

Processo nº 44190.000003/2010-17

Auto de Infração nº 11/2010

Decisão nº 24/2011/DICOL/PREVIC

Recorrente: PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar, sucessora da SPC - Secretaria de Previdência Complementar

Recorridos: João Aparecido de Lima, Expedito Luz, Osvaldo Burgos Schirmer e Geraldo Toffanello

Entidade Interessada: GERDAU – Sociedade de Previdência Privada

Relator: Conselheiro Luís Ricardo Marcondes Martins

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, decorrente da Decisão nº 24/2011/DICOL/PREVIC, a qual julgou improcedente o Auto de Infração nº 11/2010 (fls.01/06), com relação aos Recorridos João Aparecido de Lima (Diretor Superintendente), Expedito Luz (Diretor), Osvaldo Burgos Schirmer (Diretor e Administrador Estatutário Tecnicamente Qualificado - AETQ) e Geraldo Toffanello (Diretor), conforme Relatório Final nº 24/2011/CGDC/DICOL/PREVIC.

O referido Auto de Infração (AI), em ação realizada na Entidade, conforme Ofício nº 689/SPC/DEFIS/CGFD, de 27/03/2007, e com base na análise dos dados disponibilizados pela agente fiscalizadora e confrontados na Entidade, verificou a manutenção da alocação de recursos dos planos de benefícios Plano de Aposentadoria e Plano de Aposentadoria Suplementar em ações de emissão das próprias patrocinadoras (Metalúrgica Gerdau S/A e Gerdau S/A), em percentuais superiores a 10% dos recursos garantidores. A referida situação foi observada nos períodos de 28/11/2003 a 29/04/2003, 31/01/2006 a 31/08/2006 e 30/11/2006 a 30/04/2007, conforme demonstrado às fls. 04/05.

Conforme informado no AI, tal conduta foi objeto de apontamento nos Relatórios de Fiscalização nº 007/2007/SPC/ESRS e nº 008/2007/SPC/ESRS, ambos de 13/06/2007, com determinação para que a Entidade procedesse ao reenquadramento aos limites estabelecidos pela legislação, constatando-se que não houve manifestação da Entidade em relação à determinação de fiscalização.

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 art. 9º, §1º da LC 109/01, c/c art. 50, caput, do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 3.121/03 e artigo 64 do Decreto nº 4.942/03.

O relatório do AI, considerando tratar-se de infração de perigo abstrato, constatou que: *“o descumprimento no enquadramento dos limites de investimentos*

discriminados no Regulamento Anexo à Resolução CMN 3.121, de 25/09/2003 não admite a aplicação de benefício previsto no § 2º do artigo 22 do Decreto nº 4.942, de 30/12/2003. Assim sendo, a inobservância dos limites e vedações impostos pelo regulamento enseja a aplicação de regime disciplinar."



Foram juntados aos autos Avisos de Recebimento, comprovando as notificações dos Autuados e da Entidade, referente à lavratura do Auto de Infração nº 11/2010 (fls.23/25 – frente e verso).

Devidamente notificados, os Autuados Expedito Luz, Geraldo Toffanello, Osvaldo Burgos Schirmer e João Aparecido de Lima, de forma conjunta e tempestiva, apresentaram defesa escrita (fls.30/53), em 29/12/2010, na qual:

- i) preliminarmente, postularam a declaração de prescrição intercorrente;
- ii) argumentaram que o AI, quando da sua lavratura, invocou como fundamento de validade uma norma já revogada (Resolução CMN nº 3.121/03);
- iii) alegaram, também, que a autuação não individualizou a conduta dos autuados, não identificando culpa ou dolo praticados por eles, bem como nexos causal em relação ao suposto dano causado;
- iv) no que se refere à extrapolação do limite de 10% dos recursos garantidores do Plano de Aposentadoria e do Plano de Aposentadoria Suplementar em ações de emissão das próprias patrocinadoras, nos períodos mencionados no AI, informaram que todos os desenquadramentos foram passivos. Acrescentaram, ainda, que a Entidade, por meio de seus gestores, tentou realizar os ativos e reenquadrá-los, entretanto, devido à valorização das ações (questões mercadológicas e fora do controle do gestor), não foi possível. Por fim, informaram que a situação foi regularizada, uma vez que não houve período autuado após 30/04/2007;
- v) solicitaram, ainda, aplicação do disposto no § 2º do artigo 22 do Decreto nº 4.942/03, tendo em vista que não houve prejuízo à Entidade, nem ao plano de benefício, nem aos participantes, muito menos a configuração das agravantes do art. 23 do referido Decreto;
- vi) registraram, ainda, que a Resolução nº 3.792/2009, norma que regula atualmente a aplicação de recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios estabelece que o prazo para reenquadramento àqueles que excedem limite de forma passiva será de 720 dias, bem como dispõe que a contagem deste prazo será suspensa enquanto o montante financeiro do desenquadramento for inferior ao resultado superavitário acumulado do respectivo plano de benefícios; desta forma, destacaram que, considerando que o plano é superavitário e o período capitulado no AI como irregular (01/2006 a 04/2007) é inferior 720 dias, não haveria que se falar em irregularidade;
- vii) por fim, alegaram que a aplicação de penalidade feria os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, diante da ausência de prejuízo e a correção da irregularidade

antes da decisão de primeira instância, requereram a aplicação das atenuantes previstas no art. 23 do Decreto nº 4.942/03.



Os Autuados apresentaram suas alegações finais (fls. 150/153), de forma conjunta e tempestiva, repisando, basicamente, todos os argumentos destacados em sede de defesa.

Em 20/05/2011, foi emitido Relatório Final nº 24/2011/CGDC/DICOL/PREVIC (fls. 158/164) que:

- i) preliminarmente, alegou que o auto de infração em análise revestia-se das formalidades legais exigidas, tendo a autuação se dado em face da aplicação dos recursos da entidade estarem em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo CMN, sendo que, à luz do art. 50, da Resolução CMN nº 3.121/03, e durante a vigência do mesmo, as operações deviam observar os limites estabelecidos pela norma legal (aplicações - limite - não exceder 10%), sendo que a inobservância desse limite importaria em infração ao artigo em referência, ensejando a lavratura do AI;
- ii) analisando o caso concreto e diante da alegação da defesa, registrou que o referido limite, antes disciplinado pelo art. 50, do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121/03, atualmente estaria disposto no art. 41, inc. III, alínea "e" da Resolução CMN nº 3.792/09, o qual determina que a EFPC deverá observar, em relação aos recursos de cada plano por ela administrado, o limite de até 10% se o emissor for patrocinador do plano de benefício, sendo que o prazo para ajustamento dos desenquadramentos passivos também foi ampliado para 720 dias;
- iii) sobre o cabimento da teoria da retroatividade da norma posterior mais benéfica para a legislação relativa à aplicação dos recursos das EFPC, citou- trecho de parecer da Procuradoria Federal da PREVIC, no sentido de que *"a norma posterior mais benéfica deve retroagir para abarcar os fatos praticados sob a égide da norma anterior, sob pena de grave ofensa aos direitos fundamentais"*;
- iv) ainda, no mesmo sentido, ressaltou a publicação da Súmula PREVIC nº 2/2011, que dispõe que: *"Aplica-se na Previdência Complementar Fechada o princípio da retroatividade da norma mais benéfica, inclusive na hipótese de enquadramento decorrente da alteração promovida pela Resolução CMN nº 3.792, de 24.09.2009."*
- v) considerando a alteração das regras acerca da aplicação dos recursos garantidores do plano, conforme disposto no art. 52 da Resolução CMN 3.792/09, não devem ser considerados como infringência aos limites estabelecidos pela norma os desenquadramentos passivos decorrentes de valorização de ativos, nos moldes do caso concreto, devendo ser eliminados no prazo máximo de 720 dias;
- vi) verificando-se que os períodos capitulados no AI como irregulares são inferiores a 720 dias (28/11/2003 a 29/04/2003, 31/01/2006 a 31/08/2006 e 30/11/2006 a 30/04/2007), e ainda, verificando-se a aplicabilidade do princípio da retroatividade

benéfica na hipótese superveniência de norma mais favorável que fixa limites de investimentos, concluiu pela improcedência do AI;

- vii) ao final, apresentou proposta de afastamento das preliminares arguidas e no mérito, de julgamento pela improcedência da autuação em relação aos autuados João Aparecido de Lima, Expedito Luz, Osvaldo Burgos Schirmer e Geraldo Toffanello.

