



Processo nº 44000.002650/2006-69

Auto de Infração nº 18/06-61

Decisão-Notificação nº 21/07-57

RECURSO DE OFÍCIO

Recorrente: **Secretaria de Previdência Complementar – SPC, sucedida pela PREVIC-Superintendência Nacional de Previdência Complementar**

Recorridos: **Nélio Galhardo Peres e Fernando Antônio Hadba**

RECURSO VOLUNTÁRIO

Recorrente: **Boris Galperin, Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues e Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa**

Recorrida: **Secretaria de Previdência Complementar – SPC, sucedida pela PREVIC-Superintendência Nacional de Previdência Complementar**

Entidade interessada: **Fundação SISTEL de Seguridade Social**

Relator: **Conselheiro Emílio Keidann Júnior**

1. RELATÓRIO

Tratam-se de recursos voluntários e de ofício contra a Decisão Notificação nº 21/07-57 que considerou: a) procedente o Auto de Infração nº 18/06-61 em relação aos recorrentes Boris Galperin, Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues e Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa; e b) improcedente o Auto de Infração nº 18/06-61 em relação aos recorridos Nélio Galhardo Peres e Fernando Antônio Hadba.

Em 23 de agosto de 2006, foi lavrado o Auto de Infração nº 18/06-61 (fls. 01 a 05), que entendeu que “a Fundação Sistel de Seguridade Social – SISTEL pagou taxa de performance aos administradores do Fundo de Investimento Financeiro em Desenvolvimento e Consolidação (fundo exclusivo da SISTEL), no dia 12 de janeiro de 2004 no valor de R\$ 107.840,57 (...) e no dia 06 de julho de 2004 no valor de R\$ 1.651.411,70 (...), em desacordo com as normas vigentes à época dos fatos”.

O relatório do auto de infração menciona que, embora o art. 46, inciso I, do regulamento anexo à Resolução CMN 3.121/2003 admita como índice de referência para as carteiras de renda



fixa, para efeito de pagamento e prêmio de performance, a taxa Selic, a taxa CDI-over, o IRF-M e o IMA, o artigo 31 do regulamento do Fundo exclusivo da SISTEL estabelecia que seria cobrado prêmio de performance sobre os resultados do fundo que excederem a valorização do índice composto por 92% do CDI (Certificado de Depósito Interbancário).

De acordo com a autuação, a norma então em vigor não permitiria a utilização de percentual relativo de 92% da taxa de referência, o que teria como consequência o pagamento de um prêmio de performance maior que o permitido e a diminuição da rentabilidade dos investimentos, causando prejuízos à Entidade.

Tal conduta configuraria infração ao artigo 9º, § 1º, da Lei Complementar 109/2001; aos artigos 1º e 46, inciso I, do regulamento anexo à Resolução CMN 3.121/2003; e ao artigo 64 do Decreto 4.942/2003.

No que tange às responsabilidades envolvidas, o auto de infração as imputa aos membros do Comitê de Investimentos existente no âmbito da Diretoria do Plano Telemar, regida por regimento interno específico e responsável pela administração do Plano de Benefícios TELEMARPREV e do Plano de Benefícios PBS – TELEMAR.

Dessa forma, o auto de infração (fl. 05) arrolou os seguintes autuados:

- **Boris Galperin:** Diretor do Plano Telemar e membro do Comitê de Investimentos no período de 29.03.2000 a 31.03.2006;
- **Nélio Galhardo Peres:** Gestor de Planejamento Estratégico e membro do Comitê de Investimentos do Plano Telemar a partir de 07.06.2002;
- **Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues:** Gestor de Controladoria e membro do Comitê de Investimentos do Plano Telemar a partir de 07.06.2002;
- **Fernando Antônio Hadba:** Gestor de Economia e Participações e membro do Comitê de Investimentos do Plano Telemar a partir de 07.06.2002;
- **Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa:** Gestor de Investimento e membro do Comitê de Investimentos do Plano Telemar a partir de 07.06.2002.

O autuado Luiz Eduardo Guimarães, embora com Aviso de Recebimento assinado por terceiro em 29.08.2006 (fl. 22), registra que somente teria sido notificado em 04.09.2006, quando



recebeu comunicação da Fundação Atlântico de Seguridade Social, nova administradora do Plano TELEMARPREV. Dessa forma, o referido autuado, em sua Defesa (fls. 10 a 19) apresentada na data de 20.09.2006, além do referido registro, alegou: a) a inépcia do auto de infração em virtude de inexistência de vedação quanto à conduta tida como infracional; b) a legalidade da taxa de performance calculada sobre 92% do CDI, pois não haveria restrição para o cálculo da performance sobre percentual de índice, o que somente ocorreria se a norma do CMN o tivesse previsto expressamente; c) o princípio segundo o qual as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente; d) o regulamento fundo exclusivo (art. 31, § 4º) trazia condição adicional para o pagamento da performance, qual seja que o valor da cota do fundo superasse também a variação do INPC + 9%, índice superior à meta atuarial do Plano (INPC + 6%); e) a ocorrência de erro de proibição por parte do autuado, caso, por hipótese, houvesse irregularidade em sua conduta; e f) o Comitê de Investimento está destinado a exercer uma função de assessoramento à Diretoria do Plano Telemar, sendo deste o órgão estatutário responsável pelos investimentos do Plano.

O autuado Nelio Galhardo Peres, embora com Aviso de Recebimento assinado por terceiro em 29.08.2006 (fl. 21), registra o posterior recebimento de comunicação da Fundação Atlântico de Seguridade Social, nova administradora do Plano TELEMARPREV, quanto à lavratura do auto de infração em tela, dando-se, assim, por cientificado, independentemente da necessária formalidade de notificação. Dessa forma, o referido autuado, em sua Defesa (fls. 25 a 36) apresentada na data de 26.09.2006, além do referido registro e das mesmas alegações apresentadas pelo autuado anteriormente mencionado, sustentou também: a) o cerceamento de defesa, visto que teria sido impossibilitado de produzir uma defesa plena em virtude do pouco tempo para conseguir acesso a informações sob a guarda da Entidade administradora do Plano; e b) que, em virtude de suas atribuições, não atuava no dia-a-dia da execução ou controle de pagamentos a gestores de investimento.

