

Processo Administrativo nº 44000.003033/2007-61

Recorrente: JACQUES MENDES MEYOHAS

Entidade: Instituto Oswaldo Cruz de Seguridade Social - FIOPREV

Relatora: Ana Carolina Squadri Santanna

RECURSO VOLUNTÁRIO

RELATÓRIO

Foi lavrado o Auto de Infração nº 77/07-10, de 09/07/2007 em face de JACQUES MENDES MEYOHAS, em virtude da realização de operações de compra de NTN-B pela corretora Nominal DTVM, cujos parâmetros de negociação foram divergentes dos observados no mercado.

De acordo com o Relatório Fiscal, as operações de compra de NTN-B, nos dias 25/04, 02/05 e 23/06 de 2006, apresentaram aquisições acima do preço de mercado.

Segundo o auto de infração, "A quantidade total nas aquisições foi de 10.160, com valor financeiro negociado de R\$ 14.845.779,54. Ao longo de 30 dias foram realizadas três operações, em que o FIOPREV adquiriu os títulos com o PU acima do mercado. Comparando com o preço de referência da ANDIMA (PU ref.), o valor negociado seria de R\$ 12.778.690,05, um montante de R\$ 2.067.089,47, cerca de 14% acima do preço de mercado".

Em relação à SELIC, as negociações realizadas pelo FIOPREV representaram em média 26,7% do volume financeiro negociado.

As aquisições de NTN-B representam 12% dos recursos da entidade, significando um volume relevante, exigindo, assim, estudos mínimos de precificação e de procedimentos para aquisições.

Em 13 de dezembro de 2006, foi encaminhado à entidade o Ofício nº 58/SPC/DEFIS/ESRJ, solicitando documentos referentes às operações mencionadas acima.

Todavia, a entidade não apresentou estudos técnicos nem cálculos que justificassem as aquisições acima do preço de mercado, tendo encaminhado somente a Política de Investimentos de 2006, atas do Comitê de Investimentos e Atas de Diretoria e Conselhos.

Em resposta, a entidade manifestou que "o Comitê de Investimentos, instituído de acordo com a Política de Investimentos aprovada, foi estruturado para apreciar propostas encaminhadas pelo Coordenador de Investimentos na forma da Política aprovada, não se manifestando sobre as operações em si. Com relação aos investimentos apontados, à época das referidas operações não existiam normas internas disciplinando a forma de execução".

Analisando as atas do exercício de 2006 do referido Comitê, a fiscalização observou que a Diretoria Administrativa e Financeira subsidiava o órgão em relação às estratégias de investimento (deliberadas ou não pelo Comitê), sendo que a execução de compra e venda dos papéis ficavam sob responsabilidade dessa diretoria.

Contudo, o Comitê não atestava se as operações da Diretoria eram baseadas em Análises Técnicas, em metodologia de precificação de títulos ou se os preços praticados eram os de mercado.

Ademais, o auto de infração apresenta uma análise do mercado secundário extragrupo da SELIC em dias anteriores às negociações. A título de exemplo, na compra de 25/04/06, o PU negociado pela FIOPREV ficou em torno de 10% maior aos preços máximos praticados em dias anteriores.

Quanto à análise da operação frente aos dados da ANDIMA, foi apresentado um gráfico pela fiscalização, mostrando uma tendência de queda do PU em dias anteriores às aquisições pela entidade (fls. 07).

Igualmente, "Ao comparar os preços praticados nas operações de compra das NTN-B pela FIOPREV com os preços ofertados em leilões do Tesouro Nacional, todas elas foram negociadas com preços acima dos ofertados nos leilões em datas próximas às operações". Foi verificado que houve um gasto excedente em torno de R\$ 1,4 milhões, aproximadamente 9,7%.

Consta do auto de infração que a entidade não cumpriu a Política de Investimentos, tendo em vista que as negociações não foram realizadas nas condições do mercado de forma a proporcionar um preço justo.

Por último, foi apresentada uma análise da operação ocorrida 01/12/2006, cujo PU negociado ficou em média 2,5% acima dos preços máximos registrados na SELIC em dias anteriores. A compra dessa NTN-B foi aprovada na 6ª reunião do Comitê de Investimentos de 01/12/2006, não tendo sido apresentada pesquisa de preços junto a Corretoras, nem estudo de precificação do título.

Concluiu-se, assim, que as operações caracterizam infração ao art. 9º, §1º, da LC nº 109/01 c/c art. 1º do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121/2003, "por não observarem as condições de segurança e rentabilidade desses investimentos", e com o §2º do art. 54 do regulamento citado, "pela não observância da Política de Investimentos", devendo ser o responsável ser enquadrado no art. 64 do Decreto nº 4.942/03, *verbis*:

"Art. 64. Aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00, podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois a dez anos".

Em relação à identificação do agente responsável, foi apontado o Sr. Jacques Mendes Meyohas por integrar a Diretoria Administrativa e Financeira, sendo Administrador Tecnicamente Qualificado e responsável pela gestão, alocação, supervisão e acompanhamento dos recursos dos planos de benefícios da FIOPREV, segundo a Política de Investimentos de 2006.

