

AUTOS Nº: 44190.000006/2010-42

RECORRENTES: Glênio Artur Merch, Danilo Vasques Martins, Wandercey Siqueira Hackbart, Mario Ubiratan Leites Pereira e Gilson Luiz Mareis Dália Nora

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

ENTIDADE: Fundação Silos e Armazéns de Seguridade Social – SILIUS

RELATOR: Adriano Cardoso Henrique

RELATÓRIO

1. Trata-se inicialmente de recurso voluntário interposto em face da deliberação da Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, consubstanciada na Decisão nº 30/2011/DICOL/PREVIC, de 28.06.2011, que julgou por unanimidade procedente o Auto de Infração n. 0013/10, de 14/12/2010.

2. No caso em espécie aos autuados, integrantes do conselho deliberativo da entidade fechada de previdência complementar, fora imputada a seguinte conduta infracional: *“deixar de adotar as providências, previstas em lei, para equacionamento do resultado deficitário do plano de benefícios ou fazê-lo em desacordo com as normas estabelecidas pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar”* (fls. 02). A conduta descrita tem como fundamento legal os §§ 1º, 2º e caput do art. 21 da Lei Complementar 109, de 29/05/2001 c/c art. 78 do Decreto nº 4942, de 30/12/2003.

3. Em breve sinopse calha transcrevermos os principais pontos da descrição circunstanciada dos fatos constante do relatório de auto de infração (fls. 05 a 07):

“A Fundação SILIUS esteve sob processo de intervenção em sua administração no período compreendido entre 20/12/2000 a 30/06/2003, em função de desequilíbrio econômico-financeiro-atuarial de seus planos de benefícios.

Durante o período interventivo, em 30/09/2002, firmou com a patrocinadora, Companhia Estadual de Silos e Armazéns – CESA, o Instrumento Particular de Repactuação, Confissão de Dívidas e Outras Avenças tendo como objeto a consolidação, reconhecimento e fixação de valor líquido, certo e incontroverso ao débito que o PATROCINADOR possui junto a FUNDAÇÃO (...).

No período de 02/05 a 30/06/2005, a Secretaria de Previdência Complementar empreendeu uma fiscalização dos planos administrados pela SILIUS, quando foi constatado que a entidade adotou como prática adicionar a totalidade dos encargos decorrentes do déficit apurado, nas avaliações atuariais que se seguiram ao contrato ao saldo devedor da dívida já contratada com a patrocinadora CESA.

Para apurar os fatos a SILIUS foi demandada, pelo Ofício nº 281/SPC/DEFIS/CGFD, datado de 01/02/2006, a esclarecer sobre "o atendimento da regra definida no artigo 21 da Lei Complementar nº 109, de 2001 e §3º do artigo 6º da Lei Complementar 108, de 2001, quanto à inclusão automática do déficit atuarial dos planos de benefícios na dívida da patrocinadora. (...) a demandada apresentou esclarecimentos alegando, em síntese, que a adição do total das insuficiências à dívida da patrocinadora CESA é necessária para manutenção do equilíbrio financeiro-atuarial; cumpre cláusulas do contrato firmado com a patrocinadora CESA, em 30/09/2002; e não fere os ditames das Leis Complementares nº 108, artigo 6º e Lei nº 109, artigo 21, de 2001.

(...)

Na sequência da apuração dos fatos, em complemento aos esclarecimentos antes demandados, foi determinado pelo ofício nº 041/SPC/DEFIS/ESRS, de 27/04/2009, que a entidade apresentasse documentos que discriminasse, entre outros, os valores incorporados à dívida patrocinadora.

(...)

As informações contidas nos documentos apresentados dão conta de que, os resultados deficitários apurados no Plano Ex-Autárquicos de Benefício, em 2005 e 2007, mereceram o tratamento eleito pela entidade, isto é, inclusão automática da totalidade do déficit apurado nas avaliações atuariais ao saldo da dívida contratada com a patrocinadora CESA. O fato resultou em incremento do saldo devedor do contrato e da parcela mensal, incremento que se mantém mesmo após acertos decorrentes do resultado positivo apurado nas avaliações atuariais datadas de 31/07/2006 e 31/06/2008.

Diante da confirmação do não atendimento ao contido no artigo 21, da Lei Complementar nº 109/2001, e considerando o estabelecido no § 2º do artigo 22, do Decreto 4942/2003, foi deferido prazo para que a entidade tomasse providências no sentido de corrigir a irregularidade cometida.