O autuado Boris Galperin, embora com Aviso de Recebimento assinado por terceiro em 29.08.2006 (fl. 20), registra que somente teria sido informalmente notificado em 12.09.2006, quando recebeu comunicação da Fundação Atlântico de Seguridade Social, nova administradora do Plano TELEMARPREV. Dessa forma, o referido autuado, em sua Defesa (fls. 38 a 55) apresentada em 28.09.2006, além do referido registro e de repisar os mesmos argumentos inseridos na Defesa do autuado Luiz Eduardo Guimarães, alegou, ainda, que: a) haveria nulidade do auto de infração por



conter referência a uma possível cumulação de pena de multa pecuniária com uma pena restritiva de direitos, bem como estariam ausentes requisitos que dão validade ao auto de infração (incorreta identificação do autuado, visto que, além dele, outros 2 autuados estavam identificados com o mesmo CPF; e remessa de todas as vias do auto de infração a um mesmo endereço, o que não supriria a exigência de notificação postal); b) a rentabilidade histórica do fundo exclusivo, já descontadas todas as despesas e encargos, inclusive a taxa de performance, superou largamente o CDI nos exercícios de 2002 a 2005; c) a impossibilidade de cobrança de taxa de performance vinculada a percentuais inferiores a 100% do parâmetro de referência constou apenas do artigo 62, § 1º, inciso II, da Instrução CVM nº 409, de 18.08.2004, editada posteriormente à data dos pagamentos de performance objeto de fiscalização; e d) de qualquer forma, o § 4º do artigo 62 da referida Instrução da CVM permitia que os regulamentos dos fundos exclusivos de investidores qualificados, como é o caso dos fundos de pensão, previssessem a cobrança de taxa de performance diversa daquela prevista no referido artigo.

O autuado Roberto Alexandre de Alencar Quilelli Corrêa, notificado em 04.10.2006, conforme Aviso de Recebimento assinado por terceiro (fl. 63), apresentou sua Defesa (fls. 64 a 73) na data de 20.10.2006, tendo sido alegado: a) que não teria sido individualizada a conduta do autuado nem demonstrada sua culpa e o nexo causal entre a sua ação ou omissão e a conduta tida como infracional; b) a observância do artigo 31 do regulamento do Fundo ao disposto no artigo 46, inciso I, do Regulamento anexo à Resolução CMN 3.121/2003; c) a inexistência, na referida Resolução, de vedação à aplicação de percentual sobre qualquer indicador; d) a existência de condição adicional para o pagamento da taxa de performance (valor da cota do fundo superar INPC + 9%), prevista no § 4º do art. 31 do regulamento do Fundo; e) a informação de que a Fundação Atlântico de Seguridade Social estaria promovendo a alteração do regulamento do fundo visando a sua adaptação, o que evidenciaria a boa-fé e a incessante busca do pleno atendimento às determinações legais em vigor; e f) que, em eventual condenação, a pena aplicável seria a de advertência, em virtude da aplicação de várias atenuantes à conduta do autuado.

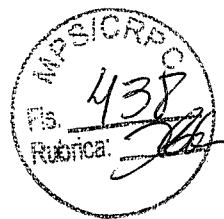
Por fim, o autuado Fernando Antônio Hadba, notificado em 04.10.2006, conforme Aviso de Recebimento assinado por terceiro (fl. 63), apresentou sua Defesa (fls. 76 a 88) na data de 19.10.2006, oportunidade em que: a) trouxe informações detalhadas sobre a estrutura organizacional da SISTEL na época da realização do fato tido como infracional; b) alegou que sua contratação (em 30.09.2002) era posterior à constituição do Fundo (13.12.2001), devendo ser excluído do rol de



arrolados pelo Auto de Infração; c) asseverou que não lhe cabia deliberar sobre o pagamento de taxa de performance aos administradores do Fundo; d) sustentou que qualquer decisão referente à propositura de composição das carteiras, modalidade de investimento, plano de custeio e orçamento eram de responsabilidade exclusiva do Conselho do Plano e do Diretor do Plano; e) alegou que o Comitê de Investimentos não tinha poder decisório; e f) defendeu que não lhe podia ser aplicada responsabilidade objetiva pela conduta tida como infracional. Juntou documentos de fls. 89 a 173. Posteriormente, em 31.01.2007, o autuado juntou Parecer (fls. 177 a 205) elaborado pelo Dr. Carlos Eduardo Bulhões Pedreira, a fim de esclarecer e atestar que o autuado não possuía qualquer tipo de responsabilidade no caso em questão.

A Análise Técnica nº 50/2007/SPC/Gabin, de 11.09.2007 (fl. 206 a 211): a) afastou as alegações de: i) cerceamento de defesa, visto que todos os autuados receberam a cópia da íntegra do auto de infração e formularam minuciosas defesas; e ii) falta de individualização da conduta, visto que a mesma estaria descrita no relatório do auto de infração; b) entendeu que *“a permissão de adoção de qualquer percentual do índice de referência como base para o cálculo da taxa de performance consistiria em desvirtuamento da norma, na medida em que permitiria o afastamento da co-relação que deve existir”* e que *“a adoção de índice inferior ao de referência (CDI) importa em transgressão à norma, na medida em que permite o pagamento da taxa de performance mesmo quando o desempenho é inferior a índices amplamente utilizados para remuneração de títulos de renda fixa, causando diminuição na rentabilidade do investimento”*; c) conseqüentemente, concluiu ter havido a infração ao disposto no artigo 46, inciso I, do regulamento anexo à Resolução CMN 3.121/2003; e d) no que tange à individualização da conduta dos autuados, entendeu: i) serem responsáveis pela conduta infracional os autuados: Boris Galperin (Diretor do Plano), Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli (Gestor de Investimento) e Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues (Gestor de Controladoria); e ii) não serem responsáveis pela infração os autuados: Nélcio Galhardo Peres (Gestor de Planejamento Estratégico) e Fernando Antônio Hadba (Gestor de Economia e Participações).