Às fls. 14/22, o Recorrente apresentou sua defesa, alegando, preliminarmente, que a discussão acerca de eventuais prejuízos em razão da compra das NTN-B está sob o crivo do Judiciário (processo nº 2007.001.06209-0, 48ª Vara Cível do Rio de Janeiro), não podendo a Administração Pública praticar qualquer ato referente à lide até o trânsito em julgado da sentença judicial.

Além disso, não é o recorrente responsável pelas operações em si, mas somente pela análise dos investimentos.

Quanto ao mérito, alegou que "1) A fiscalização não levou em consideração que as debêntures sequer tinham mercado naquela ocasião, o que quer significar que eram papéis sem liquidez. (...); 2) Não há qualquer indício de que tenha sido adotada conduta contrária aos interesses do Instituto Oswaldo Cruz de Seguridade Social - FIOPREV, seja em proveito próprio ou de terceiros. (...); 3) Sua conduta exemplar e seu comprometimento com o cumprimento da legislação restam ainda mais demonstrados diante do fato de ter determinado a imediata contratação de uma empresa de auditoria para apurar as irregularidades nas compras das citadas NTN-B antes mesmo da conclusão da fiscalização". (...); 4) faz jus à atenuante do art. 23, I, b, do Decreto nº 4.942/2003 (regularização do ato que ensejou a infração, até a decisão administrativa de primeira instância).

Solicita a realização de perícia contábil-financeira para apurar o montante do prejuízo, bem como a intimação da CVM para averiguar eventual descumprimento da legislação referente aos investimentos em fundo de pensão.

Por fim, requer a substituição da sanção sugerida pela advertência, por ausência de dolo, má-fé ou intuito de causar prejuízo à entidade.

Às fls. 24/39 foi juntada a ação de ressarcimento ajuizada pelo FIOPREV em face de Fábio Dias Cardoso e da NOMINAL DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA – NOMINAL DTVM, cujo pedido é a condenação dos réus ao pagamento de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), a título indenizatório.

A Análise Técnica nº 68/2009 (fls. 40/46), refutou as preliminares, alegando que “os processos judicial e administrativo são autônomos” e também por não se discutir em juízo o mesmo objeto do presente processo, vez que a demanda judicial busca o ressarcimento de danos materiais, isto é, discute a reparação civil, enquanto o presente feito trata da apuração de ilícito administrativo.

O pedido de produção de prova pericial foi negado pela SPC, pois “não é essencial neste processo verificar o exato montante do prejuízo ocorrido, bastando (sic) constatar sua existência”.

No mérito, entendeu a SPC que “houve a inobservância da condição de rentabilidade dos investimentos, uma vez que não foi devidamente justificada a forma de precificação adotada pelos atuados para a aquisição dos títulos NTN-B acima dos valores médios dos indicadores mais usuais do mercado, uma vez que nas operações indicadas pela Fiscalização a entidade adquiriu os papéis por preços muito acima dos valores médios informados pela ANDIMA, pelo SELIC/BACEN e leilões públicos (realizado pelo Tesouro Nacional em datas próximas), resultando em significativa perda de rentabilidade das referidas aplicações”.

De acordo com a SPC, “as entidades fechadas de previdência complementar devem adotar princípios, regras e boas práticas de governança, gestão e controles internos para assegurar o cumprimento de seus objetivos”.

Ainda de acordo com a decisão, “ao operar com títulos públicos, o atuado deveria ter adotado uma sistemática de precificação das Notas do Tesouro Nacional da série B que levassem em consideração os movimentos do mercado secundário de títulos públicos, cujos valores das transações são registrados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC do Banco Central do Brasil (BACEN), uma vez que estas informações são atualizadas constantemente”.

Em relação à fixação da pena, a infração foi considerada grave, em virtude da quantidade de operações realizadas, cuja consequência foi a baixa rentabilidade do fundo de pensão (prejuízo).

Ao final, a autuação foi considerada procedente, aplicando-se pena pecuniária de R\$ 30.794,00, cumulada com a pena de inabilitação pelo prazo de 02 anos.

Às fls. 50/82, foi apresentado recurso voluntário, destacando que:

- 1) a sanção foi aplicada com base na teoria da responsabilidade objetiva;
- 2) está sendo cerceado seu direito de defesa em virtude do indeferimento de produção da prova requerida;
- 3) a atuação do profissional do mercado de ações é de meio, não de resultado;
- 4) não foi razoável aplicar a pena de inabilitação ao recorrente;
- 5) a reiteração das operações não devem ser consideradas para a fixação da pena, já que tecnicamente não é o caso de reincidência;
- 6) o auto de infração não deveria ter sido lavrado em razão do que dispõe o art. 22, §2º, do Decreto nº 4942/03;
- 7) a compra de NTN-B de 01/12/2006 foi considerada regular pela fiscalização em 2008, conforme consta o Relatório de Fiscalização nº 25/2008/ESRJ;
- 8) os títulos adquiridos ainda estão em carteira e a rentabilidade apresentada até o presente momento é superior à própria meta atuarial do plano;
- 9) o modelo da ANDIMA de 2006 foi abandonado por não refletir verdadeiramente o mercado;
- 10) a decisão "não considerou que as amostras de preços retiradas do Sistema do Banco Central (operações extra-grupo) referem-se, em sua maioria, a lotes padrões de 10.000 títulos de NTN-B";
- 11) na época da operação não havia informação segura sobre os preços praticados;
- 12) "a metodologia utilizada pela entidade considerou as operações ocorridas nos 4 meses anteriores ao da negociação, com base nesta amostra foi definido o preço máximo aceitável para compra dos títulos, procedimento também adotado em compras semelhantes que foram tidas como irregulares pela Secretaria".