Em 24/05/2011, foi realizada a 60ª Sessão Ordinária da Diretoria Colegiada (DICOL), (fl. 165), tendo os diretores, por votação unânime, aprovado o Relatório Final nº 24/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, de 20 de maio de 2011 (Decisão nº 24/2011/DICOL/PREVIC – Ementa e Decisão – fls. 166/167).

Foram encaminhados ofícios aos Autuados, dando ciência da referida decisão, tendo sido juntado aos autos os Avisos de Recebimento dos referidos ofícios (fls.170/172).

Ato contínuo, os autos foram a mim distribuídos para julgamento do respectivo Recurso de Ofício.

É o relatório.





II – VOTO

Diante da decisão da PREVIC pela improcedência do Auto de Infração contendo a seguinte ementa: “*AUTO DE INFRAÇÃO. DESENQUADRAMENTO. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE. NORMAS QUE FIXAM OS LIMITES DE INVESTIMENTO. IMPROCEDÊNCIA*”, vieram os autos a esta CRPC para apreciação do respectivo Recurso de Ofício.

Nota-se que o presente processo foi iniciado com a lavratura do Auto de Infração nº 11/2010, contra os Autuados, ora Recorridos, diretores-executivos da Gerdau, por aplicarem os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo CMN, infringindo o disposto no art. 9º, § 1º, da LC nº 109/01, art. 64 do Dec. nº 4.942/03 e art. 50, do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121/03.

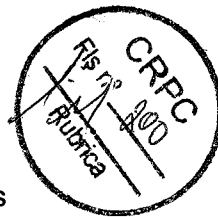
Assim, segundo o AI, teria sido verificada a “(...) *manutenção da alocação de recursos dos planos de benefícios Plano de Aposentadoria e Plano de Aposentadoria Suplementar em ações de emissão das próprias patrocinadoras (Metalúrgica Gerdau S/A e Gerdau S/A), em percentuais superiores a 10% dos recursos garantidores*” (grifos do original).

Como se verifica, a suposta infração teria violado o Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 3.121/03, vigente à época dos fatos. Todavia, atualmente, a matéria é disciplinada pela Resolução CMN nº 3.792/09 (art. 41, inc. III, alínea “e”), e seu Regulamento Anexo. Referida Resolução passou a disciplinar de forma diversa (e mais benéfica) os prazos para reenquadramento das aplicações dos recursos garantidores dos planos de benefícios.

Assim, como defendido pelos autuados, devem se aplicar a eles, retroativamente, as disposições da citada Resolução CMN nº 3.792/09, por lhes serem mais benéficas.

A referida norma, que atualmente regula a aplicação de recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios, estabelece que o prazo para reenquadramento àqueles que excedessem os limites nela previstos, de forma passiva, será de 720 dias.

Ainda, a citada norma determina que a contagem desse prazo será suspensa enquanto o montante financeiro do desenquadramento for inferior ao resultado superavitário acumulado do respectivo plano de benefícios (art. 41, inciso III, alínea “e” e art. 52, §§1º e 2º da Resolução CMN nº 3.792/09).



Inicialmente, cumpre observar que, no caso presente, os Autuados alegaram, em sua defesa, que o plano de benefícios era superavitário. Tal fato que não foi contraditado pela fiscalização, o que permite a adoção de tal premissa fática como verdadeira.

Todavia, independentemente da ocorrência ou não de superávit, **os períodos capitulados no AI nos quais teriam ocorrido os desenquadramentos – 28/11/2003 a 29/04/2005; 31/01/2006 a 31/08/2006 e 30/11/2006 a 30/04/2007 – são todos inferiores a 720 dias** (diga-se: 518 dias no primeiro período; 213 dias no segundo período; 152 dias no terceiro período). Assim, de fato, não havia que se falar em cometimento de conduta infracional considerando o disposto na Resolução CMN nº 3.792/09, aplicável ao caso sob análise.

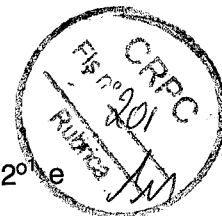
Quanto ao tema do cabimento da aplicação da teoria da retroatividade da norma posterior mais benéfica para os casos em que se está tratando de legislação relativa à aplicação dos recursos das EFPC, o Relatório Final nº 24/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, bem citou parecer da Procuradoria Federal da PREVIC, no qual houve manifestação pela possibilidade de tal retroação, uma vez que *“a norma mais benéfica deve retroagir para abarcar os fatos praticados sob a égide da norma anterior, sob pena de grave ofensa aos direitos fundamentais”*.

Ainda, o próprio Relatório Final, com acerto, mencionou a publicação da Súmula PREVIC nº 2, de 17/05/2001, que assim dispõe: *“Aplica-se na Previdência Complementar Fechada o princípio da retroatividade da norma mais benéfica, inclusive na hipótese de enquadramento decorrente da alteração promovida pela Resolução CMN nº 3.792, de 24.09.2009.”* Referida súmula é bem clara e específica quanto à possibilidade de retroatividade da norma mais benéfica, fazendo inclusive menção expressa à Resolução CMN nº 3.792/09. Exatamente a hipótese dos autos!

Não se deve perder de vista o fato de que a referida Súmula encontra fundamento nos princípios aplicáveis ao Direito Penal Brasileiro. Portanto, a exemplo do que ocorre no Direito Penal, no Direito Administrativo sancionador (tendo em vista que ambos possuem caráter punitivo), também se deve respeitar o Princípio da Legalidade.

Referido princípio, além de assegurar a inexistência de crime/infração sem norma anterior que o defina, também admite a retroação da lei para beneficiar o réu/infrator.

Assim, nem no Direito Penal, nem do Direito Administrativo Sancionador, se pode admitir a imposição de pena/sanção por uma conduta que uma



norma posterior deixou de considerar crime/infração, conforme prevêem os art. 2º e 107, inc. III², do Código Penal, aplicáveis, por analogia, ao processo administrativo.

Egberto Maia Luz, na obra *Direito Administrativo Disciplinar*³, manifesta-se no sentido de que, “... se o *Direito Administrativo Disciplinar* possui mesmo alguma afinidade, esta define-se perfeitamente com a identidade do direito de punir e este somente se encontra em duas esferas: na criminal e na administrativa...”.

Parece-nos, também, ser da mesma opinião José Armando da Costa⁴, que em sua obra *Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*, assim opinou:

“... Em primeiro arremate, destaque-se que o fenômeno disciplinar em sua substância repressora, embora esteja fundamentalmente jungido aos princípios do Direito Administrativo – até porque insere-se no contexto desse ramo do Direito –, guarda, nos entroncamentos de sua essência existencial, as características do direito punitivo geral, o qual sempre consagra tratamento discriminado e privilegiado em favor do cidadão que esteja diante de situações golpeadoras do seu patrimônio e da sua liberdade. Qualquer punição, enquadrando-se ontologicamente no campo do Direito Penal genérico, configura matéria de direito excepcional e, por via de consequência, somente admite interpretação lítero-declarativa (estrita)...”. (Grifamos).

Sendo assim, alinhamo-nos à compreensão daqueles autores, eis que, de fato, há clara identidade de propósito entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, consubstanciada no exercício do direito de punir, sendo que, considerada em si a própria “pena”, que difere quanto à intensidade (veja-se que no campo criminal admite-se pena privativa de liberdade), em ambos aqueles sistemas jurídicos observa-se a existência de um duplo sentido: o caráter repressivo e o caráter pedagógico.

A própria edição da Súmula PREVIC n.º 2 é uma clara manifestação do entendimento daquele órgão fiscalizador acerca da aplicação de princípios fundamentais do Direito Penal ao Processo Administrativo Sancionador instaurado no âmbito do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.

