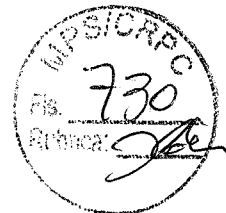


PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

PROCESSO nº 44000.001136/2007-97

Auto de Infração nº 06/07-63

Decisão-Notificação nº 46/08-69

EFPC Interessada: METRUS Instituto de Seguridade Social

Relatoria: Conselheiro Thiago Barros de Siqueira

RECURSO VOLUNTÁRIO

Recorrentes:

- Fabio Mazzeo
- Valter Renato Gregori

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

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelos Recorrentes em face da Decisão-Notificação nº 46/08-69 que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 06/07-63, de 05/03/2007, aplicando-lhes “a pena de multa pecuniária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos da *Análise Técnica nº 115/2008/SPC/GAB/AG, de 13 de agosto de 2008*”. (fls. 147/148).

Em 05 de Março de 2007 foi lavrado o Auto de Infração nº 06/07-63 em decorrência de “*aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional - CMN*” (fls. 01/05), em desacordo com a legislação então vigente (§ 1º do art. 9º da LC 109/01, art. 7º da Resolução CMN nº 2829, de 30/03/2001 e art. 1º – art. 61. VI do regulamento anexo à referida Resolução).

Em apertada síntese, tem-se que a METRUS buscou viabilizar a sua participação em empreendimento imobiliário denominado “*Club Méd Trancoso*” ao, mediante negociação privada, investir recursos na empresa **Epilife Empreendimentos e Participações Ltda.** Nessa esteira resume o Auto de Infração que “*restou evidenciada a infração praticada pelo METRUS Instituto de Seguridade Social ao investir os seus recursos na Epilife Empreendimentos e Participações Ltda., antes da sua transformação societária para sociedade por ações, ocorrido em 31.02.02, bem como antes da abertura de capital e aumento das ações, ocorrido em 01.07.02, caracterizando uma negociação privada, em desacordo com as condições determinadas à época pelo Conselho Monetário Nacional.*” (fls. 05)

Devidamente intimados, os Autuados apresentaram Defesa conjunta tempestiva (fls. 44/136) alegando em síntese:

- Que o Auto de Infração seria inepto em função de ter deixado de propiciar o conhecimento exato do ato infracional praticado, impedindo o exercício do contraditório e da ampla defesa;
- Que os fatos praticados estariam atingidos pela prescrição da pretensão punitiva estatal;



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

- *Que a Entidade teria se cercado das devidas garantias para que as condições estabelecidas para o negócio fossem efetivadas;*
- *Que o aporte de recursos realizado em 25/10/2001 representou aporte de recursos em investimento imobiliário enquadrado, à época, no percentual de 4,77% frente ao percentual legal permitido de até 16% estipulado pelo art. 31 da Resolução CMN nº 2.829/01; e*
- *Que a operação não trouxe prejuízo, sendo rentável à Entidade.*

Após o devido procedimento legal foi proferida a Decisão-Notificação nº 46/08-69, que julgou procedente o Auto de Infração em relação aos Autuados, aplicando-lhes a pena de multa pecuniária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos da Análise Técnica nº 115/2008/SPC/GAB/AG, de 13 de agosto de 2008 (fls. 147/148).

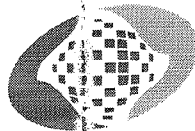
De conseguinte, os autuados interpuseram Recurso Voluntário tempestivo (fls. 158/642) reiterando essencialmente os argumentos já lançados em suas Defesas, acrescentando a suposta existência de violação ao que determina o art. 22, § 2º do Decreto nº 4.942/2003.

Os autos foram recebidos no Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC para a devida análise dos Recursos Voluntários em 15/09/2008, tendo o relator proferido o seu voto na sessão de 31/08/2009, conhecendo dos recursos e, no mérito, dando-lhes provimento em função da aplicação do § 2º, do art. 22, do Decreto nº 4.942/2003, decorrente de sua retroação aos fatos, por se tratar de norma mais benéfica. Após a prolação deste voto o julgamento foi sobrestado em decorrência de pedidos de vista.

Diante da pendência de julgamento e tendo em vista o que determina o artigo 55 do Decreto nº 7123, de 03 de Março de 2010, em 06/05/2010, 1ª Sessão Ordinária desta Corte Administrativa, os autos me foram distribuídos para relatoria e julgamento.

Em tempo, acuso o recebimento de memoriais.

É o relatório.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

EMENTA: INVESTIMENTO EM RENDA VARIÁVEL EM DESACORDO COM AS DIRETRIZES DO CMN. INAPLICABILIDADE DO ART. 22, §2º, DO DECRETO 4942/2003. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO CARACTERIZADA. RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO PROVIDO.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.I. DO NÃO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES PRELIMINARES

Preliminarmente, afasto a alegação de inépcia do Auto de Infração nº 06/07-63, de 05/03/2007, uma vez que, diferentemente do alegado, o mesmo propicia o devido conhecimento do ato infracional praticado. Ademais, o bom nível técnico da Defesa apresentada e especialmente do Recurso interposto indica que foi devidamente respeitado o corolário constitucional da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, Constituição Federal de 1.988).

Verifico que em sede de Recurso os autuados defendem a incidência da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação aos fatos narrados na autuação, alegação esta que entendo não deve ser acolhida, especialmente após a análise da cronologia dos fatos desses autos que demonstram inequivocamente o respeito a todos os prazos prescricionais previstos na legislação.

Uma vez iniciada a contagem do prazo prescricional em 25/10/2001, com o aporte irregular de R\$1.586.425,00, tem-se que o mesmo foi interrompido:

(i) em 29/06/2004, com a expedição do Ofício nº 1.236/SPC/DEFIS/CGFD, que comunicou o início da ação de fiscalização (fls. 34); e

(ii) em 11/03/2005, com o Aditamento ao referido Ofício nº 1.236/SPC/DEFIS/CGFD, que solicitou informações e esclarecimentos sobre a operação supostamente irregular (fls. 41).

Nesse sentido conduziu o seu voto o Conselheiro Luiz Gonzaga Marinho Brandão quando da relatoria do caso no antigo Conselho de Gestão da Previdência Complementar:

“Aduziram os Recorrentes que nenhuma penalidade poderia ser imposta diante da prescrição da pretensão punitiva que teria se configurado. Tal matéria não foi abordada em sede recursal, como não poderia deixar de ser, diante de seu descabimento.

Como bem asseverado pela Análise Técnica nº 115/2008, o transcurso do lapso temporal de 5 anos para configuração da prescrição quinquenal (...) foi interrompido pelo envio do Ofício nº 1.236/SPC/DEFIS/CGFD, datado de 29 de junho de 2004 (fls. 34/40), que comunicou o início do procedimento fiscalizatório, e pelo Aditamento de 11 de março de 2005, que solicitou o envio de informações específicas” (fls.665)

Assim, diante dos fatos verificados, a prescrição quinquenal ocorreria somente em 11 de março de 2010 (cinco anos a partir da expedição do Aditamento ao Ofício nº 1.236/SPC/DEFIS/CGFD). Contudo, observo que o Auto de Infração foi lavrado em 05 de março de 2007, antes, portanto, da ocorrência da prescrição quinquenal.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Igualmente não teve incidência a prescrição intercorrente uma vez que os autos não ficaram por tempo igual ou superior a três anos aguardando despacho ou julgamento (§ 1º do artigo 1º da Lei nº 9.873/99), razão pela qual deve ser integralmente afastada a alegação preliminar de incidência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Ademais, alegam os recorrentes que o Auto de Infração seria nulo por não ter a Secretaria de Previdência Complementar – SPC observado o mandamento veiculado no § 2º do artigo 22 do Decreto nº 4.942/2003, qual seja: *“Desde que não tenha havido prejuízo à entidade, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante e não se verifique circunstância agravante prevista no inciso II do art. 23, se o infrator corrigir a irregularidade cometida no prazo fixado pela Secretaria de Previdência Complementar, não será lavrado o auto de infração”*.

Nesse sentido, defendem os recorrentes que o Auto de Infração seria nulo por ter sido lavrado sem a prévia concessão de prazo pela SPC para a correção da irregularidade, o que impediria a autuação, uma vez que supostamente presentes os requisitos veiculados no dispositivo retro.

Data máxima vênua aos entendimentos nesse sentido, inclusive ao do então relator Conselheiro Relator Luiz Gonzaga Marinho Brandão, pessoa pela qual tenho muito respeito e particular admiração, que adotou essa posição quando do julgamento deste caso em seu voto proferido no CGPC, entendendo que a posição então externada não deve prevalecer.

Quando da prolação do voto divergente nos autos do Processo nº 44000.003319/2007-47, na sessão de 27/07/2010, assim me manifestei:

“(…) após a salutar discussão realizada na sessão de 24/06/2010, em torno do processo n. 44000.001566/2005-47, de relatoria do Conselheiro Daniel Pulino, tenho a convicção de que a determinação do § 2º do artigo 22 do Decreto nº 4.942/2003 não se aplica às infrações que impliquem em violação às diretrizes de investimentos estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, senão vejamos.

Ensina Paul Durand, professor encarregado da Faculdade de Direito de Paris, que *“la inclinación por el riesgo y el deseo de seguridad representan dos tendencias fundamentales del espíritu humano”* (a inclinação pelo risco e pelo desejo de segurança representam tendências fundamentais do espírito humano).¹

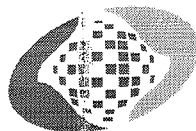
Atualmente, a noção de risco é indissociável da vida humana, estando presente desde em pequenos atos do cotidiano, até no momento em que uma Entidade de Previdência Complementar Fechada - EFPC aplica os seus recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios visando, no futuro, viabilizar a concessão de um benefício previdenciário satisfatório a cada um dos seus participantes.

Nessa última hipótese, leciona Maria Tereza Camargo Biderman que o risco representa a:

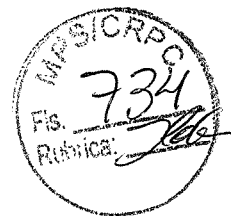
“Possibilidade de perda ou ganho de dinheiro em um investimento em virtude de fatos imprevisíveis que podem ocorrer, alterando assim o valor de bens, créditos e patrimônio. Essa possibilidade é compensada com os juros cujo objetivo é o de oferecer lucros. A rentabilidade de um investimento varia de acordo com o risco, ou seja, quanto maior o risco, maior a rentabilidade. Por outro lado, a possibilidade de prejuízo está sempre presente, podendo resultar em alterações nos valores investidos.”

