

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

PROCESSO nº 44000.001731/2009-94

ENTIDADE: FAPA - Fundação Assistencial e Previdenciária da EMATER - Paraná

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 07/09-98, de 03/06/2009

DECISÃO Nº 09/2011/DICOL/PREVIC, de 05/04/2011

RECORRENTE: Helio de Almeida Machado

RECORRIDA: Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc

RELATOR: Thiago Barros de Siqueira - *Representante do Serviço Público Federal*

RELATÓRIO **RECURSO VOLUNTÁRIO**

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente em face da Decisão nº 09/2011/DICOL/PREVIC, de 05/04/2011, que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 07/09-98, de 03/06/2009, aplicando-lhe a “*pena de MULTA pecuniária no valor de R\$ 34.382,23 (trinta e quatro mil, trezentos e oitenta e dois reais e vinte e três centavos), atualizada pela Portaria SPC nº 2.649, de 11 de dezembro de 2008*”.

2. Em 03 de Junho de 2009 foi lavrado o Auto de Infração em referência como consequência da conduta de “*aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional*”, em desacordo com a legislação então vigente (“§1º do Artigo 9º da LC 109/1, c/c art. 64 do Decreto nº. 4942, de 30/12/03 e art. 1º, 7º, 24 e respectivos incisos do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3121, de 25/09/03 [e] da Res. CGPC nº 07, de 04/12/03 e IN/SPC nº 03/03”).

3. Esclareço desde logo que constou originalmente no Auto de Infração também como seu fundamento legal o “*art. 29 da LC 108/01*”, o que foi declarado pela autoridade autuante como mero erro formal que não trouxe prejuízo algum à defesa, razão pela qual foi desconsiderado (fls.78), fato este não impugnado pelo Recorrente em seu Recurso Voluntário.

4. A autuação em referência teve por objeto a realização de aplicações em Derivativos, no período de 2002 a 2006, por meio de contratos futuros de Índice BOVESPA, sem o amparo em procedimentos prévios de controle e de avaliação do risco de mercado e dos demais riscos inerentes a essa forma de investimento, em desrespeito à legislação vigente, pelo que foi responsabilizado o Diretor Presidente da FAPA (com fundamento no inciso IV do art. 67 do Estatuto da EFPC), que então ocupava a função de Administrador Estatutário Tecnicamente Qualificado – AETQ.

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

5. Concluiu o Auto de Infração:

“O resultado financeiro das operações realizadas no Mercado Futuro pela FAPA, quando consideradas em conjunto com os objetivos estratégicos de ‘hedge’ e alavancagem, trouxe um prejuízo de R\$ 8.746.430 (oito milhões, setecentos e quarenta e seis mil quatrocentos e trinta reais), sendo R\$ 3.032.535 na posição vendida, quando da realização de hedge, e R\$ 5.713.895 na posição comprada. Este procedimento foi contínuo, e esta perda foi oriunda da negociação de mais de 38 mil contratos no período de 2002 a 2006.

A falta das informações referentes às bases técnicas para as tomadas de posição impede que se saiba exatamente por quê a FAPA adotou determinada posição em um determinado dia. Mas fica claro que a freqüente mudança de posicionamento e a incessante exposição no mercado futuro não são compatíveis com a linha geral traçada pela própria entidade, que seria a de fazer ‘hedge’ quando a rentabilidade projetada fosse acima da meta atuarial, ou a de assumir a posição ‘comprada’ para aproveitar uma provável recuperação do índice BOVESPA.

Aliada à falta de bases técnicas para a tomada de posições soma-se a ausência de mecanismos de controle em relação a estas operações, que propiciaram que a FAPA mantivesse tal tipo de procedimento por 5 anos sem que uma perda recorrente e considerável fosse identificada.”(fls. 09-10)

6. Devidamente intimado, o Autuado apresentou Defesa tempestiva, pugnando, essencialmente, pela legalidade e regularidade das operações, que, diferentemente do apontado, sustentou o autuado, na conjuntura total não teriam resultado prejuízo à EFPC.

7. Após o devido procedimento legal foi proferida a Decisão nº 09/2011/DICOL/PREVIC, de 05/04/2011, que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 07/09-98, de 03/06/2009, aplicando ao Recorrente a “pena de **MULTA** pecuniária no valor de R\$ 34.382,23 (trinta e quatro mil, trezentos e oitenta e dois reais e vinte e três centavos), atualizada pela Portaria SPC nº 2.649, de 11 de dezembro de 2008”, oportunidade na qual foi proferida a seguinte ementa:

“EMENTA: AUTO DE INFRAÇÃO. APLICAÇÃO EM DESACORDO COM DIRETRIZES DO CMN. PRUDÊNCIA. PROCEDÊNCIA.

1. Constitui irregularidade aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN.

2. Aplicar os recursos garantidores dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo CMN, comprometendo assim, as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez, caracteriza infração de perigo abstrato que independe do resultado e não comporta correção, inviabilizando a aplicação do disposto no § 2º do art. 22 do Decreto nº. 4.942/2003.