Por fim, requereu a juntada de documento elaborado pelo perito Márcio Antonio Jevoux Faria (economista).

Às fls. 96/98, a PREVIC concluiu ser incabível a reconsideração do recurso, vez que era uma faculdade do Secretário de Previdência Complementar, cargo que não existe mais.

5/11

Além disso, se expirado 05 dias da data do protocolo do recurso, se a Diretoria Colegiada não se manifestar, entender-se-á que a decisão está mantida por seus próprios fundamentos (art. 27, §1º, do Decreto nº 7.123/2010), sendo essa a hipótese do presente feito.

Às fls. 108/112, foi juntada petição do recorrente, solicitando ao Sr. Presidente da CRPC, a remessa dos autos do processo administrativo para a Diretoria-Colegiada da PREVIC de forma que fosse apreciado o pedido de reconsideração. Foi alegado que a Lei nº 9.784/99 assegura o "direito do administrado de ver o seu pleito analisado em sede de reconsideração (art. 56, §1º)", que seria o exercício do devido processo legal. Segundo o recorrente, o pedido de reconsideração sempre esteve presente na legislação especializada, tanto no art. 13, §3º do Decreto nº 4.942/03, quanto no art. 27 do Decreto nº 7.123/10.

Ademais, já que o art. 55 da Lei nº 12.154/09 transferiu a competência da SPC para a PREVIC, todos os pedidos de reconsideração deveriam ser analisados, não somente os que foram decididos pelo colegiado, inclusive em razão do princípio da isonomia.

Ao final, alega que a norma do art. 27, §1º, do Decreto nº 7.123/10 deve ser interpretada no sentido de fixar-se um prazo para a Diretoria manifestar-se expressamente, sob pena de violação de um direito do administrado.

Às fls. 114/115, o Sr. Presidente concedeu despacho para manter a distribuição ordinária do processo, "cabendo ao membro designado proceder a análise desta questão incidental antes de adentrar ao mérito do recurso, submetendo à apreciação do Colegiado", tendo em vista que existem diversos processos nessa situação, sendo recomendada uma decisão do colegiado para que seja mantida a uniformidade dos julgamentos.

Em 13/09/2010, foi recebida pela Secretaria da CRPC petição do recorrente, alegando existência de fato novo.

Primeiramente, o recorrente informa que solicitou ao Presidente da Câmara Recursal o retorno dos autos para apreciação do pedido de reconsideração pela Diretoria Colegiada da PREVIC.

Em relação ao fato novo, a entidade FIOPREV obteve do Banco Bradesco S.A. "informações relevantes para o esclarecimento dos fatos narrados no presente processo administrativo", as quais comprovam que o recorrente não foi o responsável pela precificação.

De acordo com o documento, "como as operações de investimentos/desinvestimentos do FIOPREV eram realizadas por intermédio do Bradesco, alguns integrantes dessa entidade de previdência estavam credenciados a operar no sistema dessa instituição financeira, possuindo uma senha própria do usuário", porém, somente em 19/05/2010, "foram remetidos os comprovantes das operações tidas por irregulares, os quais atestam que a **precificação** das mesmas não foi realizada pelo recorrente, mas pelo Analista Financeiro do FIOPREV, Sr. Fábio Dias Cardoso" (grifo acrescentado), isto é, trata-se tão-somente da negociação do preço, excluindo-se a aquisição de títulos públicos.

A respeito da ação ajuizada pelo FIOPREV em face de Fábio Dias Cardoso, foi declinada a competência para a Justiça do Trabalho (54ª Vara), sob o número 145-2007-054.01.00-0.

Também tratou do mérito na petição, justificando a operação em razão da elevada exposição da entidade ao risco de crédito em debêntures com indexação ao IGP-M. "Eram necessárias mudanças no portfólio de investimentos da Entidade, alienando-se ativos indexados ao IGP-M e adquirindo-se ativos indexados ao IPCA".

Ademais, a operação realizada em 01/12/2006 foi considerada regular pela fiscalização, conforme consta no Relatório de Fiscalização nº 25/2008/ESRJ, ao contrário do que está sendo alegado no auto de infração.

