

Processos nºs 44000.000762/2007-66, 44000.000763/2007-19, 44000.000764/2007-55 e 44000.000765/2007-08

Autos de Infração nºs 07/07-26, 08/07-99, 09/07-51 e 10/07-31

Decisão-Notificação nº 41/09-26

Recorrentes: Confúcio Rodrigues de Souza, Jânio Fábio Machado Lessa, Carlos Alberto de Deus, Aldir Pacheco Ferreira, Rivaldo Sérgio Carvalho de Paiva e João Batista Dias

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

Entidade Interessada – Funterra – Fundação de Previdência Privada da Terracap

Relator: Conselheiro Luís Ricardo Marcondes Martins

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto conjuntamente por Confúcio Rodrigues de Souza (Diretor Financeiro de Investimentos, no período de 19/06/95 a 29/05/06), Jânio Fábio Machado Lessa (Diretor Superintendente, no período de 12/12/94 a 28/02/02), Carlos Alberto de Deus (Diretor de Benefícios, no período de 02/07/01 a 28/02/02), Aldir Pacheco Ferreira (Diretor Superintendente, no período de 01/03/02 a 29/05/06), Rivaldo Sérgio Carvalho de Paiva (Diretor de Benefícios, no período de 01/03/02 a 29/05/06) e João Batista Dias (Gerente de Gestão, Controle e Riscos de Investimentos, a partir de 26/04/2002). Referido recurso foi interposto em face à Decisão-Notificação nº 41/09-26, a qual julgou procedente os Autos de Infração nºs 07/07-26, 08/07-99, 09/07-51 e 10/07-31, aplicando a todos os Recorrentes a pena de multa no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais), cumulada com a pena de inabilitação de 4 (quatro) anos para o Recorrente Confúcio Rodrigues de Souza e aos demais a pena de inabilitação pelo período de 2 (dois) anos.

Constata-se que os referidos Autos de Infração são originários da fiscalização realizada “a partir do dia 14 de abril de 2004”, conforme ofício nº 632/SPC/DEFIS/CGFD, datado de 12 de abril de 2004 (período de 12/04/04 a 04/06/04). As infrações vêm descritas sumariamente como “aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios, em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional” por meio das seguintes operações:

LTN - Letra do Tesouro Nacional, Auto de Infração nº 07/07-26;

NTN-B – Nota do Tesouro Nacional, série B, Auto de Infração nº 08/07-99;

NTN-C – Nota do Tesouro Nacional, série C, Auto de Infração nº 09/07-51;

NTN-D – Nota do Tesouro Nacional, série D, Auto de Infração nº 10/07-31.

Tais infrações têm fundamentação legal no § 1º do art. 9º da LC 109/01, combinado com o artigo 1º do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 2.829, de 30/03/2001, combinado com o inciso IV do artigo 37 do Decreto nº 4.206, de 23/04/2002 e art. 64 do Decreto 4.942/2003.

No que tange aos Autos de Infrações em questão, faz-se importante destacar breve relato sobre cada um deles:

→ Auto de Infração nº 07/07-26

Os dirigentes da Funterra, entre 13/09/01 e 25/10/01, operaram no mercado de títulos, comprando Letras de Tesouro Nacional. Assim, segundo a atuação, se "as operações tivessem sido realizadas ao preço médio divulgado pela ANDIMA, o resultado da entidade seria superior em cerca de R\$ 177 mil em valores nominais" e que, em todas as operações, os dirigentes da Funterra adquiriram os títulos pelo preço máximo do dia. Concluiu-se, portanto, que restou evidenciado que "os dirigentes da entidade realizaram operações com LTN a preços superiores ao preço máximo praticado no mercado, causando prejuízo à EFPC", e que "as compras efetuadas por preços superiores aos de mercado mostram que os negócios foram conduzidos sem a devida prudência".

→ Autos de Infração nº 08/07-99

Os dirigentes da Funterra, entre 10/10/03 e 18/11/03, operaram no mercado de títulos comprando Notas do Tesouro Nacional, série B. Constatou-se na atuação que se "as operações tivessem sido realizadas ao preço médio divulgado pela ANDIMA, o resultado da entidade seria superior em cerca de 2,77 milhões de reais em valores nominais", e que "se comparando com os preços médios efetivamente negociados, conforme divulgado pelo BACEN, essa diferença se reduz para aproximadamente 0,97 milhões de reais". Concluiu-se que "os dirigentes da entidade realizaram operações com NTN-B a preços superiores ao preço máximo praticado no mercado, causando prejuízo à EFPC", e também, que "as compras efetuadas por preços superiores aos de mercado mostram que os negócios foram conduzidos sem a devida prudência".

→ Autos de Infração nº 09/07-51

Os dirigentes da Funterra, entre 04/09/2001 e 23/03/2004, operaram no mercado de títulos comprando Notas do Tesouro Nacional, série C. Constatou-se na atuação que se "as operações tivessem sido realizadas ao preço médio divulgado pela ANDIMA, o resultado da entidade seria superior em cerca de R\$ 9,86 milhões de reais em valores nominais", e que "em 33 (trinta e três) das operações, os dirigentes da Funterra adquiriram os títulos pelo preço máximo do dia, conforme dados extraídos do SELIC/BACEN, de modo que comparando com o preço médio das negociações efetivamente realizadas, o resultado seria um prejuízo de cerca de 4,3 milhões de reais". Assim, a atuação concluiu que "os dirigentes da entidade realizaram operações com a aquisição de NTN-C a preços superiores ao preço máximo praticado no mercado, causando prejuízo à EFPC", e que "as compras efetuadas nos preços superiores aos de mercado mostram que os negócios foram conduzidos sem a devida prudência".



➔ Auto de Infração nº 10/07-31

Os dirigentes da Funterra, entre 24/01/02 e 18/08/03, operaram no mercado de títulos comprando Notas do Tesouro Nacional, série D. Na autuação, restou verificado que se "as operações tivessem sido realizadas ao preço médio divulgado pela ANDIMA, o resultado da entidade seria superior em cerca de R\$ 1,88 milhões de reais em valores nominais", e que, "comparando com os preços médios efetivamente negociados, conforme divulgado pelo Banco Central, essa diferença se reduz para 0,65 milhão de reais". Concluiu-se que, "os dirigentes realizaram operações com a aquisição e NTN-D a preços superiores ao preço máximo praticado no mercado, causando prejuízo à EFPC", assim como "as compras efetuadas nos preços superiores aos de mercado mostram que os negócios foram conduzidos sem a devida prudência".

Foram juntados aos autos Avisos de Recebimento, comprovando as notificações dos Autuados, ora Recorrentes, referentes à instauração dos Autos de Infração (AI nº 07/07-26, fls. 61/63; AI nº 08/07-99, fls. 82/86, AI nº 09/07-51, fls. 136/141 e AI nº 10/07-31, fls. 88/94).