¹ “Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.”

² “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

(...)

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

(...)”.

³ *Direito Administrativo Disciplinar – Teoria e Prática*, 4ª Ed., 2002, Edipro, p. 74

⁴ 4ª Ed. 2002, Brasília Jurídica, p. 69

Uma vez, afigurando-nos absolutamente pertinente o sentido daquela Súmula, a Resolução CMN nº 3.792/09 passou a disciplinar de forma diversa (e mais benéfica) os prazos para reenquadramento das aplicações dos recursos garantidores dos planos de benefícios.

Desta forma, acerca da *abolitio criminis*, fenômeno verificado na hipótese dos autos, vale trazer à luz o entendimento doutrinário acerca de seus contornos, no escólio de renomados especialistas.

Damásio Evangelista de Jesus⁵ ensina que a *abolitio criminis* ocorre quando a lei nova retira do campo da ilicitude penal a conduta precedentemente incriminada, constituindo “... *fato jurídico extintivo da punibilidade, ex vi do art. 107, III, do Código Penal...*”.

Quanto aos seus efeitos, o mesmo autor destaca que “... A lei nova discriminante, atuando retroativamente, exclui todos os efeitos jurídico-penais do comportamento antes considerado infração. Há extinção do *jus puniendi in concreto* e do *jus punitiois*.” Quanto às consequências práticas da *abolitio criminis*, dispõe:

“1º) a *persecutio criminis* ainda não foi movimentada: o inquérito policial ou o processo não pode ser iniciado; 2º) o processo está em andamento: deve ser “trancado” mediante decretação da extinção da punibilidade; 3º) já existe sentença condenatória com trânsito em julgado: a pretensão executória não pode ser efetivada (a pena não pode ser executada); 4º) o condenado está cumprindo a pena: decretada a extinção da punibilidade, deve ser solto.”

Luiz Flávio Gomes, em sua obra *Direito Penal*⁶, também quanto aos efeitos da *abolitio criminis*, leciona:

“... não há nenhuma dúvida de que a lei de *abolitio criminis* é retroativa e extingue o *jus puniendi* do Estado, eliminando todos os efeitos penais...”.

Perfilhando-nos ao entendimento dos preclaros doutrinadores, entendemos inadmissível que esta E. Câmara de Recursos imponha qualquer sanção por um fato que norma posterior passou a disciplinar de forma diversa (e mais benéfica), havendo que se reconhecer, em razão de tal circunstância, a extinção da punibilidade.

⁵ Código Penal Anotado, 10ª Ed., 2000, Saraiva, p. 7

⁶ Direito Penal, Vol. 2 (Parte Geral), 2007, Revista dos Tribunais, p. 101



Ademais, descurar-se de tal obrigação somente traria desprestígio a esta E. Câmara de Recursos da Previdência Complementar, eis que, nos termos do art. 1º da Deliberação n.º 2 da Diretoria Colegiada da PREVIC, que aprovou aquela Súmula administrativa, lhe foi conferido “efeito vinculante” no âmbito daquela autarquia, pelo que estariam, de qualquer forma, impedidos de aplicar a penalidade proposta no AI, acaso fosse mantida pela instância recursal.

Desta forma, de maneira acertada, a Decisão nº 24/2011/DICOL/PREVIC dispôs que: “1. A aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, ultrapassando o limite de 10% (dez por cento) do total dos recursos dos planos de benefícios da entidade em quaisquer títulos ou valores mobiliários de emissão da(s) própria(s) patrocinadora (s) constitui infração. 2. Aplicação do princípio da retroatividade benéfica na hipótese de superveniência de norma mais favorável que fixa limites de investimentos. Infração prevista no artigo 64 do Decreto nº 4.942/2003, colmatada pela Resolução CMN nº 3.792/09”, não havendo que se falar em reforma do entendimento acima defendido.

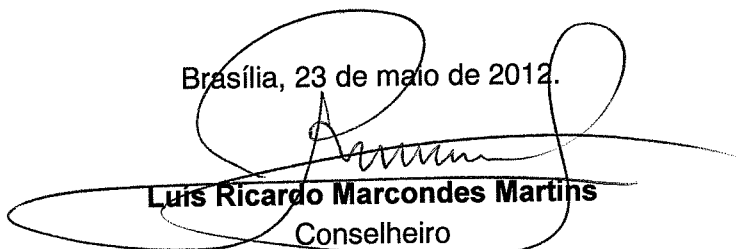
Diante do exposto, deve ser mantida a decisão pela improcedência do Auto de Infração, motivo pelo qual nego provimento ao Recurso de Ofício.

Caso esse entendimento venha prevalecer, segue EMENTA abaixo:

“RECURSO DE OFÍCIO. AUTO DE INFRAÇÃO. DESENQUADRAMENTO. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE RESOLUÇÃO CMN Nº 3.792/09. NORMA POSTERIOR QUE FIXA OS LIMITES DE INVESTIMENTO. SÚMULA Nº 2 PREVIC. NÃO PROVIMENTO. DECISÃO MANTIDA.”

É como voto.

Brasília, 23 de maio de 2012.


Luis Ricardo Marcondes Martins
Conselheiro

Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC

AUTOS Nº: 44190.000003/2010-17



RECURSO DE OFÍCIO

RECORRENTE: Superintendente Nacional de Previdência Complementar – Previc

RECORRIDOS: João Aparecido de Lima, Expedito Luz, Osvaldo Burgos Schirmer e Geraldo Toffanello.

ENTIDADE: GERDAU – Sociedade de Previdência Privada

VOTO-VISTA

1. Trata-se de recurso de ofício no qual foi aplicado ao caso em exame o princípio da retroatividade da norma benéfica em virtude de superveniência de regra mais favorável que fixa limites de investimentos à EFPC.
2. Em face da relevância do tema em questão, peço vênica para apresentar minhas considerações e razões acerca do caso.
3. Estamos diante de um caso paradigma no regime de previdência complementar. No caso que ora se põe a exame desta Câmara julgadora encontra-se a avaliação de princípios constitucionais que desde logo se afirma: não se contrapõem, mas que ao revés, deve haver a ponderação quanto à aplicação de um, em detrimento de outro, no caso concreto. Deste modo, a questão que ora se apresenta é: o direito fundamental do autuado no processo sancionador de não responder por infração que não mais existe no atual ordenamento jurídico (retroatividade benéfica) em contraposição à efetividade das normas punitivas estatais.
4. Na análise da confrontação de princípios que traduzem o interesse estatal punitivo e a garantia individual do cidadão, devem os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade tomar assento na discussão em tela, para ao final traduzir-se em uma decisão consentânea com os objetivos de um moderno e efetivo processo administrativo sancionador.



5. A meu sentir, o âmago da questão em discussão neste colegiado julgador diz respeito a ponderação de valores, não se restringindo a simples conflito de normas. No caso em que princípios são convergentes, a doutrina¹ leciona que um destes:

“[...] tem que ceder ante o outro. Porém isto não significa declarar inválido o princípio afastado nem que no princípio afastado tenha que se introduzir uma cláusula de exceção. O que sucede, mais exatamente, é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. É isto o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras resolvem-se na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar para além da dimensão da validade, na dimensão do peso”.

6. A questão que ora se põe à análise, aplicação da retroatividade benéfica no direito sancionador administrativo realmente não encontra posição pacífica e consolidada na doutrina ou jurisprudência. Ao contrário temos manifestações para ambas as correntes, o que não retira sua aplicabilidade e nem tão pouco desfavorece sua imposição. Neste sentido, favorável a aplicação da retroatividade benéfica, leciona o professor Fábio Medina Osório²:

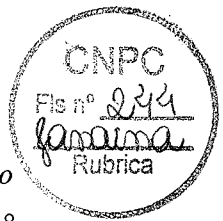
“(...) Ao prever a retroatividade das normas favoráveis, o legislador estaria apenas registrando um valor imanente à ordem constitucional, contemplando instituto que abriga valores universais ligados ao Direito Punitivo. É um reforço explícito a um conjunto de valores abrigados na Constituição e no devido processo legal. Por isso, não há a menor dúvida de que tal previsão encontra suporte constitucional. Se o legislador veda a retroatividade, há que se analisar, desde logo, se a proibição possui sentido e funcionalidade justificáveis no Estado Democrático de Direito.”