(Dicionário de Termos Financeiros e Bancários. São Paulo: Disal, 2006. p. 343.)

1 DURAND, Paul. *La política contemporánea de seguridad social*. Traducción de José Vida Soria. Madrid: Ministerio de Trabajo e Seguridad Social, 1991. p. 51.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

No que tange aos riscos decorrentes de um investimento, tendo em vista que quanto maior a rentabilidade maior é o risco, convém ponderar se devem existir limites para a atuação do gestor da operação, especialmente nos fundos de pensão, onde os valores arrecadados se destinarão a futura concessão de benefícios previdenciários. Quais os limites de risco aceitáveis nessa hipótese?

No Direito Espanhol, Almansa Pastor² apresenta a clássica definição de risco como sendo a possibilidade de um acontecimento futuro, incerto, involuntário e danoso economicamente. Importa esclarecer que o risco (possibilidade) não se confunde com a ocorrência do próprio fato danoso (prejuízo), o que é normalmente designado como *evento* ou *sinistro*, que pode ou não ser presumido como se verá a seguir.

Diante da constante presença desse instituto que acompanha as pessoas por toda a vida, o ser humano buscou desenvolver técnicas para impedir, ou ao menos afastar, a incidência do risco do seu cotidiano.

A primeira relevante técnica de prevenção de riscos de que se tem notícia foi o seguro, atrelado ao início das grandes navegações marítimas, no século XIV, em busca de novas rotas comerciais. À época, o instituto nasceu como o contrato comercial destinado a indenizar os contraentes da possível ocorrência de prejuízos sofridos no decorrer das audaciosas incursões.

Todavia, somente no século XVII com o domínio da Lei dos Grandes Números e outros avanços teóricos no âmbito da Matemática é que foi possível visualizar o seguro como técnica científica de prevenção de riscos, já que antes disso, sem os devidos cálculos probabilísticos, o seguro se mostrava como mero instrumento aleatório sujeito ao acaso das circunstâncias.

Assim, no âmbito das navegações o contrato de seguro foi concebido, à partir do século XVII, como a primeira relevante técnica científica de prevenção de riscos, atuando por meio da garantia indenizatória atrelada a cálculos matemáticos probabilísticos, com o escopo de minorar os riscos de prejuízo monetário decorrentes de possíveis fracassos nas grandiosas expedições marítimas.

Hodiernamente, no que tange às aplicações dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios, tem-se que a observância das diretrizes do Conselho Monetário Nacional - CMN é uma importantíssima técnica existente de prevenção dos riscos inerentes a essa atividade.

Tais diretrizes, elaboradas por um dos mais respeitados órgãos governamentais desse país, a quem compete igualmente *estabelecer as diretrizes gerais das políticas monetária, cambial e creditícia; regular as condições de constituição, funcionamento e fiscalização das instituições financeiras e disciplinar os instrumentos de política monetária e cambial*, dentre outras atividades (Lei nº 4.595/1964), veiculam regras para a atuação mais segura das Entidades na aplicação dos seus recursos. Ultrapassar os limites impostos pelas referidas diretrizes implica em deliberadamente ofender o bem jurídico tutelado por tais normas ao expô-lo a níveis de risco desnecessários e intoleráveis.

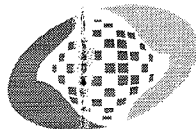
Desta feita, as diretrizes do Conselho Monetário Nacional veiculam os limites dentre os quais devem se conduzir as aplicações e investimentos das EFPC: as condutas dentro dos limites impostos expõem os recursos das Entidades ao único nível de risco aceito pela legislação.

No que tange ao bem jurídico tutelado pelas normas que regulamentam o exercício das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC, o Supremo Tribunal Federal - STF, tratando especificamente do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º, da Lei nº 7.492/86), a que se equiparam os fundos de pensão³, analisando suposta conduta delituosa decorrente de aplicações e investimentos concretizados por uma EFPC em desacordo com as diretrizes do CMN entendeu que tais operações comprometem “a lisura, a honradez e a licitude na gestão das instituições financeiras, requisitos indispensáveis à credibilidade destas e do sistema que conformam” (HC nº 95.515/RJ, de 30/09/2008).

Desta feita, entende o STF que a observância pelos fundos de pensão das diretrizes do Conselho Monetário Nacional representa um requisito essencial à saúde e à higidez do Sistema Financeiro Nacional.

2 PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1991. p. 220

3 “Os fundos de pensão, como é o exemplo da PREVI, podem ser considerados instituições financeiras por equiparação, por exercerem atividades de captação e administração de recursos de terceiros, conforme previsão contida no art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 7.492/86. Deve-se focar na espécie de atividade realizada pelo fundo de pensão, daí a equiparação que é apresentada na própria lei”. (HC nº 95.515/RJ, de 30/09/2008)



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - STJ destacam-se as palavras da Procuradora Regional da República Carla Veríssimo de Carli ao se manifestar em caso idêntico envolvendo fundo de pensão, reproduzidas pelo Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca em seu voto proferido nos autos do Recurso Especial nº 637.742/PR, de 28/09/2005, nos seguintes termos:

“O bem protegido no art. 4º da Lei nº 7.492/86 é o correto funcionamento do sistema financeiro, sendo o sujeito passivo principal o próprio Estado, atingido ou ameaçado na boa execução da política financeira, podendo haver, igualmente, sujeitos passivos secundários, que são os investidores e o próprio mercado de capitais. (...)”

José Carlos Tórtima, 'in' 'Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional', Ed. Lúmen Jurídica, 2000, pág. 51, define, com clareza, o objeto jurídico do tipo penal: 'o bem jurídico a ser tutelado pela norma é a estabilidade e a higidez do Sistema Financeiro Nacional, indispensável à eficiente execução da política econômica do governo. Secundariamente, protegem-se, através de severa ameaça penal, os investidores e o próprio mercado financeiro das funestas consequências de possíveis quebras de instituições, causadas pela cupidiz ou irresponsabilidade de seus gestores'.

Por essa razão, sendo objeto secundário de proteção da norma o patrimônio dos investidores e o próprio mercado financeiro, é que, por vezes, pode – e até isso não é raro – haver prejuízo material concreto a pessoas, determinadas ou não. (...)”

Deixando de lado a voluntariedade e a contumácia da conduta ilegal que implica na caracterização do ilícito penal, interessa-nos para o presente caso as apontadas consequências (i) da realização de aplicações e investimentos em desacordo com as diretrizes do CMN e (ii) dos prejuízos decorrentes de tais operações, as quais nos revelam o bem jurídico que as normas que regulamentam o exercício das EFPC buscam tutelar.

Extrai-se dos excertos colacionados que a legislação e normas em matéria de aplicação e investimentos dos recursos das EFPC tutelam, direta ou indiretamente:

- 1) A atuação do Estado Brasileiro na persecução de sua política econômica;**
- 2) A higidez do Sistema Financeiro Nacional; e**
- 3) O patrimônio dos atores envolvidos, especialmente o dos participantes das Entidades.**

Quanto ao terceiro bem jurídico tutelado (patrimônio do participante), entendo que o mesmo é revestido e qualificado pelo “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, fundamento constitucional da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF/88), tendo em vista que os recursos manuseados se destinam, em última análise, fundamentalmente, ao gozo pelos participantes de uma idade avançada (velhice) digna.

Essa constatação dos bens jurídicos envolvidos na atuação das EFPC destaca a importância dos gestores das Entidades exercerem suas atividades com o maior zelo e cuidado possível, se cercando de todos os mecanismos e técnicas existentes (principalmente as diretrizes impostas pelo Conselho Monetário Nacional) para afastar e diminuir a possibilidade de ocorrência de qualquer evento que possa implicar em ofensa ao relevante contexto em que se inserem as EFPC na sociedade brasileira.

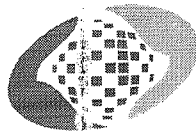
Na mesma oportunidade, dado a relevância da matéria envolvida, os Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça entenderam que o crime de gestão fraudulenta, cuja conduta implica necessariamente no descumprimento das diretrizes do Conselho Monetário Nacional, é uma **infração de perigo abstrato**.

Ensina Cleber Masson que os crimes (ou infrações) de perigo:

“... são aqueles que se consomem com a mera exposição do bem jurídico penalmente tutelado a uma situação de perigo, ou seja, basta a probabilidade de dano. (...)”

... consomem-se com a prática da conduta, automaticamente. Não se exige a comprovação da produção da situação de perigo. Ao contrário, há presunção absoluta ('iuris et de iure') de que determinadas condutas acarretam perigo a bens jurídicos.”

(Direito Penal Esquematizado – Parte Geral, vol.1. 3ª ed. São Paulo: Método, 2010. p. 180)



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Logo, as infrações de perigo abstrato (formal) são aquelas que se materializam, sem possibilidade de correção, mediante a simples prática do ato, do qual a ofensa ao bem jurídico tutelado é presumida pela norma.

Ora, diante da identidade dos bens jurídicos tutelados na esfera judicial (penal) e no âmbito administrativo, pela teoria quantitativa, o mesmo raciocínio deve ser aplicado nos processos administrativos sancionadores da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC (antiga Secretaria de Previdência Complementar - SPC), já que “tanto num caso como noutro os interesses tutelados são os mesmos, residindo a diferença unicamente na gravidade da conduta reputada como ilícita”⁴.

Diante do exposto, nessa linha de raciocínio entendo que o desrespeito ao que determina atualmente o §1º do art. 9º da Lei Complementar nº 109/2001 - infração administrativa atualmente tipificada no artigo 64 do Decreto nº 4942/2003 (*Aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional*) - também se revela como infração de perigo abstrato, ou seja, se concretiza com a exposição dos recursos investidos dos participantes dos planos de benefícios a riscos desnecessários, decorrentes da não observância pelos gestores das entidades dos parâmetros de segurança veiculados nas referidas diretrizes, sendo a ofensa ao bem jurídico tutelado presumida pela norma.