A Decisão-Notificação nº 21/07-57, de 28.09.2007, (fls. 212 e 213) confirmou a referida Análise Técnica e decidiu:



- a) julgar procedente o Auto de Infração em relação a Boris Galperin, Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa e Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues, aplicando-lhes a multa pecuniária no valor de R\$ 20.000,00;
- b) julgar improcedente o Auto de Infração em relação a Nélcio Galhardo Peres e Fernando Antônio Hadba.

À fl. 221, consta que o Recorrente Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa não foi devidamente notificado da Decisão-Notificação, visto que no envelope correspondente consta a informação “mudou-se”, apresentada pelos Correios. De qualquer forma, em 20.11.2007, consta o protocolo do Recurso (fls. 226 a 242) pelo referido Recorrente, oportunidade em que o mesmo registra que teria sido intimado apenas em 05.11.2007. Em suas razões, além de repisar os argumentos da Defesa, alega ainda: a) a inexigibilidade de conduta diversa, visto que o recorrente não teve qualquer participação na criação do Regulamento do Fundo, inclusive do seu artigo 31, que trata da taxa de performance; b) que o recorrente optou por cumprir o disposto no Regulamento do Fundo acreditando em sua inquestionável legalidade, vez que o mesmo foi previamente aprovado pela Comissão de Valores Mobiliários e não era sua atribuição alterar as cláusulas do Regulamento do referido Fundo; c) o Regimento Interno no Plano Telemar não era do seu conhecimento e não foi aprovado pelo conselho deliberativo da SISTEL, devendo ser desconsiderado; e d) a responsabilidade pela realização dos pagamentos era do Diretor do Plano, pois a ele era atribuído poder decisório. O referido Recorrente recolheu o depósito recursal (fl. 243).

O recorrente Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues, apesar da assinatura de terceiro ao Aviso de Recebimento na data de 18.10.2007 (fl. 225), alega ter tomado ciência da Decisão-Notificação no dia seguinte (19.10.2007), tendo juntado cópia do envelope (fl. 261) que comprova o carimbo da Fundação Atlântico de Seguridade Social na data de 19.10.2007. Dessa forma, além do referido registro, no Recurso apresentado em 05.11.2007 (fls. 245 a 257), o referido recorrente repisa os argumentos de sua Defesa, acrescentando que: a) somente no artigo 47 da Resolução CMN 3.456/2007 foi inserida regra condicionando o pagamento de taxa de performance apenas quando o resultado do fundo superar, no mínimo, 100% do índice de referência; b) o atendimento às normas da CVM (Instrução 409, de 18.08.2004); e c) o recorrente não descumpriu o disposto no Regimento Interno da Diretoria do Plano Telemar quanto ao fato tido como infracional. O recorrente realizou depósito recursal (fl. 263) e apresentou documentos (fls. 264 a 303).



O recorrente Boris Galperin, notificado em 18.10.2007, mediante a assinatura de terceiro ao Aviso de Recebimento (fl. 223), alega que o protocolo do recurso poderia ocorrer até 05.11.2007, o que seria corroborado pela aplicação da regra do prazo comum (§ 3º do artigo 28 do Decreto 4.942/2003). Assim, o referido recorrente, no Recurso protocolado em 05.11.2007 (fls. 304 a 316), além do referido registro quanto à tempestividade do recurso, apresentou argumentos muito semelhantes aos propostos pelo recorrente Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues. O recorrente Boris Galperin realizou depósito recursal (fl. 320) e apresentou documentos (fls. 321 a 360).

A Análise Técnica nº 38/2008/SPC/GAB/AG, de 26.03.2008 (fl. 361), reiterou os termos da Decisão-Notificação recorrida.

É o relatório.



Processo nº 44000.002650/2006-69

Auto de Infração nº 18/06-61

Decisão-Notificação nº 21/07-57

RECURSO DE OFÍCIO

Recorrente: **Secretaria de Previdência Complementar – SPC, sucedida pela PREVIC-Superintendência Nacional de Previdência Complementar**

Recorridos: **Nélio Galhardo Peres e Fernando Antônio Hadba**

RECURSO VOLUNTÁRIO

Recorrente: **Boris Galperin, Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues e Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa**

Recorrida: **Secretaria de Previdência Complementar – SPC, sucedida pela PREVIC-Superintendência Nacional de Previdência Complementar**

Entidade interessada: **Fundação SISTEL de Seguridade Social**

Relator: **Conselheiro Emílio Keidann Júnior**

2. VOTO

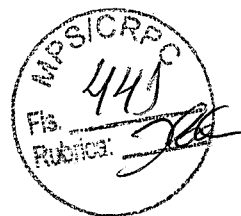
2.1. TEMPESTIVIDADE

Dois dos três Recorrentes foram notificados da Decisão-Notificação nº 21/07-57, de 28.09.2007, nas seguintes datas: Boris Galperin (18.10.2007, fl. 223) e Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues (18.10.2007, fl. 225).

Os Recursos dos aludidos Recorrentes foram protocolados em 05.11.2007. Logo, considerando o feriado nacional do dia 02.11.2007 e as regras de contagem de prazo previstas no artigo 28, § 1º, do Decreto 4.942/2003, os referidos Recursos são manifestamente tempestivos, visto que protocolados no prazo de 15 (quinze) dias previsto no artigo 13 do Decreto 4.942/2003.

No que tange ao Recorrente Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa, vale registrar que:

- à fl. 221, consta que o Recorrente não foi devidamente notificado da Decisão-Notificação, visto que no envelope correspondente consta a informação “mudou-se”, apresentada pelos Correios;



- nos autos, não consta nenhum outro envelope ou Aviso de Recebimento a respeito da notificação do Recorrente;
- o Recorrente declara em seu Recurso (fl. 230) que “foi intimado, em 5 de novembro de 2007, quando do recebimento da Decisão-Notificação nº 21/07-57 (...)”;
- à fl. 244, consta envelope, postado em 19.11.2007, contendo o encaminhamento do recurso voluntário pelo referido Recorrente.
- à fl. 226, consta o protocolo do Recurso, em 20.11.2007, mediante carimbo do Ministério da Previdência Social.

