

Processo administrativo nº 44000.003032/2007-17

Recorrente: ALEX ALEXANDRE MOLINARO E OUTROS

Entidade: Instituto Oswaldo Cruz de Seguridade Social - FIOPREV

Relatora: Ana Carolina Squadri Santanna

RECURSO VOLUNTÁRIO

RELATÓRIO

De acordo com o Auto de Infração nº 78/07-74, de 03/08/2007, o Instituto Oswaldo Cruz de Seguridade Social – FIOPREV também administra o Plano Assistencial Fio-Saúde, em favor do qual foram utilizados recursos do Plano Previdencial “para o pagamento das despesas médicas pendentes com a rede credenciada Fio-Saúde, a fim de evitar a suspensão do atendimento aos beneficiários do plano”.

Em 18/11/2002, a FIOPREV encaminhou o Ofício nº 011/2002 à Secretaria de Previdência Complementar para que fosse analisada uma operação financeira, visando o equacionamento de déficit financeiro no Plano Assistencial, “com adiantamento de recursos financeiros do Programa Previdencial, tendo como contrapartida constituição de Contribuição Extraordinária por parte exclusiva dos Participantes, com liquidação a partir de janeiro de 2003”.

Nas sucessivas reuniões do Conselho Executivo com o Conselho Deliberativo, foi decidido dar início às medidas emergenciais em relação ao Plano Assistencial, em virtude da dificuldade financeira que vinha passando, vez que a Patrocinadora não podia fazer novos aportes de recursos, independentemente da resposta da SPC.

Em 19/11/2002, o Conselho Deliberativo decidiu aprovar a proposta da Diretoria Executiva “para a recomposição das receitas através da cobrança de uma cota extra de R\$ 224,93”.



Em 15/12/2003, o Conselho Deliberativo decidiu aprovar a operação contábil para a “recomposição das receitas de 2003 através da cobrança de uma cota extra”. Segundo o auto de infração, em 27/08/2004, “o Conselho Deliberativo determinou o provisionamento no balancete de agosto de 2004, do Fundo Programa de Assistência Médica (PAM) do Fio-Saúde, R\$ 3 milhões de reais contra o recebimento futuro de cota extra a ser cobrada junto aos usuários do Fio-Saúde durante o exercício de 2005, sendo que as cobranças da rede credenciada deveriam ser pagas com recursos do Fundo Previdenciário”. Conforme consta na ata, os recursos emprestados seriam repostos ao longo de 2005, “com a entrada mensal de cota extra, corrigidos pela rentabilidade média dos ativos financeiros do Fioprev no período.” Também ficou registrado que esse procedimento já vinha sendo utilizado em exercícios anteriores.

Em dezembro de 2004, a FIOPREV foi comunicada, por meio do Ofício nº 2480/DECON/SPC, “que o assunto abordado no Ofício nº 011/2002, de 18/11/2002, no qual a entidade solicitava a análise de operação financeira para transferência de recursos do Programa Previdencial para o Programa Assistencial, a título de empréstimo, para o equacionamento do déficit do plano assistencial, foi objeto de Parecer Jurídico do Departamento de Análise e Orientação Jurídica, concluindo que a operação de empréstimo do Plano Previdencial para o Plano Assistencial é vedada pela legislação previdenciária, com base no disposto do art. 76, da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, corroborado com o art. 3º do regulamento anexo à Resolução CMN nº 3121, de 25/09/2003”.

Art. 76, da LC nº 109/01:

“As entidades fechadas que, na data da publicação desta Lei Complementar, prestar a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário”.

Art. 3º do regulamento anexo à Resolução CMN nº 3121/03:

“É vedada a realização de operações entre planos de benefícios, exceto nos casos de migração de recursos e desde que observadas as condições estabelecidas pela Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social”.

Foi ressaltada no auto de infração a existência da Resolução MPAS/CGPC/Nº 05, de 30 de janeiro de 2002, que proíbe a transferência de recursos entre os Programas Previdencial e Assistencial.

Conforme o auto de infração, em janeiro de 2005 foi “registrada antecipação de receita orçamentária de R\$ 4.109.000,00, mais resíduo de R\$ 622.737,17, referente ao complemento no saldo de abertura de segregação/empréstimo entre previdencial e assistencial, totalizando R\$ 4.731.737,17, contra recursos disponíveis da entidade”.

Na reunião de 07/11/2005, o Conselho Deliberativo da FIOPREV determinou que o saldo do empréstimo fosse equacionado no máximo em 10 anos, a partir de janeiro de 2006, “incidindo sobre esse valor a rentabilidade média anual da carteira do FIOPREV, e sendo esse valor dividido igualmente entre Patrocinadora e Participantes”. Em novembro e dezembro de 2005 ocorreram mais empréstimos, sendo que em dezembro de 2005, o saldo totalizava R\$ 7.972.774,40.