Passamos à análise jurídica do tipo infracional:

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

Não se encontra na tipificação do ilícito administrativo acima a necessidade de ocorrência de dano ou prejuízo, sendo certo que o mero exercício da conduta descrita implica em ilegalidade na esfera administrativa. A existência de prejuízo não é relevante para a materialização da infração, cuja consumação não está vinculada a um resultado.

Portanto, dado à natureza jurídica do tipo administrativo e à relevância do bem jurídico tutelado, bem como com esteio em posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, entendo que a infração veiculada atualmente no artigo 64 do Decreto nº 4942/2003 se trata de ilícito de perigo abstrato, cuja consumação implica na presunção concreta de ofensa ao relevante bem jurídico tutelado.

Uma vez analisada a natureza jurídica do tipo infracional objeto dos presentes autos, passamos à análise da previsão insculpida no art. 22, §2º do Decreto nº 4942/2003:

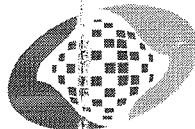
“Desde que não tenha havido prejuízo à entidade, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante e não se verifique circunstância agravante prevista no inciso II do art. 23, se o infrator corrigir a irregularidade cometida no prazo fixado pela Secretaria de Previdência Complementar, não será lavrado o auto de infração.” (destacamos)

Extraí-se do referido dispositivo legal que o Auto de Infração deixará de ser lavrado uma vez adimplidos três requisitos: (i) que a infração não tenha acarretado em prejuízo; (ii) que não se verifique circunstância agravante; e (iii) que o infrator tenha corrigido a irregularidade.

Com relação especificamente à infração do artigo 64 do Decreto nº 4942/2003, sem adentrar nas peculiaridades de cada caso concreto, entendo que a utilização da previsão legal do art. 22, §2º esbarra nos seus primeiro e terceiro requisito: inexistência de prejuízo e correção da irregularidade pelo infrator.

Diante da natureza do tipo infracional em comento e da relevância do bem jurídico tutelado pela referida norma, tem-se que o prejuízo nessas hipóteses é presumido, bem como que não há como se corrigir a infração que se exauriu em definitivo com a presumida ofensa do bem jurídico tutelado decorrente da exposição dos recursos da Entidade a níveis de riscos desnecessários e inaceitáveis.

4 MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 57.



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Ademais, em função da relevância do bem jurídico envolvido (*a atuação do Estado Brasileiro na persecução de sua política econômica; a higidez do Sistema Financeiro Nacional e o patrimônio dos atores envolvidos, especialmente o dos participantes das Entidades*), **o prejuízo à sociedade brasileira é presumido (e neste ponto não me refiro só a prejuízo à entidade, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante), não havendo como se reparar a ofensa ao bem jurídico tutelado que acompanhou a irregularidade.**”

Assim, ante todo o exposto, data máxima vênia aos entendimentos existentes em sentido diverso, entendendo que a medida prevista no artigo 22, §2º, do Decreto nº 4.942/2003 não é passível de ser aplicada à presente autuação, razão pela qual afasto igualmente a suscitada preliminar de nulidade do Auto de Infração por não observância ao que prevê o referido dispositivo.

Por fim, tem-se que os Recursos interpostos perante esta Câmara de Recursos da Previdência Complementar devem ser admitidos independentemente de depósito recursal diante do que determina a atual Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 21, de 29/10/2009, que declarou ser *inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para a sua admissibilidade*, entendimento este que passou a vincular a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, na forma em que previsto pelo *caput* do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988.

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.

II.II. DA PROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO

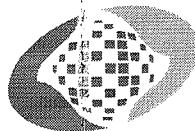
Em apertada síntese, a questão dos presentes autos gravita em torno de aporte financeiro no valor de R\$ 1.586.425,00, referente ao sinal para a aquisição de 20% do capital social da empresa Epilife Empreendimentos e Participações Financeiras Ltda., operação esta que teria se efetivado mediante negociação privada com sociedade fechada, o que caracterizaria desrespeito às diretrizes determinadas pelo Conselho Monetário Nacional.

Tem-se que o negócio ora analisado teve origem com o interesse da Entidade em participar do empreendimento imobiliário denominado “Club Méd Trancoso”, no ano de 2001.

Constam dos autos dois pareceres jurídicos dos escritórios *Pires de Oliveira Dias & Cipullo Advogados* e *Navarro, Bicalho Advogados* contratados pela Entidade (fls. 74/80 e 82/110) para analisar a sua melhor forma de participação no empreendimento, sendo que ambos concluíram em sentido idêntico, respectivamente:

“... a forma mais simples, rápida e barata para que a Metrus possa efetuar o investimento no Resort, é o investimento via aquisição de fração ideal do Imóvel, através da aplicação de seus recursos no segmento denominado carteira de aluguéis e renda de imóveis acima referida.”
(fls. 79)

“De uma forma geral, entendemos que, para atingimento dos objetivos do METRUS, a aquisição de fração ideal seja a estrutura mais indicada. (...)” (fls. 110)



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

Tendo em vista que tais pareceres jurídicos, apesar de convergirem em uma mesma conclusão, não são vinculantes, a METRUS entendeu mais conveniente a sua participação no empreendimento na condição de sócia da empresa Epilife Empreendimentos e Participações Ltda, que, por sua vez, era detentora de 50% do capital social empresa Taípe Trancoso Empreendimentos S/A, companhia responsável pelo desenvolvimento, implantação e exploração do empreendimento proposto.

Diante da opção de participar no empreendimento através da aquisição de ações da empresa Epilife Empreendimentos e Participações Ltda, empresa esta, aliás, não responsável diretamente pelo desenvolvimento do empreendimento, não se sustenta a alegação de que “o aporte de recursos realizado em 25/10/2001 representou aporte de recursos em investimento imobiliário”. Passamos à análise da operação de investimento em ações.

Foi juntado aos autos, às fls. 10/31, “Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações”, documento que estruturou o negócio pretendido.

Consta do referido documento as previsões de que:

“1.3. - Fica desde já acordado entre as Partes que o Aporte será instrumentalizado através da subscrição e integralização, pelo Metrus, de ações da Epilife, a serem por ela emitidas, após sua transformação em sociedade por ações, conforme adiante especificado (“Ações”).

(...)

2.1 – Considerando a natureza jurídica do Metrus, bem como o disposto nas leis 6.435, de 15/07/77, 8.020, de 12/04/90 e Resoluções nº 2.829, de 29/03/2.001 e 2.850, de 29/05/01, a Epilife promoverá sua transformação de tipo societário para sociedade por ações, de capital aberto.

(...)

2.3.1. - Dentro do prazo de 180(cento e oitenta) dias, contados da presente data, deverão os Quotistas e a Epilife obter o devido registro de companhia de capital aberto, em todos os órgãos necessários.”

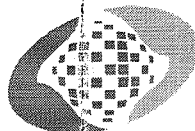
(fls. 13/16)

Todavia, apesar da demonstrada inequívoca ciência pela Entidade dos aspectos jurídicos decorrentes da sua condição de EFPC, constou igualmente de forma expressa a previsão do aporte inicial, a título de sinal, de 25% do valor do negócio, a ser efetivado no prazo de cinco dias após a assinatura do instrumento (que se deu em 19/10/2001), independentemente da regularização da sociedade e, conseqüentemente, do próprio investimento:

“1.4 – O Metrus conferirá à Epilife, até 24 de outubro 2.001, a título de sinal e princípio de integralização das Ações a serem por ela subscritas, a quantia de R\$ 1.586.425,00 (um milhão, quinhentos e oitenta e seis mil, quatrocentos e vinte e cinco reais) (“Sinal”) equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) do Aporte.”

(fls. 13/14)

Ora, se o mesmo instrumento particular previa em sua cláusula 2.3.1 um prazo de 180 dias para a adequação da empresa Epilife Empreendimentos e Participações Ltda, a fim de regularizar o ingresso da Entidade no empreendimento, mediante subscrição e integralização da participação acionária pretendida, tem-se que o aporte inicial desrespeitou as normas vigentes, das quais buscou se cercar a Entidade para os demais pagamentos, conforme previsão expressa do item 4.1. do mesmo instrumento:



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

“4.1. - Os pagamentos relativos à integralização das Ações, a serem feitos conforme a Cláusula 1.5, acima, ficam subordinados ao cumprimento, pelos Quotistas, de suas obrigações ajustadas neste contrato, inclusive aquelas elencadas nas Cláusulas 2.2.1, 2.3, 2.3.1 e 3.3.”
(fls. 17)

Diante do exposto, não havia amparo legal para o aporte de recursos realizados pela Entidade em 25/10/2001, uma vez que a regularização da empresa Epilife Empreendimentos e Participações Ltda. somente se deu em 22/11/2002, conforme confessam os Recorrentes em sua petição de Recurso:

“Note-se, entretanto, que a Epilife Empreendimentos e Participações Ltda. transformou-se em Sociedade Anônima de capital aberto, o que se comprova pelo Anúncio de Início de Distribuição Pública de Ações Ordinárias Nominativas da Emissora, Epilife Empreendimentos e Participações S/A (documento 02), publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo e no Diário do Comércio, que contém a informação de inscrição da sociedade na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em 22/11/2002, e torna público tal fato.”
(fls. 164)

Nesse sentido, aliás, concluiu o Conselheiro Relator Luiz Gonzaga Marinho Brandão, quando da prolação do seu voto no antigo Conselho de Gestão da Previdência Complementar:

“A irregularidade apontada pelo Auto de Infração diz respeito à aplicação de recursos da Entidade na Epilife antes de sua transformação social e abertura de capital, caracterizando negociação privada, o que não era permitido pela Resolução CMN nº 2.829/2001 vigente à época.
Nesse sentido, não há como deixar de reconhecer que, à época em que foi celebrado o “Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações”, a Epilife sequer era Sociedade Anônima, tampouco possuía capital aberto, o que leva ao necessário reconhecimento de que a operação era claramente irregular, visto tratar-se de investimento em renda variável em desacordo com os requisitos impostos pelo CMN”
(fls. 666)

Assim, resta evidente a infração à legislação perpetrada pelos atuados ao terem deliberado o aporte, em 21 de outubro de 2001, de R\$ 1.586.425,00, referente ao sinal para a aquisição de 20% do capital social da empresa Epilife Empreendimentos e Participações Financeiras Ltda.