Dessa forma, considerando que não há, nos autos, informação ou documento que contraponha a declaração do Recorrente, entendemos que o seu Recurso também deve ser recebido como tempestivo, visto que postado (e, no caso, protocolado) dentro do prazo de 15 (quinze) dias após a respectiva notificação.

2.2. MÉRITO

Ementa: ORGÃO SEM PREVISÃO ESTATUÁRIA, CUJA CRIAÇÃO NÃO DECORREU DE ATO DO CONSELHO DELIBERATIVO. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DOS SEUS MEMBROS. TAXA DE PERFORMANCE PAGA SOBRE RESULTADO INFERIOR A 100% DO ÍNDICE DE REFERÊNCIA, DEVIDAMENTE CONTRATADA NO REGULAMENTO DO FUNDO DE INVESTIMENTO. OFENSA AO ARTIGO 46, INCISO I, DO REGULAMENTO ANEXO À RESOLUÇÃO CMN 3.121/2003 NÃO CONFIGURADA. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. 1) Não tendo o Comitê de Investimentos qualquer previsão estatutária e não tendo sido o mesmo criado por ato do Conselho Deliberativo da Entidade, conforme expressamente determina o seu Estatuto, os seus membros não têm responsabilidade pelos investimentos do Plano, sendo considerado apenas como órgão auxiliar do Diretor do Plano, porém, sem poder de deliberação. 2) O pagamento de taxa de performance sobre o resultado do fundo de investimento exclusivo que superar 92% do CDI, devidamente contratada no Regulamento do referido Fundo, não consiste em ofensa ao artigo 46, inciso I, do Regulamento anexo à Resolução CMN 3.121/2003, visto que a vedação ao pagamento de taxa de performance sobre resultado inferior a 100% do índice de referência deve ser expressa, o que ocorreu apenas na Resolução 3.456/2007 e na Resolução 3.792/2009, posteriores à prática do ato objeto do auto de infração. 3. As informações trazidos aos autos, não refutadas ou questionadas pela Decisão-Notificação, no que tange ao resultado financeiro líquido do Fundo, apurado após o pagamento da taxa de performance, ter sido superior à meta atuarial do Plano de Benefícios e ao próprio CDI, afastam a alegação de prejuízo.



O Auto de Infração e a Decisão-Notificação acusam os recorrentes de descumprirem o disposto no artigo 46, caput e inciso I, do regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121/2003 ao pagarem taxa de performance ao gestor do Fundo de Investimento Financeiro em Desenvolvimento e Consolidação (fundo exclusivo da SISTEL), nos dias 12.01.2004 e 06.07.2004, nos termos previstos no artigo 31 do regulamento do referido Fundo, que estabelecia o pagamento da taxa de performance semestral sempre que os resultados do fundo excedessem à valorização do índice composto por 92% do CDI. A autuação considerou que não seria permitido o pagamento de taxa de performance quando o resultado do Fundo fosse inferior a 100% do índice de referência.

Conforme definido na Decisão-Notificação (fl. 208), a taxa de performance *“trata-se de uma taxa devida sempre que o valor dos resultados do fundo ou da carteira excederem a valorização do índice de referência e superarem o valor verificado na data em que tenha havido a última cobrança. Pode-se dizer que equivale a um prêmio, pago em função do desempenho do fundo ou carteira administrada considerado satisfatório”*.

Entendemos que a apreciação do objeto da autuação deve ser efetuado por meio da análise das condutas envolvidas, individualizadas nos termos a seguir expostos.

A) RESPONSABILIDADE DOS RECORRENTES LUIZ EDUARDO GUIMARÃES RODRIGUES (GESTOR DE CONTROLADORIA) E ROBERTO ALEXANDRE DE ALENCAR ARARIPE QUILELLI CORRÊA (GESTOR DE INVESTIMENTO)

Registre-se, inicialmente, que, quando da prática dos atos tidos como infracionais, a SISTEL vivenciava um contexto organizacional diferenciado, visto que, no período pós-privatização do Sistema Telebrás, cada empresa oriunda da cisão do referido Sistema tornou-se patrocinadora de um plano de previdência complementar voltado exclusivamente para os seus empregados. Logo, criou-se, naquela oportunidade uma maior segregação entre os referidos planos, o que consistiu em etapa preliminar para as posteriores transferências de gerenciamento de planos ocorridas, oportunidade em que vários dos planos de benefícios então administrados pela SISTEL passaram a ser administrados por Entidades criadas especificamente para esse fim. É um exemplo desse fenômeno o Plano TELEMARPREV, cuja gestão foi transferida para a Fundação Atlântico de Seguridade Social, conforme explicitado nos autos.



No ano de 2004, porém, o Estatuto então vigente da Fundação SISTEL de Seguridade Social, juntado aos autos por vários dos autuados, previa o seguinte:

“Art. 29 - São responsáveis pela administração e fiscalização da FUNDAÇÃO a Assembléia de Representantes, o Conselho Deliberativo, o Conselho Fiscal, a Diretoria Executiva e as Diretorias de Planos.” (grifo nosso)

Assim, a figura da Diretoria de Plano, segregada da própria Diretoria-Executiva da SISTEL, foi criada exatamente no contexto acima mencionado. Logo, é inconteste que a Diretoria do Plano TELEMARPREV, naquele momento, consistia em um órgão estatutário da SISTEL.

A condição de órgão estatutário da SISTEL e de sua subordinação ao Conselho Deliberativo da Entidade ficavam evidentes nos seguintes dispositivos estatutários:

“Art. 46 – As Diretorias de Plano serão as responsáveis pela gestão dos planos de patrocinadores, sendo que cada patrocinador ou grupo de patrocinadores estarão formalmente obrigados a designar o respectivo Diretor, sujeita a designação à homologação pelo Conselho Deliberativo.