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

3. *O administrador de bens de terceiro deverá empregar na condução da sua gestão a mesma prudência que empregaria na gestão dos seus negócios próprios. Este princípio encontra-se positivado no disposto do art. 163 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, bem como no Código Civil em vigor, em seu art. 1.011.”* (fl. 86)

8. De conseguinte, o autuado interpôs Recurso Voluntário, alegando, em síntese:

- que a interposição do Recurso Voluntário foi tempestiva;
- que a FAPA sempre teve os controles que julgava adequado;
- que a apresentação de estudos prévios específicos para cada uma das decisões de investimento é incompatível com a forma de operação em derivativos devido à dinâmica do mercado;
- que, na verdade, há apenas a necessidade de estabelecimento de regras e diretrizes claras de que forma deve a EFPC atuar, o que foi devidamente delimitado na Política de Investimentos da FAPA;
- que não houve prejuízo;
- que os resultados foram transparentes;
- que as operações analisadas faziam parte de uma estratégia de ‘hedge’;
- que no período de 2002 a 2007 todas as Demonstrações Financeiras foram analisadas, auditadas e aprovadas por Auditores Independentes, pela Atuária Responsável, pelo Conselho Fiscal e Conselho Deliberativo;
- que os déficit apurados no período foram todos de natureza atuarial, tendo os resultados financeiros superados a meta atuarial, à exceção do ano de 2002;
- que, posteriormente, a Diretoria Executiva ‘sugeriu e o Conselho Deliberativo aprovou a mudança da Política de Investimentos, vedando a partir de agosto de 2008, qualquer operação de Mercado Futuro, condicionando o retorno a tais operações somente quando houvessem sistemas de controle adquiridos ou alugados no mercado’ (fl. 99);
- que a então SPC, se entendesse que a situação era efetivamente irregular ou temerária, ‘faria uma fiscalização imediata e não arrastaria por tão longo tempo essa hipótese de irregularidade’ (fl. 100); e
- que as operações seguiam uma rotina que envolvia (i) posições pequenas, (ii) respeito aos limites de enquadramento, (iii) respeito aos limites de proteção e alavancagem, em conformidade com a Política de Investimentos, e (iv) sempre realizadas na modalidade com garantia;

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

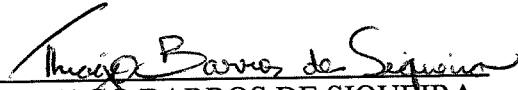
- que, por fim, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente ou, subsidiariamente, seu recurso deve ser julgado parcialmente procedente para reconhecer a incidência de atenuantes cabíveis na hipótese, ou ainda, que a pena pecuniária seja convertida em advertência.

9. Diante do entendimento da inexistência de novos argumentos ou documentos aptos a ensejarem a reconsideração da decisão pela Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar, os autos foram recebidos nesta Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC para a devida análise do Recurso Voluntário, o qual foi distribuído a este Conselheiro para relatoria e julgamento.

10. Em tempo, acuso o recebimento de Memoriais.

11. É o relatório.

Brasília, 22 de Agosto de 2.012



THIAGO BARROS DE SIQUEIRA
Membro Suplente
Representante do Serviço Público Federal

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

PROCESSO nº 44000.001731/2009-94

ENTIDADE: FAPA - Fundação Assistencial e Previdenciária da EMATER - Paraná

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 07/09-98, de 03/06/2009

DECISÃO Nº 09/2011/DICOL/PREVIC, de 05/04/2011

RECORRENTE: Helio de Almeida Machado

RECORRIDA: Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc

RELATOR: Thiago Barros de Siqueira - *Representante do Serviço Público Federal*

VOTO

RECURSO VOLUNTÁRIO

I – DA TEMPESTIVIDADE

1. No que diz respeito à tempestividade do presente Recurso Voluntário, extrai-se dos autos que a ciência do autuado se deu em 14/04/2011, por meio de Aviso de Recebimento Postal (fls. 90), ao passo que seu respectivo Recurso foi postado no Correio em 02/05/2011 (fls. 108).

2. Ocorre que, uma vez cientificado em 14/04/2011, o prazo para a interposição do Recurso se expirou em 29/04/2011, portanto antes da data da postagem no Correio, estando ele, desta forma, num juízo preliminar, intempestivo.

3. No entanto, sustenta o Recorrente que o presente Recurso Voluntário é tempestivo, nos seguintes termos:

“O autuado Hélio de Almeida Machado, recebeu a notificação no dia 16/04/2011 (sábado) ao chegar de viagem. O prazo para o recurso é de 15 (quinze) dias. Considerando a remessa, via AR ocorrida em 2/05/2011 (segunda-feira), resta comprovado que o recurso resta interposto no prazo legal.” (fl. 93)

4. Para comprovar sua efetiva ciência na data alegada (16/04/2011), apresentou o Recorrente comprovantes de passagem aérea da empresa WEBJET de viagem dia 14/04/2011 (às 14:10) de Curitiba com destino à Brasília, com retorno à Curitiba no dia 16/04/2011.

5. Num juízo preliminar exclusivamente técnico da questão, tenho convicção de que a interposição do Recurso Voluntário se deu de forma intempestiva, isso porque a ciência comprovada do Autuado se deu no dia 14/04/2010, conforme consta do Aviso de Recebimento Postal de fl. 90.

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

6. Registro que o Aviso de Recebimento Postal foi assinado por terceira pessoa, o que se espera e normalmente ocorre em condomínios edilícios (onde mora o Recorrente), possivelmente pelo porteiro ou zelador, que têm a responsabilidade de repassar a correspondência para os moradores, o que efetivamente foi feito, ainda que em data não conhecida.

7. Todavia, é jurisprudência consolidada nos tribunais superiores pátrios que é válida a citação ainda que o Aviso de Recebimento Postal seja assinado por terceira pessoa, conforme se extrai do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que transcrevemos exemplificativamente:

*“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POSTAL. ENTREGA DO MANDADO NO DOMICÍLIO DO DEVEDOR. **VALIDADE DA CITAÇÃO, AINDA QUE O AVISO DE RECEBIMENTO SEJA ASSINADO POR TERCEIRA PESSOA.** PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO..”* (AgRg no REsp 1192890 / RR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, julgado em 22/11/2011)

8. Entendo que o mesmo raciocínio se aplica ao presente caso concreto. Aliás, pensar em sentido contrário levaria a ‘subjetivismos’ de quando efetivamente o Autuado toma conhecimento, o que violaria a segurança jurídica do ato administrativo de comprovação da notificação.

