

PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

PROCESSO nº 44000.001660/2008-49

Auto de Infração nº 36/08-13

Decisão nº 30/2010/DICOL/PREVIC, de 09 de novembro e 2010

EFPC Interessada: ACESITA PREVIDÊNCIA PRIVADA - ACEPREV

Relatoria: Conselheiro Thiago Barros de Siqueira

RECURSO VOLUNTÁRIO

Recorrentes:

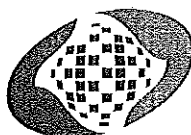
- José Antônio Gimenez

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

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente em face da Decisão nº 30/2010/DICOL/PREVIC, de 09 de novembro e 2010, que **julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 36/08-13**, de 29/05/2008, em desfavor do **Autuado José Antônio Gimenez**, aplicando-lhe a pena de multa pecuniária no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), nos termos do Relatório Final nº 30/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, de 29 de outubro de 20010. (fls. 139/156).

Em 29 de Maio de 2008 foi lavrado o Auto de Infração nº 36/08-13 em decorrência de *“Deixar de adotar as providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, deixar de propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade fechada de previdência complementar ou a seus planos de benefícios, pela aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, por meio de fundo exclusivos, em operações não permitidas pelas normas vigentes, realizando as operações denominadas ‘day-trade’, assim consideradas aquelas iniciadas e encerradas no mesmo dia e a tomada em empréstimo de ações”* (fls. 01/02), em desacordo com a legislação então vigente (Artigo 9º, § 1º, 35, §5º, 63 e 65 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2.001, c/c com os arts. 28, 64, incisos II e VI do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 3.121, de 25 de setembro de 2003, art. 79 do Decreto 4.942, de 30 de dezembro de 2003, e Portaria SPC nº 1.016, de 05/04/2007).



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Em apertada síntese, resume o Auto de Infração que a Entidade administra um único plano previdenciário, sendo que a gestão dos seus respectivos recursos é preponderantemente terceirizada, por meio de fundos exclusivos.

Ocorre que, apurou a Autuante que tais fundos realizaram operações de “day-trade” e de “empréstimo de ações”, vedadas pela legislação vigente, não tendo a Entidade, por meio do seu então Diretor Financeiro, que era também o Administrador Estatutário Tecnicamente Qualificado – AETQ, acompanhado diligentemente a gestão dos fundos, tampouco tomado, à época, as “providências pertinentes”.

Com relação à responsabilidade do Autuado, explicita o Auto de Infração nº 36/08-13 que a mesma teria se dado em função das suas competências na condição de Diretor Financeiro (arts. 17 e 18 do Estatuto da Entidade), bem como por ser ele igualmente o AETQ, conforme estabelecido na Ata da 87ª Reunião do Conselho Deliberativo de 20/10/2004.

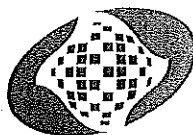
O Autuado *José Antônio Gimenez*, cientificado na forma da lei, apresentou *Defesa* (fls.09/97), *Requerimento de Juntada de Documentos* (fls. 103/115) e *Razões Finais* (fls. 125/137).

Em síntese alega o Autuado:

- *Que o Auto de Infração seria nulo em decorrência da suposta falta de fundamentação legal, motivação e motivo;*
- *Que das 05 (cinco) apontadas operações de 'day-trade', 04 (quatro) seriam legais e a única confessada teria se dado em decorrência de um erro operacional;*
- *Que a operação de empréstimo de ações seria legal;*
- *Que não houve conduta omissiva do Autuado, vez que, apenas tomava conhecimento das operações após a sua realização e, com relação ao 'day-trade', quando cientificado, cobrou providências da administradora do Fundo, tendo esta ressarcido o prejuízo no valor de R\$ 227,18 (duzentos e vinte e sete reais e dezoito centavos) e informado que estava "adotando todas as medidas necessárias para evitar que tal fato possa vir a ocorrer novamente".*

Após o devido procedimento legal foi proferida a Decisão nº 30/2010/DICOL/PREVIC, de 09 de novembro de 2010, que, acolhendo os argumentos trazidos pelo Relatório Final nº 30/2010/CGDC/DICOL/PREVIC, de 29 de outubro de 2010, julgou procedente o Auto de Infração em relação ao Autuado, aplicando-lhe a pena de multa pecuniária no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), nos seguintes termos:

“EMENTA: AUTO DE INFRAÇÃO. DEIXAR DE ADOTAR PROVIDÊNCIAS PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES PELA PRÁTICA DE OPERAÇÕES IRREGULARES. APLICAÇÕES DE RECURSOS GARANTIDORES DAS RESERVAS TÉCNICAS EM MODALIDADES NÃO PERMITIDAS. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DAY-TRADE E TOMADA POR EMPRÉSTIMO DE AÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO NO § 1º DO ART. 9º, §5º DO ART. 35, ART. 63 E ART. 65, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 109, DE 19/05/2001 C/C ART. 28, II E VI DO ART. 64 DO REGULAMENTO ANEXO À RESOLUÇÃO CMN Nº 3.121, DE 25/09/2003 C/C ART. 79 DO DECRETO Nº 4.942, DE 30/12/2003 (sic) C/C PORTARIA SPC Nº 1.016, DE 05/04/2007. PROCEDÊNCIA.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

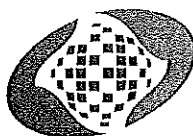
- 1. Aplicação pelo gestor contratado dos recursos garantidores das reservas técnicas dos planos de benefícios em modalidades de investimento não permitida “operação day-trade e operação de empréstimo de ações como tomador” viola o disposto no § 1º do art. 9º, da LC nº 109, de 2001 e art. 28 e incisos II e VI do art. 64 do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 3.121/2003.*
- 2. O dirigente responsável nos termos do estatuto, tomando conhecimento de irregularidade praticada pelo gestor contratado tem o dever de adotar, de imediato, providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, propor ação regressiva contra os causadores dos danos ou prejuízos causados à entidade ou a seus planos.*
- 3. A não adoção de medidas para apuração de responsabilidade sujeita o dirigente responsável à penalidade prevista no art. 79 do Decreto nº 4.942, de 2003.” (fl. 155)*

Diante da decisão que lhe foi desfavorável, o Autuado interpôs Recurso Voluntário, reiterando essencialmente os argumentos já lançados em suas manifestações anteriores.

De conseguinte, a Autuante proferiu o Despacho nº 111/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, de 09 de fevereiro de 2011, mantendo a decisão recorrida por seus próprios fundamentos e determinando o encaminhamento destes autos a esta Colenda Câmara de Recursos de Previdência Complementar - CRPC, onde foram recebidos e distribuídos para relatoria e julgamento.

Em tempo, acuso o recebimento de Memoriais pela via eletrônica, repassado pela Secretaria-Executiva desta Corte em 22 de novembro de 2011.

É o suscinto relatório.



PREVIDÊNCIA SOCIAL

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

EMENTA: DEIXAR DE ADOTAR AS PROVIDÊNCIAS PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES E, QUANDO FOR O CASO, DEIXAR DE PROPOR AÇÃO REGRESSIVA CONTRA DIRIGENTES OU TERCEIROS QUE DERAM CAUSA A DANO OU PREJUÍZO À ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR OU A SEUS PLANOS DE BENEFÍCIOS. OPERAÇÃO DE 'DAY-TRADE'. ERRO OPERACIONAL ESCUSÁVEL. EMPRÉSTIMO DE AÇÕES. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PARA A PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

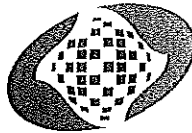
II – FUNDAMENTAÇÃO

III. DO NÃO ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Preliminarmente, alega o Autuado a nulidade do auto de infração por não ostentar “os mínimos requisitos para se manter de pé, diante do processo administrativo, pois *lhe falta: fundamentação legal (dos fatos narrados não se enquadram na hipótese legal, sem mencionar que deixou de aplicar dispositivos expressos de lei, afastando-se da sua vinculada atividade); motivação e motivo (a Fiscalização, sempre com todo respeito, adotou presunções inexistentes)*”. (fls. 14/15 – destaque do original)

Após a devida análise dos autos, entendo que deve tal alegação ser afastada uma vez que ostenta a autuação, inequivocamente, correta fundamentação legal e adequada descrição de sua motivação e motivo. Ademais, o bom nível técnico das manifestações apresentadas (*Defesa, Razões Finais e Recurso Voluntário*) indicam que foi devidamente respeitado o corolário constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV, Constituição Federal de 1.988).