7. No âmbito dos tribunais a questão também recebe posicionamentos favoráveis à retroatividade, senão vejamos:

Apelação cível. Embargos do devedor. Multa por infração fiscal. Lei nova mais benéfica. Retroatividade. Sucumbência parcial. Ônus. Distribuição proporcional. Recurso parcialmente provido. 1. A lei nova mais benéfica que estabeleça pena mais

¹ ALEXY, Robert *apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 33.

² OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4ª Ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 279.



branda para infração administrativa tem aplicação retroativa por analogia com o Direito Penal. 2. Ainda que a infração tenha ocorrido na vigência da Lei estadual nº 10.561, de 1991, aplica-se o disposto na Lei estadual nº 14.309, de 2002, que prevê para o mesmo fato penalidade mais branda. 3. Em caso de sucumbência recíproca, os respectivos ônus devem ser proporcionalmente repartidos. Se incorreta a repartição, deve ser feito o acerto. 4. Apelação cível conhecida e parcialmente provida. (Apelação Cível 1.0411.04.011205-3/001, Rel. Des.(a) Caetano Levi Lopes, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/08/2005, publicação da súmula em 26/08/2005).

ADMINISTRATIVO – INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – PENALIDADE ALTERADA POR LEI POSTERIOR DURANTE O CUMPRIMENTO DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS – RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA – Se durante o cumprimento de penalidade decorrente de infração de trânsito sobrevem lei atenuando a gravidade do ilícito administrativo e minorando a sanção imposta, impõe-se a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao réu (CF, art. 5º, § 1º). TJ-SC- Apelação Cível em Mandado de Segurança número 2007.019676-6.

8. Note-se que no julgado acima se trata de infração de trânsito, cujo caráter de norma de perigo abstrato guarda similitude ao contexto das infrações em face de descumprimento dos limites de investimentos impostos pela Resolução do Conselho Monetário Nacional.

9. Ademais, a aplicação do princípio da retroatividade benéfica não se circunscreve ao processo sancionador no regime de previdência complementar, havendo decisões administrativas de instâncias julgadoras de autarquias reguladoras como o Conselho Administrativo de Defesa do Consumidor – CADE³, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL⁴, dentre outras, que aplicam o princípio em tela.

10. Em suma, novamente se revela que o tema da aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica é muito mais um sopesamento de valores no caso em questão. Do fato em concreto relatado no processo, ponderou-se que o autuado, em face das questões concretas verificadas no processo, não deveria ser punido em face de infração não mais existente no ordenamento.

11. Vale ressaltar que o princípio da retroatividade benéfica não se caracteriza como exclusividade do direito penal, tendo em vista que num Estado Democrático de

³ Processo nº 08012.006713/97-92

⁴ Processo nº 48500.002264/2010-73

Direito devemos levar em consideração o direito punitivo estatal como gênero, desdobrando-se em ramos específicos tais como o direito penal e o direito administrativo sancionador. Amparado novamente nas lições de Medina⁵, este prescreve:

“Não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal.

Se há uma mudança nos padrões valorativos da sociedade, nada mais razoável do que estender essa mudança ao passado, reconhecendo uma evolução do padrão axiológico, preservando-se, assim, o princípio constitucional da igualdade e os valores relacionados à justiça e à atualização das normas jurídicas que resguardam direitos fundamentais. O engessamento das normas defasadas e injustas não traria nenhuma vantagem social. A retroatividade decorre de um imperativo ético de atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia.”

12. Portanto, pode-se até argumentar que existam diferenças entre os ramos do direito acima aventados, todavia, em sua essência, o objetivo do princípio da retroatividade benéfica não guarda diferenças que possam acarretar a inviabilidade de sua aplicação na seara administrativa.

13. No que tange à questão da natureza temporária e excepcional das normas expedidas pelo CMN no tocante a limite de investimentos pelas EFPC, abaixo faço considerações que também considero importantes.

14. As alterações da norma fundadas na evolução do mercado de capitais e financeiro não podem, por si só, caracterizar a norma como temporária e excepcional. Nos dizeres da doutrina⁶: *“leis excepcionais e temporárias são leis que vigem por período predeterminado, pois nascem com a finalidade de regular circunstâncias transitórias especiais que, em situação normal, seriam desnecessárias”*.

15. Em que pese a salutar comparação do número de vezes que a norma foi alterada em determinado período de tempo, conforme debatido em processo com

⁵ Op. Cit. p. 277.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Volume 1.3. ed. SÃO Paulo: Saraiva, 2003.

8



idêntico teor, tal argumentação não considero apta a fornecer o caráter de temporário e excepcional à norma do CMN. A legislação como um todo é dinâmica e várias são as normas que sofreram a mesma quantidade de alterações, valendo citar, por exemplo, a própria Constituição Federal. Mutações normativas não geram o caráter temporário e excepcional da norma.

16. Ainda mais, o argumento de que a aplicação do princípio da retroatividade tornaria ineficaz qualquer tentativa de regulação das atividades de investimentos por EFPC, a meu ver, ressoa-se de premissas firmes. Para se admitir essa suposta ineficácia, seria necessário admitir antecipada e apressadamente que toda norma sobre investimentos viria a sofrer, no futuro, um ajuste para beneficiar situações de afronta à norma presente, o que é mero juízo probabilístico e, somente nessa condição (juízo de probabilidade), realmente oferece condições de respaldar o entendimento de que a norma seria ineficaz

17. Cumpre reconhecer que o aspecto dinâmico da ciência econômica é sim relevante para determinar, por exemplo, que as normas específicas desse segmento podem ser, em boa parte, delegadas pelo legislador ordinário ao CMN, autoridade monetária nacional (dando a flexibilidade para alteração normativa, diante de alterações econômicas bruscas). Contudo, não necessariamente esse dinamismo da economia induz à temporariedade das normas que tratam, por exemplo, sobre investimentos de EFPC.

18. Igualmente, grande parte das alterações ocorridas na norma do CMN não se traduziu em mudanças nos limites ou alterações substanciais a dar-lhe um caráter de temporariedade e excepcionalidade. A caracterização de “temporária” na norma que estipula limite de investimentos para não aplicação do princípio da retroatividade benéfica, a meu sentir, não se sustenta por si só.

19. No que se refere ao inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99 aqui não estamos tratando de aplicação retroativa de nova interpretação da norma administrativa. Em resposta à Controladoria-Geral da União – CGU, a Procuradoria Federal junto à Previc assim se manifestou no que respeita à edição de súmula pela autarquia:

Neste sentido, a manifestação jurídica favorável à edição de enunciado de súmula, exarada por órgão jurídico da PGF e acolhido pela Diretoria Colegiada da autarquia, tem o cunho de inaugurar o entendimento esposado, aplicável no âmbito



da autarquia com fulcro no poder hierárquico, e não se contrapor a argumento anterior exarado por outro órgão que não a autarquia em tela.

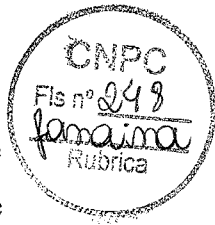
20. No que concerne à comparação de situações em julgamento com aquelas já julgadas, isto é, autuados ainda com decisão pendente de julgamento, com autuados que tenham cumprido a pena (sem a aplicação da retroatividade benéfica) sob a condição de que julgamentos distintos ofenderiam o princípio da isonomia induz ao entendimento equivocado de que tudo no direito teria aplicação totalmente uniforme. Cumpre trazer esclarecimentos a esse respeito.

21. No plano teórico, o direito busca a que todos os casos fáticos iguais devam ser tratados do mesmo modo, considerando a concepção clássica de igualdade. Contudo, essa ideia convive com a própria dinâmica do direito (social, econômica, política), que evolui constantemente, fazendo com que, no plano prático, situações de desajuste às regras então vigentes convivam com a alteração futura da respectiva disciplina legal.