9. Nesse caso, diga-se de passagem, o Recorrente comprova que viajou na tarde do mesmo dia 14/04/2011, sendo possível até mesmo que tenha tido conhecimento do fato efetivamente antes de viajar, já que não consta dos autos o horário em que o funcionário dos Correios entregou a notificação nesse mesmo dia (dado que também não foi possível se extrair do sítio dos correios com o protocolo da correspondência – RM511153006BR).

10. Ademais, verifico que o Recurso Voluntário foi assinado pelo próprio Recorrente no dia final do prazo (29/04/2011), data na qual, por prudência, entendo eu, o Recurso deveria ter sido postado.

11. Contudo, diante da robusta documentação que comprova que o Recorrente estava efetivamente viajando no dia do recebimento da notificação, bem como pela possibilidade de o mesmo ter realizado a equivocada contagem do prazo imbuído de boa-fé (uma vez que não constituiu advogado para sua representação, atuando o Recorrente em defesa própria), por prestígio ao corolário constitucional da ampla defesa e por entender que a análise democrática de mais esse Auto de Infração por esta CRPC contribui para o fortalecimento do Regime Fechado de Previdência Complementar, excepcionalmente, **considero tempestivo o presente Recurso Voluntário** (entendimento este que, registre-se, não afronta nenhum posicionamento consolidado perante essa CRPC, dado as peculiaridades do caso concreto).

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

II – DAS PRELIMINARES

12. O Recorrente não suscitou nenhuma questão preliminar para a apreciação por esta CRPC. Todavia, diante de reiterada conduta de diversos autuados (ou seus representantes) de alegarem, em sede de sustentação oral, a existência de prescrição, por se tratar de questão de ordem pública passo a analisá-la *ex officio*.

13. Registro que o presente Auto de Infração não tem por objeto uma determinada operação, mas sim uma conduta reiterada no âmbito das aplicações financeiras em Derivativos (contratos futuros de Índice BOVESPA), apurada na análise de mais de 38 mil operações realizadas no período de 2002 a 2006, o que mostra inequivocamente tratar-se de infração continuada.

14. Convém esclarecer que infração continuada deve ser entendida como a conjunção de duas ou mais infrações seguidas da mesma espécie, onde a segunda ou posteriores são entendidas como continuação da primeira, conforme exegese do artigo 71 do Código Penal, que bem apresenta a sua definição.

15. Com relação ao termo inicial para a contagem do prazo prescricional, deve-se observar o que determina o artigo 31 do referido Decreto, que repete, em suma, a redação já constante do artigo 1º da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, nos seguintes termos:

“Art. 31. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Secretaria de Previdência Complementar, no exercício do poder de polícia, objetivando aplicar a penalidade e apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente, do dia em que tiver ela cessado, ou, no caso de infração continuada, do último ato praticado.” (destacamos)

16. Nesse sentido, diante dos fatos verificados, a prescrição quinquenal ocorreria somente no ano de 2011 (cinco anos a partir do início da sua contagem – última operação realizada no ano de 2006). Contudo, observo que o Auto de Infração foi lavrado em 03 de junho de 2009, bem antes, portanto, do término do prazo para a ocorrência da prescrição quinquenal.

17. Por fim, ainda que não argüida, convém expor que igualmente não merece guarida a alegação de incidência da prescrição intercorrente uma vez que os autos não ficaram por tempo igual ou superior a três anos aguardando despacho ou julgamento (§ 1º do artigo 1º da Lei nº 9.873/99), razão pela qual deve ser integralmente afastada eventual a alegação preliminar de incidência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

III. DO MÉRITO DA AUTUAÇÃO

18. Em apertada síntese, o cerne dos presentes autos diz respeito à suposta realização pelo autuado Diretor Presidente e Administrador Estatutário Tecnicamente Qualificado – AETQ da EFPC, de diversas operações com Contratos Futuros de Índice

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

BOVESPA, sem o amparo em procedimentos prévios de controle e de avaliação do risco de mercado e dos demais riscos inerentes a essa forma de investimento, em desrespeito à legislação vigente, conduta esta que implicou prejuízos financeiros aos recursos da entidade.

19. Assim, tem-se que esses autos discutem a regularidade de operações com **derivativos**, que são ativos financeiros de alto risco, como aponta Maria Tereza Camargo Biderman¹:

“derivativo(s) / derivatives

Ativos financeiros originados de um outro ativo e cujos valores e características de negociação estão relacionados com os ativos que lhes servem de referência (dólar, ações etc.). Trata-se de um ativo atrelado a outro (o valor do primeiro deriva do preço do segundo) sendo operado com base em expectativas. Essas operações não exigem liquidação financeira no momento do fechamento do negócio. A liquidação é feita por diferença de preços em uma data futura.

A palavra derivativo vem do fato de que o preço do ativo é derivado de um outro.

Constituem exemplos de derivativos: swap, opções, futuro, termo, etc. Existe um alto grau de risco nesse tipo de aplicação, pois o grau de incerteza que envolve essas previsões é sempre muito alto. O lucro, porém, pode ser enorme.” (destacamos)

20. Nessa linha, o êxito nas **operações com contratos futuros**, objeto do presente Auto de Infração, depende fundamentalmente de análises e estudos técnicos prévios, uma vez que, como aponta Maria Tereza Camargo Biderman², no mercado futuro

“os participantes apostam em cotações futuras desses ativos para se proteger, negociar, ou simplesmente especular. De forma simplificada, é um contrato que dá direito ao comprador ao recebimento de mercadoria ou ativo financeiro, ou seu equivalente em valores monetários, em data futura determinada.”