Outrossim, foi citada a Nota Técnica nº 100/2007/SPC/DELEG, de 17/12/2007, cujo entendimento é que "o dirigente da entidade fechada de previdência complementar que terceirizou a aplicação de seus recursos no mercado financeiro não pode ser responsabilizado por 'aplicar em desacordo com as diretrizes do CMN', já que quem aplica, no caso, não é ele." Além disso, que "deverá ser verificado, em cada caso concreto, se o dirigente da entidade atuou com diligência no acompanhamento da gestão do fundo de investimento, se adotou medidas para evitar a prática de irregularidades pelo administrador do fundo de investimento (...), bem como se tomou as providências pertinentes quando a prática vedada chegou ao seu conhecimento".

Ao final, foram requeridos os seguintes pedidos alternativos: o encaminhamento do processo para a Diretoria-Colegiada da PREVIC, a nulidade do auto de infração por enquadramento incorreto do art. 64 do Decreto nº 4.942/2003, a improcedência do auto ou que seja afastada a pena de inabilitação e que seja revisto o valor da multa aplicada, sem a aplicação da Portaria SPC nº 1016/2007.

Em anexo à petição foram juntados extratos do Bradesco; correspondências eletrônicas entre o Sr. Fábio e o Bradesco, bem como resposta do Bradesco ao recorrente, alegando que "o Sr. Fábio Dias Cardoso

era usuário Master do Sistema de Boletagem do Bradesco, ou seja, com alçada para autorizar as operações realizadas pelo FIOPREV"; atas de reunião do Comitê de Investimentos do FIOPREV; o Relatório de Fiscalização nº 25/2008/FSRJ; o Despacho nº 70/2008/SPC/DELEG, informando que a Nota Técnica nº 100/2007/SPC/DELEG foi adotada pelo Sr. Secretário como posicionamento da SPC e a própria Nota Técnica nº 100/2007/SPC/DELEG.

É o Relatório.

Brasília, 28 de fevereiro de 2011


Ana Carolina Squadri Santanna
Conselheira Suplente

Câmara de Recurso da Previdência Complementar

Processo administrativo nº 44000.003033/2007-61

Recorrente: JACQUES MENDES MEYOHAS

Entidade: Instituto Oswaldo Cruz de Seguridade Social - FIOPREV

Relatora: Ana Carolina Squadri Santanna

RECURSO VOLUNTÁRIO

VOTO

PRELIMINAR

No recurso de fls. 50/82, o Recorrente alegou preliminarmente cerceamento de defesa, vez que foi indeferido o pedido de produção de prova pericial "sem a qual não é possível a prova que sobrevieja qualquer prejuízo". Também requereu a nulidade com base no artigo 22, §2º, do Decreto nº 4.942/03, pois o auto de infração não deveria ter sido lavrado, segundo o Recorrente.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não há violação ao princípio da ampla defesa quando há no processo administrativo um conjunto probatório suficiente para a análise dos fatos e julgamento do caso, *verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INVESTIGADOR DE POLÍCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUIZO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL VERSANDO SOBRE OS MESMOS FATOS APURADOS NO PROCESSO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que não enseja cerceamento de defesa o indeferimento motivado de produção de provas, mormente quando se mostram dispensáveis diante do conjunto probatório.
2. O processo administrativo em questão teve regular processamento, tendo sido observados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem qualquer evidência de efetivo prejuízo à defesa do Recorrente. Aplicável o princípio pas de nullité sans grief.
3. Quanto à alegação de que o Ministério Público pugnou pelo arquivamento dos autos do Inquérito Policial que versou sobre os mesmos fatos apurados em sede de processo administrativo, sendo o pedido aceito pelo magistrado, a decisão atacada está respaldada no entendimento desta Corte no sentido de que são autônomas as instâncias administrativas e penal.
4. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos.
5. Agravo regimental desprovido." (STJ, AROMS 200500190997, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 15/12/2009) (grifos acrescentados)

gr

Conforme consta nos autos, o auto de infração demonstrou claramente a perda de rendimento em virtude da compra de NTN-B, cujos parâmetros de negociação foram divergentes dos observados no mercado, tendo em vista que foram elaborados quadros comparativos com preços praticados na SELIC, ANDIMA e no leilão público do Tesouro Nacional, mostrando que o PU nos dias anteriores da compra apresentava queda, enquanto o PU negociado pela entidade era cada vez maior que o preço máximo registrado.

O próprio Recorrente juntou em anexo à defesa cópia da petição inicial ajuizada pelo FIOPREV, em que alega que "de acordo com parecer da RiskOffice, o Instituto Autor teve prejuízo com as operações mencionadas, da ordem de 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)" (fls. 30).

Em relação à lavratura do auto de infração, devem estar presentes os seguintes requisitos para que seja concedido o benefício previsto no artigo 22, §2º, do Decreto nº 4.942/03: 1) não ocorrência de prejuízo à entidade, ao plano de benefício ou aos participantes; 2) não se verifique circunstância agravante; e 3) o infrator deve corrigir a irregularidade.

No mesmo sentido do voto do Relator no processo administrativo nº 44000.001566/2005-47, entendo que a conduta descrita no auto de infração causou prejuízo ao plano de benefício administrado, pois ao comprar ativos pelo maior preço unitário praticado no mercado nas operações realizadas, não se utilizando de critérios técnicos, os responsáveis pelas compras dos títulos não atenderam o pressuposto de rentabilidade exigido pelo Conselho Monetário Nacional, impossibilitando um ganho para o fundo de pensão em torno de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). Dessa forma, não sendo atendido o requisito da ausência de prejuízo previsto no art. 22, §2º, do Decreto nº 4.942/2003, não deve ser anulado o auto de infração.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso no que se refere às preliminares expostas no recurso.