Devidamente notificados, os ora Recorrentes apresentaram, de forma conjunta e tempestiva, defesa escrita, contendo documentos anexos, rebatendo cada um dos Autos de Infração, podendo tais alegações ser resumidas da seguinte forma:

- i) alegaram, inicialmente, que a d. fiscalização foi escudada em dispositivos revogados da lei, ou seja, a ausência do mundo jurídico, na data do Ofício nº 632/SPC/DEFIS, de 12/04/2004, do Decreto nº 4.206, de 23/04/2002, ou desde 05 de janeiro de 2004, data de sua revogação, pelo art. 112 do Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003, de natureza processual, e, assim, conseqüentemente, revogado também já se encontrava o art. 37, Inc. IV, antes transcrito, bem como já fora de vigência a Resolução CMN nº 2.829/91, por força da Resolução nº CMN 3.121, de 25/09/03;
- ii) afirmaram que, não há que se falar em prejuízo real imposto à entidade, se observado fosse o preço médio divulgado pela ANDIMA;
- iii) alegaram que as taxas indicativas médias de compra e venda da ANDIMA tratam-se apenas de indicativos referenciais pertinentes às expectativas de taxas de compra e venda e títulos públicos federais, sem refletir ofertas firmes cotadas no mercado secundário de títulos, portanto, impossível exigir que a Funterra realizasse suas operações com observância no preço médio divulgado pela ANDIMA;
- iv) afirmaram que a Funterra não participa de leilões realizados pelo Banco Central, onde evidentemente os valores são outros, em razão dos expressivos lotes mínimos leiloados, considerando a pequena força financeira da entidade. Diz que se suas operações são feitas no mercado secundário, em quantitativos mais modestos, certamente o preço pago diverge daqueles, mas jamais indo além do máximo praticado em determinado momento;
- v) destacaram que a própria Andima, em sua "Declaração de Exoneração de Responsabilidades" alerta os seus usuários que todas as informações divulgadas em seu site, "possuem caráter e objetivos estritamente referenciais e indicativos, não devendo jamais ser consideradas ou utilizadas como números, estatísticas, opiniões ou dados oficiais, recomendações de investimento ou como fundamento

380
EC

para a realização de transações comerciais, financeiras ou quaisquer outras disponíveis no mercado". Ainda, diz no mesmo documento que a "Andima não pode garantir a acurácia, pontualidade, integridade ou perfeição das informações vinculadas em seu site" e, que, "a ANDIMA coleta preços para alguns títulos públicos, independentemente da realização de negócios no mercado secundário. Assim, a taxa indicativa é aquela que a instituição considera justa para realizar negócios no fechamento do mercado";

- vi) defenderam que "ganhar menos" não significa colher prejuízos e que os Autos de Infração registram o preço de compra, comparando-o com o PU-Andima, mas nada se fala sobre o preço de venda, por onde, se comparado com o de compra, ver-se-ia um resultado altamente positivo, conforme demonstrativo (rendimentos de R\$81.674,60, em curtíssimo prazo);
- vii) argumentaram que a Funterra, em suas operações envolvendo Títulos Públicos Federais, sempre buscou tomar como parâmetros as taxas divulgadas pelo sistema SELIC, colhendo resultados sempre acima dos indicadores divulgados por esse sistema, bem além da própria meta atuarial da rentabilidade (AI 07/07-26, fl. 59; AI 08/07-99, fl. 80; AI 09/07-51, fl. 133 e AI 10/07-31, fl. 85);
- viii) afirmaram que não ocorreu em momento algum o colhimento de vantagens lícitas ou ilícitas, nem inabilidade que se pudesse imputar aos administradores do fundo e que a atuação dos Recorrentes sempre foi em prol da entidade;
- ix) por fim, requereram a improcedência das colocações postas nos respectivos Autos de Infração, determinando-se o arquivamento das imputações.

Em 20/11/2009, foi emitida pela Secretaria da Previdência Complementar a Análise Técnica nº 67/2009/SPC/GAB/AG (fls.67/81, AI 07/07-26; fls. 87/101, AI 08/07-99; fls. 142/156, AI 09/07-51; fls. 95/109, AI 10/07-31), expondo o quanto segue:

- i) primeiramente, uma vez tratem-se os referidos Autos de Infração de uma mesma ação de fiscalização (OP nº 632/SPC/DEFIS), numa mesma data (08/03/2007), contra os mesmos autuados (dirigentes da Funterra) e sob idênticos fundamentos (aplicação de recursos garantidores em títulos públicos federais – LTNs e NTNs – em desacordo com as diretrizes do CMN), os mesmos trataram de infração continuada, merecendo ser analisados conjuntamente;
- ii) que nos 4 Autos de Infração restara configurado que os dirigentes da Funterra operaram no mercado de títulos de forma sempre desvantajosa para a entidade e que as autuações seriam procedentes;
- iii) que a remissão feita nos Autos de Infração do Decreto nº 4.206/2002 e Resolução CMN nº 2.829/01 devem ser aplicados ao caso em epígrafe, uma vez que eram essas normas vigentes no tempo da infração;
- iv) que as autuações ocorreram em razão das aplicações dos recursos da entidade estarem em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo CMN, uma vez que em várias operações não foi devidamente observada a condição de rentabilidade pois "as compras efetuadas por preços superiores aos de mercado mostram que os negócios foram conduzidos sem a devida prudência, dando causa a prejuízo ao plano de benefícios";
- v) que houve, portanto, "a inobservância da condição de rentabilidade dos investimentos", uma vez que não foi devidamente justificada a forma de

2

precificação adotada pelos Recorrentes para a aquisição de títulos 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 e pelo SELIC, resultando em significativa perda de rentabilidade das referidas aplicações;

- vi) diante de quadro anexado, restou demonstrada a discrepância de percentual perante a média ANDIMA, a qual seria de 15,13% e da média SELIC/BACEN, a qual seria de 5,70%;
- vii) que 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, norteando-se, assim, pelo princípio do homem prudente;
- viii) que ainda que a lei não obrigue de forma expressa a aplicação dos valores divulgados pela ANDIMA e sistema SELIC/BACEN, os dirigentes da Entidade deveriam ter utilizado estes ou qualquer outro mecanismo seguro para a obtenção de preços de referência para realização das transações com maior segurança e rentabilidade;
- ix) que a redução da rentabilidade da aplicação dos recursos garantidores geraria um prejuízo para a Entidade, visto que, nos termos do art. 402 do Código Civil, o conceito de perdas e danos contemplaria "o que razoavelmente deixou de lucrar";
- x) que aos Recorrentes competia, ao menos, ter adotado um comportamento diligente, havendo, no mínimo, negligência por parte deles;
- xi) que caracterizada a infração, na sua forma reiterada, os atos praticados se mostram de natureza grave, diante do prejuízo ao patrimônio da entidade; recomendando-se, ao Recorrente Confúcio Rodrigues de Souza (Diretor Financeiro de Investimentos), a penalidade de multa pecuniária no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais), cumulada com a pena de inabilitação, pelo prazo de 4 anos, e aos demais Recorrentes a pena de multa pecuniária de R\$20.000,00 (vinte mil reais), cumulada com a pena de inabilitação, pelo prazo de 2 anos.

Tal encaminhamento foi adotado pela Decisão-Notificação nº 41/09-26 (AI 07/07-26, fls. 64/66; AI 08/07-99, fls. 102/104; AI 09/07-51, fls.157/159; AI 10/07-31, fls. 110/112), que julgou conjuntamente todos os Autos de Infração mencionados acima.