21. Enfim, percebe-se que para a realização de operações com contratos futuros mostra-se fundamental uma conduta pró-ativa dos contratantes, acompanhando o desenvolvimento da economia (ou mercado) e suas tendências, com objetivo de orientar as decisões pertinentes ao investimento, a fim de se possibilitar maior chance de ganhos e menor possibilidade de perdas, além de um controle efetivo (e não apenas formal) dos riscos envolvidos.

¹ BIDERMAN, Maria Tereza Camargo. *Dicionário de termos financeiros e bancários*. São Paulo: Disal, 2006. p.157.

² Ob. cit. p. 274.

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

22. Nesse sentido, o art. 24, inciso IV do Regulamento anexo à Resolução CMN 3.121/2003 é enfático ao determinar que ***“é obrigatória a prévia existência de procedimentos de controle e de avaliação do risco de mercado e dos demais riscos inerentes às operações com derivativos”***.

23. Nesse contexto, observo que o Recorrente alega que a FAPA sempre teve os controles que julgava adequado e que a apresentação de estudos prévios específicos que fundamentaram as decisões de investimento é incompatível com a forma de operação em derivativos devido à dinâmica do mercado, sendo, na verdade, apenas necessário o estabelecimento de regras e diretrizes claras das formas e limites de atuação da EFPC, o que foi feito pela Política de Investimentos da entidade.

24. Diante da literalidade do art. 24, inciso IV do Regulamento anexo à Resolução CMN 3.121/2003, não se sustenta o argumento do Recorrente sendo sim exigida a apresentação de estudos prévios com o objetivo de amparar o controle e avaliação do risco do mercado e dos demais riscos inerentes às operações com derivativos, sem os quais não existiriam parâmetros para a tomada de decisões. Afinal, apenas com tais estudos é que se pode mitigar os riscos do mercado, efetuando aplicações financeiras em derivativos norteadas pelas tendências e expectativas do mercado.

25. Nessa esteira, sustenta o Recorrente que a EFPC tinha sistema de avaliação e acompanhamento dos investimentos elaborados em planilha Excel, que seriam adequados ao porte da FAPA. No entanto, narra o Recorrente que, após a atuação, a própria EFPC, por meio de sugestão da Diretoria Executiva, aprovada pelo Conselho Deliberativo, entendeu que havia fragilidade nos controles e vedou a realização de novas operações de Contratos de Mercado Futuro (reitere-se espécie de aplicação financeira facultativa) até o fortalecimento dos controles, em elogiosa decisão que buscou, prudentemente, preservar os recursos dos participantes:

“Cabe registrar que devido a interpretação dada a legislação pelo órgão fiscalizador quanto a sua aplicabilidade e amplitude, entendendo que havia fragilidade nos controles, e alegando até mesmo a inexistência dos mesmos de determinados relatórios e análises que entendem serem necessários, a Diretoria sugeriu e o Conselho Deliberativo aprovou a mudança da Política de Investimentos, vedando a partir de agosto de 2008, qualquer operação de Mercado Futuro, condicionando o retorno a tais operações somente quando houvessem sistemas de controle adquiridos ou alugados no mercado.” (fl. 99)

26. Há que se registrar, ainda, que nenhum documento que comprove a existência de qualquer estudo ou sistema de controle foi juntado ao processo, restando provado nos autos que a rotina descrita pelo Recorrente não observou os ditames legais nesse aspecto.

27. No que tange às diretrizes para operações com derivativos pela FAPA, sua Política de Investimento para o ano de 2004, transcrita no Auto de Infração, determina:

KSL

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

“6.6 Operações com derivativos

A decisão e a forma de utilização de derivativos levará em conta o passivo atuarial, as perspectivas com relação aos mercados, as restrições legais e o ativo disponível da FAPA.

Os limites utilizados para o uso de derivativos de renda fixa e de renda variável devem respeitar os limites legais estabelecidos pela Resolução CMN 3.121 e pelas demais leis referentes às EFPCs. A decisão sobre o momento de utilização e o montante a ser utilizado caberá à Coordenadoria Financeira, em consenso com a Diretoria Financeira.” (fl. 03) (destacamos)

28. Assim, a própria Política de Investimentos da FAPA condiciona a operação com derivativos à análise das perspectivas em relação aos mercados e observância aos requisitos constantes da Resolução CMN 3121, o que verifica-se não ter sido observado diante da inexistência de estudos ou procedimentos prévios de controle e de avaliação do risco de mercado e dos demais riscos inerentes a essa forma de investimento de “alto risco” (conforme já visto).