O prazo então fixado por este Órgão Fiscalizador se encerrou em 10/08/2010, quando já em vigor a Instrução MPS/PREVIC nº 03, de 29/06/2010, sem que a SILIUS informasse ter diligenciado no sentido de corrigir a irregularidade cometida ou propusesse a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta".

4. Para melhor compreensão dos fatos narrados, insta ainda destacarmos alguns trechos da análise dos fatos pela autoridade autuante:

"(...) imposto o limite paritário para a contribuição dos patrocinadores, na SILIUS, o equacionamento do resultado deficitário do Plano Ex-Autárquicos de Benefício, por força do determinado no artigo 21, da Lei Complementar 109/2001, combinado com o artigo 202, § 3º da Constituição Federal e artigo 6º da Lei Complementar 108/2001, deveria se dar a distribuição paritária dos encargos derivados entre patrocinadores e participantes.

(...)

O argumento oferecido pela SILIUS, de que estaria para isto autorizada por previsão expressa no parágrafo 2º, da Cláusula Primeira, do Instrumento Particular de Repactuação, Confissão de Dívidas e Outras Avenças firmado com a patrocinadora em 30/09/2002, não encontra base legal.

O Parágrafo 2º da Cláusula 1ª assim estabelece:

"O valor global de que trata o caput, R\$ 28.894.732,79 (vinte e oito milhões oitocentos e noventa e quatro mil setecentos e trinta e dois reais e setenta e nove centavos) deverá ser anualmente, reavaliado pelo atuário responsável, reconhecendo as partes que o resultado dessa reavaliação, que será consignado no DRAA (Demonstrativo de Resultados de Avaliação Atuarial), terá efeito obrigatório às mesmas, dispensando, aditamentos a este contrato, sendo dele integrante".

(...)

Então, de forma diversa do entendido pela entidade, a possibilidade pactuada no parágrafo 2º, acima transcrito, de revisão atuarial anual, não é suficiente a autorizar a adição da totalidade das insuficiências registradas nas avaliações atuariais ao saldo devedor da dívida da patrocinadora, como praticado na entidade e sim, única e exclusivamente facilitar a absorção, pelo contrato, da parte que, por rateio, caberia à patrocinadora CESA, dispensando aditamentos.

Quanto à proporcionalidade de rateio das insuficiências, o caput do artigo 21, da Lei Complementar 109/2001, impõe a observância da proporção existente entre a contribuição normal do patrocinador e a dos participantes, que como já foi dito, no caso de planos patrocinados por entes sujeitos a Lei Complementar 108/2001, é paritária."

5. Cópia dos documentos que acompanham o auto de infração às fls.12 a 160 dos autos.

6. Regularmente notificados, os recorrentes apresentaram, tempestivamente, defesa conjunta (fls. 168/212), alegando em resumo:

I - Como primeira preliminar o cerceamento de defesa em face do desconhecimento pelos recorrentes do teor dos ofícios nºs. 041/SPC/DEFIS/ESRS de 27 de abril de 2009 e o de Nº 092/ESRS/PREVIC de 22 de julho de 2010 que fixava prazo para regularização das irregularidades ou apresentação de termo de ajustamento de conduta.

II - Em segunda preliminar alegam a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal, tendo em vista que o contrato de dívida fora celebrado em 2002 e a lavratura do auto de infração deu-se somente em 2010, 08 anos após o ato havido como irregular.

III - No mérito alegam que apenas cumpriram o avençado no contrato de confissão de dívida quanto ao acréscimo das insuficiências deficitárias posteriores à lavratura do contrato, com a plena concordância do patrocinador, que nunca se insurgiu quanto a esse procedimento. Aduz ainda que o referido instrumento contratual foi submetido à análise de todos os órgãos estaduais, principalmente pelo órgão fiscalizador (ex-SPC) e não fora contestado sua validade.

7. O recorrente WANDERCY SIQUEIRA HACKBART apresentou também defesa em separado (fls.213/229), reiterando os argumentos da defesa em conjunto, destacando "a observação do limite temporal de atuação como Membro Titular do Conselho Deliberativo da Fundação Silius no período de 30/06/2003 a 30/06/2007, sendo a presente defesa escrita limitada a este período.