22. Transportando essa condição para situações de processos típicos de regimes disciplinares como o ora em debate, que são julgados conforme as possibilidades de cada órgão competente e conforme as peculiaridades de cada caso tornar-se-ia ainda mais difícil considerar essa mesma possibilidade de julgamento totalmente isonômico, uma vez que cada processo tem seu tempo próprio e resulta de ações administrativas realizadas em momentos distintos, possivelmente ultrapassando a vigência de determinada regra legal.

23. Na realidade, a prevalecer esse raciocínio de que a aplicação da retroatividade benéfica pode gerar situações desiguais, seria jogar por terra o próprio princípio da retroatividade (que possui sua validade na Constituição), pois sempre haverá casos passados que tenham tido tratamento diferente (antes da edição da nova lei), em qualquer campo onde o princípio seja aplicável. Exemplo claro trata-se da aplicação da retroatividade benéfica no caso das despesas administrativas. E aqueles que foram autuados, recolheram as multas ou foram inabilitados em face da infração de extrapolação dos limites da despesa administrativa? Verifica-se desta forma que o caso não se traduz em lógica cartesiana, tendo em vista que o mesmo ponto de vista pode ser utilizado de forma transversa.

24. Por fim, mas não menos importante, resta ainda algumas breves considerações acerca do ato jurídico perfeito para fins de oponibilidade à aplicação da retroatividade benéfica.



25. A lavratura do auto de infração no processo sancionador do regime de previdência complementar apenas inaugura o procedimento administrativo, não se caracterizando como ato jurídico perfeito. Tal ato jurídico somente se tornará “perfeito” quando da conclusão do processo administrativo sancionador com sua conseqüente manutenção em face da discussão dialética travada no bojo do processo administrativo.

26. Antes disso (conclusão do processo administrativo), entendo temerária a alusão a ato jurídico perfeito, sob pena de retirar a competência e a própria justificativa de existência das instâncias julgadoras (colegiado da Previc e CRPC). No próprio voto há menção a “autuações pendentes”, o que indica que tal ato não se encontra, ainda, juridicamente perfeito.

27. Ao final, resta por último tecermos ainda algumas considerações acerca da autuação em concreto.

28. Conforme se pode verificar no bojo do processo, trata-se de infração por descumprimento dos limites de investimento em decorrência de desenquadramento passivo. Assim determina a norma em vigor:

Art. 52 - Não são considerados como infringência aos limites estabelecidos nesta Resolução os desenquadramentos passivos decorrentes de:

I - valorização de ativos;

(...)

29. Ora, nestes casos a resolução do CMN em vigor deixou de tratar tais situações como infrações. Neste contexto, da expressa retirada do caráter infracional de uma conduta não volitiva (importante destacar: não houve vontade, atuação do agente para realização da situação irregular) vai ao encontro de um tema já pacificado no âmbito desta egrégia câmara: a impossibilidade de responsabilidade objetiva no regime sancionador de previdência complementar.

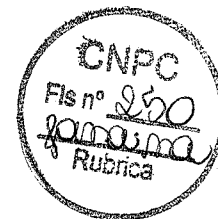
30. Perfaz-se então o questionamento de que não seria justo a aplicação da retroatividade benéfica? Entendo afirmativamente, pois com supedâneo numa ponderação de valores constitucionais deve-se sim aplicar a retroatividade benéfica, ainda mais justificada nos casos de desenquadramento passivo.

31. Deste modo, em face de todos os argumentos acima expostos, acompanho o ilustre relator, conheço do recurso de ofício para negar-lhe provimento.

32. É como voto.


Adriano Cardoso Henrique
Membro da CRPC





PROCESSO: 44190.000003/2010-17

RECORRENTE: Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC

RECORRIDOS: João Aparecido de Lima, Expedito Luz, Osvaldo Burgos Schirmer e Geraldo Toffanello

RELATOR: Luis Ricardo Marcondes Martins

Voto VISTA

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face da Decisão nº 24/2011/DICOL/PREVIC, proferida em 24 de maio de 2011, que julgou improcedente o Auto de Infração nº 11/2010, lavrado em 10 de dezembro de 2010, em razão de a fiscalização haver constatado que a GERDAU – Sociedade de Previdência Privada teria infringido o disposto no artigo 9º, § 1º, da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2011; art. 64 do Decreto nº 4942, de 30/12/2003 e art. 50, do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121, de 25/09/2003.

Embora comungue do mesmo entendimento do ilustre Relator, peço vênia para acrescentar meus argumentos a respeito do tema com a finalidade de enriquecer o debate sobre a questão.

De acordo com o relatório do auto de infração, em ação fiscal desenvolvida na Gerdau – Sociedade de Previdência Privada, e em conformidade com os dados disponibilizados à Secretaria de Previdência Complementar – SPC, constatou-se que a entidade manteve a alocação de recursos dos planos de benefícios – Plano de Aposentadoria e Plano de Aposentadoria Suplementar, em ações de emissão das próprias patrocinadoras (Metalúrgica Gerdau S/A e Gerdau S/A), em percentuais superiores a 10% dos recursos garantidores.

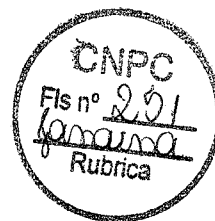
A situação foi observada nos períodos de 28/11/2003 a 29/04/2005, 31/01/2006 a 31/08/2006 e 30/11/2006 a 30/04/2007, última competência verificada pela fiscalização.

A responsabilidade pela infração foi imputada aos Diretores João Aparecido de Lima, Expedito Luz, Geraldo Toffanello e Osvaldo Burgos Schirmer, sendo este último Administrador Estatutário Tecnicamente Qualificado, designado em 03/04/2006.

Assim, a entidade foi autuada por ter aplicado os recursos garantidores em desacordo com as diretrizes do Conselho Monetário Nacional – CMN, conforme determina o artigo 9º § 1º da LC nº 109/2001:

Art. 9º As entidades de previdência complementar constituirão reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º A aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o caput será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.
(grifo nosso).



A Resolução CMN nº 3.121, de 25/09/2003, vigente à época dos fatos assim dispunha:

Regulamento da Resolução CMN nº 3.121, de 25/09/2003

*Art. 50. As aplicações em quaisquer títulos ou valores mobiliários de emissão ou coobrigação da(s) própria(s) patrocinadora(s) - instituição financeira ou não -, de sua(s) controladora(s), de sociedades por ela(s) direta ou indiretamente controladas e de coligadas ou outras sociedades sob controle comum **não podem exceder 10% (dez por cento)**, aí computados não só os objeto de compra definitiva, mas, também, aqueles objeto de empréstimo e de operações compromissadas e os integrantes das carteiras dos fundos dos quais as entidades fechadas de previdência complementar participarem, na proporção das respectivas participações.*
(grifo nosso)

Desse modo, a inobservância aos limites impostos pela legislação em vigor à época em que os recursos foram aplicados implica na consequente lavratura de auto de infração.

No caso concreto, constatou-se a aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios da Gerdau – Sociedade de Previdência Privada, em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, ultrapassando o limite de 10% (dez por cento) dos recursos garantidores do Plano de Aposentadoria e do Plano de Aposentadoria Suplementar em ações de emissão das próprias patrocinadoras (Metalúrgica Gerdau S/A e Gerdau S/A), nos períodos de 28/11/2003 a 29/04/2005, 31/01/2006 a 31/08/2006 e 30/11/2006 a 30/04/2007. Os referidos excessos são desenquadramentos passivos, conforme informação constante dos autos.

A defesa alega que, à luz da legislação vigente, a Resolução CMN nº 3.792, de 24 de setembro de 2009, o fato não seria considerado infração, uma vez que os desenquadramentos foram passivos e no período capitulado no auto de infração como irregular (01/2006 a 04/2007) o plano de aposentadoria é superavitário, sendo inferior aos 720 dias concedidos para a regularização. Argumenta que não se falar em irregularidade.