29. Ainda sobre a existência de estudos técnicos prévios realizados para o posicionamento no Mercado Futuro, narra o Auto de Infração que:

“No que diz respeito aos estudos técnicos prévios realizados para o posicionamento no Mercado Futuro absolutamente nada foi mostrado. A justificativa apresentada pela FAPA é de que tais estudos são apresentados e avaliados nas reuniões semanais do Comitê de Investimentos, existindo apenas uma falha de controle ao não fazer o seu devido registro e arquivamento. Inexistindo tais estudos, não há como avaliá-los, ficando o estudo aqui presente restrito à avaliação da adequação das posições tomadas com as linhas gerais descritas anteriormente, bem como à comparação do resultado financeiro obtido com o desejado.” (fls. 04)

30. Nessa linha, acertado o entendimento de que o não registro e arquivamento desses supostos estudos é uma falha que implica impossibilidade de sua análise, avaliação da adequação das posições tomadas com os respectivos estudos, além de não se compatibilizar com o espírito introduzido pela Emenda Constitucional nº. 20/1998, que alterou o artigo 202 da Constituição Federal, que em seu §1º passou a exigir que ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada seja assegurado o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

31. Portanto, apesar do Recorrente alegar que os resultados obtidos foram transparentes, observo que o meio, atividade decisória que antecede a realização das aplicações financeiras, não o foi, o que inviabiliza um controle efetivo de sua atuação pela EFPC. Como comparar os resultados obtidos com os estudos e as previsões feitas se não há registro e nem arquivo das mesmas?

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

32. Sobre o tipo de estratégia adotada para entrar no mercado futuro, a FAPA esclareceu:

“... buscamos travar, diminuindo a exposição em bolsa quando a mesma apresenta rentabilidade acumulada até o mês positiva, o que repercute diretamente na projeção (de rentabilidade) do PI (programa de investimentos) para o final do mês. O contrário acontece quando o Bovespa apresenta rentabilidade negativa no mês, passamos a aumentar a exposição em bolsa visando oportunizar ganhos a partir de uma recuperação do Bovespa...”

“O segmento de renda variável, por apresentar maior risco, devido a alta volatilidade, dificulta a projeção de sua rentabilidade para o final do período, sendo assim sua rentabilidade diária e comparada com a evolução da rentabilidade acumulada do Bovespa no mês e a rentabilidade do PI para o final do mês. Esses dados são levados semanalmente ao Comitê Estratégico de Investimentos para decisões de redução ou aumento nas posições de renda variável, levando-se em conta:

- 1- Rentabilidade projetada do Programa de Investimentos para o final do mês.*
- 2- Rentabilidade acumulada do Ibovespa no mês.*
- 3- Prazo para o final do mês.*
- 4- Projeção da meta atuarial para o mês.*
- 5- Relatórios Econômicos.*

Esses pontos consideramos suficientes para as tomadas de decisões, visando nosso principal objetivo que é superar a meta atuarial buscando o melhor risco retorno.” (Trecho transcrito no Auto de Infração às fls. 03-04)

33. Nesse contexto, narra o Auto de Infração que:

“De uma forma resumida podemos dizer que os objetivos básicos da FAPA ao atuar no mercado futuro são os seguintes. Pode adotar a posição vendida em momento em que a rentabilidade de sua carteira de renda variável (incluindo carteira própria e fundos exclusivos) esteja garantindo um retorno acima da meta atuarial, e pode buscar um retorno mais rápido na ponta comprada ao vislumbrar uma recuperação do índice Bovespa. Todavia não existem indicadores pré-definidos que permitam identificar qualitativamente (o momento) e quantitativamente (o volume) de entrada ou saída de uma posição, sendo que tais decisões ficam dependentes de avaliações semanais realizadas pelo Comitê de Investimentos [avaliações essas que não foram devidamente registradas e arquivadas, conforme já visto].” (fl. 04)

34. No entanto, conforme verificou a Equipe de Fiscalização da autoridade autuante, em diversas operações realizadas sequer foi observada a estratégia prevista acima, além de terem sido identificadas outras irregularidades:

Rm

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

“... foi identificado que para os dois meses compreendidos entre 01/11/2005 e 31/12/2005, não foi apresentado nenhum histórico de operação, como se nenhuma operação tivesse sido feita, o que contraria os registros contábeis e os saldos finais e iniciais de contratos existentes em 31/10/2005 e 02/01/2006. Para este período optou-se por não fazer qualquer tipo de análise, pela insuficiência dos dados apresentados.

Diversos pequenos outros erros foram identificados quando se comparou o saldo final de um dia com o saldo inicial do dia seguinte. (...) Todavia, uma vez que o volume total de contratos negociados no período ultrapassou a marca de 38 mil contratos, consideramos que a ausência de informações destes 110 contratos é irrelevante para fins de avaliação dos procedimentos adotados.

(...)

Em diversos momentos a FAPA adotou, para o mesmo vencimento, posição comprada através de uma corretora e vendida através de outra, bem como posições vendidas em um vencimento e comprada em outro. Também foram identificadas situações em que a FAPA comprou e vendeu contratos, através de corretoras distintas, para o mesmo vencimento e mesmo dia. (...)

(...)

De uma forma geral as posições assumidas pela Entidade no mercado futuro deveriam estar relacionadas com a projeção de rentabilidade do Programa de Investimentos (PI), indicando que se poderia travar a exposição em bolsa quando a rentabilidade projetada para o mês é positiva (superior à meta atuarial) e aumentar a exposição em bolsa quando a rentabilidade projetada é negativa e existe uma expectativa de recuperação do índice Bovespa.

No entanto o comportamento identificado é distinto do esperado. No dia 2 de fevereiro a FAPA abandona um posicionamento comprado e passa para a ponta vendedora, algo que somente deveria ser feito, entre outras condições, quando a rentabilidade projetada para o programa de investimentos fosse superior à meta atuarial prevista para o mês, o que não era o caso (a rentabilidade prevista do PI para o mês era de 0,27% no dia 1º). E isto se repete no dia 21, quando a projeção da rentabilidade no dia 20 estava em 0,41%.