8. No curso regular do devido processo legal foi deferido prazo para apresentação de alegações finais, as quais, devidamente apresentadas, reiteram os fundamentos

apresentados na peça inaugural de defesa no que se refere às preliminares processuais e mérito da demanda.

9. Exaurida a instrução processual e estando o processo apto para julgamento foi proferida a Decisão DICOL nº 30/2011/DICOL/PREVIC, de 28 de junho de 2011 (fls.318/319), que acolhendo os argumentos trazidos pelo Relatório Final nº 30/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, de 22 de Junho de 2011 (fls. 287/316), julgou por unanimidade procedente o referido Auto de Infração, com aplicação de MULTA no valor de R\$ 28.651,60 (vinte e oito mil seiscientos e cinquenta e um reais e sessenta centavos) para cada autuado, nos termos do Relatório final acima citado, determinando ainda que a Diretoria de Fiscalização – DIFIS inicie procedimento de auditoria para avaliar a eventual responsabilidade da interventora na celebração do contrato objeto do auto de infração.

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

"EMENTA: AUTO DE INFRAÇÃO. EQUACIONAR DÉFICIT EM DESACORDO COM AS NORMAS ESTABELECIDAS PELO CONSELHO DE GESTÃO DA PREVIDENCIA COMPLEMENTAR E PELA SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. PROCÊDENCIA.

A fiscalização das EFPC ocorre em fase pré-processual, não havendo que se falar em cerceamento de defesa nesta fase. O contraditório e a ampla defesa são princípios constitucionais que se aplicam, apenas, na fase do devido processo legal, tanto na esfera judicial, quanto na órbita administrativa.

O equacionamento de déficit de planos de benefícios patrocinados por empresas públicas após 16/12/2000 deve obrigatoriamente observar a proporcionalidade contributiva existente entre patrocinadora e segurados. Fundamento no art. 6º da EC nº 20, de 15/12/1998, no art. 6º da Lei Complementar nº 108, de 29/05/2001 e na Resolução CGPC nº 01, de 20/12/2000.

A ação do estado na defesa dos interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios deve-se dar nos estritos parâmetros legais em face do Princípio da Legalidade ao qual está submetida toda a Administração Pública."

11. Apresentado recurso da decisão acima narrada, nos termos do artigo 27 do Decreto 7.123, de 03 de março de 2010, os autos foram remetidos esta Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC, sendo me distribuídos para relatoria e julgamento.

12. Nas razões recursais da peça apresentada pelo recorrente WANDERCY SIQUEIRA HACKBART, este reitera e ratifica todos os fundamentos de direito apresentados nas peças de defesa anteriormente apresentadas.

13. No recurso voluntário conjunto os recorrentes alegam os seguintes tópicos de defesa:

- Preliminar de nulidade pela negativa de produção de provas;
- Preliminar de nulidade por ausência de notificação do julgamento;
- Preliminar de nulidade pela não aplicabilidade do art. 22 § 2º do Decreto 4.942/03;

- Preliminar de nulidade pela não oportunidade para apresentação de proposta de termo de ajustamento de conduta;
- No mérito aduz a validade do contrato a embasar os procedimentos da entidade quanto aos equacionamentos dos déficits, bem como o contrato como ato jurídico perfeito somente podendo ser anulado por decisão judicial.

14. Após a apresentação do recurso voluntário, conforme informações do recorrente surgiram fatos novos que poderiam ensejar a anulação do auto de infração. Neste diapasão, o Procurador dos recorrentes solicitou a esta egrégia CRPC que baixasse os autos em diligência à Previc para que esta de ofício verificasse a nulidade alegada.

15. Remetidos os autos à autarquia fiscalizadora esta analisou as alegações do recorrente, conforme Parecer nº 19/2012/CGDC/DICOL/PREVIC, restando assim ementado o entendimento:

"EMENTA: COMPLEMENTAÇÃO DE RECURSO COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DE DECISÃO DA DIRETORIA COLEGIADA DA PREVIC E DO AUTO DE INFRAÇÃO. FATO NOVO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE OPORTUNIDADE PARA CELEBRAÇÃO DE TAC. PROVIMENTO. ANULAÇÃO DA DECISÃO Nº 31/DICOL/PREVIC, DE 28 DE JUNHO DE 2011. NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO Nº 14/10.