Em síntese, o saldo dos empréstimos evoluiu de R\$ 3.300.000,00 para R\$ 7.185.863,12, no período de dezembro de 2002 a dezembro de 2006.

Concluiu-se, então, que tanto o Conselho Deliberativo quanto a Diretoria Executiva da FIOPREV deveriam ser administrativamente responsáveis, por “praticarem reiteradamente, desde 2002, atos de ilegalidade ao buscarem recursos do Plano Previdencial para o pagamento das despesas médicas pendentes com a rede credenciada do Fio-Saúde, a fim de evitar suspensão do atendimento aos

beneficiários do plano”, o que configuraria infração ao art. 76 da LC nº 109/01 c/c art. 3º do regulamento anexo à Resolução CMN nº 3121/03 e com o item 3 do anexo A da Resolução MPAS/CGPC/Nº 05, de 30 de janeiro de 2002, infração prevista no art. 110 do Decreto nº 4.942/2003.

Logo abaixo, estão elencados os dirigentes autuados e os respectivos períodos de permanência no cargo:

- 1) Alex Alexandre Molinaro – membro do Conselho Deliberativo, de 18/01/2005 a 17/01/2009;
- 2) Claudia Maria Gullo Parente - membro do Conselho Deliberativo, de 26/04/2001 a 06/02/2011;
- 3) Daltro Lemos, membro do Conselho Deliberativo, de 26/04/2001 a 12/12/2002;
- 4) Dario Almeida, membro do Conselho Deliberativo, de 02/01/2003 a 02/01/2007;
- 5) Eduardo de Azeredo Costa, membro do Conselho Deliberativo, de 02/01/2003 a 18/01/2009;
- 6) Gilberto da Silva Braga, membro do Conselho Deliberativo, de 18/01/2005 a 17/01/2009;
- 7) Hamilton dos Santos Coelho, membro do Conselho Deliberativo, de 26/04/2001 a 06/02/2011;
- 8) Jorge Tadeu Arruda, membro do Conselho Deliberativo, de 02/01/2003 a 01/01/2005;
- 9) Justa Helena Braga Franco, membro do Conselho Deliberativo, de 02/01/2003 a 01/01/2005;
- 10) Leila de Melo Yañez Nogueira, membro do Conselho Deliberativo, de 10/03/2005 a 17/01/2009;
- 11) Marcia Maria Garcia Gomes, membro do Conselho Deliberativo, de 10/03/2005 a 06/02/2011;
- 12) Marcia Teixeira, membro do Conselho Deliberativo, de 26/04/2001 a 01/01/2005;

- 13) Miguel Murat Vasconcellos, membro do Conselho Deliberativo, de 26/04/2001 a 02/01/2007;
- 14) Newton Potsch Magalhães, membro do Conselho Deliberativo, de 26/04/2001 a 17/01/2009;
- 15) Oswaldo José da Cruz, membro do Conselho Deliberativo, de 26/04/2001 a 06/02/2011;
- 16) Ruth Maria Costa Araújo, membro do Conselho Deliberativo, de 26/04/2001 a 12/12/2002;
- 17) Carlos Magno Ramos, Diretor Superintendente, de 08/10/2002 a 27/04/2011;
- 18) Jacques Mendes Meyohas, Diretor de Previdência, de 08/10/2002 a 27/04/2011;
- 19) João Gonçalves Barbosa Neto, Diretor de Assistência, de 08/10/2002 a 27/04/2011 e
- 20) Marcos Licínio da Costa Simões, Diretor Financeiro, de 09/01/2003 a 20/12/2004.

Às fls. 17/20, encontra-se o *equacionamento de déficit financeiro no plano assistencial*, o qual trata da origem dos recursos e do adiantamento da quantia pelo programa previdencial, demonstrando que o empréstimo não prejudicará a rentabilidade.

Às fls. 22/49, foram juntados os documentos encaminhados pela FIOPREV, como Atas das reuniões do Conselho Deliberativo, de 08/08/2005 a 07/11/2005 e planilha com informações sobre cotas extras de 2002 a 2004 e plano de custeio do assistencial nos exercícios de 2003, 2004 e 2005.

O autuado **Marcos Licínio da Costa Simões** apresentou defesa individual às fls. 51/55, alegando que suas opiniões conflitaram com as do Conselho Deliberativo, sendo que seu esforço foi no sentido de evitar a lavratura do auto de infração.

Além disso, disse que encontrou a entidade operando abaixo da meta de rentabilidade, “atrelada ao patrocínio de uma fundação estatal da área de saúde pública e com uma estrutura de poder decisório bastante assimétrica: de um lado os dirigentes provenientes da patrocinadora, todos os membros do Conselho Deliberativo e o Diretor-Superintendente – de outro, os diretores contratados no mercado (...)”, que é o caso do autuado.