Na petição de fls. 108/112, com base no art. 27, §1º, do Decreto nº 7.123/10, o Recorrente requer o envio dos autos para a Diretoria-Colgiada da PREVIC de forma que esse órgão aprecie o pedido de reconsideração, que foi feito na peça do recurso voluntário interposto.

Alega o Recorrente que possui o direito de ter seu pedido avaliado pelo órgão de instância inferior, em razão do que dispõe a norma do art. 56, §1º, da Lei nº 9.784/99:

"Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§1º. O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior".

Ademais, defende que o "comando determinando a apreciação de pedido de reconsideração já constava no art. 13, §3º, do Decreto nº 4.942/03 e manteve-se no art. 27 do Decreto 7.123/10, de forma que não estamos diante de uma novidade no âmbito da previdência complementar fechada." Vejamos a citação das normas mencionadas pelo Recorrente:

"art. 13 do Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003:

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

§3º. É facultado ao Secretário de Previdência Complementar reconsiderar motivadamente sua decisão, no prazo de quinze dias, contado do recebimento do recurso".

"Art. 27 do Decreto nº 7.123, de 03 de março de 2010:

Os recursos serão interpostos pelo interessado perante a Diretoria Colegiada da PREVIC, que deverá determinar sua juntada aos autos do respectivo processo administrativo, os quais serão remetidos à Secretaria-Executiva da CRPC.

§1º. Se a Diretoria Colegiada não se reconsiderar expressamente em cinco dias contados da data do protocolo do recurso, entender-se-á que sua decisão está mantida por seus próprios fundamentos."

Com a Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, foi criada a PREVIC, prevendo a transferência da competência da SPC para a nova autarquia, bem como dos processos administrativos que tramitavam no antigo órgão.

Segundo o Recorrente, "o processo administrativo foi julgado pela SPC, mas sem remessa ao CGPC, vindo diretamente a essa Câmara sem análise do pedido de reconsideração".

Compulsando os autos, vê-se que o Recorrente foi intimado da decisão do Secretário de Previdência Complementar em 22 de janeiro de 2010, sendo o recurso voluntário interposto em 07 de fevereiro de 2010, ou seja, já havia sido criada a PREVIC, com a extinção do cargo de Secretário da Previdência Complementar, porém não tinha sido ainda publicado o Decreto regulamentando o processo administrativo sancionador, especificamente quanto à reconsideração da decisão.

Conforme doutrina abalizada de processo civil, a lei nova sobre processo se aplica imediatamente. Esse princípio rege também a questão da competência. Segundo José Carlos Barbosa

Moreira, "se a lei nova, pois, atribui a outro órgão o julgamento, o preceito abrange o recurso já interposto, mas ainda não julgado pelo órgão que deixou de ser competente" (Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, 2003, p. 270).

No caso concreto, a decisão foi proferida pelo Secretário de Previdência Complementar, porém este não teve a oportunidade de reconsiderar sua decisão, já que na época da interposição do recurso, o cargo havia sido extinto.

Todavia, a legislação em vigor na data da interposição do recurso não previa a faculdade de reconsideração pelo novo órgão, a Diretoria Colegiada da PREVIC, não podendo ser aplicada a norma do art. 27, §1º, do Decreto nº 7.123/10.

Dessa forma, na falta de legislação específica aplica-se ao recurso interposto a lei geral de processo administrativo. De acordo com o art. 56, §1º, da Lei nº 9.784/99 "o recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior".

Portanto, para o presente processo administrativo, deve o novo órgão competente se guiar pela Lei nº 9.784/99 no que se refere ao pedido de reconsideração.

Embora a Diretoria Colegiada não tenha proferido a decisão recorrida, não é cabível alegar que o Recorrente perdeu seu direito de reconsideração.

Ocorre que, na prática, cumpriu-se o que determina a norma citada, vez que o processo foi encaminhado para a instância superior. A previsão de cinco dias corresponde a uma preocupação do legislador em conferir celeridade aos processos administrativos, mas não significa que a autoridade deve sempre se pronunciar sobre o pleito, pois a realidade é que a Administração Pública possui um volume muito grande de processos para serem analisados, devendo ter a preocupação em dar impulso de ofício a eles.

Pelo exposto, nego o pedido de retorno dos autos à PREVIC.

DO MÉRITO

No mérito, alegou o Recorrente que não procede a condenação pela ausência de observação das condições de rentabilidade nas aplicações em Notas do Tesouro Nacional. Além disso, que as operações não trouxeram prejuízos para os planos e para os participantes e assistidos. De acordo com quadro comparativo das rentabilidades apuradas pelo Banco Bradesco, agente custodiante da entidade, a rentabilidade dos NTN-B foi superior a meta atuarial do plano, como também do CDI.