Com relação à responsabilidade dos atuados, entendo que a mesma foi devidamente identificada no Auto de Infração, não ensejando reparação:

“Os responsáveis pelas infrações são o Diretor Presidente, e o Diretor Administrativo Financeiro, administrador designado como responsável pelas aplicações dos recursos da entidade, nos termos do artigo 22 da Lei Complementar nº 108/2001, os quais subscreveram, em nome da EFPC, o Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações, datado de 19.10.01, com a previsão de aportes de recursos para futura aquisição de ações, sendo a primeira parcela repassada para a empresa Epilife Empreendimentos e Participações Ltda., em 25.10.01, antes da sua transformação societária para sociedade por ações.”
(fls. 05)



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC

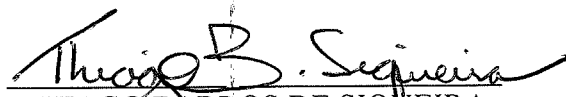
Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, entendo que deve ser mantida a sanção aplicada aos Recorrentes pela Secretaria de Previdência Complementar por intermédio da Decisão Notificação nº 46/08-69, nos termos da Análise Técnica nº 115/2008/SPC/GAB/AG, de 13 de agosto de 2008. (fls. 147/148), senão pela redução e adequação da pena de multa pecuniária ao valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), conforme determinado pela então vigente IN nº 15/1997.

III – DECISÃO

Ante todo o exposto, conheço dos Recursos Voluntários interposto pelos autuados **Fabio Mazzeo** e **Valter Renato Gregori**, e no mérito dou-lhes parcial provimento para reduzir a pena aplicada ao montante regulamentar de R\$6.500,00 previsto pela então vigente IN nº 15/1997, devendo no mais ser mantida integralmente a Decisão do Sr. Secretário de Previdência Complementar, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Brasília, 18 de Agosto de 2010


THIAGO BARROS DE SIQUEIRA

Conselheiro Suplente
Representante do Serviço Público Federal

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 6ª Reunião Extraordinária - 18 de agosto de 2010

Relator/Conselheiro: MARIA BATISTA DA SILVA/THIAGO BARROS DE SIQUEIRA

Processo: nº: 44000.001136/2007-97

Recorrente: Fabio Mazzeo e Valter Renato Gregori

Recorridos: Secretaria de Previdência Complementar

Entidade: METRUS – Instituto de Seguridade Social.

Auto de Infração nº: 06/07-63

Decisão Notificação nº: 46/08-69

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

Penalidade: Multa Pecuniária no valor de R\$ 20.000,00

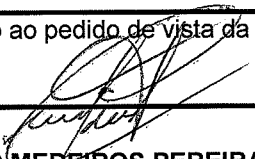
Voto do Relator: Afasta ocorrência da prescrição "... afastadas as preliminares suscitadas não verifico qualquer nulidade a macular o Auto de Infração que inaugura estes autos..." "... conhece do recurso para no mérito dar-lhe parcial provimento, reduzindo a penalidade para o valor de 6.500,00."

Representantes	Votos
ITAMAR PRESTES RUSSO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Afasta as preliminares de prescrição e de nulidade. Mérito:acompanha o voto do relator.
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Afasta as preliminares de prescrição e de nulidade. Mérito:Conhece e dá provimento ao recurso.
LYGIA MARIA AVENA (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	Acolhe a preliminar de prescrição quinquenal e nulidade por vício formal insanável. Mérito: Vista dos autos.
ALFREDO SULZBACHER WONDRAK (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Afasta as preliminares de prescrição e de nulidade. Mérito:Acompanha o voto do relator.
DANIEL PULINO (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Afasta as preliminares de prescrição e de nulidade. Mérito: Acompanha o voto do relator.
CORNÉLIO MEDEIROS PEREIRA (Presidente)	Afasta as preliminares de prescrição e de nulidade. Mérito:

Sustentação Oral: Dr. Fábio Augusto Junqueira.

Resultado: Sobrestado o julgamento do recurso devido ao pedido de vista da Conselheira Lygia Maria Avena.

Brasília, 18 de agosto de 2010.


CORNÉLIO MEDEIROS PEREIRA
Presidente



PROCESSO Nº: 44000.001136/2007-97

RECORRENTES: **Fabio Mazzeo e Valter Renato Gregori**

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

ENTIDADE INTERESSADA: **METRUS Instituto de Seguridade Social**

RELATOR: **Thiago Barros de Siqueira**

VOTO-VISTA

I - CONTEXTUALIZAÇÃO

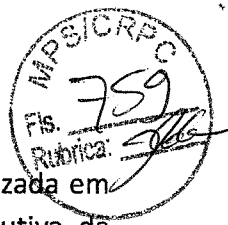
Trata-se de recurso voluntário da Decisão Notificação que julgou procedente o auto de infração, condenando os autuados à pena de multa pecuniária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Na descrição sumária da infração (fl. 01), consta que teria havido a aplicação de recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, infringindo o “§ 1º do art. 9º da LC 109/01, art. 7º da Resolução CMN nº 2829, de 30/03/2001 e art. 1º – art. 61, VI do regulamento anexo à referida Resolução”.

Conforme mencionado no Relatório do ilustríssimo Relator, “a METRUS buscou viabilizar a sua participação em empreendimento imobiliário denominado “*Club Méd Trancoso*” ao, mediante negociação privada, investir recursos na empresa ***Epilife Empreendimentos e Participações Ltda.*** Nessa esteira resume o Auto de Infração que “*restou evidenciada a infração praticada pelo METRUS Instituto de Seguridade Social ao investir os seus recursos na Epilife Empreendimentos e Participações Ltda., antes da sua transformação societária para sociedade por ações, ocorrido em 31.02.02, bem como antes da abertura de capital e aumento das ações, ocorrido em 01.07.02, caracterizando uma negociação privada, em desacordo com as condições determinadas à época pelo Conselho Monetário Nacional.*”

No caso, o empreendedor principal, proprietário do terreno, era a Taípe Trancoso Empreendimentos S.A., uma *joint venture* entre a Epilife e o Club Méditerranée (operador do empreendimento), ambas proprietárias das ações da primeira, na proporção de 50% para cada.

O Auto de Infração também:

- a) mencionou Decisão do Comitê de Investimentos do METRUS realizada em 02.04.2001, que, ao analisar tanto as informações e relatórios apresentados pelos empreendedores do projeto como a análise de viabilidade econômico-financeira elaborada pela empresa Appraisal – Avaliações e Engenharia S/C Ltda, que concluíam pela boa oportunidade do investimento que teria excelente retorno financeiro, submeteu a decisão do investimento ao Conselho Deliberativo da Entidade;



- b) anexou a Ata da Reunião Extraordinária do Conselho Deliberativo do METRUS, realizada em 05.06.2001 (fls. 7 a 9), em que o referido Colegiado autorizou a Diretoria-Executiva da Entidade a concluir as negociações do investimento, *“buscando assegurar que a participação no projeto esteja vinculada às condições e garantias abaixo: a) sobre a eventual inadimplência do sócio Taípe Trancoso com respeito aos empréstimos junto ao Banco do Nordeste do Brasil; b) de renda mínima compatível com a exigida pela meta atuarial do Instituto, até que o empreendimento entre em fase operacional normal; c) verificados os dispositivos do Contrato de Construção de forma a garantir que o preço previsto seja definitivo; e d) de participação no controle do empreendimento – estudar a possibilidade de se obter dos demais empreendimentos, durante a fase de construção do hotel, garantia adicional para os recursos liberados pelo Instituto”*;
- c) anexou os seguintes documentos: o “Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações” (fls. 10 a 31), firmado entre as partes em 19.10.2001; o Livro Contábil – páginas 8 e 77 do Razão Analítico de outubro/2001 (fls. 32 e 33); o Ofício nº 1236/SPC/DEFIS/CGFD, de 29.06.2004 (fls. 34 a 40); e o Aditamento ao Ofício nº 12365/SPC/DEFIS/CGFD, de 11.03.2005 (fs. 41 e 42);
- d) mencionou que, em 25.10.2001, foi realizado um lançamento contábil no valor de R\$ 1.586.425,00, a título de antecipação (25% do valor prometido), correspondente a pagamento à Epilife, antes mesmo da referida empresa se transformar em sociedade por ações (31.02.2002) e abrir o seu capital e aumentar suas ações (01.07.2002);
- e) considerou como responsáveis pela suposta infração o Diretor Presidente e o Diretor Administrativo-Financeiro por terem subscrito, em nome do METRUS, o Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações, datado de 19.10.2001, com a previsão de aportes para futura aquisição de ações da Epilife.

Os Autuados apresentaram Defesa conjunta tempestiva (fls. 44/136, incluindo documentos anexados), oportunidade em que alegaram o seguinte:

- o Auto de Infração seria inepto em função de ter deixado de propiciar o conhecimento exato do ato infracional praticado, impedindo o exercício do contraditório e da ampla defesa;
- os fatos praticados estariam atingidos pela prescrição da pretensão punitiva estatal;
- ofensa ao contraditório e à ampla defesa;
- falta de proporcionalidade e razoabilidade na penalidade aplicada;
- a Entidade teria se cercado das devidas garantias para que as condições estabelecidas para o negócio fossem efetivadas;
- o aporte de recursos realizado em 25/10/2001 representou aporte de recursos em investimento imobiliário enquadrado, à época, no percentual de 4,77% frente ao percentual legal permitido de até 16% estipulado pelo art. 31 da Resolução CMN nº 2.829/01, posteriormente convertido em subscrição e integralização de ações quando efetivada a alteração societária da referida empresa;
- a operação não trouxe prejuízo, tendo sido rentável à Entidade em patamar superior ao da meta atuarial.