Segundo a defesa, tratava-se de uma gestão compartilhada de investimentos, o que facilitava a solidariedade entre os planos. Sendo assim, “todos os rendimentos auferidos no investimento dos ativos eram transferidos automaticamente para os programas-fim (previdenciário e assistencial) na proporção atual de seus patrimônios”.

Acrescentou o autuado, que no exercício de 2002, apesar do histórico de déficits, “não houve incremento nos recursos oriundos dos participantes e assistidos, principal fonte de custeio do Fio-Saúde, por decisão unilateral do então Conselho de Curadores”.

Sobre o mérito propriamente, alegou que o Fio-Saúde é o plano de saúde dos funcionários da FIOCRUZ, atendendo mais de 5 mil servidores, além de 9 mil de seus familiares. Suas opções de receitas são limitadas ao patrocínio da FIOCRUZ e às mensalidades dos usuários. Para solucionar a crise, não bastaria suspender o plano de saúde, pois as despesas já haviam sido realizadas, cabendo somente conseguir recursos adicionais que só poderiam vir da patrocinadora ou dos participantes. “Como esses não tinham tido aumento em suas mensalidades, decidiu-se cobrar deles a diferença – R\$ 3,3 milhões – para fechar as contas do exercício de 2002, ao longo do exercício de 2003”.

No ofício encaminhado para a SPC, garantiu-se que o programa previdenciário não sofreria prejuízo, “uma vez que os rendimentos teóricos do montante financiado seriam creditados” ao plano previdencial, “com base na rentabilidade média dos ativos – e debitados ao programa assistencial”.

Além disso, não houve transferência de recursos, tendo em vista que os recursos não deixaram de estar contabilizados no plano previdenciário, e que somente cumpriu determinação do Conselho Deliberativo. Também fez referência à Análise Técnica nº 116/ SPC/ESRJ, a qual propõe a responsabilização dos autuados a partir do Ofício nº 2428/DECON/SPC.

Por fim, solicita a improcedência do auto de infração.

Às fls. 87/101 encontra-se a defesa apresentada pelos demais autuados. Alegam que os dispositivos mencionados no auto de infração dificultam o exercício da defesa, uma vez que o art. 110 do Decreto nº 4.942/03 é demasiadamente genérico. Ademais, que essa norma fere o princípio da legalidade, diante da falta de especificidade.

No mérito, afirmou que os principais prejudicados com a inércia dos dirigentes seriam os próprios usuários do plano assistencial, que na maioria se trata de pessoas idosas, com idade avançada.

Alegam que não se deveria aplicar sanção referente ao período até a resposta da SPC, além da ausência de prejuízo no empréstimo realizados, tendo em vista que “os usuários do plano assistencial, pessoas físicas, saldaram a transferência efetuada ao longo dos anos, sem que o plano previdencial, neste meio tempo, tenha suportado qualquer prejuízo ou colocado em risco o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas”.

A decisão tomada pelos dirigentes foi de cunho humanitário, visando atender, inclusive, os 149 usuários do plano assistencial que estavam internados naquele momento por enfermidades tais como edema pulmonar, tumor no ovário, hepatite aguda, conforme documentos anexos.

Enfim, solicitaram a nulidade do auto de infração, e no mérito, a exclusão da infração no período de 2002 a 2004, o afastamento da sanção, a aplicação da advertência ou a redução da pena pecuniária.

Às fls. 179, os autuados informaram que a patrocinadora FIOCRUZ “aportou a importância de R\$ 6.131.486,20 em favor do Plano Previdencial para quitação do empréstimo tomado pelo Fio-Saúde, valor já contabilizado, conforme documento anexo”.

Por sua vez, a Análise Técnica nº 103/2009/SPC/GAB/AG não acolheu a preliminar de ilegalidade do art. 110 do Decreto nº 4.942/03, vez que a norma legal que dá suporte a esse tipo é o art. 65 da Lei Complementar nº 109/01. Também se fundamentou na presença dos dispositivos violados no auto de infração, como o art. 76 da LC nº 109/01, o art. 3º do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121/03 e a Resolução CGPC nº 05/2002, item 3 do anexo A.

No mérito, decidiu-se que a operação financeira realizada é vedada pela legislação previdenciária, pois o art. 76 da LC nº 109/01 exige um custeio específico para os planos de assistência, devendo o patrimônio ser mantido em separado do plano previdenciário.

Além disso, embora as disposições da Resolução CMN nº 3.121/03 tenham sido publicadas posteriormente à consulta, “os termos do art. 3º do regulamento anexo, (...), replicam o quanto disposto no art. 3º do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.829/01, já vigente à época”.

Em relação ao período compreendido entre 2002 e 2004, afirmou-se que antes da consulta ser formulada a SPC já havia iniciado o procedimento de fiscalização a respeito das presentes infrações.

Por fim, opinaram pela procedência do auto de infração, com aplicação de multa pecuniária no valor de R\$ 15.397,00, reduzida em 40% em razão do disposto no art. 23, § 1º, do Decreto nº 4.942/03.

