantiveram a Decisão nº 24/2010/DICOL/PREVIC e remeteram o recurso para julgamento deste órgão, nos termos do Despacho nº 108/2011/CGDC/DICOL/PREVIC. Ato contínuo, os recursos foram a mi distribuídos.

É o relatório.



II – VOTO



II.1. DA ANÁLISE DO RECURSO DE OFÍCIO

Diante da decisão da PREVIC pela improcedência do AI em relação ao Autuado Ubiratan de Gusmão Campelo Lima, vieram os autos a esta CRPC para apreciação do respectivo Recurso de Ofício.

Ocorre que, como bem observou o Relatório Final nº 24/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, de fato não houve a comprovação nos autos da participação direta do Autuado Ubiratan de Gusmão Campelo Lima, no procedimento de operacionalização do investimento no mercado futuro da “Carteira Própria” da PRECE, no período de agosto de 2002 a agosto de 2005.

Registre-se, por oportuno, que o Autuado em comento ocupou o cargo de Diretor-Presidente da PRECE durante o período considerado pela Fiscalização. Os artigos 35 e 36 do Estatuto da PRECE (fls. 112/113) estabelecem as atribuições e competências do Diretor-Presidente, nos seguintes termos:

“Art. 35 – Cabe ao Diretor-Presidente da PRECE a direção e a coordenação dos trabalhos da Diretoria Executiva.

Art. 36 – São atribuições do Diretor-Presidente da PRECE:

I – representar a PRECE, ativa ou passivamente, em juízo ou fora dele, podendo nomear procuradores, prepostos ou delegados, mediante aprovação da Diretoria Executiva (...);

II – Celebrar, em nome da PRECE, juntamente com outro Diretor, convênios, contratos e acordos, firmando todos os documentos que se tornarem necessários para esses fins; e movimentar sempre em conjunto com o Diretor Financeiro os recursos financeiros da PRECE (...);

III – convocar e presidir as reuniões da Diretoria Executiva;

IV – propor, à Diretoria Executiva, a admissão, promoção, transferência, licença, requisição, punição e dispensa de empregados, bem como contratação de prestadores de serviços (...);

V – propor à Diretoria Executiva a designação de ocupantes das unidades técnicas e administrativas da PRECE (...);

VI – supervisionar e fiscalizar a administração da PRECE na execução das atividades fixadas pelos órgãos estatutários competentes;

VII – fornecer às autoridades competentes os elementos e informações necessárias (...);

VIII – prestar informações e fornecer elementos que forem solicitados pelos patrocinadores, Conselho Deliberativo e pelo Conselho Fiscal (...);

IX – ordenar, quando julgar necessário, o exame e a verificação do cumprimento dos atos normativos de regência.”

Dos dispositivos acima transcritos não se pode extrair a responsabilidade direta e objetiva do Diretor-Presidente da PRECE pela realização das operações supostamente irregulares. Some-se a isso o fato de que efetivamente não houve a comprovação nos autos da participação direta do Autuado Ubiratan de Gusmão Campelo Lima, nas operações apontadas pela fiscalização.

Diante do exposto, deve ser mantida a decisão de improcedência do Auto de Infração com relação ao Autuado Ubiratan de Gusmão Campelo Lima, motivo pelo qual **nego provimento ao Recurso de Ofício.**

II.2. DA ANÁLISE DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS

II.2.1 DAS PRELIMINARES

II.2.1.a. Da tempestividade dos Recursos Voluntários interpostos pelos Recorrentes

Primeiramente, no que tange a tempestividade dos Recursos Voluntários interpostos, verifica-se que os Recorrentes Paulo Alves Martins e Magda Chagas Pereira foram intimados da Decisão nº 24/2010/DICOL/PREVIC, em 08/11/10 e 11/11/10, respectivamente, conforme se verifica dos AR's juntados às fls. 160/161. Assim, tendo os referidos recursos sido protocolados em 23/11/2010 e 18/11/2010, respectivamente, são eles tempestivos.

II.2.1.b. Depósito Recursal do art. 14 do Decreto nº 4.942/03

No que tange ao depósito recursal previsto no art. 14 do Decreto nº 4.942/03, verifica-se que os Recorrentes não efetuaram o referido depósito.

Entretanto, esta Câmara de Recurso da Previdência Complementar já decidiu pela inexigibilidade do referido depósito recursal, não só com base na Súmula Vinculante nº 21 do STF, mas também com base na Súmula nº 373 do STJ, não havendo que se exigir a realização do referido depósito prévio como garantia recursal.