(...)

Parágrafo 5º - Mediante disposição fundamentada do Diretor Presidente, o Conselho Deliberativo poderá destituir, a qualquer tempo, o Diretor de Plano, devendo, neste caso, a indicação de novo Diretor ocorrer no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sendo que neste período o Diretor Presidente da FUNDAÇÃO responderá pela Diretoria.” (grifo nosso)

O Estatuto da SISTEL, no entanto, delegou ao Regimento Interno da Entidade a função de complementar as funções dos seus órgãos estatutários, nos seguintes termos:

“Art. 48 – O Regimento Interno da FUNDAÇÃO complementar as atribuições dos Órgãos Estatutários, disciplinar os procedimentos e demais critérios para a indicação e escolha dos seus membros e, ainda, definirá as demais condições necessárias ao funcionamento dos mencionados órgãos.”

Dessa forma, o detalhamento do funcionamento de cada órgão estatutário da SISTEL deveria constar de um único Regimento Interno da Entidade, cuja aprovação ficou a cargo do seu Conselho Deliberativo, conforme previsto no próprio Estatuto, a conferir:

“Art. 50 – Compete ao Conselho Deliberativo decidir sobre as seguintes matérias:

(...)

X – aprovar a organização funcional e estrutural da FUNDAÇÃO;

(...)



XII – aprovar o Regimento Interno da FUNDAÇÃO;

XIII – casos omissos deste Estatuto e dos Regulamentos dos Planos de Benefícios e do Regimento Interno da FUNDAÇÃO;

XIV – outras matérias, de acordo com o Regimento Interno da FUNDAÇÃO.

(grifo nosso)

Na verdade, era de competência do Conselho Deliberativo da SISTEL não só aprovar o seu Regimento Interno como também aprovar a organização funcional e estrutural da Entidade.

Assim, nenhuma atribuição adicional à Diretoria do Plano TELEMARPREV ou mesmo a criação e definição de competências de órgãos de assessoramento ou orientação à referida Diretoria poderia ocorrer senão mediante expressa aprovação do Conselho Deliberativo da Entidade.

No que tange às atribuições de Diretores de Planos, o Estatuto da SISTEL mencionava que:

“Art. 54 - Compete aos Diretores de Planos, respeitada a sua área de atuação:

I – elaborar o seu plano de custeio e submetê-lo ao Conselho Deliberativo;

II - elaborar o orçamento, o plano de ação e o plano diretor para aplicação do patrimônio, submetendo-os à Diretoria Executiva, para que verifique a obediência aos preceitos normativos e legais, e dando conhecimento ao Conselho Deliberativo;

III – prestar informações à Diretoria-Executiva para elaboração do relatório anual, demonstrativos de resultados atuariais, demonstrações contábeis e prestação de contas do exercício;

IV – submeter ao Conselho Deliberativo, para homologação, proposta de alienação de bens imóveis relacionados aos planos por ela administrados, bem como constituição de ônus ou direitos reais sobre eles;

V – apresentar os casos omissos dos Regulamentos dos seus planos, para deliberação pelo Conselho Deliberativo;

(...)

XI – outras atribuições, de acordo com o Regimento Interno da FUNDAÇÃO.

(grifo nosso)

Do referido dispositivo estatutário também se depreende que as funções da Diretoria do Plano TELEMARPREV somente poderiam ser detalhadas no Regimento Interno da Entidade, desde que aprovado por seu Conselho Deliberativo.

Portanto, fica claro que a Diretoria do Plano TELEMARPREV consistia em órgão organizacional da SISTEL previsto expressamente em seu Estatuto, cujas atribuições, previstas estatutariamente, somente poderiam ser detalhadas no Regimento Interno da Entidade que deveria



ser aprovado por seu Conselho Deliberativo.

Conseqüentemente, não há dúvidas de que nenhum órgão de assessoramento ou mesmo de orientação às Diretorias de Plano poderia ser criado sem a aprovação do Conselho Deliberativo, visto que também era atribuição deste aprovar a organização funcional e estrutural da Entidade, o que, obviamente, incluiria a criação de outros órgãos de deliberação ou assessoramento não previstos no Estatuto da SISTEL.

Nos autos, pelo menos nas Defesas dos autuados Luiz Eduardo (fl. 19), Nélcio (fl. 29) e Boris (fl. 46), constou expressamente a informação de que o Regimento Interno do Plano Telemar não foi aprovado pelo Conselho Deliberativo da Fundação SISTEL de Seguridade Social. Tal informação não foi contestada pela fiscalização ou mesmo pela Decisão-Notificação.

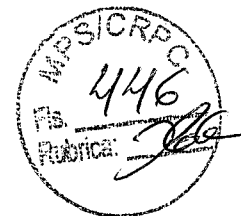
Na verdade, ao menos nas Defesas dos autuados Luiz Eduardo (fl. 18), Nélcio (fl. 28) e Boris (fl. 45), ficou assentado que o referido Regimento Interno foi aprovado pelo Conselho do Plano Telemar na data de 07.06.2002.

Ocorre que o Conselho do Plano Telemar não consistia em órgão estatutário da SISTEL. Dos autos não é possível saber se o mesmo constou do Regimento Interno da Entidade ou mesmo se este chegou a existir.

De qualquer forma, mesmo que, por hipótese, se considerasse a existência do Regimento Interno da Entidade e lá contivesse previsão expressa sobre a criação do órgão não estatutário representando pelo Conselho do Plano Telemar, não poderia este aprovar Regimento Interno disciplinando as atribuições e o funcionamento da Diretoria do Plano TELEMARPREV, muito menos criar órgãos de assessoramento, como seria o caso do Comitê de Investimentos aludido nos autos.

Isso porque, nos termos do Estatuto da SISTEL (artigo 50, incisos X e XII, e artigo 54, inciso XI), tal função caberia exclusivamente ao seu Conselho Deliberativo, não havendo, nos autos, nenhuma comprovação de que isso tenha ocorrido.