Às fls. 196, o então Secretário de Previdência Complementar concordou com os termos e fundamentos da Análise Técnica acima.

Às fls. 222/247, **Alex Alexandre Molinaro e outros** interpuuseram recurso, alegando, primeiramente, que em relação a Jacques Mendes Meyohas, o autuado havia constado expressamente sua opinião quanto à ilegalidade do empréstimo e que até mesmo os suplentes com direito a voz foram responsabilizados pela infração.

Também alegaram a incidência do art. 22, § 2º do Decreto nº 4.942/03, devido à ausência de prejuízo do empréstimo realizado entre os programas. Segundo o recurso, já naquela época, o prejuízo era considerado inexistente pelo Diretor de Contabilidade da SPC, conforme Informação Técnica nº 37/DECON/SPC, de 20 de junho de 2003.

Em relação à penalidade aplicada, alegaram ser desproporcional a sanção cominada diante da ausência de prejuízo e da regularização da irregularidade. Da mesma forma que na defesa, trataram da violação ao princípio da legalidade na aplicação do art. 110 do Decreto nº 4.942/03.

Outrossim, a legislação proíbe a transferência de recursos, não o empréstimo. No demais, repetiram-se os argumentos apresentados na defesa.

Por fim, informaram que a FIOPREV está providenciando junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS o registro como operadora de planos de saúde da Caixa de Assistência Oswaldo Cruz.

Às fls. 248, encontra-se cópia do quadro de frequência das reuniões que constam do auto de infração, informando os conselheiros suplentes e titulares.

Às fls. 273/278, o autuado **Marcos Licínio da Costa Simões** apresentou suas razões recursais, repetindo os argumentos da defesa. Além disso, alegou que a decisão do Secretário de Previdência Complementar não levou em consideração seu caso particular, uma vez que foi demitido de seu cargo antes da resposta da consulta formulada pela entidade.

Às fls. 285 foi juntada certidão de óbito do Sr. **Miguel Murat Vasconcellos**, requerendo-se a extinção de sua punibilidade.

Às fls. 288/290, a PREVIC concluiu ser incabível a reconsideração do recurso, vez que era uma faculdade do Secretário de Previdência Complementar, cargo que não existe mais.

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. 305/309, foi juntado requerimento ao Sr. Presidente da CRPC, solicitando 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. 311/312, 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.

Às fls. 315, foram juntados documentos de autorização de funcionamento na ANS, contidos no memorial protocolado em 20/08/2010.

Em 27/01/2011, foi recebida pela Secretaria da CRPC petição dos recorrentes, alegando existência de fato novo, qual seja, a autorização da ANS para a alienação total de carteira da operadora INSTITUTO OSWALDO CRUZ DE SEGURIDADE SOCIAL para a operadora CAIXA DE ASSISTÊNCIA OSWALDO CRUZ – FIOSAÚDE.

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, destacou-se que a Caixa de Assistência Oswaldo Cruz foi formalmente constituída e já possui inscrição fiscal, além de se encontrar em situação ativa desde 21/09/2010. Dessa forma, requereu a aplicação do art. 22, § 2º do Decreto nº 4.942/03, anulando-se o auto de infração.

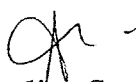
Em seqüência, foi entregue memorial dos recorrentes, o qual se alegou, em síntese, o seguinte:

1. O art. 110 do Decreto nº 4942/03 trata de um tipo em branco, do qual não se pode extrair qualquer conduta irregular;
2. O art. 76 da LC nº 109/01 cuida da permissão legal para a manutenção dos programas assistenciais à saúde, com custeio específico. Dessa forma, essa norma não indica infração. Além disso, o FIOSAÚDE continha custeio próprio e contabilização segregada;
3. O art. 3º do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121/03 proíbe a realização de operações financeiras entre planos de benefícios. A FIOPREV administra planos de benefícios previdenciários e adota a contabilidade na forma da Resolução CGPC nº 5/2002, que trata separa o programa previdencial do assistencial, dentro do mesmo plano de benefícios;
4. Também não há infração ao item III, do anexo A, da Resolução MPAS/CGPC nº 05/01, já que na prática se tratou de um empréstimo;
5. Essas falhas comprometem a ampla defesa e o princípio da legalidade;
6. Somente após o exercício de 2010 poderia ser dito que o plano assistencial é distinto do plano previdencial;
7. A fiscalização deveria ter fixado prazo para regularizar a conduta, em razão do que dispõe o art. 22, §2º, do Decreto nº 4.942/03, situação fortalecida com a instituição do Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no Decreto nº 7.075/10;
8. No caso concreto se trata de empréstimos dentro do mesmo plano e não de transferência;
9. A CRPC já decidiu em caso semelhante, dando preferência ao entendimento da preservação da vida humana em relação às regras

da legislação previdenciária, no processo nº 44000.003170/2007-04.