O limite antes disciplinado pelo art. 50 do Regulamento anexo à Resolução CMN 3.121/2003, atualmente está disposto no art. 41, inciso III, “e” da Resolução CMN nº 3.792/2009, o qual determina que a EFPC deverá observar, em relação aos recursos de cada plano por ela administrado, o limite de até 10% (dez por cento) se o emissor for patrocinador do plano de benefício. A norma atual concede ainda o prazo de 720 (setecentos e vinte dias) para ajustamento dos desenquadramentos passivos.

Assim, imperiosa se faz a análise sobre a possibilidade de aplicação do princípio da retroatividade benéfica na hipótese de edição de norma mais favorável para a legislação relativa à aplicação de recursos das EFPC.

Contudo, antes de adentrarmos especificamente na questão da aplicação do referido princípio, é preciso indagar se os princípios do direito penal são igualmente aplicáveis ao direito administrativo sancionador e em qual medida estes podem ser aplicados.

Parte da doutrina entende que os princípios do direito penal não devem ser aplicados ao processo administrativo sancionador. A argumentação principal dos que defendem esta tese reside no fato de ser o Direito Penal mais gravoso, uma vez que a sanção típica a ser aplicada é a pena privativa de liberdade.

Alexandre Aguiar¹ aborda a questão de maneira diversa, fazendo importantes considerações acerca dessa interpretação:

“Em uma sociedade pluralista, que aceita a diversidade de pontos de vista e de valorações, é impossível considerar-se a existência de uma hierarquia rígida de valores. Para algumas pessoas, é preferível perder a vida do que ter sua liberdade de crença limitada: exemplo contundente é o caso das testemunhas de Jeová, que se recusam sistematicamente a receber transfusão de sangue, mesmo que isso lhes custe a vida. Muitas pessoas prefeririam passar algum tempo na prisão a perder seu cargo público. Da mesma forma, um advogado militante, com certeza, preferirá prestar serviços comunitários a ter seu registro na Ordem dos Advogados do Brasil cassado.

Portanto, as diferenças entre as sanções penais e as administrativas não devem ser buscadas em características essenciais, mas acidentais: as primeiras assumem a forma predominante de pena privativa de liberdade e são aplicadas pelo Poder Judiciário; enquanto que as últimas, normalmente, têm caráter pecuniário, sendo aplicadas pelo Poder Executivo.

Essa similitude essencial exige que as penas criminais e as administrativas sejam tratadas de maneira semelhante, sob pena de afronta ao princípio constitucional da isonomia.

.....

Por isso, não há sentido algum em interpretar-se de modo restritivo o vocábulo "pena", que aparece diversas vezes no art. 5º da Constituição, para considerá-lo apenas como sanção criminal. Até porque as normas constitucionais devem ser sempre interpretadas extensivamente (princípio da máxima efetividade), ou seja, dentre os vários significados de um termo, o intérprete deve preferir aquele que tenha o sentido mais amplo. A própria Constituição exige essa interpretação extensiva ao dispor que os direitos e as garantias nela expressos "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados".

(grifo nosso)

¹ AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Os limites constitucionais das sanções administrativas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1517, 27 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10322>>. Acesso em: 27 jun. 2012.



No tocante à gravidade das penas aplicadas no direito administrativo, Alexandre Aguiar² chama a atenção para duas penas de caráter perpétuo previstas na legislação: a inabilitação permanente dos diretores de instituições financeiras que cometerem infrações contra a economia nacional (Lei 4.595/64) e a pena de demissão do servidor público em hipóteses que vedem seu retorno ao serviço público (Lei 8.112/90), embora o art. 5º, inciso XLVII da Constituição Federal proíba as penas de caráter perpétuo.

Assim, forçoso é reconhecer que há uma similitude muito grande entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, não sendo possível invocar a hierarquia entre valores e bens a serem protegidos para afastar a aplicação de princípios constitucionais típicos do direito penal no âmbito administrativo.

É de ressaltar que não existe diferença entre a pena de multa aplicada no direito penal e a pena de multa aplicada no direito administrativo sancionador.

No âmbito da Previdência Complementar Fechada, a matéria já foi analisada por meio da Nota Técnica n. 100/2007/SPC/DELEG, de 17.12.2007, na qual se pacificou o entendimento de que as regras do direito penal se aplicam também ao direito administrativo sancionador, conforme trechos abaixo transcritos:

“A responsabilização administrativa por infrações à legislação da previdência complementar deve ser efetivada através de processo administrativo, ao qual se aplica, em caráter subsidiário, as regras da Lei nº 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Vale salientar, ainda, conforme entendimento já sedimentado na doutrina e na Jurisprudência, que também se aplicam ao processo sancionador da Administração Pública os princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

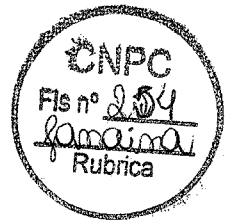
Damásio E. de Jesus (Direito Penal, 10ª ed, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 143). ao contrastar crime e ilícito administrativo, preleciona que “não existe diferença ontológica entre eles. A diferença é de grau ou de quantidade. Reside na gravidade da violação ao ordenamento jurídico “. Assim, as condutas mais graves, as que violam de maneira mais intensa o ordenamento jurídico, são punidas pelo Direito Penal. As relativamente menos graves estão a cargo do Direito Administrativo.

Nos autos do Recurso Extraordinário n. 78.917-SP, em que se discutia o tema da prescrição administrativa em processo administrativo punitivo, o Supremo Tribunal Federal salientou que, “em se tratando de matéria punitiva, os mesmos princípios de Direito Penal devem ser aqui aplicados, razão pela qual, a prescrição deve ser contada a partir da data da prática da falta disciplinar.

No mesmo sentido, podem ser citadas recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. a exemplo das seguintes: RMS nº 3.252-RS, 6ª Turma, Relator Min. Pedro Aciole, j. 30.11.1994: REsp n. 19.560-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, J. 15.09.1993: REsp n 39.555-PE 1ª Turma, Rel. Min.

² AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10322>>. Acesso em: 27 jun. 2012.





Humberto Gumes de Barros, J.. 21.02. 1994.

Portanto, na ausência de disposição expressa no âmbito do Direito Administrativo, é possível aplicar ao processo punitivo da Administração os princípios e as regras gerais do Direito Penal." (grifamos)

Admitida a aplicação dos princípios e regras gerais do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, resta-nos saber se o princípio da retroatividade benéfica pode ser aplicado no caso de edição de norma mais benéfica com relação à fixação de limites de investimentos.

No direito, a regra geral é a irretroatividade das leis, uma vez que as normas são editadas para disciplinar fatos presentes e futuros, mas em determinadas situações a lei deve retroagir.

Em matéria penal prevalece o princípio da retroatividade da lei mais favorável ao réu, conforme art. 5º, inciso XL da CF/88.

O Código Penal, em seu artigo 2º, em consonância com a previsão constitucional também consagra este princípio:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (grifo nosso).

Com relação ao direito administrativo, parte da doutrina entende que o princípio é aplicável apenas no âmbito penal, mas a doutrina majoritária entende que o princípio da retroatividade da lei mais benéfica também se aplica ao direito administrativo sancionador. É a opinião de Régis Fernandes de Oliveira, Daniel Ferreira, Heraldo Garcia Vitta, Edilson Pereira Nobre Jr., Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari.³

Na opinião de Régis Fernandes de Oliveira⁴, "se houver redução da penalidade imposta, beneficiar-se-á o infrator, ou, então, quando a infração legal deixar de existir". Esse também é o entendimento adotado por Heraldo Garcia Vitta⁵:

"Com efeito, apesar de as leis serem editadas para regular fatos atuais ou futuros – as normas que beneficiem os infratores retroagem, a fim de prestigiar a nova realidade imposta pelo legislador, o qual tem a incumbência de acolher os anseios da sociedade num dado tempo e lugar. Não se justifica o Estado punir alguém, quando o legislador valora a conduta (antes ilícita ou pressuposto de pena mais grave), segundo as novas concepções sociais, e entende já não ser lícita, ou pressuposto de sanção menos grave". (grifamos)

³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. pp. 153-154.

⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e sanções administrativas**. 2ª. ed. São Paulo: RT 2005. p. 64.

⁵ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. P. 113.