1. *Ofício concedendo prazo para regularização nos termos do § 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003 indevidamente considerado como apto a abranger também prazo para manifestação sobre interesse na celebração de Termo de Ajustamento de Conduta.*
2. *A celebração de TAC, em caso de cabimento, constitui meio hábil para regularização de situação tida como irregular, evitando a lavratura do auto de infração.*
3. *Anulação da decisão de primeira instância.*
4. *Anulação do auto de infração nos termos do inciso VI do art. 24 do Decreto nº 7.075/2010, diante do reconhecimento pela autoridade autuante da necessidade de concessão de prazo específico para manifestação acerca de interesse na celebração de TAC.*

16. O parecer acima foi acolhido na íntegra, resultando na Decisão nº 17/2012/DICOL/PREVIC, cuja a ementa é idêntica ao do parecer citado, e que por unanimidade anulo a decisão anteriormente prolatada nestes autos.

17. Vistos e relatados em breve síntese, passemos a análise e ao voto.

AUTOS Nº: 44190.000006/2010-42

RECURSO DE OFÍCIO

RECORRIDO: Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Dicol/Previc

ENTIDADE: Fundação Silos e Armazéns de Seguridade Social – SILIUS

RELATOR: Adriano Cardoso Henrique

EMENTA: RECURSO DE OFÍCIO. CONDUTA INFRACIONAL CARACTERIZADA AO DEIXAR DE ADOTAR AS PROVIDÊNCIAS, PREVISTAS EM LEI, PARA EQUACIONAMENTO DO RESULTADO DEFICITÁRIO DO PLANO DE BENEFÍCIOS OU FAZÊ-LO EM DESACORDO COM AS NORMAS ESTABELECIDAS PELO CONSELHO DE GESTÃO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E PELA SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA DE CONCESSÃO FORMAL E EXPRESSA DE PRAZO PARA PROPOSITURA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TAC. VÍCIO DE FORMA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO DE OFÍCIO.

VOTO

1. Inicialmente cabe destacar que o processo havia sido remetido a esta Egrégia Câmara de Recursos em virtude de recurso voluntário da parte. Todavia, em virtude de retorno do processo à 1ª instância para cumprimento de diligências, a Diretoria Colegiada da Previc, analisando novamente o caso, entendeu por anular a decisão anteriormente declarada, nulificando por consequência o auto de infração objeto deste processo.

2. Destarte, chamo o feito à ordem para fins de reconhecer como recurso de ofício o retorno destes autos à CRPC, considerando ainda haver perdido o objeto o recurso voluntário anteriormente apresentado.

3. Pois bem, o cerne da questão diz respeito à ausência de menção específica de prazo, pela fiscalização, para propositura pelos autuados de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, em ofício dirigido a entidade. No caso em análise a fiscalização entendeu que o prazo ofertado para correção da irregularidade, nos termos do disposto no § 2º do art. 22 do Decreto 4.942/2003, também se aplicaria à propositura de TAC no caso concreto.

4. Para melhor aclarar a situação, faço um cotejo entre os dois dispositivos normativo em debate:

"Art. 22 (omissis)

§ 2º Desde que não tenha havido prejuízo à entidade, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante e não se verifique circunstância agravante prevista

no inciso II do art. 23, se o infrator corrigir a irregularidade cometida no prazo fixado pela Secretaria de Previdência Complementar, não será lavrado o auto de infração. (Decreto nº 4.942/2003)

Art. 24. À Diretoria de Fiscalização compete:

(...)

VI - lavrar auto de infração ao constatar a ocorrência do descumprimento de obrigação legal ou regulamentar, quando não couber a formalização de termo de ajustamento de conduta; (Anexo do decreto 7.075/2010)

5. Da leitura dos dispositivos depreende-se que ambos determinam a aferição de condições ou requisitos fáticos, que se comprovados, afastam o dever funcional de lavratura do auto de infração pelo agente estatal. Entretanto, a diferença essencial entre ambos diz respeito à possibilidade, no caso de TAC, de correção da conduta infracional ainda que presente a ocorrência de prejuízos, desde que este seja objeto de recomposição pelo ajustamento de conduta. De outro viés, o TAC torna-se instrumento mais rigoroso pela possibilidade de aplicação e cobrança de multa pelo seu descumprimento.

6. Desta forma verifica-se que, mesmo tendo igual escopo, ou seja, a oferta da possibilidade de correção da irregularidade pelo infrator antes da lavratura do auto de infração, estar-se-á diante de mecanismos jurídicos distintos.