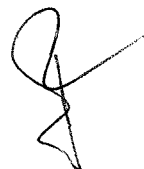
II.2.1.c. Da extinção da punibilidade

Nota-se que no Relatório Final nº 24/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, fez-se menção de que nas duas defesas teria havido a alegação de que as referidas operações teriam sido alcançadas pela prescrição.

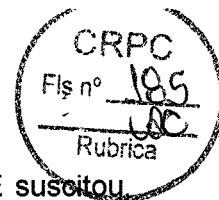
Ocorre que, analisando o inteiro teor das peças de defesa, verifica-se que nada foi mencionado com relação à ocorrência dessa prejudicial de mérito.

De qualquer forma, o referido relatório, de maneira acertada, entendeu que a infração em comento teria caráter continuado. Diante disso, o prazo prescricional apenas começaria a correr da data da última operação considerada pela fiscalização.

Tendo em vista que a última operação objeto da autuação foi realizada em dezembro de 2005, conforme tabela contida à fl. 04 do AI, a fiscalização teria cinco anos contados dessa data para apurar eventuais irregularidades cometidas no referido período. Tendo o Auto de infração sido lavrado em 04/04/2008 não há que se falar, portanto, em ocorrência da prescrição quinquenal.



II.2.1.d. Da manifestação da Entidade



No que tange às alegações da EFPC, às fls. 74/92, a PRECE suscitou primeiramente, nulidade do processo, tendo em vista ausência de intimação e cerceamento de defesa. Ocorre que tal entendimento não deve prosperar, afinal, o comparecimento do representante legal da PRECE à PREVIC, em 21/09/2010, tendo vista dos autos e até obtido cópias reprográficas, sanou qualquer tipo de nulidade que pudesse ter ocorrido neste sentido.

Ainda, em sede de preliminar, restou alegado pela Entidade sua ilegitimidade passiva *“vez que as práticas supostamente abusivas foram praticadas por gestores, e não pela Entidade.”* Ocorre que como bem observou o Relatório Final nº 24/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, o art. 65, § 1º, da LC nº 109/01, prevê a responsabilidade solidária da EFPC em face à penalidade de multa.

No que se refere ao mérito da questão, a PRECE alegou violação ao princípio da legalidade, uma vez que a pena de multa aplicada veio prevista em resolução e decreto, e não por lei em sentido formal. Nota-se que tal alegação também não deve prevalecer, afinal, *“no âmbito do regime disciplinar da previdência complementar fechada, a previsão de infrações e sanções administrativas por meio de decreto é medida que observa a legalidade, pois não há criação ou inovação no ordenamento jurídico, mas apenas regulamentação”* (Relatório Final, fl. 130). Ainda, observa-se que, no âmbito administrativo, não se pode admitir qualquer arguição de ilegalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos legais, como pretendido pela PRECE.

A Entidade alegou, ainda, a configuração de “bis in idem”, quando da imputação da solidariedade na execução de dívida de multa por desrespeito à legislação por parte de seus diretores e dirigentes. Contudo, novamente, tal alegação deve ser rechaçada, afinal a penalidade de multa representa apenas uma única sanção disciplinar. Neste caso, deve-se destacar que a Entidade PRECE não foi considerada como agente responsável na referida autuação, mas sim, parte interessada no processo, por responder solidariamente à referida penalidade, sendo suas manifestações analisadas e consideradas no curso do processo, mas não apreciadas segundo as regras específicas aplicadas à defesa dos autuados.

No que tange à excessividade da multa aplicada, esta será tratada de maneira mais aprofundada no tópico seguinte, quando da análise do mérito dos Recursos Voluntários apresentados pelos Recorrentes.

Portanto, não acolho as fundamentações apresentadas na manifestação da Entidade, deixando a questão da excessividade da multa aplicada para ser tratada no tópico seguinte.

II.2.2.DO MÉRITO

Os Recorrentes foram condenados pela aplicação de recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, ao praticarem operações de compra e venda realizadas no mercado futuro pela carteira própria da Entidade, entre o período de 2002 a 2005. A autuação valeu-se de metodologia apoiada na “*apuração dos ajustes negativos de primeiro dia como indicador de perda*”.