Ademais, o modelo de precificação da ANDIMA implantado em 2006 foi abandonado por não refletir o mercado. Nas palavras do Recorrente, "(...) apenas a partir de 2007, a ANDIMA passou a oferecer ao mercado condições favoráveis à obtenção de um preço de referência próximo ao preço justo".

De acordo com as razões recursais, a consultoria RiskOffice "apresentou em 2005 um estudo que analisava o mercado secundário de NTN-B e NTN-C, no período compreendido entre 03 de janeiro de 2005 e 09 de agosto de 2005. Neste estudo são comparados os preços unitários (Pus) divulgados pela ANDIMA e os valores efetivamente negociados em cada dia no mercado secundário (...). Através dessa comparação, é possível notar eventuais distorções entre as taxas negociadas a cada dia, o que possibilita avaliar o desempenho dos gestores quanto à negociação desses títulos".

Para o Recorrente, a Análise Técnica não considerou que as "amostras de preços retiradas do Sistema do Banco Central (Operações ExtraGrupo) referem-se, em sua maioria, a lotes padrões de 10.000 títulos, no caso, 10.000 títulos de NTN-B. Para os denominados lotes fracionários, ou seja, menor que 10.000 títulos, os clientes são penalizados, por assim dizer, tanto na compra quanto na venda".

Outrossim, antes das operações analisadas no presente processo a carteira de investimento do FIOPREV encontrava-se com alta exposição ao risco, sendo que o Comitê de Investimentos, com a orientação da Diretoria Administrativa-Financeira, resolveu diminuir a exposição ao risco de crédito privado, aumentar a representatividade de títulos públicos na carteira e investir em renda variável, conforme projeção do IBOVESPA.

Alegou, também, que as referências para as negociações eram retiradas do Sistema do Banco Central e que a metodologia aplicada "considerou as operações ocorridas nos 04 meses anteriores ao da negociação, com base nesta amostra foi definido o preço máximo aceitável para compra dos títulos,

procedimento também adotado em compras semelhantes que não foram tidas como irregulares pela Secretaria”.

Segundo o Recorrente, os dirigentes não estão obrigados a obter rentabilidade, mas devem agir com menor exposição ao risco. Igualmente, deve-se diversificar o risco, observando as regras de enquadramento e agindo com ética, lealdade e boa-fé.

A respeito da condenação de inabilitação, alegou que a pena não é proporcional ao ocorrido, diante da ausência de prejuízo e da primariedade do Recorrente. Nem a suposta negligência por parte do Recorrente não justificaria a pena de inabilitação.

Por fim, requereu a nulidade do auto de infração.

Na petição em que alega fato novo, informou que o FIOPREV obteve recentemente do Banco Bradesco documentos que comprovam que o Recorrente não é o agente responsável pelas operações apontadas como irregulares pela antiga SPC, mas sim o Analista Financeiro do FIOPREV, o Sr. Fabio Dias Cardoso. Assim sendo, não pode o Recorrente ser condenado a uma pena administrativa com fulcro no art. 64 do Decreto nº 4942/03, que tem como núcleo do tipo o verbo “aplicar”.

Como prova, foram juntados aos autos os seguintes documentos: 1) operação realizada no dia 25/04 – utilizada a senha J 242794, como sendo do Sr. Fábio Dias Cardoso, 2) operações realizadas no dia 02.05.2006 – e-mail remetido ao Bradesco pelo analista financeiro detalhando as operações de venda das debêntures e compra das NTN-B e 3) operações realizadas em 23/05/06, da mesma forma que a anteriormente citada.

Também foi alegado na petição que o Recorrente não pode ser responsabilizado por ato de terceiro, conforme conclusão da Nota Técnica nº 100/2007/SPC/DELEG, a qual afirma que o dirigente da entidade deve ser responsabilizado pelo tipo administrativo adequado, e não pelo art. 64 do Decreto nº 4942/03, caso não tenha sido ele que aplicou os recursos da entidade.

Por fim, em referência ao mérito, foi requerida a improcedência do auto de infração e, alternativamente, que seja afastada a pena de inabilitação pelo prazo de 02 anos e que seja revisto o valor da multa, uma vez que a infração ocorreu em 2006, não podendo aplicar a Portaria SPC nº 1016/07 para corrigir seu valor, fixando-se a multa em R\$ 20.000,00.

Muito embora não fosse o Recorrente que operava a compra de títulos diretamente, era ele que possuía a responsabilidade pela aplicação dos recursos, tendo em vista que a Política de Investimento de 2006 designou o Recorrente como o Administrador Tecnicamente Qualificado, tendo a responsabilidade

pela gestão, alocação, supervisão e acompanhamento dos recursos dos planos de benefícios, conforme consta no auto de infração. Sendo assim, cabia a esse diretor planejar uma política de preço, a qual não foi provada no presente processo administrativo.

De acordo com a ata da primeira reunião do Comitê de Investimentos do FIOPREV, o Sr. Fábio Dias Cardoso apresentou várias planilhas e explicações sobre os investimentos realizados desde março 2005. Todavia, em nenhum momento foi discutida a metodologia de precificação na reunião que decidiu pela compra de NTN-B.