Portanto, uma vez afastadas as preliminares suscitadas não verifico qualquer nulidade a macular o Auto de Infração que inaugura estes autos, razão pela qual passo ao exame do seu mérito.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

II.II. DA IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO

A primeira parte da autuação se refere à suposta não adoção das providências para apuração de responsabilidades decorrentes da realização de operações de 'day-trade' nas datas de 21/09/2006, 11/10/2006, 11/12/2006, 14/03/2007 e 22/03/2007.

Sobre tal modalidade de operação (day-trade), a Conselheira Maria Batista da Silva, em voto proferido nos autos do processo nº 44000.001955/2008-15, já apontou que *“os recursos garantidores das reservas, provisões e fundos, são destinados ao pagamento de benefícios, com horizontes de longo prazo, portanto incompatíveis com a prática de Day-trade, que visa um ganho imediato aproveitando as flutuações intraday dos preços de um ativo, prática essa especulativa e de alto risco”*.

No caso dos presentes autos, das listadas 05 operações, apenas uma subsiste já que a própria Superintendência Autuante constatou que *“as operações realizadas em 11/10/2006, 11/12/2006, 14/03/2007 e 22/03/2007 não se caracterizam como operações day-trade por se tratarem de operações realizadas em fundos distintos”* (fls. 147).

Já a operação de 'day-trade' realizada em 21/09/2006, apesar de vedada à época, se revela como um erro operacional escusável, nos termos em que justificada pelo administrador do Fundo Exclusivo, tendo, inclusive, o prejuízo dela decorrente sido integralmente restituído por este último, conforme sustenta o Autuado.

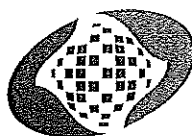
Dentro do universo de inúmeras operações realizadas pela EFPC, apenas essa única foi caracterizada desta forma, afastando de pronto a percepção de tratar-se de ato decorrente de contumácia ilegal da EFPC.

Nessa linha, o administrador do Fundo Exclusivo, após instado pela Entidade, manifestou-se no seguinte sentido:

“No caso do Bradesco FI Multimercado Níquel, no dia 20/09 foram realizadas operações para o citado fundo no 'after-market' e, apesar da BRAM contar com controles internos para o monitoramento de todas suas operações, uma falha ocorrida especificamente no registro das mesmas acabou não inibindo a realização de outras operações no dia seguinte (21/09), mesmo dia da liquidação financeira da operação realizada na véspera, produzindo involuntariamente um 'day-trade'. Informamos que estamos adotando todas as medidas necessárias para evitar que tal fato possa vir a ocorrer novamente.” (Expediente BRADESCO, de 09/03/2007)

Ademais, se o prejuízo foi de R\$ 227,18 (embora não importe o prejuízo para, em tese, a ofensa ao art. 9º, §1º da Lei Complementar nº 109/2001), dificilmente se poderia imaginar que a operação ilegal tenha sido feita para a reprovável busca de algum proveito pelo Autuado ou algum terceiro, devendo, portanto, ser caracterizada como verdadeiro erro operacional nos termos em que justificado pelo administrador do fundo.

137.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Por sua vez, com relação às operações de “tomada de empréstimos”, realizadas em 07/2006 (*Ações Preferenciais* BRITAUACNPR3 do *Banco Itaú Holding Financeira S/A*) e 09/2006 (*Ações Ordinárias* BRPETRACNOR9 do *Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás*), registro, preliminarmente, que não constam informações dos valores envolvidos, da duração das operações, sua justificativa, tampouco se as mesmas geraram ou não algum prejuízo à EFPC.

Em síntese o Autuado sustenta a legalidade de tais operações, argumento este que, numa interpretação literal e sistemática da legislação aplicável, data vênua, não se sustenta.

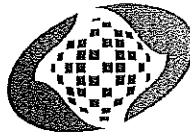
O Autuado fundamenta a legalidade das operações com base em justificativa do Bradesco Asset Management, administrador do fundo exclusivo (expediente de 14 de março de 2008), bem como em pareceres das consultorias *Interlink Consultoria de Mercado de Capitais Ltda* (de 19 de julho de 2008) e *Luz Engenharia Financeira* (expediente de 17 de junho de 2008).