Dessa forma, do ponto de vista legal e estatutário, não é possível conferir nenhuma responsabilidade aos membros do Comitê de Investimentos do Plano TELEMARPREV, visto que o mesmo não consistia em órgão estatutário na medida em que a sua criação não obedeceu aos trâmites expressa e inequivocamente previstos em Estatuto.



Logo, o Comitê de Investimentos, formado por todos os autuados arrolados no Auto de Infração, somente pode ser compreendido como um órgão de assessoramento interno da Diretoria do Plano TELEMARPREV, não responsável por qualquer deliberação envolvendo os investimentos do referido plano de benefícios.

Nesse contexto, o único órgão estatutário responsável pelos investimentos do Plano TELEMARPREV era o próprio Diretor do referido Plano, cuja responsabilidade, além dos dispositivos estatutários anteriormente mencionados, constava expressamente do seguinte:

“Art. 55 - O Diretor de Plano responde pessoalmente e solidariamente com os patrocinadores do plano por ele administrado, seja por ato comissivo ou omissivo, dolo ou culpa, por eventuais prejuízos causados ao plano, aos seus participantes e a terceiros, decorrentes do descumprimento de leis, normas, instruções e demais disposições legais e regulamentares referentes às suas atribuições estatutárias e, em especial, pela falta de constituição das reservas obrigatórias.” (grifo nosso)

Portanto, considerando que os Recorrentes Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues (Gestor de Controladoria) e Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa (Gestor de Investimento) integravam o Comitê de Investimentos do Plano TELEMARPREV, órgão sem qualquer previsão estatutária, não criado por ato do Conselho Deliberativo da Entidade, e, conseqüentemente, desprovido de qualquer competência deliberativa sobre o assunto objeto dos autos, podendo ser considerado, no máximo, como órgão de mero assessoramento do Diretor do Plano, entendemos que não há como imputar-lhes a responsabilidade pela prática dos atos tidos como infracionais pela autuação.

No que tange ao Recorrente Boris Galperin, Diretor do Plano TELEMARPREV, único responsável estatutariamente pela gestão dos investimentos do referido Plano, a sua conduta deve ser analisada no contexto legal, infralegal e contratual em que se deram os atos objeto do Auto de Infração.

No entanto, o tópico a seguir também poderá alcançar os Recorrentes Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues (Gestor de Controladoria) e Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa (Gestor de Investimento), caso, por hipótese, a posição adotada neste tópico seja vencida.



B) RESPONSABILIDADE DO RECORRENTE BORIS GALPERIN (DIRETOR DO PLANO TELEMARPREV)

Inicialmente, convém analisar o dispositivo da Resolução CMN 3.121/2003, tido como infringido pela fiscalização, a seguir transcrito:

“Art. 46. Relativamente à aplicação de recursos em quotas de fundos de investimento ou por meio de carteiras administradas, pode ser paga taxa de performance, com periodicidade mínima semestral ou no momento do resgate e exclusivamente em espécie, à vista, baseada no desempenho do fundo ou da carteira administrada e obtida segundo critérios estabelecidos de acordo com a regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários, devida sempre que o valor dos resultados do fundo ou da carteira excederem a valorização do índice de referência e superarem o valor verificado na data em que tenha havido a última cobrança, corrigido pelo índice de referência, observado o seguinte:

I - os índices de referência admitidos para as carteiras de renda fixa são a taxa Selic, a taxa CDI-over e o IRF-M, ou outros índices aprovados por decisão conjunta da Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social e do Banco Central do Brasil;

(...)” (grifo nosso)

Assim, no referido dispositivo consta que a taxa de performance somente poderia ser paga ao gestor do fundo de investimento, com periodicidade mínima semestral, quando o resultado do fundo exceder a valorização de índice de referência, no caso, o CDI-over.

No entanto, não há, no referido dispositivo, restrição para que a taxa de performance seja calculada sobre percentual desse índice.

E, com base no princípio constitucional da legalidade (artigo 5º, inciso II), no âmbito privado, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Logo, se era vontade do legislador que o referido dispositivo normativo vedasse a aplicação de percentual sobre o índice de referência, tal vedação, por ser considerada uma restrição ao direito individual, deveria ser expressa e inequívoca, sob pena de ofender o aludido princípio da legalidade.

Isso porque, tal como alegado em várias Defesas e Recursos, deve ser observado o princípio segundo o qual as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, princípio este de aceitação universal, não sendo necessário tecer maiores esclarecimentos sobre o mesmo.



Assim, não por acaso, a Resolução CMN nº 3.456, de 2007, trouxe o seguinte tratamento sobre o assunto:

“Art. 47. Relativamente à aplicação de recursos garantidores do plano de benefícios em cotas de fundos de investimento ou por meio de carteiras administradas, pode ser paga taxa de performance, com periodicidade mínima semestral ou no momento do resgate e exclusivamente em espécie, à vista, baseada no desempenho do fundo ou da carteira administrada e obtida segundo critérios estabelecidos de acordo com a regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários, devida sempre que o valor dos resultados do fundo ou da carteira excederem a valorização de, no mínimo, 100% (cem por cento), do índice de referência e superarem o valor nominal da aplicação inicial ou o valor do investimento na data em que tenha havido a última cobrança, observado o seguinte:

I – os índices de referência admitidos para as carteiras de renda fixa são a taxa Selic, a taxa DI-Cetip, o IMA e seus sub-índices ou outros índices aprovados por decisão conjunta da Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social e da Comissão de Valores Mobiliários;
(...)” (grifo nosso)

De forma semelhante, a atual regulamentação do Conselho Monetário Nacional, a Resolução nº 3.792, de 24 de setembro de 2009, estabelece que:

“Art. 51. A aplicação de recursos pela EFPC em fundos de investimentos ou em carteiras administradas, quando os regulamentos ou contratos contenham cláusulas que tratem de taxa de performance, está condicionada a que o pagamento da referida taxa atenda às seguintes condições:

I - rentabilidade do investimento superior a valorização de, no mínimo, cem por cento do índice de referência;

II - montante final do investimento superior ao capital inicial da aplicação ou ao valor do investimento na data do último pagamento;

III - periodicidade, no mínimo, semestral;

IV - forma exclusivamente em espécie; e

V - conformidade com as demais regras aplicáveis a investidores que não sejam considerados qualificados, nos termos da regulamentação da CVM.”