Conforme se verifica do bem fundamentado Relatório Final nº 24/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, o foco principal da autuação está direcionado ao fato de que o conjunto de operações no mercado futuro descrito no AI deveria ser submetido a procedimento de controle e avaliação do risco de mercado e dos demais riscos inerentes às operações com derivativos de forma a garantir as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez.

Ocorre que, ao analisar as peças de defesa e os Recursos Voluntários interpostos, apesar de os Autuados alegarem que teriam cumprido, estritamente, os ditames e as diretrizes estabelecidas na política de investimento da Entidade, estes, por sua vez, **não fizeram prova de tal alegação. Nem sequer apresentaram estudos técnicos comprovando o cumprimento do disposto no art. 24¹ da Resolução CMN nº 3.121/2003.** Nenhum documento que comprovasse a prévia existência de procedimentos de controle e de avaliação dos riscos inerentes às operações com derivativos foi apresentado.

Além disso, deve-se destacar que o caso em questão trata sobre operações com derivativos e tais exigências de procedimentos prévios de controle e avaliação do risco de mercado decorrem do alto risco de complexidade deste tipo de operação. Nota-se, que os Fundos de Pensão, conforme destacado no referido Relatório, não devem atuar no mercado futuro como especuladores, mas sim apenas para “hedgear” um risco (proteção contra os movimentos adversos de preços ativos com o qual se trabalha), o que pressupõe a existência de estudos prévios a lastrear a tomada de decisões.

Nesse sentido, a melhor doutrina afirma que: “Os especuladores utilizam os derivativos com o objetivo de lucrar em posições que consideram favoráveis. **Nesse caso, a utilização de derivativos é bastante arriscada, podendo levar a consideráveis perdas.**”²

Assim, no caso do “hedge”, o objetivo seria tomar posições que neutralizassem os risco o máximo possível, por isso a necessidade da existência de fundamentação técnica, com estudo prévio e análise de tendência do mercado, o que repita-se, **não ocorreu no presente caso.**

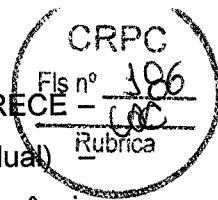
Ainda, como se verifica do “Quadro das Estatísticas – Ajustes do Primeiro Dia da Carteira Própria” (fls. 04), na grande maioria das operações consideradas pela

¹ “Art. 24, inciso IV – é obrigatória a prévia existência de procedimentos de controle e de avaliação do risco de mercado e dos demais riscos inerentes às operações com derivativos.”

² GALDI, Fernando Caio e LOPES, Alexsandro Broedel, “Curso de Mercado Financeiro – Tópicos Especiais”, Derivativos, pág. 401.



fiscalização, as corretoras responsáveis pela execução das operações em nome da PRECE - NOVINVEST (com participação majoritária) e AGORA (com participação residual) apresentaram ajustes negativos para o fundo de pensão. Tal fato aponta para a recorrência com que os gestores erraram ao entrar e ao sair do mercado, o que, a nosso ver, corrobora a ausência de controle e critério desses gestores nas negociações no mercado futuro.



Some-se a isso o fato de que a PRECE, nos anos considerados pela fiscalização, apresentou fraco desempenho na rentabilidade geral das suas aplicações, conforme demonstra a tabela de fl. 06. Todavia, independentemente de tais resultados, vale reiterar que a prévia existência de mecanismos de controle do risco de mercado e dos demais riscos inerentes às operações com derivativos é obrigação prevista na Resolução CMN nº 3.121/03, de maneira que, ainda que as operações tivessem obtido resultados positivos, a infração persistiria.

Complementando a violação à norma do Conselho Monetário Nacional - CMN, e confirmando o descumprimento do dever de diligência dos Recorrentes por negligenciarem suas tarefas de Diretora Financeira e de Gerente de Investimentos, no sentido de bem gerir o patrimônio da entidade, de supervisão e de controle, o Recorrente Paulo Alves Martins, contrariamente ao alegado por ele em sede de defesa, reconheceu, em seu Recurso, expressamente que *"se não houve prejuízo global nessas operações em questão, houve talvez negligência (ou possível ma-fé) por parte da corretora em não apurar lucros para a Entidade"*. Ao final, afirmou que assumia sua parcela de responsabilidade, pois cabia a ele a indicação da corretora para aprovação pelo Comitê Estratégico de Investimentos da Entidade.