Em 29/01/10, os Recorrentes, de forma conjunta e tempestiva, interuseram Recurso Voluntário onde, além de repisar todos os argumentos apresentados em sua defesa, acrescentaram, resumidamente, que:

- i) o depósito recursal deveria ser considerado inexigível, de acordo com a Súmula nº 21 do Supremo Tribunal Federal;
- ii) em sede de preliminar, requerem a prescrição quinquenal com relação aos Recorrente Jânio Fábio Machado Lessa e Carlos Alberto de Deus, bem como a desqualificação da DN, uma vez ter ocorrido equívoco na autuação dos Recorrentes, tendo em vista que no AI nº 07/07-26 não foram autuados os Recorrentes Aldir Pacheco Teixeira, Rivaldo Sérgio Carvalho de Paiva e João Batista Dias, bem como no AI nº 08/07-99 ocorrera o mesmo equívoco, não aparecendo como autuados os Recorrentes Jânio Fábio Machado Lessa e Carlos Alberto de Deus;

iii) no mérito, além de repisar argumentações já alegadas em fase de defesa, argumentaram ainda que:

- conforme mencionado na defesa, à época dos fatos não existiam os mecanismos de divulgação hoje existentes para verificação dos preços do mercado, que muito facilitam a definição do preço justo na hora da compra; assim, não se tinha nem mesmo um parâmetro de negociações próximas para precificação do papel, apenas uma referência, ainda que sintética, dos preços desses títulos, onde cada consultado informava sobre as suas percepções e a ANDIMA, da posse dessas informações calculava um "preço indicativo", supostamente justo, e divulgava em seu site no dia seguinte para consulta do mercado;
- somente após o segundo semestre de 2006 que o mercado de balcão contou com a precificação "intraday", com maior margem de segurança, com a criação pela ANDIMA do sistema de Difusão de Taxas;
- também, atualmente, o mercado de balcão possui novas ferramentas de negociação, dentre elas a Plataforma de Negociação Eletrônica, criada pela CETIP, em abril de 2004, onde se realizam diversas operações online de títulos de renda fixa, públicos ou não (em 2005 as EFPC tiveram permissão para o uso dessa ferramenta, Resolução do CMN nº 3.305);
- a pretendida condição alvitrada pela Decisão-Notificação, de que os Recorrentes deveriam ter observado o preço médio da ANDIMA, é uma condição material e juridicamente impossível, porque como já dito, não existia nenhum mecanismo que permitisse, na época, tal aferição, uma vez que tais informações somente estavam disponíveis no dia seguinte;
- que foram injustamente aplicadas as penalidades em seu grau máximo, sendo que em momento algum restou configurado qualquer dolo ou má-fé por parte dos Recorrentes, revelando-se, portanto, desproporcionais e excessivas, preconizando um autêntico abuso de autoridade com graves prejuízos aos Recorrentes, principalmente àqueles que ainda estão em atividade na Previdência Privada Fechada (Jânio Fábio Machado Lessa e João Batista Dias);
- requerem, ao final, que seja reconhecida a prescrição em relação aos Recorrentes Jânio Fábio Machado Lessa e Carlos Alberto de Deus, os quais se afastaram da Entidade em fevereiro de 2002; ainda, requerem a total improcedência dos autos de infração já que em nenhum momento se vislumbra ofensa ao requisito de rentabilidade;
- no caso de condenação, requerem a redução das abusivas, injustas e desproporcionais penalidades, diante da primariedade, boa-fé e inexistência de prejuízos à Entidade, devendo ser adotadas tais atenuantes, caso realmente haja a procedência da DN.

Em 30/04/2010 foi emitido Despacho nº 53/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, que contou com o "de acordo" do Diretor Superintendente da PREVIC, em 03/05/10 (AI nº 07/07-26, fls. 142/144; AI nº 08/07-99, fls.163/165; AI nº 09/07-51, fls. 218/220; AI nº 10/07-31, fls.194/196), que considerou ser incabível o juízo de reconsideração nos aludidos processos, uma vez que a autoridade responsável pela emissão da Decisão-Notificação recorrida não mais existia, motivo pelo qual foi sugerido o

encaminhamento dos aludidos processos a essa Câmara de Recursos de Previdência Complementar sem a análise da referida reconsideração.

Os autos em epígrafe foram encaminhados a esta Câmara de Recursos da Previdência Complementar, na data de 06/05/10, por meio do Ofício nº 1191/2010/CGDC/DICOL/PREVIC (AI nº 07/07-26, fl. 145; AI nº 08/07-99, fl. 166; AI nº 09/07-51, fl. 221; AI nº 10/07-31, fl. 197).

Em 03/08/11, os recursos foram distribuídos à relatoria da ABRAPP durante a 16ª Reunião Ordinária da CRPC.

Em 05/08/11, foi recebida petição junto à Câmara de Recursos da Previdência Complementar, informando sobre o falecimento de um dos Recorrentes, o Sr. Carlos Alberto de Deus (juntada de certidão de óbito), bem como solicitando a juntada de cópia do relatório e voto no processo 44000.002150/2007-16, que trata de matéria exatamente igual a dos autos em questão, tendo referido voto sido acolhido, por unanimidade por esta Câmara, julgando improcedente o referido auto de infração.

É o relatório.



II – VOTO

II.1. DAS PRELIMINARES

II.1.1. Da tempestividade do Recurso Voluntário interposto pelos Recorrentes

Primeiramente, no que tange a tempestividade do Recurso interposto pelos Recorrentes, este deve ser considerado tempestivo, uma vez que os Recorrentes foram intimados da Decisão-Notificação em 15/01/2010, conforme restou informado no próprio Recurso Voluntário, bem como se verifica do AR juntado à fl. 140 do AI nº 07/07-26, sendo o referido recurso protocolado em 29/01/2010.

II.1.2. Depósito Recursal do art. 14 do Decreto nº 4.942/03

No que tange ao depósito recursal previsto no art. 14 do Decreto nº 4.942/03, os Recorrentes alegaram ser inconstitucional tal exigibilidade, tendo em vista o previsto na Súmula Vinculante nº 21 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, esta Câmara de Recurso da Previdência Complementar já decidiu pela inexigibilidade do referido depósito recursal, não só com base na Súmula Vinculante nº 21 do STF, mas também com base na Súmula nº 373 do STJ.

Acolho, portanto, a preliminar pleiteada pelos Recorrentes.

II.1.3. Da extinção da punibilidade

Em fase recursal, alegaram os autuados a ocorrência de prescrição com relação aos Recorrentes Jânio Fábio Machado Lessa e Carlos Alberto de Deus, tendo em vista que ambos se desligaram da Entidade em 28/02/2002, quando tiveram encerrados os seus mandados de Diretor-Superintendente e Diretor de benefícios, respectivamente, e somente foram notificados dos autos de infração, em 19/03/2007, quando já tinha decorrido, portanto, mais de 5 (cinco) anos de seu desligamento.

a) Da extinção da punibilidade pela morte de um dos autuados

Inicialmente cumpre registrar que recentemente, em 05/08/2011, foi recebida petição por esta Câmara de Recursos, informando o falecimento do Recorrente Carlos Alberto de Deus, conforme restou demonstrado por meio da Certidão de Óbito juntada aos autos de infração.

Diante de tal fato, extingue-se a punibilidade para o Recorrente Carlos Alberto de Deus, com fundamento no art. 34, inciso I, do Decreto nº 4.942/2003.

b) Da extinção da punibilidade pela prescrição administrativa (quinqüenal)

Já no que se refere à alegação da extinção da punibilidade pela prescrição, faz-se importante ponderar o quanto segue.