A Decisão-Notificação nº 46/08-69 (fl. 147 e 148) julgou procedente o Auto de Infração em relação aos Autuados, aplicando-lhes a pena de multa pecuniária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos da Análise Técnica nº 115/2008/SPC/GAB/AG, de 13 de agosto de 2008 (fls. 141/146). A referida Análise Técnica:

- a) afastou todas as preliminares, inclusive a referente à prescrição quinquenal, por entender que houve interrupção da prescrição pelo Ofício nº 1.236/SPC/DEFIS/CGFD, de 29.06.2004, e por seu Aditamento, datado de 11.03.2005;
- b) no mérito, entendeu que a operação realizada pelo METRUS não se enquadrava nas modalidades operacionais previstas no Regulamento anexo à Resolução CMN 2.829/2001, tendo, portanto, infringido o art. 61, VI, do referido Regulamento;
- c) entendeu que a operação foi realizada pelo METRUS mediante formatação contrária à recomendada (aquisição de fração ideal do imóvel onde seria construído o Resort) nos pareceres jurídicos elaborados à pedido da própria Entidade (fls. 74/80 e 82/110);
- d) afastou a atenuante requerida (ausência de prejuízo) e sugeriu a condenação dos autuados mediante a aplicação da multa de R\$ 20.000,00.

Os autuados interpuseram Recurso Voluntário tempestivo (fls. 158 a 175), juntando documentos (fls. 176 a 640). No referido Recurso, além da reiteração de boa parte dos argumentos de Defesa, foram ressaltados os seguintes:

- violação ao disposto no art. 22, § 2º do Decreto nº 4.942/2003;
- ausência de prejuízo (fls. 165 e 166), comprovada no documento 04 anexado (fls. 241 a 244);
- legalidade do investimento com base no permitido no art. 20, inciso II, da Resolução CMN 2.829/2001, em virtude de o adiantamento realizado ter tido o escopo de garantir ao METRUS o direito de preferência na aquisição de ações da Epilife;
- o afastamento da hipótese de aquisição de fração ideal do imóvel onde seria construído o Resort foi justificada com o argumento de que o terreno onde o Club Med Trancoso foi construído estava hipotecado para o Banco do Nordeste do Brasil S.A.;
- afastou o argumento da fiscalização de que a operação foi realizada em contrariedade aos pareceres jurídicos solicitados pelo METRUS, pois outros pareceres jurídicos se seguiram durante as negociações, tendo a fiscalização analisado apenas o primeiro parecer, cujos contornos não foram utilizados na formatação da operação;
- a contratação de diversas garantias no Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações, tendo sido citadas as seguintes: *"a) Remuneração Mínima do Metrus, Item VI; b) Opção de Venda das Ações do Metrus, Item VIII; c) Penhor das Quotas da Epilife em valor correspondente ao investimento realizado, até que concretizada a abertura de capital da Epilife, Item IX; d) Possibilidade do METRUS pleitear a devolução integral de todos os valores aportados, caso não cumprido cronograma de construção, corrigidos monetariamente pelo IGP-DI + 6% ao ano, e da multa de 10% sobre o total a ser restituído, Item XI"*;
- aplicabilidade de atenuantes em virtude da ausência de prejuízo e da regularização do investimento antes mesmo da lavratura do auto de infração.

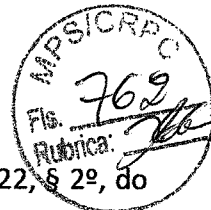


A Análise Técnica nº 123/2008/SPC/GAB/AG, de 10.09.2008 (fl. 641 e 6420, a) afastou a aplicabilidade do disposto no artigo 22, § 2º, do Decreto 4.942/2003, por entender que, com o resgate, pelo METRUS, em 2007, das ações na Epilife e o conseqüente recebimento (em troca) de ações de Taípe Trancoso Empreendimentos S/A, houve prejuízo à Entidade com base na comparação do valor das ações de Taípe divulgados no site da BOVESPA; e b) sugeriu o encaminhamento do recurso voluntário ao então CGPC.

II – INÍCIO DO JULGAMENTO DO RECURSO EM REUNIÃO DA CRPC REALIZADA EM 18.08.2010

Na reunião da Câmara de Recursos da Previdência Complementar realizada no dia 18.08.2010, quando foi iniciado o julgamento do presente recurso voluntário, pedimos licença para citar a ocorrência dos seguintes fatos relevantes:

- inicialmente, o voto do Relator Thiago Barros de Siqueira considerou o recurso tempestivo e afastou a inexigibilidade de depósito recursal pelos recorrentes com base na Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 21, de 29.10.2009; quanto à referida parte do voto, houve concordância da unanimidade dos membros presentes, a qual nos somamos, visto que: a) não há dúvidas da tempestividade do recurso, uma vez que a notificação dos recorrentes ocorreu em 22.08.2008 (fl. 650) e o protocolo do recurso em 08.09.2008 (fl. 158), portanto, dentro do prazo de 15 dias previsto no artigo 13, caput, do Decreto 4.942, considerando as regras de contagem previstas no artigo 28, caput e § 2º, do referido Decreto; b) quanto à inexigibilidade de depósito recursal, além do disposto na Súmula Vinculante do STF, no caso, o depósito deixou de ser efetuado com base em decisão judicial (fl. 198/199);
- antes do julgamento das preliminares, mediante proposta da Conselheira Lygia Maria Avena, foi votado o tema da nulidade pela aplicação da penalidade de R\$ 20.000,00 pela Decisão-Notificação recorrida ao invés da pena de multa pecuniária no valor de R\$ 6.500,00, prevista na Instrução Normativa SPC nº 15, de 1997, ainda vigente quando da prática do ato supostamente infracional (outubro/2001); tal nulidade foi afastada pela maioria dos votos dos membros presentes, vencida a Conselheira Lygia Maria Avena;
- quanto às preliminares, o voto do Relator foi pelo afastamento da alegada inépcia do Auto de Infração, bem como pelo não acolhimento da prescrição quinquenal com base no reconhecimento da interrupção do prazo prescricional pelo Ofício nº 1.236/SPC/DEFIS/CGFD, datado de 29.06.2004, e por seu Aditamento, ocorrido em 11.03.2005; no que tange especificamente à prescrição quinquenal, a maioria dos membros da Câmara votou pelo não acolhimento da prescrição quinquenal, vencida a Conselheira Lygia Avena, que sustentou tese já defendida diversas vezes pela ABRAPP perante este Colegiado, segundo a qual não seria possível a interrupção da prescrição quinquenal antes da instauração do processo administrativo iniciado com a lavratura do auto de infração (datado, nesse caso, de 05.03.2007), conforme inteligência do artigo 66 da Lei Complementar 109/2001 c/c art. 2º do Decreto 4.942/2003;



- quanto à alegação recursal de nulidade pela não aplicação do disposto no artigo 22, § 2º, do Decreto 4.942/2003, afastada pelo voto do Relator, não houve votação específica, em virtude da sugestão do Ilustríssimo Conselheiro Presidente de votação da referida nulidade juntamente com o mérito do recurso voluntário;
- no mérito, o Ilustríssimo Relator apresentou voto pelo provimento parcial do recurso voluntário, mantendo os fundamentos da Decisão-Notificação recorrida, mas reformando o valor da multa pecuniária de R\$ 20.000,00 para R\$ 6.500,00, nos termos da IN SPC 15/1997; em seguida, o Conselheiro Itamar Prestes Russo acompanhou o voto do Relator; na sequência, o Conselheiro Luiz Gonzaga Marinho Brandão votou pela nulidade do processo pelo fato de a fiscalização não ter conferido ao caso o benefício previsto no artigo 22, § 2º, do Decreto 4.942/2003; posteriormente, a Conselheira Lygia Maria Avena, em nome da representação da ABRAPP, requereu vista do processo.

Considerando o estágio em que o processo se encontrava quando do aludido pedido de vista, trazemos à apreciação dos nobres pares os fundamentos a seguir expostos.

III – FUNDAMENTOS

A) COMENTÁRIOS INICIAIS

Conforme apresentado na contextualização, o METRUS, por meio de assinatura dos ora Recorrentes, firmou “Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações”, em 19.10.2001, com a Epilife Empreendimentos e Participações Ltda, que à época possuía 50% do capital social da Taípe Trancoso Empreendimentos S.A., proprietária do projeto imobiliário denominado Club Méd Trancoso (operado pelo Club Mediterranée, detentor dos outros 50% do capital social da Taípe).

De acordo com o referido Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações, o METRUS haveria de adquirir 20% do capital social da Epilife, mediante a posterior subscrição de ações pela referida empresa, o que viria a representar 10% do capital social de Taípe.

Nesse contexto, em 25.10.2001, ocorreu o aporte de R\$ 1.586.425,00 à Epilife, a título de adiantamento (25%) do valor total contratado no mencionado Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações (R\$ 6.435.700,00).

Ocorre que, quando realização do referido aporte, a Epilife ainda não havia se transformado em sociedade por ações, o que ocorreu em 31.02.2002, bem como não havia realizado a abertura do seu capital e aumentado suas ações, o que se efetivou em 01.07.2002.

O aludido aporte, na condição em que se encontrava a Epilife, foi considerado pela fiscalização infração ao seguinte dispositivo da Resolução do CMN nº 2.829, de 2001:

“Art. 61. É vedado às entidades fechadas de previdência privada:



(...)

VI – atuar em modalidades operacionais ou negociar com duplicatas, títulos de crédito ou outros ativos que não os previstos neste Regulamento ou os que venham a ser autorizados pelo Conselho Monetário Nacional.” (grifo nosso)

Na Análise Técnica nº 115/2008/SPC/GAB/AG, que embasou a Decisão-Notificação recorrida, constou o seguinte argumento adicional contrário à conduta dos recorrentes (fl. 145):

“Os pareceres jurídicos elaborados a pedido da entidade (fls. 74/80 e 82/110) já alertavam os autuados que a via da participação societária somente seria regular mediante a prévia abertura do capital da Epilife Empreendimentos e Participações Ltda, ou da Taípe Trancoso Empreendimentos S/A, recomendando expressamente que a via mais adequada seria a aquisição de fração ideal do imóvel onde seria construído o Resort.

Deste modo, os autuados desconsideraram a recomendação da consultoria jurídica contratada, evidenciando o conhecimento de que a via eleita consistia em infração à legislação aplicável às entidades fechadas de previdência complementar”

Tal argumento, questionado pelos recorrentes (fl. 171), foi corroborado pelo ilustríssimo Relator.

B) ANTECEDENTES À CELEBRAÇÃO DO INSTRUMENTO PARTICULAR DE ASSUNÇÃO DE COMPROMISSOS E OBRIGAÇÕES

Conforme já mencionado anteriormente, o Auto de Infração reconheceu que o Comitê de Investimentos do METRUS realizou investimentos em 02.04.2001 para analisar tanto as informações e relatórios apresentados pelos empreendedores do projeto como a análise de viabilidade econômico-financeira elaborada pela empresa Appraisal – Avaliações e Engenharia S/C Ltda¹, que concluíam pela boa oportunidade do investimento que teria excelente retorno financeiro, oportunidade em que a decisão do investimento foi submetida ao Conselho Deliberativo da Entidade.