É o Relatório.

Brasília, 13 de abril de 2011



Ana Carolina Squadri Santanna

Conselheira Suplente

Câmara de Recurso da Previdência Complementar

Processo administrativo nº 44000.003032/2007-17

Recorrente: ALEX ALEXANDRE MOLINARO E OUTROS

Entidade: Instituto Oswaldo Cruz de Seguridade Social - FIOPREV

Relatora: Ana Carolina Squadri Santanna

RECURSO VOLUNTÁRIO

VOTO

Ementa: Art. 22, §2º, do Decreto 4.942/03 – Prejuízo – pedido de reconsideração - Art. 110 do Decreto nº 4.942/03 – Norma em branco – possibilidade – empréstimo de recurso do programa previdencial para o assistencial - Conduta juridicamente reprovável: tipicidade e ilicitude – Conduta que consagra o direito à saúde – Licidade do ato – Essa excepcionalmente, aplica-se o estado de necessidade para afastar a ilicitude da conduta – Ônus da prova do autuado.

DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Na petição de fls. 305/309, com base no art. 27, §1º, do Decreto nº 7.123/10, o Recorrente requer o envio dos autos para a Diretoria-Colegiada 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 os Recorrentes interpuseram os recursos em 02 e 09 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 seguir 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 ART. 22, §2º DO DECRETO Nº 4.942/03

Em sede de recurso administrativo, foi alegada a nulidade do auto de infração com base no artigo 22, §2º, do Decreto nº 4.942/03, em razão da ausência de prejuízo no empréstimo do recurso do plano previdencial para o assistencial.

A norma citada exige a presença de determinados requisitos para a concessão do benefício previsto, quais sejam: 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.

Conforme consta no auto de infração, “a reversão parcial do empréstimo do Previdencial para o Assistencial e a atualização do seu saldo conforme rentabilidade dos investimentos, embora possam constituir em atenuantes, não elidem a irregularidade cometida, caracterizando infração não passível do tratamento previsto no §2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003”.

Ao analisar a aplicação do benefício citado acima, especificamente em relação ao prejuízo, cumpre determinar sua ocorrência no momento da lavratura do auto de infração.

Se após a lavratura do auto de infração a irregularidade é sanada e por esse motivo os atuados defendem a ausência de prejuízo, não há nulidade do processo administrativo, uma vez que a não ocorrência de prejuízo deve ser anterior à regularidade da conduta e não o contrário. De acordo com o art. 22, §2º, do Decreto nº 4.942/03, “*desde que não tenha havido prejuízo à entidade, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante (...), não será lavrado o auto de infração.*”

No caso concreto, o auto de infração foi lavrado em 09 de julho de 2007, sendo que o empréstimo foi quitado em dezembro de 2007, conforme Análise Técnica nº 103/2009 (fls. 193/194). Ressalta-se que causar prejuízo é um requisito para obter o benefício, outro requisito é a correção da irregularidade cometida. Logo, o fato de ter sido regularizada a infração, não significa ausência de prejuízo na época da lavratura do auto.

Dessa forma, na data da lavratura do auto, foi constatada uma infração cometida pelos dirigentes da entidade, a qual causou prejuízo, pelo menos, aos participantes, já que foi emprestado recurso a um programa assistencial, que seria pago com cotas extraordinárias dos assistidos, que também são participantes ou dependentes destes. O plano de benefício também sofreu prejuízo financeiro, pois o seu recurso, a princípio, foi mal utilizado em termos financeiros, não se sabendo ao certo se o empréstimo seria quitado, isto é, correu-se um sério risco, uma vez que o plano assistencial encontrava-se por muito tempo com déficit financeiro.

Pelo exposto, entendo que não se aplica o art. 22, §2º do Decreto nº 4.942/03.

DO MÉRITO

No mérito, alegaram os Recorrentes que o art. 110 do Decreto nº 4.942/03 fere o princípio da legalidade; que os principais prejudicados com a inércia dos dirigentes seriam os participantes; que a decisão foi tomada visando a saúde dos usuários do plano assistencial; que todos os servidores da fundação estavam cientes do empréstimo; que o MPOG reconheceu que “os usuários não dispunham de recursos para por fim ao problema que autorizou o crédito suplementar no valor necessário à liquidação do empréstimo com a rentabilidade respectiva”; que não houve transferência de recursos e sim empréstimo; que não houve prejuízo ao plano previdenciário, conforme entendimento do Diretor de Contabilidade da SPC exarado na Informação Técnica nº 37 DECON/SPC, de 20 de junho de 2003, embora não acatado na decisão de 1ª instância; que a penalidade é demasiadamente excessiva; que as Reservas Financeiras no Plano de Saúde vem sendo regularmente constituídas; e que a FIOPREV está providenciando junto à ANS o registro como operadora de planos de saúde da Caixa de Assistência Oswaldo Cruz.