Desde logo convém observar que, ante o caráter continuado da infração, o período de responsabilidade de cada autuado pela suposta infração deve ser adstrito ao seu mandato, sendo certo que a fiscalização tem cinco anos da última operação praticada dentro do mandato de cada diretor para promover a lavratura de auto de infração caso entenda que a referida operação tenha sido irregular.

Nesse sentido, destaca-se o art. 31 do Decreto nº 4.942/03, que preceitua que:

"Art. 31. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Secretaria de Previdência Complementar, no exercício do poder de polícia, objetivando aplicar 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." (grifo nosso)

Ainda sobre o tema da prescrição, merece destaque o art. 2º do Decreto nº 4.942/03, que dispõe que:

"Art. 2º. O processo administrativo tratado neste Decreto é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de pessoa física ou jurídica, por ação ou omissão, no exercício de suas atribuições ou competências, e terá início com a lavratura do auto de infração ou a instauração do inquérito administrativo."(grifo nosso)

Sendo assim, diante das disposições contidas nos artigos supra transcritos, nota-se que antes da lavratura do auto de infração não há processo administrativo, uma vez que este somente tem início com a lavratura do auto infracional. Desta forma, não havendo processo administrativo instaurado, não há que se falar em ocorrência de qualquer das hipóteses de interrupção da prescrição, sendo tal ocorrência somente possível no âmbito do processo administrativo, ou seja, apenas após a lavratura dos autos de infração.

Desta feita, as hipóteses de interrupção da prescrição previstas no artigo 33 do Decreto nº 4.942/03 (notificação do autuado, ato inequívoco de apuração do fato e decisão condenatória recorrível), somente devem ser consideradas para atos praticados após a lavratura do Auto de Infração ou a instauração do Inquérito Administrativo.

Diante do acima exposto verifica-se que o Ofício nº 632/SPC/DEFIS (fl. 06 do AI nº 07/07-26, fl. 08 do AI nº 08/07-99, fl. 11 do AI nº 09/07-51 e fl. 09 do AI nº 10/07-31), comunicando a ocorrência de fiscalização na Entidade voltada para a área de

investimentos, a qual foi realizada no período de 12/04/2004 a 04/06/2004, trata-se apenas de mero expediente, não podendo ser interpretado como uma forma de interrupção da prescrição.

Conforme se verifica dos autos de infração, estes foram lavrados em 08/03/2007 (fl. 02 do AI nº 07/07-26, do AI nº 08/07-99, do AI nº 09/07-51 e do AI nº 10/07-31), tendo a respectiva Decisão-Notificação concordado com a análise conjunta dos 4 (quatro) autos de infração, conforme restou previsto na Análise Técnica nº 67/2009/SPC/GAB/AG, tendo em vista tratar-se de infração continuada já que os autos foram lavrados de uma mesma ação de fiscalização, numa mesma data, contra os mesmos autuados e sob idênticos fundamentos (aplicação de recursos garantidores em títulos públicos federais – LFT's e NTN's, em desacordo com diretrizes do CMN). Desta forma, a contagem do prazo prescricional, nos termos do art. 31 do Decreto nº 4.942, inicia-se do último ato praticado.

Ainda, diante da limitação inicialmente registrada (atinente ao mandato de cada autuado) deve-se considerar, para fins de início da contagem do prazo prescricional, a data da última operação realizada antes do término do mandato do Diretor da Entidade, não podendo ele responder, ainda que a infração seja continuada, por atos praticados quando ele não mais exercia cargo de diretoria na Entidade.

Nesse cenário, o término do mandato do Recorrente Jânio Fábio Machado Lessa, autuado nos AI's 07/07-26, 09/07-51 e 10/07-31, ocorreu no dia 28/02/2002 (data do seu desligamento da referida Entidade); assim, as últimas operações tidas por irregulares pela Fiscalização e que ocorreram antes do término do seu mandato foram: no AI 07/07-26, em 25/10/01; no AI 09/07-51, em 21/02/02; no AI 10/07-31, em 19/02/02. Assim, os atos por ele praticados durante o referido mandato somente poderiam ser objeto de autuação até 25/10/06, 21/02/07 e 19/02/07, respectivamente.

Entretanto, no caso presente, o Recorrente Jânio Fábio Machado Lessa tomou conhecimento da autuação apenas em 17/03/2007, conforme se verifica dos AR's acostados aos autos (AI nº 07/07-26, fl. 61; AI nº 09/07-51, fl.137 e AI nº 10/07-31, fl. 93), sendo os autos de infração lavrados em 08/03/2007. Assim, a sua notificação (apta a interromper a prescrição, conforme preceitua o art. 33, inciso I do Decreto nº 4.942/2003), deu-se quando já havia decorrido mais de cinco anos do término do seu mandato na Entidade, o que atrai o reconhecimento da prescrição quinquenal.

Sobre a prescrição o Conselho de Gestão da Previdência Complementar, sucedido por este Colegiado, em reunião ocorrida em 14/12/2009, proferiu decisão no Processo 44000.003491/2007-09 (entidade: Real Grandeza), publicada no D.O.U., em 23.12.2009, decidindo que:

"Auto de infração lavrado quando decorridos mais de cinco anos dos fatos apontados como irregulares. Prescrição quinquenal reconhecida. Recurso de ofício improvido." (grifo nosso).

Cumpre salientar que tal entendimento também ficou assentado no âmbito desta Câmara de Recursos da Previdência Complementar, quando do julgamento dos processos nºs 44000.003925/2006-81 (Fundação Assistencial e Previdenciária da Emater –

FAPA) e 44000.000644/2007-58 (Fundação São Francisco de Seguridade Social), no dia 15/07/2010.

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário e no mérito lhe dou provimento para reconhecer, nos termos do art. 34 do Decreto nº 4.942/2003, a extinção da punibilidade pela morte do Recorrente, Sr. Carlos Alberto de Deus e pela prescrição administrativa (quinqüenal), com relação ao Sr. Jânio Fábio Machado Lessa.

II.1.4. Do alegado equívoco da Decisão-Notificação ao incluir todos os Recorrentes em todos os autos de infração

Também, em sede de preliminar, os Recorrentes alegaram evidente engano na Decisão-Notificação (DN), que julgara procedente todos os 4 (quatro) Autos de Infração em relação a todos os Recorrentes.

Tal alegação provém do fato que no AI nº 07/07-26, figuram como autuados somente os Recorrentes Confúcio Rodrigues de Souza, Jânio Fábio Machado Lessa e Carlos Alberto Dias, não constando os demais Recorrentes - Aldir Pacheco Teixeira, Rivaldo Sérgio Carvalho de Paiva e João Batista Dias (que alegam que sequer estavam na Entidade na época dos fatos apontados como irregulares nesse Auto de Infração).

Já com relação ao AI nº 08/07-99, alegam que também ocorreu o mesmo equívoco por parte da Decisão-Notificação, não aparecendo como autuados os Recorrentes Jânio Machado Lessa e Carlos Alberto de Deus, devendo também serem excluídos da condenação.

Dessa forma, requerem a desqualificação da Decisão-Notificação e a conseqüente exclusão dos Recorrentes não originalmente constantes da autuação com relação aos autos supramencionados, com a correspondente redução da pena.