A jurisprudência, muito embora escassa, parece seguir a mesma linha. Vejamos alguns julgados:

“REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PENAL DA ANTERIORIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. SIMILARIDADE DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA E DO ILÍCITO PENAL. RETROATIVIDADE DO PROCESSO. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. Data da entrada em vigor da Lei anterior à data do ato de aplicação da infração e sanção administrativa. Sentença confirmada. Embora o princípio da anterioridade tenha origem no direito penal, sua aplicação vem sendo estendida ao direito administrativo no tocante às infrações e sanções administrativas, tendo em vista a similaridade da função da sanção administrativa e do ilícito penal, os quais pretendem reger a vida social e desestimular a prática de condutas nocivas ao interesse público. Apelação cível. Ilegitimidade passiva ad causam. Não acolhimento. Writ direcionado à autoridade responsável pela prática do ato impugnado. Recurso não provido. O polo passivo do mandado de segurança deve ser integrado pela autoridade coatora responsável pelo ato ilegal ou por aquela que delega a prática do ato ilegal por executor subordinado a sua hierarquia. (TJSC; AC-MS 2009.059692-4; Mafra; Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento; Julg. 18/05/2010; DJSC 01/06/2010; Pág. 280)”

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTAS DE TRÂNSITO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. INFRAÇÕES REFERENTES A EXCESSO DE VELOCIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ALTERANDO A CLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS. RETROATIVIDADE DA LEI BENÉFICA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO. RECLASSIFICAÇÃO DAS TRANSGRESSÕES. CABIMENTO. 1 - Consoante jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o condutor do veículo detém legitimidade para questionar a validade de multa de trânsito, uma vez que, na condição de possuidor do bem, ele se responsabiliza perante o proprietário. 2 - Tendo em vista o caráter penal da sanção cominada por ofensa à legislação de trânsito, o princípio da retroatividade da Lei nova mais benéfica (CR/88, art. 5º, inc. XL) também se aplica à esfera do direito administrativo, pelo que se mostra cabível a reclassificação das infrações por excesso de velocidade em face das alterações promovidas pela Lei n.º 11.334/2006, resultando, assim, na redução do valor da penalidade imposta. 3 - Preliminar rejeitada e agravo retido e apelação não-providos. (TJMG; APCV 1.0024.06.196964-8/0011; Belo Horizonte; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Edgard Penna Amorim; Julg. 06/11/2008; DJEMG 27/02/2009)”

“DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE POLÍTICO. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. É entendimento pacífico deste Tribunal que aplica-se de forma retroativa a Lei Tributária mais benéfica ao contribuinte sobre fatos não definitivamente julgados. Como o artigo 41 da Lei n.º 8.212/1991 foi revogado pela Medida Provisória n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.451/2005, aplicando-se o princípio em referência, não há mais suporte legal para a aplicação de multa objeto da presente controvérsia. (TRF 4ª R.;



AC 2003.70.00.000094-5; PR; Quarta Turma; Rel^a Des^a Fed. Marga Inge Barth Tessler; Julg. 03/06/2009; DEJF 16/06/2009; Pág. 337)”

(grifamos)

Quando ocorre uma mudança normativa e determinada conduta deixa de ser reconhecida pelo Estado como ofensiva ao interesse público, seus efeitos devem retroagir para atingir os fatos praticados sob a vigência da norma anterior, sob pena de grave ofensa a direitos fundamentais.

Este foi o entendimento adotado pela Secretaria de Previdência Complementar-SPC, por meio da Nota Técnica 87/2009/SPC/DELEG, de 11/11/2009, quando se entendeu que o princípio da retroatividade da norma mais benéfica deveria ser aplicado no âmbito do Processo Administrativo Punitivo, com relação aos limites e critérios das despesas administrativas.

Seguindo na mesma linha, esta Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC, em diversos julgados⁶ aplicou o princípio da retroatividade da norma mais benéfica, sendo o entendimento firmado por meio da Nota Técnica nº 87/2009/SPC/DELEG, de 11/11/2009 invocado como fundamento na maioria das decisões proferidas.

A Nota Técnica 87/2009 utiliza como fundamento principal para a aplicação do princípio da retroatividade benéfica, no caso da aplicação de penalidades com relação à extrapolação dos limites das despesas administrativas, o caráter de perenidade das regras que tratam da matéria, uma vez que estas regras vigoraram por aproximadamente 30 (trinta) anos.

Ainda em conclusão, e de forma a solidificar o argumento da perenidade das regras relativas às despesas administrativas, a Nota Técnica nº 87/2009 apresenta como contraponto à regra da perenidade as normas referentes aos limites de investimentos, alegando que estas possuem caráter excepcional ou temporário. Neste caso, sustenta a aplicação da ultratividade da norma vigente à época dos fatos.

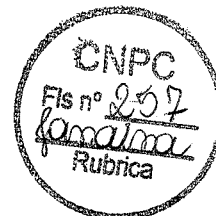
De acordo com Fernando Capez⁷, norma excepcional é aquela editada para vigorar em períodos anormais, como guerra, calamidades etc. A norma temporária, por sua vez, é aquela feita para vigorar em um período de tempo previamente fixado pelo legislador. A norma neste caso já traz em seu bojo a data de cessação de sua vigência. É uma norma que desde sua entrada em vigor está marcada para morrer.

Capez⁸ destaca que a não aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica aos casos de normas temporárias reside na preocupação de que tais normas não percam sua força intimidativa. Por isso, o autor defende que “ocorrendo modificação posterior no complemento da norma penal em branco, é imprescindível verificar se o complemento revogado tinha ou não as características de temporariedade”.

⁶ Processos 44000.002222/2007-17; 44000.002223/2007-61; 44000.002224/2007-14; 44000.002568/2007-15; 44000.002762/2007-09; 44000.002766/2007-89; 44000.00155/2008-87; 44000.000154/2008-32; 44000.000156/2008-21.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral, vol. 1, 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 62 e 63.

⁸ CAPEZ, Fernando. Op. cit. pp. 64 e 65.



No tocante às normas reguladoras dos limites de investimentos, o simples fato de estas terem sofrido sucessivas alterações no tempo, ou mesmo a natureza dinâmica do sistema econômico, não são por si sós, motivos suficientes para caracterizá-las como excepcionais ou temporárias.

Desse modo, para o deslinde da questão colocada nos autos é de fundamental importância verificar se as normas que fixam limites para os investimentos, em especial a Resolução CMN nº 3.792/2009, têm características de temporariedade.

De acordo com o Parecer n. 67/2011/CGCJ/PREVIC, de 11/05/2011, a Resolução CMN nº 3.792/2009 foi editada com a finalidade de adaptar a política de investimentos das entidades fechadas de previdência complementar a uma nova realidade econômica, com taxas de juros reduzidas e maior abertura do mercado, aliada ao crescimento econômico do país, situação esta que tende a perdurar no tempo. Desse modo, a norma não apresenta qualquer característica de temporariedade ou excepcionalidade.

A Resolução não traz em seu bojo prazo fixado para sua vigência, presumindo-se assim a sua característica de norma com prazo de vigência indeterminada, que só pode ser revogada de forma expressa por norma posterior que regular a matéria.

Destaca-se que não somente a Resolução CMN nº 3.792/2009, mas todas as normas editadas, desde a Resolução CMN nº 460/78, não tiveram prazo de vigência fixado e sempre foram revogadas expressamente pela norma posterior que passou a regulamentar a matéria, fato que por si só afasta duas das características das normas temporárias, quais sejam, ter seu prazo de vigência fixado em seu texto normativo e serem auto-revogáveis, uma vez que perdem automaticamente sua eficácia com fim do prazo fixado para sua vigência.

As normas que fixam limites para os investimentos também não são excepcionais, visto que não são editadas para vigorar em períodos anormais, em situações excepcionais, mas sim para disciplinar de forma perene a atuação das EFPC para que elas possam observar em seus investimentos as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez, protegendo os interesses das pessoas que contribuem para o sistema e, como não pode ser de outra forma, adaptando-se às constantes mudanças do cenário econômico.