Ademais, afirmaram que não houve individualização da pena, especificamente em relação ao autuado **Jacques Mendes Meyohas** que declarou expressamente o seu entendimento quanto à ilegalidade do empréstimo de recursos de um programa para outro, bem como aos conselheiros suplentes que participaram das reuniões com direito a voz, mas sem direito a voto.

Anexo ao recurso, foi juntado quadro de frequência nas reuniões, destacando-se os conselheiros suplentes.

O Sr. **Marcos Licínio da Costa Simões** interpôs recurso às fls. 273/278, alegando que a análise técnica não mencionou as provas documentais apresentadas na defesa, que tratam de pontos importantes, tais como: na reunião entre o Diretor-Superintendente da FIOPREV e o Diretor de Contabilidade da SPC, sugeriu-se uma consulta formal a Superintendência, ao invés de apontar a ilegalidade da medida; a deliberação da cota-extra pela FIOPREV foi feita somente após a consulta formal; havia sido garantido na consulta que o programa previdenciário não sofreria qualquer prejuízo; que o recorrente foi demitido da FIOPREV em 13/12/2004, justamente por entrar em conflito com o Conselho Deliberativo e com a Superintendência quanto aos déficits do Fio-Saúde; e que a Análise Técnica nº 116/SPC/ESRJ somente propôs “emissão de auto de infração sobre os atos de irregularidade praticados após o Ofício nº 2428/DECON/SPC, de 13/12/2004.

Outrossim, afirmou que a decisão de 1ª instância não tratou o seu caso separadamente, já que os argumentos apresentados na defesa eram distintos dos demais recorrentes.

Além dos recursos, foi juntada petição sustentando existência de fato novo, qual seja, a autorização da ANS para a alienação total de carteira da operadora INSTITUTO OSWALDO CRUZ DE SEGURIDADE SOCIAL para a operadora CAIXA DE ASSISTÊNCIA OSWALDO CRUZ – FIOSAÚDE.

Ressaltou-se que a Caixa de Assistência Oswaldo Cruz foi formalmente constituída e já possui inscrição fiscal, além de se encontrar em situação ativa desde 21/09/2010.

Também foi entregue memorial dos recorrentes, o qual assegurou, em síntese, 1) que o art. 110 do Decreto nº 4942/03 trata de um tipo em branco, do qual não se pode extrair qualquer conduta irregular; 2) que o art. 76 da LC nº 109/01 cuida da permissão legal para a manutenção dos programas assistenciais à saúde, com custeio específico. Dessa forma, essa norma não indica infração. Além disso, o FIOSAÚDE continha custeio próprio e contabilização segregada; 3) que o art. 3º do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121/03 proíbe a realização de operações financeiras entre planos de benefícios. A FIOPREV administra planos de benefícios previdenciários e adota a contabilidade na forma da Resolução CGPC nº 5/2002, que separa o programa previdencial do assistencial, dentro do mesmo plano de benefícios; que também não há infração ao item III, do anexo A, da Resolução MPAS/CGPC nº 05/01, já que na prática se tratou de um empréstimo; 4) que essas falhas comprometem a ampla defesa e o princípio da legalidade; 5) que somente após o exercício de 2010 poderia ser dito que o plano assistencial é distinto do plano previdencial; 6) que a fiscalização deveria ter fixado prazo para regularizar a conduta, em razão do que dispõe o art. 22, §2º, do Decreto nº 4.942/03, situação fortalecida com a instituição do Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no Decreto nº 7.075/10; 7) que no caso concreto se trata de empréstimos dentro do mesmo plano e não de transferência, portanto não feriu a legislação que proíbe a transferência de recursos; e 8) que a CRPC já decidiu em caso semelhante, dando preferência ao entendimento da preservação da vida humana em relação às regras da legislação previdenciária, no processo nº 44000.003170/2007-04.

Superando as questões preliminares, passo a analisar o mérito. Primeiramente, cabe averiguar a tipicidade e a licitude da infração cometida e ultrapassando essa fase, inicia-se a análise da culpabilidade, que abrange a individualização da pena.

De acordo com o jurista Fábio Medina Osório “não há dúvidas de que conceitos ou termos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e elementos normativos semanticamente vagos ou ambíguos podem ser utilizados na tipificação de condutas proibidas, seja no Direito Penal, seja no Direito Administrativo Sancionador, neste com maior frequência”. (Direito Administrativo Sancionador, Ed. RT, 2009, p. 215)

Segundo o autor, a legislação necessita dessa vagueza para possibilitar o “amoldamento da *fattispecie* normativa às situações novas, sequer possíveis de serem previstas, quando posto o texto pelo legislador” (p. 216).