A referida argumentação não merece ser acolhida. Isto porque a Decisão-Notificação nº 41/09-26 acolheu os termos da Análise Técnica nº 67/2009/SPC/GAB/AG, onde restou fundamentado o motivo de os Autos de Infração em questão seriam julgados conjuntamente.

Segundo a referida Análise Técnica, a autuação dos 6 (seis) Recorrentes mediante a junção dos 4 (quatro) Autos de Infração seria cabível por se tratarem de infrações seqüenciais a um mesmo objeto de tutela jurídica, tidos como infrações continuadas, não havendo que se falar, portanto, em equívoco ocorrido na Decisão-Notificação nº 41/09-26 que determinou a reunião dos autos infracionais.

Aliás, a apreciação conjunta das autuações, além de encontrar amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acaba evitando um indevido "bis in idem", na medida em que os autuados poderiam vir a sofrer mais de uma pena para uma conduta reiterada. Outrossim, a apreciação conjunta tem por finalidade evitar a existência de decisões administrativas conflitantes entre si, respeitando, assim, o princípio da segurança jurídica.

Diante do exposto, rejeito tal preliminar, mantendo a apreciação conjunta dos respectivos Autos de Infração mediante a Decisão-Notificação nº 41/09-26.

II.2. DO MÉRITO

Os Recorrentes foram condenados pela aplicação de recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetária Nacional – CMN, ao adquirirem títulos públicos, sem a observância das condições de rentabilidade.

Conforme se verifica da Análise Técnica nº 67/2009/SPC/GAB/AG, esta foi enfática ao afirmar que teria havido a *“inobservância da condição de rentabilidade uma vez que não foi devidamente justificada a forma de precificação adotada pelos Autuados para a aquisição dos títulos 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 e pelo SELIC/BACEN, resultando, em significativa perda de rentabilidade das referidas aplicações”, e que “compras efetuadas por preços superiores aos de mercado mostram que os negócios foram conduzidos sem a devida prudência, dando causa a prejuízo ao plano de benefícios.”*

Assim, diante de tal análise e com fundamento em tabela anexada aos autos, teria restado demonstrada a discrepância percentual da média ANDIMA, que seria de 15,13% e da média SELIC/BACEN, que seria de 5,70%, fato que teria levado a um suposto prejuízo de R\$14.701.686,24 (com base na média ANDIMA) e de R\$6.035.334,99 (com base na média SELIC/BACEN).

Registre-se, de início, que não se desconhece que o tema ora em questão já foi objeto de debates nesta Câmara de Recursos, o que inclusive pode ser confirmado diante dos precedentes existentes, os quais indicam a controvérsia que reveste a matéria ora examinada.

Entretanto, em consonância com o posicionamento anteriormente defendido por esta relatoria e com fundamento nos precedentes a seguir citados, se mantém o entendimento de que não há como se condenar autuados com fundamento no fato de que a Entidade teria adquirido os papéis por preços muito acima dos valores médios informados pela ANDIMA e pelo SELIC/BACEN, o que significaria perda de rentabilidade das referidas aplicações.

Não se pode admitir que os números referenciais adotados (média ANDIMA e média SELIC/BACEN) são reais. Isso porque o alegado “prejuízo” seria calculado tendo por base uma “expectativa” dos preços desses títulos. Tal referência era obtida segundo o que cada consultado informava sobre as suas percepções, podendo-se notar a grande carga subjetiva que certamente acompanhava o fornecimento de tais informações. De posse dessas “informações” é que a ANDIMA calculava um preço indicativo, considerado supostamente justo e o divulgava em seu site, somente no dia seguinte para consulta no mercado.

Nota-se que esse fato é trazido pela própria ANDIMA, em suas Notas Metodológicas (doc. juntado aos autos – fls. 34 e 37, fls. 123 e 126 do AI nº 07/07-26; fls. 54 e 57, fls. 146 e 149 do AI nº 08/07-99; fls. 105 e 109, fls. 201 e 204 do AI nº 09/07-51; fls. 81 e 84, fls. 154 e 157 do AI nº 10/07-31), esclarecendo que:

189
00

“2.2 – ANDIMA

Mediante uma amostra de Instituições Financeiras e Assets, a ANDIMA coleta diariamente, até às 11:00 horas, informações referentes às expectativas de taxas de compra e venda de títulos federais. As informações recebidas passam por um processo estatístico para elaboração das taxas indicativas médias de compra e venda. Trata-se apenas de informações de referência, pois não refletem ofertas firmes cotadas no mercado secundário de títulos. No caso de não haver informações suficientes, a Associação pode não divulgar taxas referentes a alguns vencimentos de títulos.” (grifo nosso)

(...)

“Diante da necessidade de se obterem preços confiáveis para a marcação a mercado desses ativos em base regular, a ANDIMA coleta preços para alguns títulos públicos, independentemente da realização de negócios no mercado secundário. Assim, a taxa indicativa é aquela que a instituição considera justa para realizar negócios no fechamento do mercado, enquanto as taxas máxima e mínima são as efetivamente observadas e/ou praticadas no mercado secundário. Não é condição necessária que a taxa indicativa esteja dentro do spread das taxas máxima e mínima, uma vez que um operador pode entender que no preço justo de determinado papel não se encontra nesse intervalo.”

Dessa forma, diante de tal realidade, a presente Decisão-Notificação, a qual acolheu a referida Análise Técnica não deve prevalecer. Isso porque, não há como condenar os Recorrentes pelo fato de não terem se utilizado de paradigma de precificação, o qual não era obrigatório, inexistindo legislação que o determinasse, e ainda, que era baseado em preço indicativo, deixando de evidenciar a verdadeira rentabilidade dos títulos públicos, à época dos fatos.

Importante salientar que apenas no 2º semestre de 2006 é que o mercado de balcão contou com a chamada precificação “intraday”, havendo uma maior margem de segurança. Criada pela ANDIMA, essa espécie de precificação surgiu com o sistema de “Difusão de Taxas”, que é um ambiente eletrônico destinado à consolidação e disseminação de preços referentes ao mercado de títulos públicos e privados de renda fixa. Atualmente, o mercado de balcão possui novas ferramentas de negociação, onde diversas operações “online” de título de renda fixa são realizadas, deixando, assim, de se adotar apenas uma simples referência, como antigamente.

Nesse sentido, o Relator Luiz Gonzaga Marinho Brandão, em seu voto, acolhido por unanimidade pelos demais Conselheiros desta Câmara, no Processo nº 44000.002150/2007-16 (AI nº 65/07-22), da Entidade PREVINORTE, decidiu que: “o fato de tratar de negociação no mercado secundário, a inexistência, à época, da informação ‘on line’ das negociações efetivadas no dia, e ainda considerando as ofertas existentes, ficou claro

que a verificação do preço teoricamente justo no momento exato das transações efetivas era tarefa excepcional". Ainda, afirmou que "não há outros elementos que possam levar à convicção de que elas foram realizadas com intenção de causar prejuízos à entidade e, como já mencionado, à época, as entidades não tinham meios de obter a informação precisa das ofertas do dia e as negociações efetivadas, circunstâncias essas agravadas pela grande instabilidade no mercado financeiro. Tudo isso leva a considerar que, ao contrário do afirmado pela acusação, não há provas dos autos de que o critério de rentabilidade não haja sido observado."