Além disto, o comportamento adotado pela FAPA indica que o posicionamento no Mercado Futuro não era esporádico ou eventual, mas sim uma constante. Somente neste mês de fevereiro a FAPA passou da posição comprada para a vendida, ou vice-versa, 3 vezes. Além disto, permanecendo posicionada na ponta vendida, por 2 vezes ela aumentou a sua posição e por 1 vez diminuiu, e quando posicionada na ponta comprada por 1 vez ela aumentou a sua posição e 1 vez diminuiu, totalizando 7 mudanças quantitativas de posição no mês de fevereiro.

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Mesmo tendo sido ponto de questionamento durante o retorno da Equipe Fiscal à Entidade, em nenhum momento foi apresentado qualquer estudo ou deliberação que fundamentasse as posições assumidas no mercado. De concreto existe apenas o posicionamento passado por escrito sobre as diretrizes para a aplicação no mercado futuro, com a possibilidade de assumir a posição vendida para realizar 'hedge' e a comprada para aproveitar uma provável recuperação do mercado.

O padrão apresentado no mês de fevereiro de 2006 se repete em todo o período analisado. A frequência da troca de posição não é suportada por qualquer estudo técnico ou decisão colegiada registrada. Também inexistem registros de avaliações quantitativas sobre o resultado financeiro das posições tomadas.

(...)

... dados mostram, por exemplo, que no ano de 2006 a FAPA esteve posicionada, pagando ou recebendo ajustes, em 246 dias no mercado futuro, tendo 7 ciclos de posição comprada e 8 ciclos de posição vendida. Mais do que isto, todos os 7 ciclos de posição 'comprada' começaram em um dia em que a posição inicial era 'comprada'.

Este tipo de procedimento é incompatível com as linhas gerais gerais descritas pela FAPA. Se a FAPA inicia o dia na posição vendida, fazendo 'hedge', é por que de alguma forma existe uma rentabilidade projetada adequada, e a FAPA está tentando garantir esta rentabilidade já alcançada. Não se vislumbra como, no decorrer de um dia, a FAPA infira que é momento de 'aumentar a exposição em bolsa visando oportunizar ganhos a partir de uma recuperação do Bovespa', uma vez que tal tipo de posicionamento somente deveria ser tomado 'quando o Bovespa apresenta rentabilidade negativa no mês'.

E este tipo de procedimento não foi adotado somente em 2006. os dados acima mostram que situações semelhantes ocorreram principalmente em 2003 e 2004.

Outro ponto que chama a atenção é o fato de que em várias oportunidades a FAPA permaneceu na posição comprada ou vendida por muito pouco tempo. (...)

(...)

Vê-se neste quadro (Posicionamento no Mercado Futuro – Janeiro 2003) que a FAPA ficou na posição vendida nos dias 6 e 7, passando para a posição comprada no dia 8 e voltando à vendida nos dias 9, 10 e 13. Ora, sabe-se que a princípio a posição vendida deve ser tomada com base, principalmente, da projeção da rentabilidade do programa de investimentos, e que a variação do rendimento da carteira de renda variável é a grande responsável pela variação

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

desta projeção. Considerando o fato de que nesta época aproximando 2/3 dos investimentos de renda variável estavam alocados em fundos de ações, cuja atualização da cota é feita com um dia de atraso e com base no valor médio das ações, não há como admitir que as posições adotadas pela FAPA tenham o respaldo técnico argüido.

(...)

Conforme exposto pela FAPA, a entidade assume posições vendidas no intuito 'travar, diminuir a sua exposição em bolsa'. Identificada a conveniência, de acordo com avaliação do cenário econômico realizada pelo Comitê de Investimentos, a Entidade assume uma posição vendida.

Este tipo de procedimento, também chamado de 'hedge', está baseado em um posicionamento no mercado futuro (posição vendida) contrário ao posicionamento no mercado à vista (posição comprada). Isto faz com que a variação financeira da carteira de renda variável seja compensada com o resultado financeiro dos contratos no mercado futuro, obtendo um resultado líquido, na soma dos dois mercados, próximo a zero. Assim, a avaliação do sucesso desta estratégia é feita comparando o resultado financeiro obtido no Mercado Futuro com o resultado financeiro obtido na carteira 'hedgeada'. Como a FAPA não forneceu os dados relativos a sua posição em renda variável no ano de 2002, este tipo de comparativo somente pode ser feito a partir do ano de 2003.

Para o sucesso desta estratégia é fundamental identificar o número de contratos necessários para proteção da carteira em questão. Este número é apurado pela própria FAPA através do cálculo do beta da carteira a ser 'hedgeada', e embora a FAPA identifique o beta do total da sua carteira de renda Variável, 'calculando a quantidade de contratos com base no último dia útil do mês anterior, utilizando a correlação dos fundos de investimentos em ações (FIA) e os papéis da carteira própria com o índice bovespa', o número de contratos assumidos pela Entidade na posição vendida jamais alcança o número de contratos necessários para proteger o total da carteira.

Desta forma a FAPA, ao assumir na posição vendida, faz proteção ou o 'hedge' de apenas uma parcela de sua carteira de ações. Sendo assim, a avaliação do sucesso da estratégia dotada se dá pela soma do resultado financeiro obtido no mercado futuro com a variação financeira da parcela da carteira que efetivamente está sendo protegida, sendo que o objetivo da FAPA era alcançar um resultado líquido próximo de zero. O quadro 'Resultado da Posição vendida – Mercado Futuro e carteira Hedgeada', coloca lado a lado o resultado obtido no Mercado Futuro e a variação financeira da carteira 'hedgeada', mostrando que a FAPA teve um desembolso líquido (desconsiderando custos de corretagem e

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

manutenção dos contratos) de R\$ 3.032.535,00 no período de 2003 a 2006, em termos nominais.” (fl. 04-09)

35. Ao seu passo, o Relatório Final nº 08/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, de 31/03/2011, que subsidiou a Decisão da Diretoria Colegiada, concluiu que:

“Ressalte-se que os dados apresentados indicam um conjunto significativo de operações realizadas ao longo de 5 anos, com um constante posicionamento no Mercado Futuro, cada uma a exigir estudo técnico prévio a respaldar à decisão pela operação, fruto de uma estratégia de ação, com indicação dos elementos qualitativo (o momento) e quantitativo (o volume) de entrada e saída de uma posição.