Em 05.04.2001, houve a apresentação de Parecer pelo Pires de Oliveira Dias & Cipullo Advogados (fls. 74 a 80), que teria sido encomendado pelos sócios da própria Epilife, segundo comentado pelos Recorrentes à fl. 171. O referido Parecer concluiu que:

“5.1. – Tendo examinado os demais segmentos de investimento previstos na Resolução (renda fixa e renda variável), quer nos parecer que, respeitados os limites estabelecidos nos itens 4.3 e 4.5 acima, a forma mais simples, rápida e barata para que a Metrus possa efetuar o investimento no Resort, é o investimento via aquisição de fração ideal do Imóvel, através da aplicação de seus recursos no segmento denominado carteira de aluguéis e renda de imóveis acima referida.”

Em 22.05.2001, o Escritório Navarro, Bicalho Advogados, contratado pelo METRUS, apresentou Parecer (fls. 82 a 110 e 607 a 635) em que avaliou duas hipóteses para a realização do

¹ A Defesa dos Recorrentes trouxe manifestação da referida empresa às fls. 72 e 73.



investimento: a) aquisição de debêntures a serem emitidas pela Taípe Trancoso e que poderiam posteriormente ser conversíveis em ações da própria companhia; ou b) aquisição de fração ideal da propriedade imóvel, na proporção dos investimentos a serem realizados, seguida de contratação de locação ou de cessão de direito real de uso. Ao final, concluiu o seguinte:

“Considerando o atual estágio do empreendimento e a diversificação de agentes envolvidos, é ainda possível que exista fato relevante ou mesmo impeditivo para o entabulamento dos ajustes nas formas aqui propostas e que não seja ainda de nosso conhecimento.

De uma forma geral, entendemos que, para atingimento dos objetivos do METRUS, a aquisição de fração ideal seja a estrutura mais indicada. Tem como principal entrave, no entanto, as hipotecas constituídas.

Por outro lado, o maior óbice à emissão das debêntures conversíveis em ações está na abertura do capital da Taípe Trancoso, que dependerá de concordância das sócias da empresa.

Somados todos estes fatores, somente após detida análise de V.Sas. e as necessárias negociações com os demais participantes, especialmente Taípe Trancoso, é que será possível a definição da estruturação jurídica de participação no empreendimento, eventualmente até com a incorporação de novas idéias.” (grifo nosso)

A respeito do assunto, o recurso dos recorrentes (fl. 171) asseverou que:

“Assim, importa salientar que a aquisição de fração ideal do imóvel, que assevera o julgador ser a forma de investimento imobiliário mais adequada, jamais seria uma opção no investimento versado, pois representaria risco alto para a entidade, tendo em vista que o imóvel estava completamente hipotecado para o Banco do Nordeste do Brasil S.A., em razão de financiamento para a construção do Resort, o que pode ser facilmente identificado na matrícula do imóvel (documentos 7).” (grifo nosso)

Em 05.06.2001, conforme adiantado anteriormente, o Conselho Deliberativo do METRUS, em reunião extraordinária, autorizou a Diretoria-Executiva da Entidade a concluir as negociações do investimento no Resort “buscando assegurar que a participação no projeto esteja vinculada às condições e garantias abaixo: a) sobre a eventual inadimplência do sócio Taípe Trancoso com respeito aos empréstimos junto ao Banco do Nordeste do Brasil; b) de renda mínima compatível com a exigida pela meta atuarial do Instituto, até que o empreendimento entre em fase operacional normal; c) verificados os dispositivos do Contrato de Construção de forma a garantir que o preço previsto seja definitivo; e d) de participação no controle do empreendimento – estudar a possibilidade de se obter dos demais empreendimentos, durante a fase de construção do hotel, garantia adicional para os recursos liberados pelo Instituto”. Tal deliberação constou Resolução do Conselho Deliberativo nº 005/2001 (fl. 111).

Os recorrentes, na condição de membros da Diretoria-Executiva do METRUS, encaminharam ao responsável pelo empreendimento imobiliário em tela a CT PR 029, de 18.06.2001 (fl. 112), oportunidade em que informaram sobre a deliberação do Conselho Deliberativo da Entidade, bem como sobre a necessidade de serem observadas as condições aprovadas por aquele



Colegiado, bem como a garantia dos demais investidores durante a fase de construção do hotel, para os recursos que forem transferidos pelo Instituto.

Em virtude da deliberação do Conselho Deliberativo e considerando a evolução das negociações com a Epilife e a Taípe, o Escritório Navarro, Bicalho Advogados apresentou novo Parecer em 29.08.2001 (fls. 599 a 602), do qual podem ser extraídos os seguintes trechos:

"Em reunião havida na sede do METRUS em 24 de agosto último, com nossa presença e a do Sr. Michael e o advogado representante da Epilife, Dr. Rubens Bezerra, foi ajustada a participação do METRUS no empreendimento através da aquisição de debêntures a serem emitidas, além de debatidas outras questões pertinentes ao contrato.

(...)

Esta semana, entretanto, fomos contactados por representantes da Epilife, primeiro, Dr. Renato Soriano e, em seguida, Sr. Michael, informando que, segundo apuração que estava sendo realizada, o custo da emissão das debêntures seria elevadíssimo, praticamente inviabilizando a operação.

Estamos realizando verificação acerca de tais custos, visando dimensioná-lo e confirmar a informação prestada.

De qualquer forma, nesta data novamente fomos procurados pelos representantes da Epilife, que ratificaram o entendimento quanto à inviabilidade econômica da emissão das debêntures para operação nos valores tratados, sendo necessário estudar forma alternativa.

(...)

As particularidade do caso, a mudança negocial para participação na Epilife, ao invés de na Taípe Trancoso e a legislação específica que rege os fundos de pensão, bem como suas recentes alterações, têm trazido constante re-enquadramento da formatação negocial, o que, conseqüentemente, acaba por atrasar o fechamento do negócio.

Por outro lado, diante das dificuldades surgidas, faz-se necessário buscar nova forma de estabelecer a relação negocial, desde que preservados os direitos do METRUS. Assim, com base nas últimas alterações instituídas em julho/2001 pelo Banco Central, outra concepção poderá, eventualmente ser adotada: trata-se da emissão de ações pela Epilife, a serem subscritas pelo METRUS, no equivalente a 20% (vinte por cento) do capital social, sendo que o excedente financeiro deste valor será aportado a título de ágio. Referida formatação obedeceria a seria baseada na assinatura de contrato semelhante àquele debatido, que preveria, entretanto, os seguintes atos:

- Transformação da Epilife em companhia aberta.*
- Emissão de novas ações da Epilife de modo que estas representem 20% (vinte por cento) do capital social já majorado, sendo, na mesma assembléia, subscritas pelo METRUS, com ágio financeiro no montante do excedente até o valor contratado.*

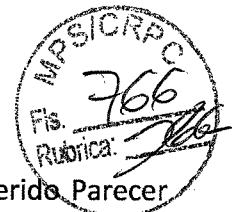
(...)

- O METRUS passaria, assim à condição de sócia da Epilife, com 20% de capital social*

(...)

A adoção das medidas acima traz algumas diferenças de tratamento de certas questões, como abaixo explanado:

- Garantia da Metrus quanto à Meta Atuarial: ...*
- Direito da Epilife de Recompra: ...*
- Acordo de Acionistas: ...*
- Efeito Tributário: ..." (grifo nosso)*



Conforme informado em Memórias apresentados pelos Recorrentes, o referido Parecer teria sido considerado pelo Conselho Deliberativo do METRUS, quando da aprovação final do investimento, realizada em 02.10.2001.

Por fim, em 16.10.2001, o Escritório Navarro, Bicalho Advogados apresentou terceiro Parecer (fls. 603 a 606), sendo que, quanto ao investimento objeto de fiscalização, valem mencionar os seguintes trechos:

"Conforme ajustado, encaminhamos a V. Sas., resumidamente, a forma de estruturação dos investimentos a serem efetuados pelo Metruss, consistentes no empreendimento em Trancoso, Porto Seguro (Club Med) e Shopping Metro Santa Cruz, conforme debatido na última reunião do Conselho.

(...)

- O contrato a ser ajustado prevê a aquisição, pelo Metruss, de participação societária de 20% do capital social da Epilife Empreendimentos e Participações Ltda., correspondente a 10% do empreendimento.

- Para atendimento dos requisitos legais aos quais o Metruss está adstrito, a Epilife assumirá a obrigação de promover sua transformação societária em sociedade por ações de capital aberto, aumento de capital e emissão de novas ações, dentro dos prazos estabelecidos contratualmente.

- As ações a serem subscritas pelo Metruss corresponderão a 20% (vinte por cento) do capital social, e serão adquiridas com o correspondente ágio financeiro decorrente da avaliação do patrimônio da empresa.

- O término das obras do empreendimento está previsto para dezembro de 2.002.

- Os sócios da Epilife garantirão ao Metruss, em contrato, o recebimento mínimo do valor investido, acrescido de IGP-DI mais 6% (seis por cento) ao ano, durante os dois anos subsequentes ao período denominado "soft opening", que abrange o período de 03 (três) meses após o término das obras.

- Os sócios da Epilife terão a seu favor opção de compra da participação do Metruss, pelo valor equivalente ao investimento deste, acrescido de IGP-DI mais 11% (onze por cento) ao ano. Referida opção deverá ser exercida nos 06 (seis) meses seguintes ao período de 02 (dois) anos referido no item anterior.

- O Metruss também terá a seu favor a opção de venda de sua participação aos sócios da Epilife, que deverá ser exercida no mesmo prazo, pelo valor do investimento efetuado, acrescido de IGP-DI, mais 06% (seis por cento) ao ano.

- Em garantia do retorno mínimo garantido, os sócios da Epilife deverão caucionar, em favor do Metruss, participação societária na empresa.

- Após o aporte inicial ajustado, os pagamentos subsequentes a serem feitos pelo Metruss dependerão do cumprimento do cronograma de obras e da adoção das providências necessárias para abertura do capital da Epilife e emissão das ações e sua subscrição pelo Metruss.