Ainda, diante de tais razões, ele formulou pedido, a nosso sentir descabido, de que a pena de 2 (dois) anos de inabilitação a ele imposta fosse considerada já cumprida, pois, até aquela data e mediante tamanha exposição, ele ainda não teria conseguido nova colocação no seguimento.

Tais afirmações muito se aproximam de uma confissão do Recorrente, o que ratifica a fundamentação exposta no referido Relatório Final, restando nítida a falta, por parte dos Recorrentes, de prudência e segurança necessárias para a obtenção de retornos positivos, mantendo-se o indispensável equilíbrio econômico-financeiro entre ativos e passivos e alcance da meta atuarial pela Entidade.

Imprescindível salientar também que, segundo informação constante do Relatório Final nº 24/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, as operações financeiras envolvendo a PRECE, entre o período de agosto de 2002 a agosto de 2005, estão descritas no Relatório da CPMI dos Correios (fls. 1617/1619), tendo a referida investigação encontrado indícios sobre a prática de ilícitos penais, civis e administrativos e identificado os Recorrentes como responsáveis.

Embora tal fato não deva ser considerado fundamental para fins de verificação do cometimento da infração ora sob análise, inclusive porque o citado Relatório da

CPMI dos Correios sequer consta dos autos (apesar de haver remissão ao endereço eletrônico onde ele pode ser acessado – fl. 136), ele corrobora a existência de investimentos feitos pela PRECE de maneira despida da prudência e da segurança necessárias para a obtenção de retornos adequados às metas estabelecidas em função do passivo atuarial, o que corrobora a procedência da autuação.

No que se refere à afirmação existente no AI sobre o provável favorecimento de terceiros, tal fato por sua vez, não foi comprovado nos referidos autos, como bem observado pelo Relatório Final. De toda sorte, esse aspecto não foi o foco principal da autuação. Assim, diante da ausência de provas que comprovem a ocorrência ou não de eventual favorecimento de terceiros e do fato de que tal apuração extrapola a esfera de apuração dessa CRPC, entende-se que não se deve levar em consideração tal aspecto na presente análise.

Por fim, no que se refere à alegada excessividade da pena aplicada, ambos os Recorrentes requereram que a pena de multa imposta fosse substituída pela pena de advertência. Ocorre que a presente autuação fundamentou-se no artigo 64 do Decreto nº 4.942/03, que dispõe que: “Aplicar aos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefício em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Penalidade: **multa de R\$20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois a dez anos.**” Portanto, a prática da referida infração prevê a aplicação de multa, não havendo previsão legal que respalde a sua conversão em advertência.

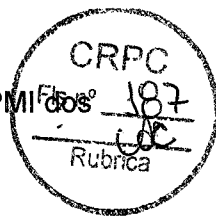
Nota-se, também, que o artigo supramencionado possibilita a cumulação da aplicação de multa com a e pena de suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois a dez anos. Fazendo uso de tal permissivo foi que o Relatório Final aplicou as penas de multa e de inabilitação pelo prazo de dois anos.

Não se pode deixar de admitir a gravidade das infrações apuradas pela fiscalização nos presentes autos. De fato houve descumprimento das normas específicas aplicáveis ao caso, tendo ficado devidamente comprovada a responsabilidade dos Recorrentes, uma vez que nada fizeram para evitar a configuração da infração. Entretanto, a nosso ver, a aplicação da pena de inabilitação – pena “capital” no regime disciplinar de previdência complementar – somente se justifica quando há a inequívoca demonstração da existência de dolo. Corrobora tal entendimento a prudente recomendação feita por parte da melhor doutrina³, de que não se deve presumir a existência de dolo sem provas robustas.

Nos presentes autos não restou configurada, de forma inquestionável, a ocorrência de dolo ou má-fé por parte dos Recorrentes, já que o único fundamento apontado

³ Segundo CARLOS MAXIMILIANO: “O dolo não se presume: na dúvida, prefere-se a exegese que o exclui. Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjeturas, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intuídos contrários ao Direito, ou à Moral” (“Hermenêutica e Aplicação do Direito”. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P.214 – grifos nossos).

pelo órgão fiscalizador para justificar a ilicitude de suas condutas seria o Relatório da CPMI dos Correios que, como dito anteriormente, sequer consta dos autos.



Assim, diante da ausência da demonstração inequívoca, nos autos, da ocorrência de dolo por parte dos Recorrentes, entende-se pela impossibilidade de aplicação da pena de inabilitação.