Sobre o padrão apresentado em único mês (02/2006), que ‘se repete em todo o período analisado’, cerca de 5 anos, mesmo ao ser questionada, em nenhum momento a entidade apresentou qualquer estudo ou deliberação específica que fundamentasse as posições assumidas no mercado, ou seja um mínimo de formalidade esperada de uma gestão profissional.

(...)

No caso de uma estratégia de ‘hedge’, o objetivo das operações no mercado futuro visa tomar posições que neutralizam o risco máximo possível, por isso, essas operações devem ser realizadas mediante sólida fundamentação técnica, com estudo prévio e análise de tendência do mercado em relação aos ativos a serem protegidos, considerando inclusive o fluxo do passivo atuarial e os critérios de necessidade, oportunidade e conveniência das operações em relação aos compromissos assumidos pelo plano de benefícios.

(...)

Por outro lado, o autuado não contesta fundamentado em resultados quantitativos, oportunamente apurados, confrontados com as estratégias adotadas de forma prévia, principalmente, quando alega que, ‘não houve prejuízo’, e que ‘apontar prejuízo deveria passar pela análise dos valores investidos e seu retorno’, sem apresentar qualquer análise de época resultante de controle interno da entidade.

(...)

A nosso ver, resta claro que a situação tida como infracional no Relatório do AI está vinculada à conduta adotada na decisão de investir, etapa preliminar, denominada de processo decisório, como o momento necessário voltado para a tomada de decisão em determinada aplicação ou investimento, após a devida

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

ponderação sobre as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez, nos termos do artigo 1º do Regulamento anexo à Resolução CMN nº. 3.121/2003, sempre fundado em pareceres, opiniões e estudos técnicos especializados de tal forma, a mitigar os riscos de investimentos.” (fls. 80-82)

36. Tendo em vista a opção da EFPC por investir facultativamente em modalidade de investimento de “alto risco”, era de se esperar uma conduta mais zelosa com os recursos de seus participantes, tomando todas as cautelas (amparo em procedimentos prévios de controle e de avaliação do risco de mercado e dos demais riscos inerentes a essa forma de investimento) para que as decisões fossem as mais adequadas o possível para o momento, buscando preservar os requisitos segurança e rentabilidade dos investimentos.

37. Com relação à alegação de inexistência de prejuízo uma vez que os valores pagos fariam parte de uma estrutura de ‘hedge’, verifico que tal fato foi considerado pela autoridade autuante e ainda sim foi apurado um prejuízo de R\$ 8.746.430 (oito milhões, setecentos e quarenta e seis mil quatrocentos e trinta reais), sendo R\$ 3.032.535 na posição vendida, quando da realização de hedge, e R\$ 5.713.895 na posição comprada.

38. Nesse ponto, aliás, entendo que a existência de prejuízo é irrelevante para a autuação, uma vez que o ‘prejuízo’ não é elementar do tipo infracional, que busca punir a conduta de “*aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional*”, para a qual a presença de prejuízo é irrelevante.

39. Nessa linha, aliás, podemos aplicar ao caso o mesmo raciocínio empreendido por Roberto Eiras Messina em sua obra que comentou os dispositivos da LC 109/2001, tratando do Inquérito no âmbito administrativo:

“Ora, nem sempre uma ação de gestão, ainda que tomada ilicitamente, gerará prejuízo. Mas certamente terá ocorrido violação de direito ou de dever de conduta.

A ausência de prejuízo, portanto, não poderia ser causa absolutamente excludente de responsabilização.” (MESSINA, Roberto Eiras. *Lei da previdência complementar anotada*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 157)

40. Da mesma forma, também não é relevante para o caso a alegação de que os déficit apurados no período foram todos de natureza atuarial, tendo os resultados financeiros superados a meta atuarial, à exceção do ano de 2002, como aventou o Recorrente.

41. Por fim, registro que o fato de no período de 2002 a 2007 todas as Demonstrações Financeiras terem sido analisadas, auditadas e aprovadas por Auditores Independentes, pela Atuária Responsável, pelo Conselho Fiscal e pelo Conselho Deliberativo, como alega o autor, não tem o condão de legalizar as operações realizadas, assim como não ratifica as irregularidades apontadas no processo a inexistência de “*uma fiscalização imediata*”

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

pela atual Previc, fiscalização esta que se concluiu oportunamente, dando origem ao presente processo disciplinar de apuração de responsabilidades.

42. Diferente situação seria se o autuado tivesse justificado com amparo em estudo técnico e sistemas de controle a condução das operações ora questionadas, oportunidade na qual, persistindo o prejuízo, não poderia o mesmo ser responsabilizado.