Também não se mostra plausível concluir que a penalidade instituída pelo art. 64 do Decreto 4.942/2003, tenha sido criada para tratar de situações temporárias ou excepcionais.

É preciso salientar que, embora as normas relativas aos limites de investimentos tenham sofrido inúmeras alterações ao longo do tempo, o seu núcleo essencial não se modificou, tampouco sua finalidade primordial, que é a de evitar que as EFPC se exponham a riscos exagerados.

A Resolução CMN nº 460, de 23/02/78, visando fomentar o mercado de capitais brasileiro, fixava percentuais de aplicação mínimos para ativos até então subutilizados pelas EFPC, provocando uma diversificação no portfólio de seus investimentos, mas também impedia a concentração cumulativa dos ativos em carteira, evitando-se a

exposição a riscos, a exemplo do que ocorre hoje com o estabelecimento de limites pela Resolução CMN 3.792/2009.

Assim, se formos analisar as normas que tratam dos limites dos investimentos ao longo do tempo, concluiremos que estas sofreram sim diversas alterações, mas foram alterações pontuais, feitas de forma a promover a adequação dos investimentos das EFPC às novas realidades do mercado econômico, que por sua própria natureza dinâmica está em constante alteração, contudo, sem perder de vista o núcleo essencial de proteção ao sistema.

Dessa forma, não se pode concluir de forma simplista que as normas que fixam limites de investimentos são normas temporárias pelo simples fato de terem sido submetidas a diversas alterações ao longo do tempo.

Como não se pode afirmar com certeza o caráter de norma temporária ou excepcional da Resolução CMN nº 3.792/2009, que fixa limites para os investimentos e considerando que a conduta descrita no auto de infração não é mais ofensiva ao interesse público, deve se aplicar a resolução retroativamente para atingir fatos ocorridos sob a égide da norma anterior.

Ainda que não se admita que as normas que estabelecem regras e fixam limites para os investimentos tenham caráter de perenidade, podemos invocar por analogia, em face da lacuna legislativa em matéria administrativa sancionatória, o art. 106, II, c, do Código Tributário Nacional, que estabelece:

Art. 106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (grifamos).

Luciano Amaro⁹, reconhecido tributarista, ao tratar do tema da retroatividade benigna em matéria de infrações, assim leciona:

“Nas alíneas a e c temos a clara aplicação da retroatividade benigna: se a lei nova não mais pune certo ato, que deixou de ser considerado infração (ou se o sanciona com penalidade menos branda), ela retroage em benefício do acusado, eximindo-o de pena (ou sujeitando-o à penalidade menos severa que tenha criado). É óbvio que, se a lei nova agravar a punição, ela não retroage.”

Dizemos que há uma lacuna legislativa com relação à aplicação do princípio da retroatividade benéfica porque entendemos que o art. 2º da Lei 9.784/99 veda tão somente a aplicação retroativa de nova interpretação da norma, não se referindo à aplicação do princípio da retroatividade benéfica pela administração.

⁹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. Ed. Saraiva, 10ª. ed, 2004, p. 198.



Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (grifo nosso)

O artigo 2º da Lei 9.784/99 consagra a aplicação do princípio da segurança jurídica nas relações entre a administração e os administrados. Se a Administração adotou determinada interpretação para um caso concreto, por respeito à boa-fé dos administrados, a lei veio para estabilizar tal situação, vedando a anulação de atos anteriores sob pretexto de que os mesmos teriam sido praticados com base em errônea interpretação de norma legal administrativa.

No dizer do magistrado Mauro Nicolau Júnior¹⁰:

“A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes”.

A dignidade humana restaria seriamente atingida se por ventura fosse cabível extemporânea revisão de atos administrativos que geraram efeitos favoráveis ao administrado, quando praticados de boa-fé.

Odete Medauar¹¹ ressalta a função garantidora do processo administrativo no seguinte sentido:

“O processo administrativo vem finalizado à garantia jurídica dos administrados (particulares e servidores), pois tutela direitos que o ato administrativo pode afetar. Isso porque a atividade administrativa tem de canalizar-se por parâmetros determinados, como requisito mínimo para ser qualificada como legítima. No esquema processual o cidadão não encontra ante si uma Administração livre, e sim uma Administração disciplinada na sua atuação”.

A Administração, para o devido atendimento às suas finalidades precípuas, é revestida de poderes e prerrogativas próprias e se relaciona com o administrado em posição de supremacia, contudo, tais poderes são mitigados pelos direitos fundamentais dos indivíduos, que ela não pode desrespeitar, sob pena de eivar de nulidade insanável sua atuação.

Assim, o que a lei veda é a utilização da interpretação retroativa da norma para afetar direitos e situações jurídicas favoráveis já conquistadas pelo administrado, jamais a aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica.

¹⁰ Nicolau Junior, Mauro, *Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito ?*, in www.jurid.com.br, acesso em 13/07/2012.

¹¹ Medauar, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 9ª ed., São Paulo: RT, 2005, p.190.



Esclarecida a questão da existência de lacuna legislativa em matéria administrativa sancionatória tratando da aplicação do princípio da retroatividade benéfica, temos que a analogia com o art. 106, II, c, do CTN é permitida em razão da identidade existente entre a pena de multa aplicada no âmbito do direito tributário, por descumprimento de obrigação acessória, e a pena de multa aplicada no âmbito do direito administrativo sancionador.

Por todo o exposto, concluímos pela possibilidade da aplicação do princípio da retroatividade benéfica em se tratando de alteração de normas que fixam limites de investimentos, em especial a Resolução CMN nº 3.792/2009.

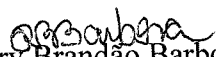
Na análise do caso concreto, considerando que os limites previstos na norma anterior não são mais exigidos pela norma atual e que a situação descrita no auto de infração se refere à desenquadramento passivo (o fato não é mais considerado infração aos limites impostos e a conduta não é mais ofensiva ao interesse público).

Considerando ainda, que o plano era superavitário no período capitulado no auto de infração como irregular (01/2006 a 04/2007) e que não foram ultrapassados os 720 dias para adequação aos novos limites, entendo cabível a aplicação retroativa da Resolução CMN nº 3.792/2009 para afastar a imposição de penalidade, mantendo a Decisão nº 24/2011/DICOL/PREVIC, proferida em 24 de maio de 2011, que julgou improcedente o Auto de Infração nº 11/2010.

Assim, conheço e nego provimento ao recurso de ofício para julgar Improcedente o Auto de Infração.

É como voto.

Brasília, 18 de julho de 2012.


Rosimery Brandão Barbosa

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 27ª Reunião Ordinária - 18 de julho de 2012

Relator: Luis Ricardo Marcondes Martins

Processo: 44190.000003/2010-17

Auto de Infração: 11/2010

Decisão: 24/2011/Dicol/Previc

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

Recorridos: João Aparecido de Lima, Expedito Luz, Osvaldo Burgos Schirmer e Geraldo Toffanello

Entidade: Gerdau – Sociedade de Previdência Privada

Voto do Relator: "... deve ser mantida a decisão pela improcedência do Auto de Infração, motivo pelo qual nego provimento ao Recurso de Ofício."

Representantes	Votos
ADRIANO CARDOSO HENRIQUE (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto do Relator.
ROSIMERY BRANDÃO BARBOSA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	conhece e nega provimento ao recurso de ofício para julgar Improcedente o auto de Infração.
ANTÔNIO BRÁULIO DE CARVALHO (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)	Conhece e dá provimento ao recurso de Ofício.
MARIA BATISTA DA SILVA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Conhece e dá provimento ao recurso de Ofício.
PAULO CESAR DOS SANTOS (Presidente)	Conhece e dá provimento ao recurso de Ofício.

Sustentação Oral:

Resultado: : Por unanimidade de votos a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC conhece do recurso de ofício. No mérito, por maioria de votos a CRPC nega provimento ao recurso, vencidos os votos dos membros Luiz Gonzaga Marinho Brandão e Maria Batista da Silva e do Sr. Presidente que deram provimento ao recurso de ofício.

Brasília, 18 de julho de 2012



PAULO CESAR DOS SANTOS
Presidente