Ainda, no mesmo raciocínio, seguem trechos do voto do Relator Alfredo Zulzbacher Wondracek, proferido na 15ª Reunião Ordinária, no último dia 20 de julho de 2011, no Proc. 44000.000392/2008-48, Entidade FACEB, o qual foi acolhido por unanimidade pelos demais Conselheiros da Câmara de Recursos da Previdência Complementar:

"EMENTA: Negociações de compra de títulos públicos federais (NTN-C, LFT, LFT-B, NTN-D) em mercado secundário de balcão de baixa liquidez, acima do PU indicativo na ANDIMA. Inexistência de prejuízo comprovado. Não comprovação de inobservância da diretriz de rentabilidade emanada pelo Conselho Monetário Nacional. Recurso voluntário provido. Recurso de ofício improvido."

E em sua íntegra:

" (...)

A 'cotação' ou PU da ANDIMA não é valor de mercado, ela não vende títulos no mercado, é apenas um indicativo sugerido; sendo que, eventualmente, os preços por ela sugeridos podem até coincidir com os do mercado real.

(...)

Mesmo supondo a ausência de qualquer metodologia de precificação, na verdade, não se verificou a ocorrência de prejuízos concretizados.

(...)

Considerando o narrado e o que consta nos autos, não há elementos que fundamentem a afirmação de que as operações de aplicação dos recursos questionados não tenham observado o princípio da rentabilidade ou, que houve comprometimento da rentabilidade."

Portanto, difícil manter a condenação dos Recorrentes com base em uma tabela que não retrata o real preço justo da época, mas que seria apenas um indicativo sugerido. Mesmo porque, conforme demonstrado nos autos pelos Recorrentes, no período de 2001 a 2004 (período a que se referem os Autos de Infração), restou configurada rentabilidade superior à meta atuarial (AI nº 07/07-26, fl. 131, AI nº 08/07-99, fl. 154, AI nº 09/07-51, fl. 209, AI nº 10/07-31, fl. 162), sendo adotados, portanto, os princípios, regras e boas práticas de

591
COC

governança, gestão e controles internos para assegurar o cumprimento dos objetivos da Entidade.

Ainda, vale destacar como forma de demonstrar a atuação não prejudicial dos Recorrentes, a ocorrência de um ganho real com a venda de títulos (AI nº 07/07-26, fls. 132/134, AI nº 08/07-99, fls. 155/157, AI nº 09/07-51, fls. 210/212, AI nº 10/07-31, fls. 163/165), considerando o valor de compra e o valor de venda praticados pela Entidade.

Outro fato que merece destaque é que os Autos de Infração não se fundamentaram no fato de haver ou não a demonstração de utilização de metodologia de precificação quando da realização das negociações com títulos públicos. Somente a Análise Técnica nº 69/2009/SPC/GAB/AG, registrou: "No presente caso, houve inobservância da condição de rentabilidade dos investimentos, uma vez que não foi devidamente justificada a forma de precificação adotada pelos Autuados para a aquisição dos títulos acima dos valores médios dos indicadores mais usuais do mercado (...)" – fl. 77 – grifos nossos.

A referida Análise Técnica também afirma que: "Ao operar com títulos públicos, os dirigentes da Funterra deveriam ter adotado uma sistemática de precificação das Notas do Tesouro Nacional e Letras do Tesouro Nacional 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." – fl. 78 - grifos nossos.

Todavia, não se pode admitir que a Análise Técnica inove na acusação, ao fundamentá-la na ausência de utilização de modelo de precificação, quando os Autos de Infração, peças acusatórias dos processos administrativos nada disseram sobre tal fato. Se tal acusação não foi objeto da fiscalização original, não poderia a Análise Técnica trazê-la.

Portanto, diante de todos esses fatos elencados, não há que se falar em negligência, imprudência ou incompetência por parte dos Recorrentes. E menos ainda se verifica a configuração de má-fé e/ou dolo, uma vez que em momento algum restou demonstrada ou sequer alegada a intenção dos Recorrentes de causar prejuízos à Entidade, aos seus participantes ou ao plano de benefícios.

No que se refere ao dolo, cumpre destacar a observação de CARLOS MAXIMILIANO: "O dolo não se presume; na dúvida, prefere-se a exegese que o exclui. Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjeturas, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intuítos contrários ao Direito, ou à Moral" ("Hermenêutica e Aplicação do Direito". Rio de Janeiro: Forense, 2006. P.214 – grifos nossos).

No caso presente, não se verificou o intuito dos Recorrentes em prejudicar a Entidade. Ao contrário, constata-se que os investimentos em questão proporcionaram rentabilidade à Entidade em montantes superiores à meta atuarial e isso era o que se tinha de real para o período em análise, ou seja, atingir a taxa de juros adotada na avaliação atuarial conjugada a um índice de inflação, o que foi observado pelas operações sob análise.

Sendo assim, diante do preceituado, além de indevidas, verifica-se que as penalidades aplicadas aos Recorrentes restaram extremamente excessivas. Isto porque, em

132
COE

momento algum restou configurada a má-fé por parte dos gestores, bem como o interesse em prejudicar a Entidade ou se beneficiarem dela, aptas a justificar a aplicação da inabilitação.

Portanto, diante da constatação de que as operações em questão proporcionaram rentabilidade à Entidade e da falta da configuração de má-fé e de dolo por parte dos Recorrentes, que não restaram demonstradas e nem sequer alegadas nos autos, não há como manter as penalidades, especialmente ao se verificar que, além da multa, foi aplicada aos Recorrentes a pena capital de inabilitação.

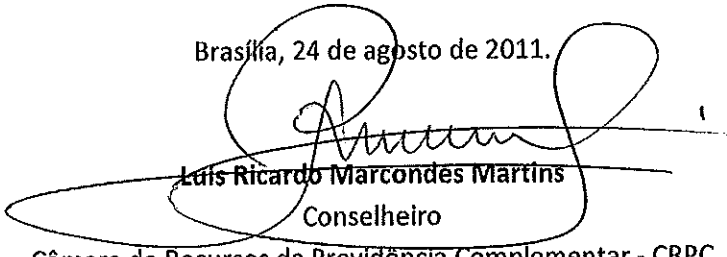
Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário e a ele dou PROVIMENTO, para, reformando a Decisão-Notificação nº 41-09/26, julgar IMPROCEDENTES os Autos de Infração nºs 07/07-26, 08/07-99, 09/07-51 e 10/07-31.

Caso esse entendimento venha a prevalecer, segue EMENTA abaixo:

"RECURSO VOLUNTÁRIO - APLICAÇÃO DOS RECURSOS GARANTIDORES DAS RESERVAS TÉCNICAS, PROVISÕES E FUNDOS DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS OPERADOS EM DESACORDO COM AS DIRETRIZES ESTABELECIDAS PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL - INFRAÇÃO CONTINUADA - DECISÃO-NOTIFICAÇÃO QUE JULGOU PROCEDENTES OS AUTOS DE INFRAÇÃO - DIFERENÇA DE MÉDIA DO MERCADO INFORMADOS PELA ANDIMA E SELIC/BACEN - INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE ADOÇÃO - PREÇO MERAMENTE INDICATIVO E DIVULGADO SOMENTE NO DIA SEGUINTE - COMPROVAÇÃO DE RENTABILIDADE PELA META ATUARIAL - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - NÃO COMPROVAÇÃO DE DOLO OU MÁ-FÉ - RECURSOS PROVIDOS".