Ora, como concluem tais manifestações, sem dúvida é permitido no mercado financeiro a realização de empréstimo de ações, sendo tal operação devidamente regulamentada pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Todavia, a questão que se coloca nesse caso é de se é permitido às Entidades Fechadas de Previdência Complementar realizar tais operações na condição de tomadoras dos ativos em empréstimo.

Nesse contexto, diferentemente do que sustenta o Autuado, é patente na literalidade do artigo 28 da Resolução CMN nº 3.121 de 25 de setembro de 2003, o fato de que as ações objeto de empréstimo devem integrar as diversas carteiras que compõem o segmento de renda variável da EFPC (caso contrário não especificaria o termo “ações”, bastando falar “As ações podem ser objeto de empréstimo”):

“Art. 28. As ações integrantes das diversas carteiras que compõem o segmento de renda variável podem ser objeto de empréstimo, de acordo com a regulamentação estabelecida pela Comissão de Valores Mobiliários, devendo, mesmo nessa condição, ser computadas para fins de verificação da observância dos limites estabelecidos nos arts. 25 e 26.”

Ademais, numa interpretação sistemática do dispositivo, tem-se que o mesmo consta do *Capítulo II – Dos Segmentos de Aplicação, Seção II – Do Segmento de Renda Variável*, logo em seguida dos artigos que tratam dos limites de aplicação em cada carteira (*I – carteira de ações em mercado; II – carteira de participações; e III - carteira de renda variável – outros ativo*), sendo evidente que tal dispositivo foi concebido especificamente com o escopo de determinar que, sendo possível o empréstimo de ações integrantes das carteiras da EFPC, mesmo na condição de emprestadas elas serão computadas para fins de verificação da observância dos limites estabelecidos nos arts. 25 e 26 da Resolução CMN 3.121/2003, até porque entendimento em sentido contrário poderia significar na possibilidade de burla a tais limites, concebidos como instrumento de segurança à gestão dos recursos dos participantes e assistidos.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Assim, encontra-se caracterizada, em tese, ainda que sem a descrição de maiores detalhes das operações pelo Autuante, a aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (art. 64 do Decreto nº. 4942/2003).

Contudo, não foi esta a base do Auto de Infração, mas sim aquela descrita no artigo 79 do referido Decreto, nos seguintes termos:

“Art. 79. Deixar de adotar as providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, deixar de propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade fechada de previdência complementar ou a seus planos de benefícios.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até noventa dias..”

Caso o Auto de Infração tivesse sido lavrado como decorrência de ofensa ao art. 1º do anexo à Resolução CMN nº 3.121/03 e art. 64 do Decreto 64 nº. 4942/2003, não tenho dúvidas de que, em tese, a infração estaria caracterizada.

Porém, não é possível, agora, nesta fase processual de última instância recursal, se alterar o motivo da autuação, sob pena de prejuízo ao direito de defesa do Autuado.

Observe-se que seria irrelevante, para uma autuação enquadrada no art. 64 do Decreto nº. 4942/2003, o fato de a aplicação ter sido feita por um terceiro em um Fundo Exclusivo, já que esta CRPC tem consolidado entendimento, com esteio nos art. 35, §5º da Lei Complementar 109/2001¹ e art. 23 do anexo à Resolução CMN nº 3.121/03², que embora se conduza a terceirização da gestão, não é possível a terceirização da responsabilidade do dirigente, que permanece vigendo, agora com especial enfoque no acompanhamento e controle das operações realizadas pelo terceiro.

No entanto, repita-se, não foi esta a capitulação e a motivação do Auto de Infração em comento.

A presente autuação fundou-se na suposta omissão do Autuado para a apuração de responsabilidades e, se o caso, omissão quanto à propositura de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade fechada de previdência complementar ou a seus planos de benefícios.

Ora, se a autuação se baseou na falta de providências pelo dirigente, haveria de estar caracterizada tal omissão nos autos. Todavia, isso não se verifica.

¹ “§ 5o Será informado ao órgão regulador e fiscalizador o responsável pelas aplicações dos recursos da entidade, escolhido entre os membros da diretoria-executiva.”

² “Art. 23. Equiparam-se às aplicações realizadas diretamente pelas entidades fechadas de previdência complementar aquelas efetuadas por meio de fundos de investimento que não fundos de investimento em empresas emergentes e fundos de investimento em participações ou por meio de carteiras administradas.”