43. Nesse sentido, destaco as curiais palavras do ilustre Conselheiro Luiz Gonzaga Marinho Brandão, quando do julgamento do processo nº 44000.002794/2005-34, em 16 de junho de 2010:

“Ressalto que, em coerência com outros votos já proferidos no antigo CGPC, venho reafirmando que entendo não haver qualquer regra vigente que sugira a aplicação de penalidades aos administradores exclusivamente em virtude de eventuais perdas na aplicação de recursos das EFPC, justamente por serem estes diversificadamente aplicados, a fim de que eventuais perdas em certas aplicações possam ser, com maior probabilidade, compensadas por ganhos em outras. A responsabilidade desses administradores é uma responsabilidade de meio e não de fim. É essencial, no entanto, que a observância dos procedimentos previstos para a tomada das diferentes decisões deva se pautar pelo espírito que orientou sua elaboração e não apenas pela atenção a seus aspectos meramente formais.” (destacamos)

44. Assim, caracterizada a infração à legislação, foi corretamente responsabilizado pelo órgão autuante o Recorrente na sua condição de Diretor Presidente da FAPA (com fundamento no inciso IV do art. 67 do Estatuto da EFPC) ocupante da função de Administrador Estatutário Tecnicamente Qualificado – AETQ.

45. No que tange à sanção aplicada ao Recorrente (*multa pecuniária no valor de R\$34.382,23 – valor mínimo previsto*, devidamente corrigido), percebe-se que a sua dosimetria foi proporcionalmente vinculada aos fatos narrados nos autos e à sua gravidade, não sendo passível de reforma nessa oportunidade.

46. Sobre o pedido subsidiário de aplicação de atenuantes, entendo que o mesmo não deve ser acolhido uma vez que foi constatada a existência de prejuízos financeiros e que a conduta realizada (aplicações financeiras em derivativos já finalizadas) não é passível de regularização no presente momento, regularização esta, aliás, que não restou evidenciada nos autos.

47. Por fim, registro que, diante da inexistência de previsão legal, não é possível a conversão da pena em advertência, conforme requereu o Recorrente.

ASZ.

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

48. Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, entendo que deve ser mantida a sanção aplicada ao Recorrente pela Diretoria Colegiada da atual Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc por intermédio da Decisão Decisão nº 09/2011/DICOL/PREVIC, de 05/04/2011, que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 07/09-98, de 03/06/2009, aplicando-lhe a “*pena de MULTA pecuniária no valor de R\$ 34.382,23 (trinta e quatro mil, trezentos e oitenta e dois reais e vinte e três centavos), atualizada pela Portaria SPC nº 2.649, de 11 de dezembro de 2008*”.

IV – DECISÃO

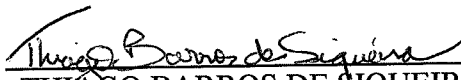
49. Ante todo o exposto, conheço do Recurso Voluntário interposto pelo autuado **Helio de Almeida Machado**, e no mérito nego-lhe provimento, devendo ser mantida integralmente a Decisão da Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, por seus próprios fundamentos jurídicos.

50. Caso prevaleça o entendimento externado pelo presente, proponho a seguinte ementa para o acórdão.

EMENTA: RECURSO VOLUNTÁRIO. OPERAÇÕES COM DERIVATIVOS (CONTRATOS FUTUROS DE IBOVESPA). A atuação da EFPC com aplicações em derivativos exige a prévia existência de procedimentos de controle e de avaliação do risco de mercado e dos demais riscos inerentes às essas operações (art. 24, IV da Res. CMN 3.121/2003), cuja inexistência afronta os requisitos de segurança e rentabilidade dos investimentos, caracterizando infração à legislação vigente, passível de responsabilização administrativa. Recurso Voluntário Não Provido.

51. É como voto.

Brasília, 22 de Agosto de 2012



THIAGO BARROS DE SIQUEIRA
Membro Suplente
Representante do Serviço Público Federal

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 28ª Reunião Ordinária - 22 de agosto de 2012

Relator: Thiago Barros de Siqueira

Processo: 44000.001731/2009-94

Auto de Infração: 07/09-98

Decisão: 09/2011/Dicol/Previc

Recorrente: Helio de Almeida Machado

Entidade: Fapa - Fundação Assistencial e Previdenciária da Emater – Paraná

Voto do Relator: "...Ante todo o exposto, conheço do Recurso Voluntário interposto pelo autuado Helio de Almeida Machado, e no mérito nego-lhe provimento, devendo ser mantida integralmente a Decisão da Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, por seus próprios fundamentos jurídicos."

Representantes	Votos
ITAMAR PRESTES RUSSO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Conhece do recurso. Mérito: nega provimento ao recurso aplicando a atenuante de 20% (vinte por cento) sobre a pena de multa pecuniária.
ALEX LEMOS KRAVCHYCHYN (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto do Relator.
LUÍS RICARDO MARCONDES MARTINS (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	Conhece do recurso. Mérito: nega provimento ao recurso aplicando a atenuante de 20% (vinte por cento) sobre a pena de multa pecuniária.
ADRIANO CARDOSO HENRIQUE (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Não acolhe a tempestividade do recurso. Mérito: Acompanha o voto do Relator.
ROSIMERY BRANDÃO BARBOSA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto do relator.
PAULO CESAR DOS SANTOS (Presidente)	Acompanha o voto do relator.

Sustentação Oral: Dr. Helio de Almeida Machado

Resultado: Por maioria de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC acolheu a preliminar de tempestividade, vencido o voto do membro Adriano Cardoso Henrique que considerou o recurso intempestivo. No mérito, por unanimidade, a CRPC negou provimento ao recurso, vencidos parcialmente os votos dos membros Itamar Prestes Russo e Luís Ricardo Marcondes Martins que votaram no sentido negar provimento ao recurso aplicando a atenuante de 20% (vinte por cento) sobre a pena de multa pecuniária.

Brasília, 22 de agosto de 2012



PAULO CESAR DOS SANTOS
Presidente