É como voto.

Brasília, 24 de agosto de 2011.


Luis Ricardo Marcondes Martins
Conselheiro
Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC

Processos: nºs 44000.000762/2007-66, 44000.000764/2007-55 e 44000.000765/2007-08

Autos de Infração: nºs 07/07-26, 09/07-51 e 10/07-31

Decisão-Notificação: nº 41/09-26

Recorrente: Jânio Fábio Machado Lessa

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

Entidade Interessada: Funterra – Fundação de Previdência Privada da Terracap

Relator: Luís Ricardo Marcondes Martins

Voto Vencedor do Membro: Antônio Bráulio de Carvalho

VOTO DIVERGENTE

Dentre as preliminares suscitadas como prejudiciais do mérito, o recorrente Jânio Fábio Machado Lessa requereu a prescrição quinquenal alegando ter transcorrido mais de cinco anos da data das infrações em análise.

O ilustre Relator, Dr. Luís Ricardo Marcondes Martins, acolheu a tese da defesa votando pela prescrição, ao que, com a devida vênica, me permiti discordar, e passo a relatar.

Para sustentar o presente Voto, adoto a fundamentação do Relator, divergindo apenas quanto à eficácia do Ofício nº 632/SPC/DEFIS/CGFD, datado de 12 de abril de 2004, que no meu entendimento se reveste das características de ato inequívoco de apuração do fato, capaz de interromper o prazo prescricional.

Constata-se que os referidos Autos de Infração são originários da fiscalização realizada no período de 12/04/04 a 04/06/04.

Conforme se verifica nos relatórios, os AI foram lavrados em 08/03/2007 (fl. 02 do AI nº 07/07-26, do AI nº 08/07-99, do AI nº 09/07-51 e do AI nº 10/07-31), tendo a respectiva Decisão-Notificação concordado com a análise conjunta dos 4 (quatro) autos de infração, conforme restou previsto na Análise Técnica nº 67/2009/SPC/GAB/AG, tendo em vista tratar-se de infração continuada já que os autos foram lavrados de uma mesma ação de fiscalização, numa mesma data, contra os mesmos autuados e sob idênticos fundamentos (aplicação de recursos garantidores em títulos públicos federais – LFT's e NTN's, em desacordo com diretrizes do CMN). Desta forma, a contagem do prazo prescricional, nos termos do art. 31 do Decreto nº 4.942, inicia-se do último ato praticado.

Ainda, diante da limitação inicialmente registrada (atinentes ao mandato de cada autuado) deve-se considerar, para fins de início da contagem do prazo prescricional, a data da última operação realizada antes do término do mandato do Diretor da Entidade, não podendo ele responder, ainda que a infração seja continuada, por atos praticados quando ele não mais exercia cargo de diretoria na Entidade.

Nesse cenário, o término do mandato do Recorrente Jânio Fábio Machado Lessa, autuado nos AI's 07/07-26, 09/07-51 e 10/07-31, ocorreu no dia 28/02/2002 (data do seu desligamento da referida Entidade); assim, as últimas operações tidas por irregulares pela Fiscalização e que ocorreram antes do término do seu mandato foram: no AI 07/07-26, em 25/10/01; no AI 09/07-51, em 21/02/02; no AI 10/07-31, em 19/02/02.

Assim, os atos por ele praticados durante o referido mandato somente poderiam ser objeto de autuação até 25/10/06, 21/02/07 e 19/02/07, respectivamente.

Entretanto, entre as datas mencionadas foi expedido o citado Ofício nº 632/SPC/DEFIS/CGFD, cujo teor dava ciência aos autuados a ação fiscalizatória em curso e em seus anexos enumerava os documentos que seriam objetos de análise.

Como bem expõe Marcelo Madureira Prates, Procurador do Banco Central do Brasil, ao tratar da questão, nas folhas 11 e 12 do seu artigo "*Prescrição Administrativa na Lei 9.873, de 23.11.99: entre simplicidade normativa e complexidade interpretativa*"¹, de onde transcrevo o seguinte trecho:

Passando do gênero à espécie, releva determinar, ainda que de forma meramente exemplificativa, o que pode e o que não pode ser considerado ato inequívoco de apuração (inciso II do art. 2º da Lei 9.873/99), diante da equivocidade da expressão. No plano abstrato, ficou definido que ato inequívoco que importe apuração do fato diz respeito à reunião de elementos mínimos de convicção para a caracterização de um ilícito (materialidade do fato + autoria). É dizer, são atos de apuração do fato ilícito todos os atos que a autoridade administrativa pratique visando a coleta de elementos indiciários sobre a materialidade do fato e a sua autoria, ou ainda, todos os atos investigativos.

Com base nesse quadro abstrato, julgamos que não são atos inequívocos de apuração, exatamente por não envolverem investigação alguma de fatos, os atos de impulso processual, como a circulação dos autos pelas diversas áreas técnicas da Administração envolvidas no processo, ainda que sejam emitidas manifestações ou despachos, nem tampouco os pareceres, meros atos opinativos que analisam fatos e sugerem providências, nem ainda a abertura do processo administrativo punitivo, pois ele só é aberto depois que se sabe, geralmente por indícios, qual é o fato ilícito praticado e quem é o responsável pela sua

prática, isto é, o ato de apuração é antecedente necessário do ato de abertura do processo administrativo.

...

De outro modo, são, sim, atos inequívocos de apuração a investigação de irregularidades realizada pela autoridade administrativa no exercício do seu poder fiscalizador ainda que de forma indireta (p. ex., por meio de verificação remota de dados regularmente enviados pelo administrado), a remessa de correspondências ao suposto infrator pedindo esclarecimentos sobre fatos - desde que comprovadamente recebidas por ele e ainda que sem resposta - e as correspondências dirigidas a terceiros e por eles recebidas visando a confirmar a existência ou a natureza de fatos supostamente irregulares praticados por outra pessoa.

Importante, mormente no que toca à fiscalização indireta exercida por muitas autoridades administrativas, e que os atos de apuração praticados estejam materializados em algum documento que seja apto a comprovar a data em que foram realizados, pois sem uma data precisa não se pode fixar quando a prescrição foi interrompida. Alias, e esse o único sentido que conseguimos retirar do qualificador inequívoco presente no inciso "do art. 2º da Lei 9.873/99.

Finalmente, de se atentar que, para que se configure ato inequívoco de apuração, não é essencial o conhecimento do suposto infrator sobre a finalidade específica da investigação, aqui em paralelo com o que se passa no inquérito penal. Se o objetivo da fase investigatória é formar a convicção da Administração sobre a materialidade do fato e a sua autoria e se os atos inequívocos apenas podem ocorrer aí, como defendemos o contraditório não é imprescindível para a legitimidade de tais atos. Para nós, o conhecimento pleno do administrado a respeito da suspeita que sobre ele recai apenas tem que ocorrer no instante da citação. Aí sim, com a formalização da acusação, deve ser aberta a fase contraditória. Antes disso, o contraditório e a ampla defesa não nos parecem ser indispensáveis, até porque nem toda investigação conduzira necessariamente a uma acusação, pois a própria Administração poderá concluir pela inexistência de irregularidade com base nas apurações realizadas.