(grifo nosso)

Logo, se o legislador entendeu como necessário modificar o regramento sobre o assunto por meio dos dispositivos acima transcritos é porque realmente o dispositivo anterior - art. 46, inciso I, da Resolução CMN 3.121/2003 - vigente na época da prática dos atos objeto do Auto de Infração, não era suficientemente claro sobre o assunto, de forma que, para que a vedação fosse configurada, foi necessária a sua previsão expressa e inequívoca nas normas que se seguiram posteriormente.



Adicionalmente, tal como mencionado nas Defesas e Recursos, merece registro também o disciplinamento que a Comissão de Valores Mobiliários conferiu ao assunto, nos termos da Instrução nº 409, de 18 de agosto de 2004:

“Art. 62. O regulamento poderá estabelecer a cobrança da taxa de performance, ressalvada a vedação de que tratam os arts. 93, 94 e 95.

§ 1º A cobrança da taxa de performance deve atender aos seguintes critérios:

I – vinculação a um parâmetro de referência compatível com a política de investimento do fundo e com os títulos que efetivamente a compoñham;

II – vedação da vinculação da taxa de performance a percentuais inferiores a 100% do parâmetro de referência;

III - cobrança por período, no mínimo, semestral; e

*IV – cobrança após a dedução de todas as despesas, inclusive da taxa de administração.
(....)*

§ 4º Os fundos destinados exclusivamente a investidores qualificados podem cobrar taxa de performance de acordo com o que dispuser o seu regulamento, estando dispensados de observar o disposto neste artigo.” (grifo nosso)

Do referido dispositivo, depreende-se que a referida vedação, aplicável a partir de agosto/2004, data posterior ao pagamento das taxas de performance questionadas no Auto de Infração, não alcançaria fundos de investimento exclusivos de investidores qualificados, rol em que se inserem os fundos de pensão, nos termos do seguinte dispositivo da própria Instrução 409/2004:

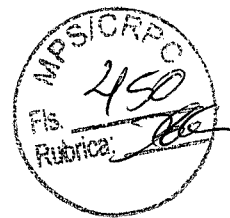
“Art. 109. Para efeito do disposto no artigo anterior, são considerados investidores qualificados:

(...)

III – entidades abertas e fechadas de previdência complementar;”

Dessa forma, concluímos que, quando do pagamento das taxas de performance – 12.01.2004 e 06.07.2004 - ao gestor do Fundo de Investimento Financeiro em Desenvolvimento e Consolidação (fundo exclusivo da SISTEL), inexistia a vedação para a seguinte previsão constante do Regulamento do referido Fundo:

“Artigo 31 – Além da Taxa de Administração, o ADMINISTRADOR receberá honorários de performance semestrais baseados no desempenho do FUNDO (“Taxa de Performance”) calculados sobre o valor dos resultados do FUNDO que excederem a valorização do índice composto por 92% do CDI (Certificado de Depósito Interbancário), utilizando o critério conhecido como “water Mark”, calculados conforme descrito abaixo: (...)” (grifo nosso)



Tal taxa de performance representava um percentual do valor que ultrapassasse o índice composto de 92% do CDI, nos termos previstos nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo 31 acima transcrito.

Ademais, conforme mencionado em alguns Recursos, é relevante analisar o seguinte parágrafo do aludido dispositivo contratual:

“§ 4º. O pagamento da TP (honorários de performance) só deverá ocorrer, se o valor da cota do FUNDO, no dia do pagamento da TP, for superior (i) ao valor da cota do FUNDO no último dia útil do último PAP (período de avaliação de performance) em que teve pagamento de TP, com exceção da TP devida no primeiro PAP, e (ii) ao valor da cota inicial do FUNDO corrigida pela variação do índice composto por INPC mais 9% ao ano.” (grifo nosso)

Dessa forma, para o pagamento da taxa de performance, não bastava que o resultado do Fundo fosse maior que 92% do CDI, pois o mesmo deveria superar também a variação do INPC + 9% do período, índice superior à meta atuarial do Plano, então fixada em INPC + 6% ao ano.

Assim, não nos parece que a taxa de performance fosse inadequada, visto que, para um investimento da carteira de renda fixa, havia a garantia de que nenhum honorário de performance seria pago sem que o Fundo verificasse um resultado 3% superior à própria meta atuarial do Plano.

Na verdade, conforme mencionado na Defesa do autuado Boris Galperin (fl. 49), “a rentabilidade histórica do Fundo, já descontadas todas as despesas e encargos, inclusive a taxa de performance questionada pela douta fiscalização, superou largamente em todos os exercícios a variação do CDI, como se verifica abaixo:

MOMENTO	% DA VARIAÇÃO ACUMULADA DO CDI
31.12.2002	145,10%
30.12.2003	108,04%
30.07.2004	118,74%
30.01.2005	117,07%

(...)”

E tal argumento não foi refutado ou questionado pela Decisão-Notificação, de forma que, sendo incontroverso, não nos parece razoável a alegação do Auto de Infração de que o pagamento da taxa de performance em tela teria gerado prejuízo à Entidade. Isso demonstra que, observadas as condicionantes regulamentares (92% do CDI e INPC + 9%), o pagamento de taxa



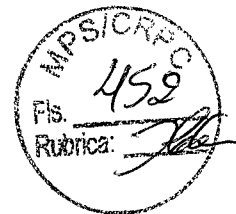
performance não foi prejudicial ao Fundo, visto que o seu resultado financeiro líquido superou com folga não só a meta atuarial do Plano de Benefícios como também o próprio CDI.