Além disso, “a teoria das normas penais em branco pode aplicar-se à esfera do Direito Administrativo Sancionador, guardadas as cautelas necessárias” (p. 219), para se evitar abuso a direitos fundamentais. Justifica-se o uso dessas cláusulas abertas com a relevância do poder de polícia, cuja função é preservar o interesse público. Todavia, as decisões proferidas com base em normas em branco devem ser motivadas, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal. Igualmente, a infração prevista deve conter um grau mínimo de certeza quanto ao “conteúdo proibitivo da norma jurídica”.

No caso concreto, o art. 110 do Decreto nº 4.942/03 atendeu as exigências constitucionais em relação ao devido processo legal, uma vez que delimitou a conduta considerada reprovada pela Administração Pública, que seriam todas as que contrariem as normas previstas nas leis complementares nº 108 e 109 de 2001 e dos demais atos normativos regulamentadores das referidas leis.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pelo cabimento da norma penal em branco, contanto que a denúncia descreva o fato típico praticado, vejamos:

“O delito descrito no artigo 1º, I da Lei 8.176/1991 se traduz em verdadeira norma penal em branco, pois limita seu alcance à prática de atos com combustíveis “em desacordo com as normas estabelecidas na forma da Lei”.

Portanto, é de rigor que a denúncia narre o respectivo complemento normativo, sob pena de flagrante inépcia, não bastando a simples menção ao procedimento administrativo instaurado contra os acusados, notadamente quando ausente a alusão a todos os fatos imputados aos agentes, não se subsumindo, assim, ao artigo 41 do Código de Processo Penal.” (STJ, HC 82734 / PE, Relatora Ministra Jane Silva,

Em relação ao presente auto de infração, a conduta dita como irregular foi descrita de forma extensiva, possibilitando a ampla defesa pelos autuados.

Portanto, entendo que a conduta praticada pelos autuados se trata de um ato típico, isto é, o ato se amolda à infração prevista e que a norma sancionadora do art. 110 do Decreto nº 4.942/03 atende os princípios constitucionais.

No que se refere à divergência entre empréstimo e transferência, cumpre averiguar o objetivo da norma, ou seja, o bem jurídico tutelado, para que se possa avaliar se o empréstimo também é proibido pela legislação.

De acordo com a decisão da Superintendência de Previdência Complementar, o empréstimo é uma espécie de transferência, uma vez que se pode realizar transferências sem intenção de doar o recursos, mas somente a título de empréstimo.

Vejamos a seguinte passagem da decisão:

“(...) o FIOPREV solicitou autorização para a realização de operação financeira com o objetivo de transferir recursos de seu Plano Previdencial para o Plano Assistencial, a título de empréstimo, tendo em vista a existência de déficit decorrente do aumento dos custos para a manutenção do Fio-Saúde” (fls. 189).

A interpretação que se deve dar à legislação sob análise (art. 76 da LC nº 109/01, Resolução CMN nº 3.121/03 e a Resolução CGPC nº 05/02) é que se proíbe qualquer tipo de movimentação financeira entre o plano assistencial e o previdenciário, tendo sido utilizada a expressão *transferência* para abranger o máximo possível as hipóteses existentes, como o empréstimo, a doação, etc. Isso porque a partir da LC nº 109/01 o objeto das entidades fechadas passou a ser somente a administração e a execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, sendo que a exceção prevista no art. 76 para as entidades que na data da publicação prestarem serviços assistenciais, somente ocorre se e somente se estiverem separados por completo o patrimônio do plano previdenciário do assistencial. Nos termos da lei, “desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário”.

Portanto, foi realizada uma conduta típica, cuja infração está prevista no art. 110 do Decreto nº 4.942/03, em razão da inobservância da norma do art. 76 da LC nº 109/01.

Todavia, para uma conduta ser considerada juridicamente reprovada, não basta que ela seja típica, mas também é preciso que ela seja ilícita. “A reprovabilidade efetiva da conduta depende de outros fatores, os quais serão aferidos nesse complexo e até certo ponto sofisticado universo. O ilícito se insere no campo constitucional, onde coexistem direitos fundamentais aparentemente antagônicos” (obra citada, p. 258).

Presumidamente, quando se comete um ato típico, estar-se-á realizando também um ato ilícito, pois a norma visa proteger um bem cujo valor deve ser juridicamente resguardado. Seria um indício de ilicitude, que se descarta por meio de prova apresentada pelo do acusado.

Conforme comprovado nos autos, os recorrentes transferiram recurso do plano previdenciário para o assistencial, visando atender, principalmente, àqueles que se encontravam com saúde debilitada e necessitados de atendimento médico-hospitalar. Segundo o recurso administrativo, a decisão de afrontar a lei foi de cunho humanitário.