PREVIDÊNCIA SOCIAL

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Não há nos autos a comprovação da ciência prévia do Autuado sobre a operação irregular realizada, senão de forma abstrata em afirmações da EFPC e do Autuado no sentido de que tomavam conhecimento das operações efetivadas somente após a sua realização, inexistindo igualmente a indicação da natureza das providências entendidas como necessárias, sempre se referindo a elas, a autuação, genericamente por meio da expressão “*providências pertinentes*”.

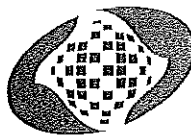
Por fim, registre-se que o terceiro administrador do Fundo Exclusivo, após instado pela EFPC, buscou justificar a sua conduta e ainda sim se comprometeu a corrigir eventual desvio nos seguintes termos:

“Contudo, a despeito dos esclarecimentos acima prestados, haja vista o apontamento feito pela Secretaria de Previdência Complementar, adotamos todos os procedimentos necessários para que operações de empréstimo na posição tomadora não mais ocorram na carteira do Fundo.” (fls. 92/97)

Assim, entendo que não restou comprovada a subsistência de elementos aptos a sustentarem a autuação, nos termos em que lavrada.

Além disso, particularmente entendo que seria irrazoável aplicar-se a pena de multa fixada no valor de R\$15.000,00 (fixa e decorrente da capitulação do artigo 79 do Decreto nº. 4942/2003), especialmente pelo fato de não ter sido demonstrado um padrão ilegal de conduta, nem a gravidade ou a contumácia das operações realizadas, tampouco ter sido apontado prejuízo aos recursos dos participantes e assistidos, restando claro que a autuação já cumpriu o seu caráter pedagógico para a EFPC e para o Autuado, ainda mais diante das declarações do administrador terceirizado dos recursos no sentido de ter adotado todas as providências para que a ocorrência de tais operações não se repita. Ou seja, em última análise as responsabilidades foram efetivamente apuradas antes da lavratura do presente auto de infração e mostrou-se desnecessário o ajuizamento de ação regressiva diante da inexistência de prejuízo decorrente das operações.

Assim, diante das peculiaridades deste específico caso concreto, entendo que deve ser acolhido o Recurso Voluntário interposto pelo Autuado *José Antônio Gimenez*, como decorrência da insuficiente demonstração da subsunção dos fatos descritos à previsão infracional do artigo 79 do Decreto nº. 4.942/2003.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

III – DECISÃO

Ante todo o exposto, diante do específico contexto atinente aos presentes autos, conheço do Recurso Voluntário interposto pelo Autuado José Antônio Gimenez e no mérito dou-lhe provimento, em decorrência dos fundamentos acima expostos.

É como voto.

Brasília, 06 de Dezembro de 2.011

THIAGO BARROS DE SIQUEIRA
Conselheiro Suplente
Representante do Serviço Público Federal

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 19ª Reunião Ordinária - 6 de dezembro de 2011

Relator: Thiago Barros de Siqueira

Processo: 44000.001660/2008-49

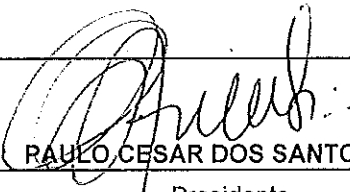
Recorrente: José Antônio Gimenez

Entidade: Aceprev - Acesita Previdência Privada

Auto de Infração nº: 036/08-13

Decisão nº 30/2010/Dicol/Previc

Voto da Relator: "... diante do específico contexto atinente aos presentes autos, conheço do Recurso Voluntário interposto pelo Autuado José Antônio Gimenez e no mérito dou-lhe provimento."

Representantes	Votos
ITAMAR PRESTES RUSSO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto da relator.
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto da relator.
LUÍS RICARDO MARCONDES MARTINS (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	Acompanha o voto da relator.
DANIEL PULINO (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto da relator.
ALFREDO SULZBACHER WONDRAECK (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto da relator.
PAULO CESAR DOS SANTOS (Presidente)	Acompanha o voto da relator.
Sustentação Oral: Dr.Thiago Conde Teixeira	
Resultado: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar conheceu do recurso e afastou as preliminares para, no mérito, dar-lhe provimento.	
Brasília, 6 de dezembro de 2011	
 PAULO CESAR DOS SANTOS Presidente	