Entretanto, condenar o dirigente com a pena inabilitação é violar o princípio da individualização da sanção que veda a aplicação de pena desproporcional ao acusado.

De forma oblíqua, a Constituição Federal prevê o princípio da culpabilidade, o qual pode ser definido em três aspectos: culpabilidade como fundamento da pena, culpabilidade como mediação da pena e culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva.

De acordo com a ação judicial ajuizada pelo FIOPREV, o Sr. Fábio Dias Cardoso foi empregado do instituto por 09 anos e no período de março de 2005 a julho de 2006 foi titular do cargo de analista financeiro, cuja função era 1) analisar as alternativas de investimentos disponíveis no mercado, identificando as melhores e demais indicadores econômicos/financeiros internos e externos à instituição; 2) propor alternativas de cenários conjunturais (parâmetros), através das perspectivas inflacionárias e demais indicadores econômicos/financeiros internos e externos; 3) elaborar e executar operações através da utilização de "hedge" e arbitragem; 4) informar ao Núcleo de Controle Financeiro as operações realizadas para controle do fechamento e posterior liquidação; 4) detectar qualquer sintoma de negociação artificial ou não condizente com a ética exigida pelo sistema, através da linha direta com pregão das Bolsas de Valores, que permite tomar conhecimento de informações específicas dos negócios efetuados; 5) manter a Gerência Financeira informada sobre a situação do mercado e as perspectivas dos investimentos que se pretende efetuar, apresentando alternativas existentes; e 6) fazer o planejamento do "Plano de Aplicações do Patrimônio" da instituição, através de medições dos estudos e análises de investimento, com base no que foi realizado, de acordo com os limites da legislação vigente.

Conforme o documento, "no período de abril a maio de 2006, os requeridos montaram "operação cruzada" com a venda de debêntures das Lojas Americanas S/A, da Concessionária s/da Rodovia Presidente Dutra S/A – Nova Dutra, da SUZANO Papel e Celulose S/A e da Petrobras, e a compra de Notas do Tesouro Nacional – Série B – NTN-B". Segundo parecer do RiskOffice, mencionado na ação

judicial, os títulos foram negociados injustificadamente pelo PU MED, ou seja, em patamar superior ao PU MIN.

Diante de tais fatos, a Diretoria Executiva convocou o analista financeiro para uma reunião em 07 de março de 2007 a fim de ouvi-lo acerca do procedimento adotado na compra e venda de títulos públicos.

Indagado, o Sr. Fábio Cardoso informou que "as análises e acompanhamentos partiam sempre dele, como analista de investimento", e que "foram compradas acima do mercado e taxa abaixo do que era praticado para compensar a venda das debêntures pelo valor contábil e que as operações se deram através da Nominal DTVM". Ademais, acrescentou que "a operação foi realizada para não se registrar prejuízo na venda de papéis na carteira, o que poderia ser interpretado como uma operação mal feita, mas não como uma perda".

Cumprido ressaltar que as irregularidades ocorridas foram pontuais, não se prolongando no tempo, tendo sido o analista financeiro indagado pelos dirigentes do erro que cometeu. Portanto, é exagerada a pena de inabilitação.

Contudo não é possível revogar por completo a decisão de 1ª instância, vez que não restou demonstrado nos autos que o Recorrente se utilizava de metodologia de precificação, ou seja, de estudo técnico prévio de modo que as operações fossem realizadas com segurança e rentabilidade. Nesse sentido é que se enquadra o Recorrente no art. 64 do Decreto nº 4942/03.

Sobre a responsabilidade da Diretoria-Executiva da entidade, transcrevo uma passagem do voto do Relator proferido no processo administrativo nº 44000.002108/2006-14:

"É possível apreender dos dispositivos legais referidos que a aplicação dos recursos dos planos de benefícios deve observar estritamente as regras estabelecidas pelo órgão competente (o Conselho Monetário Nacional - CMN), e, ainda, que a responsabilidade pela aplicação de tais recursos foi atribuída, de modo imperativo, aos membros da diretoria-executiva da Entidade, que se pressupõe seja conhecedor profundo das atividades da área financeira, administrativa, contábil, jurídica e de fiscalização ou auditoria.

A lei, como facilmente se vê, preocupou-se com a qualificação dos membros da diretoria-executiva da entidade por motivo justificado, porquanto as atribuições e responsabilidades que lhes foram atribuídas somente podem ser exigidas daqueles que detêm qualificação. Aliás, a manutenção de membros nos órgãos deliberativos, executivo ou fiscal no fundo sem o preenchimento dos requisitos legais constitui, por si, ilícito administrativo (cf. art. 92, última parte, do Decreto nº 4.942, de 2003).

Fica evidente que o propósito legal foi o de estabelecer maior proteção em matéria de aplicação de recursos a ponto de eleger o responsável direto, já que os dispositivos legais acima citados atribuíram aos membros da diretoria-executiva a posição privativa, embora não exclusiva, quanto à responsabilidade na sua gestão.