- O Metruss terá assegurada contratualmente sua participação no Conselho de Administração do empreendimento.

- O valor de investimento do Metruss será efetivamente determinado após nova avaliação que está sendo procedida por empresa independente, sendo que, originalmente tal valor equivale a 10% do total dos investimentos do projeto, ou seja, US\$ 2.300.000,00 (dois milhões e trezentos mil dólares norte americanos)." (grifo nosso)

Portanto, após a avaliação de todos os fatos e documentos apresentados, pedimos vênha para discordar do argumento apresentado pela Análise Técnica que originou a Decisão-Notificação recorrida, abarcado no voto do Ilustríssimo Relator, conforme apresentado ao final do tópico anterior, visto que o investimento realizado pelo METRUS observou todas as condições previstas nos Pareceres Jurídicos elaborados pelos Escritórios contratados, cujos posicionamentos evoluíram ao longo da negociação com a Taípe e a Epilife.

Tanto é assim que o Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações veio a contemplar exatamente os parâmetros objeto do último Parecer do Escritório Navarro, Bicalho Advogados, conforme poderá ser verificado no tópico a seguir.

C) ANÁLISE DO INSTRUMENTO PARTICULAR DE ASSUNÇÃO DE COMPROMISSOS E OBRIGAÇÕES FIRMADO ENTRE METRUS E EPI LIFE – EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES SUSPENSIVA E RESOLUTIVA PARA A REALIZAÇÃO DO INVESTIMENTO

O Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações (“Contrato”) foi celebrado em 19.10.2001 e contou com a assinatura do METRUS e de todos os sócios da Epilife Empreendimentos e Participações Ltda.

O objeto do Contrato ficou assim redigido:

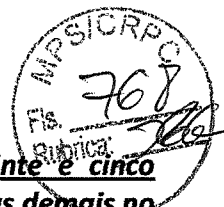
“1.1 – O Metrus, neste ato e respeitados os demais termos e condições deste instrumento, ratifica seu interesse e respectivo compromisso de aportar recursos na Epilife no montante total de R\$ 6.345.700,00 (seis milhões, trezentos e quarenta e cinco mil e setecentos reais), equivalentes, nesta data, a US\$ 2.300.000,00 (dois milhões e trezentos mil dólares norte americanos), de acordo com a cotação média de compra e venda, do dia 18 de outubro de 2.001, (“Aporte”), a fim de ingressar na Epilife na condição de sócio detentor de 20% (vinte por cento) do capital social, contribuindo com os Quotistas no desenvolvimento e implantação do Resort, cuja construção deverá estar concluída até dezembro de 2002.” (grifo nosso)

Quanto ao aporte inicial questionado pela fiscalização, efetuado a título de antecipação do investimento, ficou avençado o seguinte:

“1.3 – Fica desde já acordado entre as Partes que o Aporte será instrumentalizado através da subscrição e integralização, pelo Metrus, de ações da Epilife, a serem por ela emitidas, após sua transformação em sociedade por ações, conforme adiante especificado (“Ações”).

1.4 – O Metrus conferirá à Epilife, até 24 de outubro 2.001, A TÍTULO DE SINAL e princípio de integralização das Ações a serem por ela subscritas, a quantia de R\$1.586.425,00 (um milhão, quinhentos e oitenta e seis mil, quatrocentos e vinte e cinco reais) (“Sinal”) equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) do Aporte.

1.5 – Fica desde já acordado entre as partes que o saldo do Aporte será conferido pelo Metrus à Epilife em 12 (doze) parcelas mensais e consecutivas, no valor de R\$



396.606,25 (trezentos e noventa e seis mil, seiscentos e seis reais e vinte e cinco centavos), vencendo-se a primeira delas no dia 08 de novembro de 2.001 e as demais no quinto dia útil dos meses subseqüentes, devendo, entretanto, ser observado o disposto no Capítulo IV, abaixo.

1.5.1 – Para efeitos do disposto na Cláusula 1.5 acima, o valor das 12 (doze) parcelas será corrigido monetariamente pela variação do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI/FGV) do período, desde esta data até a data de pagamento da última parcela.” (grifo nosso)

A Epilife, em contrapartida, assumiu os seguintes compromissos essenciais para a conclusão do investimento:

“2.2 – Em decorrência do disposto nas Cláusulas acima, a Epilife e os Quotistas, desde já, assumem o compromisso de transformar a Epilife em uma sociedade por ações, nos termos previstos na Lei nº 6.404 de 15.12.1976, promovendo a correspondente Assembléia Geral onde deverão ser adotadas as seguintes deliberações e praticados os seguintes atos:

(i) transformação do tipo societário para sociedades por ações;

(ii) aumento de capital e emissão de ações com ágio decorrente da paridade do capital com patrimônio sociais;

(iii) subscrição de ações pelo Metrus no montante referido no item 1.1, correspondente a 20% (vinte por cento) do capital social da Epilife;

(iv) a integralização do valor das ações se dará na forma prevista neste instrumento, sendo considerado já integralizado o valor das ações proporcionalmente aos montantes já aportados pelo Metrus;

(v) promover o registro do penhor das ações da Epilife em favor do Metrus;

(vi) deliberar a abertura do capital social da Epilife;

(vii) assinatura do Acordo de Acionistas da Epilife, estabelecendo os ajustes previstos mais adiante neste instrumento.” (grifo nosso)

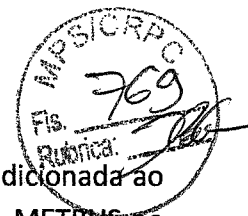
Na verdade, a fixação de tais compromissos consistiu em inequívoca condição suspensiva contratual, visto que o pagamento das 12 parcelas subseqüentes somente viria a ocorrer se os atos acima mencionados fossem praticados de acordo com o cronograma estabelecido, nos seguintes termos:

“4.1 – Os pagamentos relativos à integralização das Ações, a serem feitos conforme a Cláusula 1.5, acima, ficam subordinados ao cumprimento, pelos Quotistas, de suas obrigações ajustadas neste contrato, inclusive aquelas elencadas nas Cláusulas 2.2.1, 2.3, 2.3.1 e 3.3.

4.2 – Assim, fica desde já acordado entre as Partes que o aporte da respectiva parcela mensal referida na Cláusula 1.5 acima ficará condicionada à verificação, no competente mês de pagamento, do cumprimento pelos Quotistas e/ou pela Epilife, cumulativamente:

(i) das providências elencadas no Capítulo II, relativas aos atos tendentes à transformação da Epilife em sociedade anônima de capital aberto e emissão das ações em nome do Metrus;

(ii) do cumprimento do cronograma físico de obras.” (grifo nosso)



Logo, a própria eficácia jurídica do aludido instrumento contratual ficou condicionada ao cumprimento das obrigações imputadas à Epilife, na medida em que a participação do METRUS no empreendimento não se aperfeiçoaria sem a observância das referidas obrigações.

Nesse caso, em não sendo cumpridos os referidos compromissos pela Epilife, parcial ou totalmente, nos termos contratados, foi ainda fixada condição resolutiva em favor do METRUS quanto à restituição dos valores aportados no empreendimento, devidamente rentabilizados e com aplicação de multa (cláusula penal), nos seguintes termos:

“11.1 – Caso os Quotistas ou a Epilife não logrem êxito em praticar os atos previstos no Capítulo II, ou realizar a construção na forma do Capítulo III, de forma a que o Resort entre em operação, poderá o Metrus pleitear a devolução integral de todos os valores já aportados, corrigidos monetariamente pela variação percentual acumulada do IGP-DI, acrescido de 6% (seis por cento) ao ano, e da multa de 10% (dez por cento) sobre o total a ser restituído.

11.2 – Referida devolução deverá ocorrer em até 6 (seis) parcelas mensais de mesmo valor, corrigidas monetariamente e com incidência da mesma taxa de juros, sendo a primeira com vencimento dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados da comunicação feita pelo Metrus.

11.3 – Para efeitos do previsto neste Capítulo XI, será considerada não cumprida qualquer das obrigações previstas nos Capítulos II e III, caso decorram 60 (sessenta) dias da data prevista para cumprimento da respectiva obrigação. Uma vez decorrido tal prazo, poderá o Metrus, a qualquer ratificação da demora e na forma prevista na cláusula 11.1, acima.

11.4 – **O penhor das quotas (e futuramente das ações) também é conferido pelos Quotistas, como garantia da evolução dos valores, estabelecidas neste Capítulo.**” (grifo nosso)

Na verdade, a referida condição resolutiva, conforme acima mencionado, não se aplicaria apenas no caso de a Epilife não se tornar sociedade anônima de capital aberto, dentre outros compromissos, mas também se o próprio cronograma de construção do Resort não fosse cumprido.

Adicionalmente às condições suspensiva e resolutiva mencionadas, o Contrato trouxe algumas garantias ao METRUS, destacando-se as seguintes:

- fixação de remuneração mínima, durante o prazo de 2 anos contados do encerramento do Soft Opening e início do funcionamento normal do Resort, correspondente à variação acumulada do IGP-DI, acrescido de 6% ao ano sobre o montante aportado pelo METRUS (cláusula 6.4);
- direito do METRUS exercer opção de venda de suas ações, caso em que os quotistas deverão adquiri-las pelo preço correspondente ao valor aportado pelo METRUS, corrigido monetariamente pelo IGP-DI, acrescido de juros de 6% ao ano ou fração (cláusula 8.1);
- instituição, em favor do METRUS, de penhor sobre parte das quotas representativas do capital social da Epilife (cláusulas 9.1, 9.1.1 e 9.1.2);
- isenção do METRUS de qualquer responsabilidade decorrente de Contrato de Empréstimo firmado entre a Taípe Trancoso e o Banco do Nordeste do Brasil visando a financiamento da construção do Resort (cláusula 12.4).

No que tange à transformação da Epilife em sociedade anônima, a abertura do seu capital social, aumento de ações e a subscrição das ações acordadas pelo METRUS, há documentos nos autos comprovando os referidos acontecimentos (fls. 200 a 240).

Dessa forma, percebe-se que o aludido instrumento contratual foi celebrado nos moldes propostos nos Pareceres Jurídicos precedentes, tendo ficado consignada a diligência do METRUS em se cercar de todas as condições (suspensiva e resolutiva) e as garantias necessárias para a realização do investimento.