Por todo o exposto, entendemos que o Sr. Boris Galperin, na condição de Diretor do Plano TELEMARPREV, no que tange ao pagamento de performance ao administrador de seu fundo exclusivo, no período verificado pela fiscalização, não infringiu o disposto no art. 46, inciso I, da Resolução CMN 3.121/2003, bem como não ficou configurado nos autos qualquer prejuízo ao Plano Telemar em virtude dos referidos pagamentos.

Por fim, no que tange ao Recurso de Ofício referente aos autuados Nélcio Galhardo Peres (Gestor de Planejamento Estratégico) e Fernando Antônio Hadba (Gestor de Economia e Participações), membros do Comitê de Investimentos criado pelo Regimento Interno do Plano Telemar, além dos próprios argumentos da Decisão-Notificação para considerar o Auto de Infração improcedente em relação a eles, ora corroborados, somam-se os argumentos apresentados nos dois tópicos deste voto, pelo que não vislumbramos motivos para a revisão da Decisão-Notificação quanto aos referidos autuados.

Pelo exposto, nosso voto é no sentido de:

- a) conhecer e dar provimento aos recursos voluntários de Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues e Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa, para reformar a Decisão-Notificação nº 21/07-57, a fim de considerar improcedente, em relação a eles, o Auto de Infração nº 18/06-61, visto que os mesmos eram membros do Comitê de Investimentos previsto no Regimento Interno do Plano Telemar, órgão sem qualquer previsão estatutária, não criado pelo Conselho Deliberativo da Entidade, e, conseqüentemente, desprovido de qualquer competência deliberativa sobre o assunto objeto dos autos;
- b) conhecer e dar provimento ao recurso de Boris Galperin, para reformar a Decisão-Notificação nº 21/07-57, a fim de considerar improcedente, em relação a ele, o Auto de Infração nº 18/06-61, visto que, conforme anteriormente exposto, inexistiu a apontada infração ao artigo 46, inciso I, do regulamento anexo à Resolução 3.121/2003 e não foi comprovado prejuízo ao Plano de Benefícios e seus Participantes;



- c) conhecer e negar provimento ao recurso de ofício em relação aos recorridos Nélio Galhardo Peres e Fernando Antônio Hadba, mantendo-se a Decisão-Notificação que considerou improcedente o Auto de Infração em relação a eles, seja pelos motivos apresentados pela própria Decisão-Notificação, seja pelos argumentos anteriormente expostos.

É como voto.

Brasília, 15 de setembro de 2010.

Conselheiro EMÍLIO KEIDANN JÚNIOR

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 7ª Reunião Extraordinária - 15 de setembro de 2010

Relator/Conselheiro: EMÍLIO KEIDANN JÚNIOR

Processo: 44000.002650/2006-69

Recorrente: Secretaria de Previdência Complementar, Boris Galperin, Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa e Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues

Recorrido: Nélio Galhardo Peres e Fernando Antônio Hadba

Entidade: Fundação SISTEL de Seguridade Social

Auto de Infração nº: 18/06-61

Decisão Notificação nº: 21/07-57

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 de R\$ 20.000,00 para Boris Galperin, Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues, Roberto Alexandre Corrêa. E julga improcedente Para Nélio Galhardo Peres e Fernando Antonio Hadba

Voto do Relator: "... a) conhecer e dar provimento aos recursos voluntários de Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues e Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa, para reformar a Decisão-Notificação nº 21/07-57, a fim de considerar improcedente, em relação a eles, o Auto de Infração nº 18/06-61....."

"...b) conhecer e dar provimento ao recurso de Boris Galperin, para reformar a Decisão-Notificação nº 21/07-57, a fim de considerar improcedente..."

"...c) conhecer e negar provimento ao recurso de ofício em relação aos recorridos Nélio Galhardo Peres e Fernando Antônio Hadba, mantendo-se a Decisão-Notificação que considerou improcedente o Auto de Infração em relação a eles, seja pelos motivos apresentados pela própria Decisão-Notificação, seja pelos argumentos anteriormente expostos..."

Representantes	Votos
ANTÔNIO BRÁULIO DE CARVALHO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Em relação ao recorrentes Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues e Roberto Alexandre, acompanha o voto do relator no sentido de entender que os gestores de plano teriam uma responsabilidade limitada. Ao recorrente Boris Galperin transforma a multa em advertência. Negando provimento ao recurso de ofício.
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto do relator em relação aos recursos do Luiz Eduardo Guimarães Rodrigues e Roberto Alexandre. Ao recorrente Boris Galperin transforma a multa em advertência. Negando provimento ao recurso de ofício.
DANIEL PULINO (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Nega provimento aos recursos mantendo a decisão recorrida. Nega provimento ao recurso de ofício.
ALFREDO SULZBACHER WONDRAK (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto do Relator em relação à responsabilização dos três autuados. Nega provimento ao recurso de ofício.
MARIA BATISTA DA SILVA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto do relator em relação à responsabilização dos três autuados. Nega provimento ao recurso de ofício.
CORNÉLIO MEDEIROS PEREIRA (Presidente)	Nega provimento aos recursos mantendo a decisão recorrida. Nega provimento ao recurso de ofício.

Sustentação Oral: Dra. Lara Corrêa Sabino e Dra. Priscilla Bragança D'Aguilar

Resultado: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC, conhece dos recursos voluntários e de ofício. Por maioria de votos, a CRPC, no mérito, dá provimento aos recursos voluntários. Vencidos os votos do Membro Daniel Pulino e do Sr. Presidente que votavam no sentido de negar-lhe provimento. Vencidos ainda, em parte, os Membros Antônio Bráulio de Carvalho e Luiz Gonzaga Marinho Brandão, que votavam no sentido de converter a pena de multa em advertência em relação ao recorrente Boris Galperin, e por unanimidade, a CRPC negou provimento ao recurso de ofício interposto pela Secretaria de Previdência Complementar.

Brasília, 15 de setembro de 2010.


CORNÉLIO MEDEIROS PEREIRA
Presidente