7. Nesta esteira, considerando a distinção entre os institutos acima, o Parecer nº 18/2012/CGDC/DICOL/PREVIC assim pontuou com clareza o caso em análise:

"23. Ocorre que no caso em tela não foi adequado considerar, tanto na lavratura do auto de infração, quanto no Despacho nº 125/2010, que o prazo oferecido pelo Ofício nº 092/2010 teve o condão de abranger também a possibilidade de oferecimento de TAC se não o mencionou expressamente."

8. Ademais, a autoridade autuante, contraditoriamente, reconheceu a necessidade de cientificar expressamente o autuado da possibilidade de propositura de TAC. Vejamos novamente trecho elucidativo do parecer CGDC acima citado:

"Além disso, repise-se que a própria autoridade reconheceu posteriormente à lavratura do auto de infração que era necessário cientificar expressamente os interessados da possibilidade de celebração de TAC, com abertura de prazo para manifestação, por meio do Despacho nº 059/2011. Isso após ter discordado dessa sugestão apresentada pela Análise Técnica nº 70."

9. Com base na ausência de comunicação expressa à EFPC da possibilidade de propositura de TAC, a Previc entendeu ser nula a Decisão anteriormente prolatada e consequentemente nulo o Auto de Infração lavrado.

10. Não adentrando na questão da ordem de nulidade, forçoso reconhecer como realmente nulo o auto de infração por vício de forma. Para melhor entendimento do vício do ato administrativo oportuno transcrever sua conceituação legal:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

(...)

b) vício de forma;

(...)

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; (Lei 4.717/65)

11. Corroborando com a conceituação normativa acima assim manifesta-se José dos Santos Carvalho Filho¹:

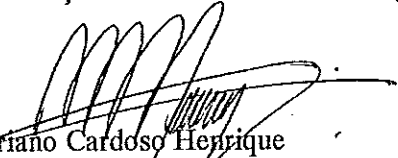
"(...) para ser considerada válida, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente com força jurídica. Desse modo não basta simplesmente a exteriorização da vontade pelo agente administrativo; urge que o faça nos termos em que a lei a estabeleceu, pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação".

12. Com o advento do Decreto 7.075/2010 há que se reconhecer como direito subjetivo do fiscalizado de propor, quando cabível, o ajustamento da conduta irregular constatada pela fiscalização.

13. A ausência de comunicação formal e expressa fixando prazo para apresentação de proposta de TAC é requisito do ato administrativo para fins de validade do auto de infração. Portanto, nulo o auto de infração por vício de forma no ato administrativo.

14. Face ao acima exposto, conheço do recurso de ofício e nego-lhe provimento.

15. É como voto.


Adriano Cardoso Henrique
Membro da CRPC

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2006, p.97.

Resultado de Julgamento

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

Relator: Adriano Cardoso Henrique/Allan Luiz Oliveira Barros

Processo: 44190.000006/2010-42

Auto de Infração: 0014/10

Decisão: 17/2012/Dicol/Previc

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

Recorridos: Glênio Artur Merch, Danilo Vasques Martins, Wandercy Siqueira Hackbart, Mario Ubiratan Leites Pereira, Hércules Beatti, José Américo dos Santos Messchmidt, Gilson Luiz Mareis Dalla Nora e Roberto Tagliari

Entidade: Silius – Fundação Silos e Armazéns de Seguridade Social

Voto do Relator: "...conheço do recurso de ofício e nego-lhe provimento"

Representantes	Votos
ITAMAR PRESTES RUSSO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Acompanhou o voto do relator
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO ALEX LEMOS KRAVCHYCHYN (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Ausentes justificadamente
LUÍS RICARDO MARCONDES MARTINS (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	Acompanhou o voto do relator
MARIA BATISTA DA SILVA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanhou o voto do relator
PAULO CÉSAR ANDRADE ALMEIDA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanhou o voto do relator
PAULO CESAR DOS SANTOS (Presidente)	Acompanhou o voto do relator
Sustentação Oral: Alexandre Brandão Henriques Maimoni	
Resultado: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC conheceu do recurso de ofício para, no mérito negar provimento. Ausentes os representantes dos patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das entidades.	
Brasília, 20 de junho de 2012	
 PAULO CESAR DOS SANTOS Presidente	