Assim, no âmbito dos fundos de pensão o fato de se deliberar pela contratação de pessoa interposta (terceirização) para realizar operações de aplicação de recursos não poderia jamais suprimir, como num passe de mágica, a responsabilidade dos membros da diretoria-executiva designados pelo cumprimento do regramento estabelecido."

A respeito da correção monetária, entendo ser cabível a Portaria SPC nº 1016/07, por se tratar de norma processual, incidindo o princípio da aplicabilidade imediata.

Pelo exposto, acolho parcialmente o recurso voluntário, complementado pela petição de fatos novos, para condenar o Recorrente somente à pena de multa no valor de R\$ 20.000,00 com atualização monetária conforme decidido pelo Secretário de Previdência Complementar.

É o voto.

Brasília, 28 de fevereiro de 2011

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA – ART. 22, §2º DO DECRETO Nº 4942/03 – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NÃO ANALISADO - COMPRA DE TÍTULOS NTN-B POR PREÇOS SUPERIORES AOS PRATICADOS PELO MERCADO. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE QUALQUER PESQUISA DE MERCADO OU ESTUDO TÉCNICO PRÉVIOS, A JUSTIFICAR AS AQUISIÇÕES NOS PARÂMETROS EM QUE FORAM EFETUADAS. INADEQUADA APLICAÇÃO DOS RECURSOS POR FALTA DE ATENÇÃO ÀS REGRAS DE LIQUIDEZ, PRUDÊNCIA, SEGURANÇA E RENTABILIDADE QUE PERPASSAM AS DIRETRIZES FIXADAS PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE DELEGAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO – PENA DE INABILITAÇÃO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - PORTARIA SPC 1016/07. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO


Ana Carolina Squadri Santanna
Conselheira Suplente

Câmara de Recurso da Previdência Complementar

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 10ª Reunião Ordinária - 28 de fevereiro de 2011

Relatora: Ana Carolina Squadri Santanna

Processo: 44000.003033/2007-61

Recorrentes: Jacques Mendes Meyohas

Entidade: FIOPREV - Instituto Oswaldo Cruz de Seguridade Social

Auto de Infração nº: 77/07-10

Decisão Notificação nº: 42/09-99

Irregularidade : Aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo CMN.

Penalidade: Multa pecuniária 30.794,00 (trinta mil setecentos e noventa e quatro reais), podendo ser acumulada com pena de inabilitação por 180 dias ou com inabilitação pelo prazo de dois a dez anos.

Voto da Relatora: 1) Negou o pedido de retorno dos autos à PREVIC. ... 2) "afastou as preliminares de cerceamento de defesa e de nulidade do auto de infração." 3) "....acolhe parcialmente o recurso voluntário, complementado pela petição de autos novos, para condenar o Recorrente somente à pena de multa no valor de R\$ 20.000,00 com atualização monetária conforme decidido pelo Secretário de Previdência Complementar."

Representantes	Votos
ANTÔNIO BRÁULIO DE CARVALHO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	1) Devolução dos autos à Previc. 2) Afastou as preliminares de cerceamento de defesa e de nulidade do auto de infração. 3) Acompanhou o voto da Relatora com o provimento parcial.
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	1) Não devolução dos autos à Previc. 2) Afastou as preliminares de cerceamento de defesa e de nulidade do auto de infração. 3) Acompanhou o voto da Relatora com o provimento parcial.
LYGIA MARIA AVENA (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	1) Devolução dos autos à Previc. 2) Afastou as preliminares de cerceamento de defesa e de nulidade do auto de infração. 3) Acompanhou o voto da Relatora com o provimento parcial.
DANIEL PULINO (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	1) Não devolução dos autos à Previc. 2) Afastou as preliminares de cerceamento de defesa e de nulidade do auto de infração. 3) Negou provimento ao recurso.
MARIA BATISTA DA SILVA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	1) Não devolução dos autos à Previc. 2) Afastou as preliminares de cerceamento de defesa e de nulidade do auto de infração. 3) Acompanhou o voto da Relatora com o provimento parcial.
PAULO CÉSAR DOS SANTOS (Presidente)	1) Não devolução dos autos à Previc. 2) Afastou as preliminares de cerceamento de defesa e de nulidade do auto de infração. 3) Acompanhou o voto da Relatora com o provimento parcial.

Sustentação Oral: Dra. Andréa Neubarth Corrêa

Resultado: Por unanimidade de votos a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC conheceu do recurso. Por maioria, a CRPC afastou a preliminar quanto à devolução dos autos à Superintendência Nacional de Previdência Complementar, vencido os votos dos Membros Antonio Bráulio de Carvalho e Lygia Maria Avena, que votaram pela devolução dos autos. Por unanimidade de votos, a CRPC afastou as preliminares de cerceamento de defesa e de nulidade do auto de infração. Por maioria de votos, a CRPC, no mérito, acolheu parcialmente o recurso, aplicando a pena de multa pecuniária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) com atualização monetária conforme decidido pelo Secretário de Previdência Complementar, vencido o voto do Membro Daniel Pulino que votava no sentido de negar provimento ao recurso.

Brasília, 28 de fevereiro de 2011.


PAULO CÉSAR DOS SANTOS
 Presidente