Entretanto, diante da gravidade das infrações apuradas e tendo em vista a comprovação da responsabilidade dos Recorrentes, que agiram ferindo o princípio do homem prudente, faltando com seu dever de diligência, entende-se que a eles deve ser aplicada, além da pena de multa pecuniária, a pena de suspensão pelo prazo de 180 (cento e oitenta), também prevista no artigo 64 do Decreto nº 4.942/03.

Ante o exposto, **CONHEÇO dos Recursos Voluntários e, no mérito, DOU-LHES PARCIAL PROVIMENTO para reformar a Decisão nº 24/2010/DICOL/PREVIC tão somente para alterar a aplicação aos Recorrentes da penalidade de inabilitação pela penalidade de suspensão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, mantendo a pena de multa pecuniária.**

É como voto.

Caso esse entendimento venha a prevalecer, sugiro a EMENTA abaixo:

"RECURSO DE OFÍCIO - NÃO PROVIMENTO - NÃO COMPROVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DIRETA DO DIRETOR-PRESIDENTE. RECURSOS VOLUNTÁRIOS - APLICAÇÃO DOS RECURSOS GARANTIDORES DAS RESERVAS TÉCNICAS, PROVISÕES E FUNDOS DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS OPERADOS EM DESACORDO COM AS DIRETRIZES ESTABELECIDAS PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL - INFRAÇÃO CONTINUADA - NÃO CONFIGURAÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - FALTA DE COMPROVAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE CONTROLE E AVALIAÇÃO PRÉVIA DO RISCO DE MERCADO E DOS DEMAIS RISCOS INERENTES ÀS OPERAÇÕES COM DERIVATIVOS - AUSÊNCIA DE ESTUDOS TÉCNICOS PRÉVIOS - RESPONSABILIDADE CONFIGURADA PELA FALTA DO DEVER DE DILIGÊNCIA DOS ADMINISTRADORES, ORA RECORRENTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU MÁ-FÉ - SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE INABILITAÇÃO PELA PENA DE SUSPENSÃO POR 180 DIAS - MANUTENÇÃO DA PENA DE MULTA PECUNIÁRIA - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS."

Brasília, 25 de janeiro de 2011.

Luís Ricardo Marcondes Martins

Conselheiro

Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 21ª Reunião Ordinária - 25 de janeiro de 2012

Relator: Luís Ricardo Marcondes Martins.

Processo: 44000.001953/2008-26

Auto de Infração: 26/08-51

Decisão: 24/2010/Dicol/Previc

Recorrentes: Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, Magda das Chagas Pereira e Paulo Alves Martins

Recorrido: Ubiratan de Gusmão Campelo Lima.

Entidade: Prece – Previdência Complementar

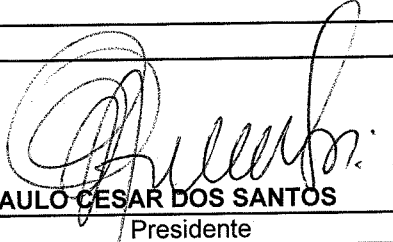
Voto do Relator: Afasta as preliminares, e no mérito, "... Conhece dos Recursos Voluntários e, no mérito, dou-lhes parcial provimento para reformar a Decisão nº 24/2010/DICOL/PREVIC tão somente para alterar a aplicação aos Recorrentes da penalidade de inabilitação pela penalidade de suspensão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, mantendo a pena de multa pecuniária..."

Representantes	Votos
ITAMAR PRESTES RUSSO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto do Relator
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto do Relator
DANIEL PULINO/HILTON DE ENZO MITSUNAGA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Ausentes Justificadamente
MARIA BATISTA DA SILVA/THIAGO BARROS DE SIQUEIRA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Ausentes Justificadamente
ALFREDO SULZBACHER WONDRAK (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto do Relator
PAULO CESAR DOS SANTOS (Presidente)	Acompanha o voto do Relator

Sustentação Oral:

Resultado: Por unanimidade de votos a Câmara de Recursos da Previdência Complementar conheceu e negou provimento ao recurso de ofício; conheceu dos recursos voluntários e afastou as preliminares para, no mérito, dar provimento parcial aos recursos voluntários, para manter a pena de multa pecuniária e converter a pena de inabilitação em suspensão por 180 (cento e oitenta) dias.

Brasília, 25 de janeiro de 2012


PAULO CESAR DOS SANTOS
Presidente