Entendo que Ofício nº 632/SPC/DEFIS/CGFD se reveste das características essenciais para valer-se como ato inequívoco para apuração do fato, em consonância com os ensinamentos do ilustre Procurador Marcelo Madureira em tela, capaz de interromper o prazo prescricional. Assim, o início da contagem do prazo prescricional se deslocaria para 12 de abril de 2004, com data fim em 11 de abril de 2009.

(assinatura)

196
cel

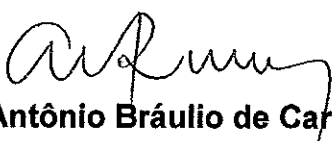
Conheço do recurso voluntário e no mérito nego-lhe provimento pela prescrição administrativa (quinqüenal), com relação ao Sr. Jânio Fábio Machado Lessa.

Ementa. 1. Interrompe-se a prescrição da ação punitiva que visa aplicar penalidade e apurar infração à legislação em vigor, por qualquer ato inequívoco que importe na apuração do fato. Inteligência dos artigos 31 e 33, II, do Decreto nº 4.942/03.

2. O Ofício nº 632/SPC/DEFIS/CGFD, datado de 12 de abril de 2004, busca reunir elementos de convicção para a caracterização do ilícito e se reveste das características de ato inequívoco de apuração do fato, capaz de interromper o prazo prescricional, como requer a Lei 9.873/99. **Recurso improvido.**

É como voto

Brasília, 24 de agosto de 2011


Antônio Bráulio de Carvalho

Membro Representante da ANAPAR

¹ Texto originalmente publicado no Boletim de direito Administrativo, ano XXI, nº 8, agosto de 2005, p. 898-910; e publicado também na Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região.

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 16ª Reunião Ordinária - 24 de agosto de 2011

Relator: Luís Ricardo Marcondes Martins

Processo: 44000.000762/2007-66 - 44000.000763/2007-19 - 44000.000764/2007-55 - 44000.000765/2007-08

Recorrente: Confúcio Rodrigues de Souza, Jânio Fábio Machado Lessa, Carlos Alberto de Deus, Aldir Pacheco Ferreira, Rivaldo Sérgio Carvalho de Paiva e João Batista Dias.

Entidade: Entidade: Funterra - Fundação de Previdência Privada da Terracap

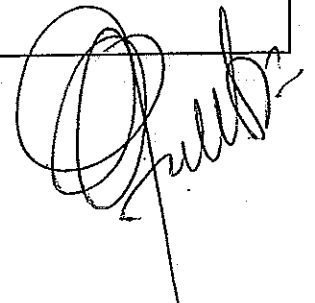
Auto de Infração nº: 07/07-26, 08/07-99, 09/07-51 e 10/07-31

Decisão Notificação nº: 41/09-26

Penalidade: Multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), cumulada com Inabilitação de 2 (dois) anos.

Voto da Relator: "...recurso interposto pelos Recorrentes, este deve ser considerado tempestivo..." "...acolho a preliminar de Depósito Recursal do art. 14 do Decreto nº 4.942/03..." "...Do alegado equívoco da Decisão-Notificação ao incluir todos os Recorrentes em todos os autos de infração...rejeito tal preliminar, mantendo a apreciação conjunta dos respectivos Autos de Infração mediante a Decisão-Notificação nº 41/09-26..." "...conheço do recurso voluntário e no mérito lhe dou provimento... para reconhecer ...extinção da punibilidade pela morte do Recorrente, Sr. Carlos Alberto de Deus e pela prescrição administrativa (quinqüenal), com relação ao Sr. Jânio Fábio Machado Lessa." Mérito: "... CONHEÇO do Recurso Voluntário e a ele dou PROVIMENTO, para, reformando a Decisão-Notificação nº 41-09/26, julgar IMPROCEDENTES os Autos de Infração nºs 07/07-26, 08/07-99, 09/07-51 e 10/07-31."

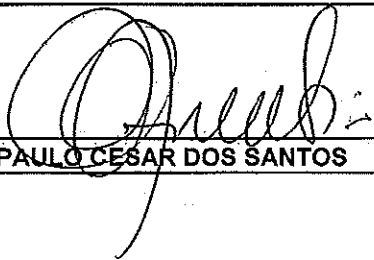
Representantes	Votos
ANTÔNIO BRÁULIO DE CARVALHO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Conhece dos recursos e afasta as preliminares. Acolhe a extinção da punibilidade pela morte do Recorrente, Sr. Carlos Alberto de Deus. Mérito, dá parcial provimento aos recursos no sentido de manter a pena de multa pecuniária e afastar a pena de inabilitação.
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Conhece dos recursos e afasta as preliminares. Acolhe a extinção da punibilidade pela morte do Recorrente, Sr. Carlos Alberto de Deus. No mérito, acompanha o voto do Relator.
DANIEL PULINO (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Conhece dos recursos e afasta as preliminares. Acolhe a extinção da punibilidade pela morte do Recorrente, Sr. Carlos Alberto de Deus. No mérito, dá parcial provimento aos recursos, dos Srs. Confúcio Rodrigues de Souza, Carlos Alberto de Deus, Aldir Pacheco Ferreira, Rivaldo Sérgio Carvalho de Paiva e João Batista Dias, para manter pena de multa pecuniária e afastar a pena de inabilitação e negaram provimento ao recurso do Sr. Confúcio Rodrigues de Souza.
THIAGO BARROS DE SIGUEIRA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Conhece dos recursos e afasta as preliminares. Acolhe a extinção da punibilidade pela morte do Recorrente, Sr. Carlos Alberto de Deus. No mérito, dá parcial provimento aos recursos, dos Srs. Confúcio Rodrigues de Souza, Carlos Alberto de Deus, Aldir Pacheco Ferreira, Rivaldo Sérgio Carvalho de Paiva e João Batista Dias, para manter pena de multa pecuniária e afastar a pena de inabilitação e negaram provimento ao recurso do Sr. Confúcio Rodrigues de Souza.
ALFREDO SULZBACHER WONDRAČEK (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Conhece dos recursos e afasta as preliminares. No mérito, acompanha o voto do Relator.
PAULO CESAR DOS SANTOS (Presidente)	Conhece dos recursos e afasta as preliminares. Acolhe a extinção da punibilidade pela morte do Recorrente, Sr. Carlos Alberto de Deus. No mérito, acompanha o voto do Relator.



Sustentação Oral: Dr. José Luis Ximenes

Resultado: Por unanimidade de votos a Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC conheceu dos recursos e declarou extinta a punibilidade em relação ao Sr. Carlos Alberto de Deus, em razão do seu óbito. Por maioria de votos a CRPC afastou a preliminar de prescrição quinquenal, vencido o voto do Relator que acolheu a prescrição quinquenal em relação ao Sr. Jânio Fábio Machado Lessa. Por maioria de votos, a CRPC, no mérito, deu provimento aos recursos, vencido o voto do membro Antônio Bráulio de Carvalho que votou no sentido de dar parcial provimento aos recursos, apenas para afastar a pena de inabilitação e os votos dos membros Daniel Pulino e Thiago Barros de Siqueira que negaram provimento ao recurso do Sr. Confúcio Rodrigues de Souza e deram parcial provimento aos recursos dos Srs. Jânio Fábio Machado Lessa, Aldir Pacheco Ferreira, Rivaldo Sérgio Carvalho de Paiva e João Batista Dias, apenas para afastar a pena de inabilitação.

Brasília, 24 de agosto de 2011.


PAULO CÉSAR DOS SANTOS