D) OBSERVÂNCIA DA NORMA DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL

Como decorrência das conclusões do tópico anterior, parece-nos proceder a seguinte alegação recursal (fl. 169):

“Importante notar, que quando da formalização do Instrumento Particular de Assunção de Compromissos e Obrigações, não ocorreu a entrada do METRUS no quadro social da Epilife (documento), o que geraria imediato desenquadramento, frente aos limites e controles da legislação aplicável às entidades fechadas de previdência complementar. Logo, o que se realizou foi a compra do direito de preferência na subscrição de ações da Companhia aberta a ser criada.”

Isso porque, com base nas cláusulas contratuais pactuadas, após longa negociação entre as partes, ficou patente que o investimento realizado ocorreu de forma estruturada, não podendo ser dissociado, o que leva necessariamente à conclusão de que o aporte realizado pelo METRUS consistiu em verdadeira aquisição do direito de preferência na subscrição de ações da Epilife quando da sua transformação em sociedade por ações, abertura do seu capital social e aumento das ações da companhia.

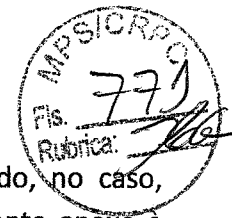
Nesse caso, o investimento realizado não infringiu o disposto no artigo 61, inciso VI, do regulamento anexo à Resolução CMN 2.829/2001, pois estaria em sintonia com o disposto no seguinte dispositivo da mesma Resolução:

*“Art. 20. Incluem-se na **carteira de ações em mercado**:*

I - as ações, os bônus de subscrição de ações, os recibos de subscrição de ações e os certificados de depósito de ações de companhia aberta adquiridos em bolsa de valores ou em mercado de balcão organizado por entidade credenciada na Comissão de Valores Mobiliários;

*II - **as ações subscritas** em lançamentos públicos ou **em decorrência do exercício do direito de preferência**.”*

Assim, o aporte inicial realizado pelo METRUS, a título de “sinal”, tinha o exato objetivo de garantir o direito de preferência das ações da Epilife quando esta se transformasse em sociedade anônima de capital aberto, o que, de fato, ocorreu posteriormente.



Portanto, com base nos referidos argumentos, entendemos não ter havido, no caso, negociação privada ou atuação em modalidade operacional não prevista no regulamento anexo à Resolução CMN 2.829/2001.

E) HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 22, § 2º, DO DECRETO 4.942/2003

A nulidade do processo pela não aplicação do artigo 22, § 2º², do Decreto 4.942/2003 foi alegada pelos recorrentes, motivo pelo qual apresentamos as brevíssimas considerações a seguir.

Conforme já debatido em outras oportunidades nesta Câmara, sabe-se que a aplicação do benefício conferido pelo aludido dispositivo regulamentar depende da ocorrência de três fatores: possibilidade de correção da suposta infração, ausência de prejuízo e inexistência de circunstância agravante. Logo, havendo a configuração cumulativa dos referidos fatores, surge o dever da fiscalização conferir prazo para correção da conduta antes da eventual lavratura de auto de infração.

No presente caso, o Auto de Infração nada mencionou a respeito da ocorrência de prejuízo. Ademais, considerando os cuidados e garantias adotados na formatação do investimento, consubstanciados no instrumento contratual anteriormente analisado, entendemos que não foi configurado prejuízo especificamente na conduta fiscalizada.

Além disso, vale registrar que a peça recursal (fl. 166) trouxe a informação de que a remuneração mínima contratada resultou em ganhos superiores à meta atuarial do plano, o que foi mencionado também nos documentos anexados às fls. 586 a 590. Também registraram os recorrentes que houve valorização compatível do empreendimento (fl. 166), conforme Laudos de Avaliação juntados às fls. 241 a 585.

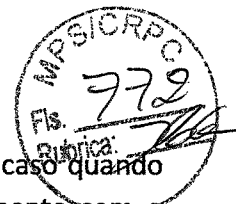
No que tange à ausência de agravantes, estas também não foram consideradas pela fiscalização quando da lavratura do Auto de Infração, não tendo a Decisão recorrida imputado qualquer agravante à pena pecuniária básica então aplicada.

Por fim, quanto à possibilidade de correção da eventual infração, parece-nos que a mesma teria ocorrida nos termos da própria subscrição de ações da Epilife pelo METRUS logo após a transformação da referida companhia em sociedade anônima de capital aberto.

Assim, entendemos que estão presentes os elementos para a aplicação do disposto no artigo 22, § 2º, do Decreto 4.942/2003.

² "Art. 22. ...
(...)"

§ 2º Desde que não tenha havido prejuízo à entidade, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante e não se verifique circunstância agravante prevista no inciso II do art. 23, se o infrator corrigir a irregularidade cometida no prazo fixado pela Secretaria de Previdência Complementar, não será lavrado o auto de infração."



Todavia, em virtude da definição conferida pelo Presidente do Colegiado ao caso quando do início do seu julgamento, no que tange à apreciação da referida nulidade juntamente com o mérito do processo, e por considerar que, em alguma medida, as matérias, nesse caso, se aproximam, optamos por analisar as referidas matérias em conjunto.

III – DISPOSITIVO

Com base em todo o exposto e, em especial: a) na constatação de que o METRUS agiu de forma diligente e respaldada em avaliações técnicas e Pareceres Jurídicos especializados quando da celebração do instrumento contratual em apreço; b) que o referido Contrato trouxe várias garantias e condições (suspensiva e resolutive) para a efetivação do investimento; c) o fato de que a operação se deu de forma estruturada, devendo o aporte de recursos tido como infracional pela fiscalização ser considerado como aquisição do direito de preferência das ações da Epilife subscritas posteriormente, em estrita observância ao disposto no artigo 20, inciso II, da Resolução CMN 2.829/2001; e d) a inexistência de prejuízo à Entidade ou ao plano de benefícios, voto pelo conhecimento e provimento do recurso voluntário apresentados pelos recorrentes.

Caso prevaleça esse entendimento, divergente do proposto pelo Ilustre Relator, apresento a ementa abaixo.

Ementa: Celebração de Contrato com companhia fechada (sociedade limitada) envolvendo investimento em empreendimento imobiliário (Resort). Realização de aporte inicial de recursos pela Entidade, nos termos do Contrato, mesmo antes da companhia se transformar em sociedade anônima de capital aberto. Houve comprovação nos autos de que: a) o investimento se pautou por avaliações técnicas e Pareceres Jurídicos especializados; b) o Contrato trouxe várias garantias e condições (suspensiva e resolutive) em favor da Entidade para a efetivação do investimento; c) a operação se deu de forma estruturada, devendo o aporte inicial de recursos ser considerado como aquisição do direito de preferência das ações da companhia subscritas posteriormente pela Entidade, em observância ao disposto no artigo 20, inciso II, da Resolução CMN 2.829/2001; e d) o investimento não trouxe prejuízos à Entidade ou ao plano de benefícios. Recurso conhecido e provido.

É como voto.

Brasília, 30 de novembro de 2010.

Conselheiro EMÍLIO KEIDANN JÚNIOR

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 14ª Reunião Extraordinária - 30 de novembro de 2010

Relator/Conselheiro: THIAGO BARROS DE SIQUEIRA

Processo: nº: 44000.001136/2007-97

Recorrente: Fabio Mazzeo e Valter Renato Gregori

Recorridos: Secretaria de Previdência Complementar

Entidade: METRUS – Instituto de Seguridade Social.

Auto de Infração nº: 06/07-63

Decisão Notificação nº: 46/08-69

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

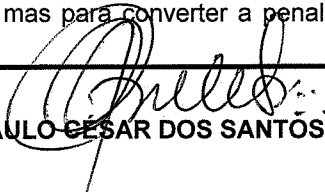
Penalidade: Multa Pecuniária no valor de R\$ 20.000,00

Voto do Relator: Afasta ocorrência da prescrição "... afastadas as preliminares suscitadas não verifico qualquer nulidade macular o Auto de Infração que inaugura estes autos..." Mérito: " Dou-lhes parcial provimento para reduzir a pena aplicada ao montante regulamentar de R\$ 6.500,00 previsto..."

Representantes	Votos
ITAMAR PRESTES RUSSO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Afasta as preliminares de prescrição e de nulidade. Mérito: "voto pelo conhecimento e provimento do recurso voluntário apresentado pelos recorrentes."
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Afasta as preliminares de prescrição e de nulidade. Mérito: "voto pelo conhecimento e provimento do recurso voluntário apresentado pelos recorrentes."
LYGIA MARIA AVENA (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	Acolhe a preliminar de prescrição quinquenal e nulidade por vício formal insanável. Mérito: Vista dos autos: "voto pelo conhecimento e provimento do recurso voluntário apresentado pelos recorrentes."
ALFREDO SULZBACHER WONDRAECK (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Afasta as preliminares de prescrição e de nulidade. Mérito: voto no sentido de converter a penalidade de multa em advertência, conforme dispõe a IN nº 15 SPC/1997.
DANIEL PULINO (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Afasta as preliminares de prescrição e de nulidade. Mérito: voto no sentido de converter a penalidade de multa em advertência, conforme dispõe a IN nº 15 SPC/1997.
CORNÉLIO MEDEIROS PEREIRA (Presidente)	Afasta as preliminares de prescrição e de nulidade. Mérito: "voto pelo conhecimento e provimento do recurso voluntário apresentado pelos recorrentes."

Sustentação Oral: Dr. Fabio Mazzeo Dr. Fábio Junqueira de Carvalho

Resultado: A CRPC, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, afastou as questões preliminares, inclusive quanto à prescrição, vencida a representação das entidades fechadas de previdência complementar. Quanto ao mérito, por maioria, a CRPC deu provimento integral ao recurso, vencidos os Conselheiros Thiago Barros de Siqueira, que lhe dava parcial provimento, apenas para reduzir o valor da multa, e Alfredo Sulzbacher Wondracek e Daniel Pulino, que também davam provimento parcial ao recurso, mas para converter a penalidade pecuniária em advertência. Redigirá a decisão o Conselheiro Emílio Keidann Júnior.


PAULO CÉSAR DOS SANTOS

Presidente-substituto