Às fls. 132/152 encontram-se diversos relatórios com resumos de internação do ano de 2005, referentes aos mais variados motivos, como indicação de edema pulmonar, tumor de ovário, infecção urinária, anemia aguda, doença degenerativa, aborto, hepatite aguda, ou seja, situações de efetivo perigo à vida, que o gestor não pode ficar inerte e insensível, sobretudo em respeito à dignidade da pessoa humana. Mesmo que a Constituição da República não tivesse previsão expressa do direito à vida, que engloba o direito à saúde, é de se esperar do ser humano uma atitude no sentido de preservação de sua espécie. Dessa forma, exigir dos autuados conduta diversa daquela de emprestar recurso do plano previdenciário para o assistencial, *especificamente nesse caso concreto*, evitando com isso, a paralisação do serviço de saúde, ultrapassa o limite do razoável.

De acordo com o jurista Fábio Medina Osório, aplica-se excepcionalmente no Direito Administrativo Sancionador o instituto do estado de necessidade, “mormente em ilícitos cometidos por gestores públicos, os quais, premidos por cenários hostis e amplamente desfavoráveis, marcados pela urgência e pela importância das necessidades, atuam no arrepio de uma legalidade estrita, em busca da satisfação do interesse público e das necessidades sociais” (obra citada, p. 263).

Cumprе ressaltar que os beneficiados com a transferência de recurso foram os

próprios participantes ou seus assistidos. Além disso, a FIOPREV já criou uma entidade para administrar somente o plano de saúde, demonstrando que se tratava de uma medida de caráter provisório.

Trata-se da constitucionalização do direito administrativo, que é a interpretação da legislação sob a ótica da Constituição Federal. Como exemplo dessa interpretação, cito um precedente do Superior Tribunal de Justiça referente ao saque do FGTS sem permissão do art. 20 da Lei nº 8.306/90:

“FGTS – LEVANTAMENTO DO SALDO – ACIDENTE DE TRABALHO – INCAPACIDADE DE TRABALHAR – IDADE AVANÇADA – TRATAMENTO DE SAÚDE – POSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

1. É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma.

2. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.**

3. Precedentes da Corte.

4. **Recurso especial improvido.”** (STJ, REsp 670723 / SC, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ 06/03/2006 p. 322)

Pelo exposto, conheço dos recursos, para julgá-los procedentes e decidir pela improcedência do auto de infração.

Brasília, 13 de abril de 2011


Ana Carolina Squadri Santanna
Conselheira Suplente

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 12ª Reunião Ordinária - 13 de abril de 2011

Relatora: Ana Carolina Squadri Santana.

Processo: 44000.003032/2007-17

Recorrentes: Alex Alexandre Molinaro, Cláudia Maria Gullo Parente, Daltro Lemos, Dario Almeida, Eduardo de Azeredo Costa, Gilberto da Silva Braga, Hamilton dos Santos Coelho, Jorge Tadeu Arruda, Justa Helena Braga Franco, Leila de Melo Yañez Nogueira, Marcia Maria Garcia Gomes, Marcia Teixeira, Miguel Murat Vasconcellos, Newton Potsch Magalhães, Oswaldo José da Cruz, Ruth Maria Costa Araújo, Carlos Magno Ramos, Jacques Mendes Meyohas, João Gonçalves Barbosa Neto e Marcos Licínio da Costa Simões

Entidade: FIOPREV – Instituto Oswaldo Cruz de Seguridade Social

Auto de Infração nº: 78/07-74

Decisão Notificação nº: 76/09-19

Irregularidade : Violar quaisquer outros dispositivos da lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 200, e dos atos normativos regulamentadores das referidas Leis Complementares.

Penalidade: Multa pecuniária no valor de 15.397,00 (quinze mil, trezentos e noventa e sete reais), reduzida em 40%.

Voto da Relatora: "... nego o pedido de retorno dos autos à PREVIC"..."entendo que não se aplica o art. 22, §2º do Decreto nº 4.942/03....." conheço dos recursos, para julgá-los procedentes e decidir pela improcedência do auto de infração."

Representantes	Votos
ANTÔNIO BRÁULIO DE CARVALHO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto da Relatora.
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto da Relatora.
LYGIA MARIA AVENA (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	1) Devolução dos autos à Previc. 2) No mérito acompanha o voto da Relatora.
HILTON DE ENZO MITSUNAGA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto da Relatora.
MARIA BATISTA DA SILVA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto da Relatora.
PAULO CESAR DOS SANTOS (Presidente)	Acompanha o voto da Relatora.

Sustentação Oral: Dra. Andréa Correia e Dr. Pedro Ribeiro Barbosa

Resultado: Por unanimidade de votos a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC conheceu dos recursos. Por maioria de votos, a CRPC afastou a preliminar quanto à devolução dos autos à Superintendência Nacional de Previdência Complementar, vencido o voto da Membro Lygia Maria Avena, que votou pela devolução dos autos. Por unanimidade de votos, a CRPC no mérito, julgou procedentes os recursos e decidiu pela improcedência do auto de infração.

Brasília, 13 de abril de 2011.



PAULO CESAR DOS SANTOS
Presidente