



Auto de Infração nº 26/06-90

Processo nº 44000.002934/2006-55

Recurso Voluntário

Recorrentes: Zael Diógenes Moreira

Fausto Feliciano Filho

Suely Ferreira Pedro Silva

Recorrida: Secretaria de Previdência Complementar – SPC

Relator: Luiz Gonzaga Marinho Brandão

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário (fls. 142 a 154) interposto, em conjunto, pelos Recorrentes (i) Zael Diógenes Moreira, (ii) Fausto Feliciano Filho e (iii) Suely Ferreira Pedro Silva contra Decisão-Notificação nº 22/07-10 da Secretaria de Previdência Complementar, de 28.09.2007, (fls. 135 a 136), que julgou procedente o Auto de Infração nº 26/06-90, de 14.09.2006, ("AI"), em que foi verificado que os Recorrentes teriam aplicado os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, tendo por enquadramento legal o artigo 9º, § 1º da Lei Complementar nº 109 de 29.05.2001, inciso II do artigo 43 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.829, de 30.03.2001 e inciso IV do artigo 37 do Decreto nº 4.206, de 23.04.2002 e artigo 64 do Decreto nº 4.942 de 30.12.2003. A referida Decisão-Notificação aplicou a cada um dos Recorrentes a pena de multa pecuniária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos da Análise Técnica nº 51/2007/SPC/Gabin (fls. 125 a 134).

O relatório (fls. 04 a 06) que acompanha o AI sustenta que a entidade Fundação COMPESA de Previdência e Assistência – COMPREV ("COMPREV") concedeu empréstimos a participantes em taxas inferiores ao estabelecido

Luiz



como taxa mínima atuarial, em desacordo, com o disposto no artigo 43, inciso II do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 2.829, de 30.03.2001.

Sustenta a acusação que a COMPREV, administradora de um único Plano de Benefícios Previdenciários, estruturado na modalidade Benefício Definido, instituiu o regulamento de empréstimo a participantes pela Instrução de Serviços nº 03/91, com vigência a partir de 01.09.1991.

Conforme esse regulamento, o saldo devedor era atualizado mensalmente de acordo com o índice da Taxa Referencial ("TR") do primeiro dia de cada mês, acrescido de taxa de juros de 12% (doze por cento) ao ano, em regime de capitalização composta, que corresponde à taxa de 0,9489% ao mês.

Em razão de dessa forma de atualização, nos anos de 2001 e 2002 a rentabilidade obtida no segmento de empréstimo a participantes pela COMPREV ficou abaixo da meta atuarial. Na taxa acumulada para o ano de 2001, a rentabilidade obtida foi de 14,56%, enquanto a meta atuarial foi de 16,01%. Para o ano de 2002, a rentabilidade obtida foi de 15,14% enquanto a meta atuarial foi de 21,62%.

Assim, o relatório concluiu que os Autuados "ao realizar operações de empréstimos a participantes em taxas que expressaram rentabilidade inferior à taxa mínima atuarial do respectivo plano de benefícios, os administradores da COMPREV agiram com negligência, ao deixarem de observar as diretrizes da Resolução do Conselho Monetário Nacional".

Sustenta o relatório que toda a Diretoria Executiva da entidade seria responsável pela aplicação dos recursos garantidores, pelo acompanhamento destes, bem como pela fiscalização e verificação da aderência dos normativos aos normativos aplicáveis. Portanto, nos termos do artigo 22 da Lei Complementar deveriam ser responsabilizados (i) o Diretor Presidente, (ii) o Diretor Administrativo-Financeiro e administrador estatutário tecnicamente qualificado e (iii) a Diretora de Seguridade.

Assim, individualmente, as imputações do AI são:



Zael Diógenes Moreira (Diretor Presidente) infração cometida por realizar as operações de empréstimos a participantes em taxas que expressaram rentabilidade inferior à mínima atuarial do respectivo plano de benefícios.

Fausto Feliciano Filho (Diretor Administrativo-Financeiro e administrador estatutário tecnicamente qualificado) infração cometida por realizar as operações de empréstimos a participantes em taxas que expressaram rentabilidade inferior à mínima atuarial do respectivo plano de benefícios.

Suely Ferreira Pedro da Silva (Diretora de Seguridade) infração cometida por realizar as operações de empréstimos a participantes em taxas que expressaram rentabilidade inferior à mínima atuarial do respectivo plano de benefícios.

Regularmente intimados, entre 22.09.2006 a 28.09.2006 (fls. 04 a 11 e 118), os Autuados apresentaram Impugnação conjunta (fls. 12 a 17), com documentos (fls. 18 a 117), sustentando:

- a) a ilegitimidade passiva dos Autuados, dado que estes apenas seguiram as determinações do Conselho Deliberativo, que fixou como índice de atualização monetária a TR acrescida de juros de 12% a.a., como fator de atualização e juros nos empréstimos concedidos aos participantes de Fundação, conforme artigo 21, inciso XI do Estatuto (fl. 42), sendo esta atribuição privativa de tal órgão;
- b) no mérito, que a taxa fixada no início do ano de 2000 (TR + 12% a.a.) era superior à meta atuarial (INPC + 6% a.a.), no entanto não foi possível prever que em 2001 e 2002 ocorreria a elevação do INPC em razão (i) da depreciação cambial, (ii) da elevação da inflação decorrente da instabilidade econômica ocasionada pela crise da Argentina, terrorismo, liberação do FGTS e eleição do Presidente Lula. Sustentam que essa



imprevisibilidade está estampada na Carta Presi-2003/0177 (fls. 92 a 105) do Banco Central para o Ministro da Fazenda, em que o Presidente Henrique de Campos Meirelles informou ao Sr. Ministro Antonio Pallozi Filho as causas de descumprimento da meta de inflação para o ano de 2002. Sendo que a meta atuarial sempre foi observada e nos anos de 2001 e 2002 não foram cumpridas em razão de fatores externos e internos que influenciaram a economia;

- c) o erro da fiscalização ao desconsiderar os outros encargos financeiros que eram cobrados dos participantes devedores. Além da TR + 12% a.a, eram cobrados dos participantes devedores (i) a taxa de manutenção de 1% (um por cento) sobre o valor do empréstimo concedido e (ii) a taxa de quitação por morte também no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor do empréstimo concedido, o que não representaria o descumprimento da meta atuarial
- d) a fiscalização não considerou os juros de 12% a.a. dos empréstimos, uma vez que ao considerar a taxa de 0,9489% a.m. não estaria prevista a capitalização composta, sendo que, pelos cálculos considerados adequados, a taxa do contrato seria de 11,395% a.a. e não de 12% a.a.
- e) aplicação alternativa do parágrafo segundo do artigo 22 do Decreto 4.942, de 30.12.2003, uma vez que não houve prejuízo para o plano e as irregularidades foram sanadas já em 2003, conforme Regulamento de Empréstimo (fls. 109 a 117) e não há agravantes que impeçam tal aplicação.

Em 18.05.2007, às fls. 125 a 134, a Análise Técnica Nº 51/2007/SPC/Gabin:

- a) afastou a preliminar de ilegitimidade passiva dos Autuados uma vez que nos termos do inciso I do parágrafo único do artigo 13 do estatuto da entidade (fl. 41) e do inciso I do

parágrafo 1º do artigo 39 do estatuto da entidade (fl. 44) cabe à Diretoria Executiva da entidade, anualmente, propor o Orçamento Anual para o exercício seguinte, contendo o plano de aplicação dos recursos disponíveis, estruturado em consonância com as técnicas atuariais e econômico-financeiras vigentes, bem como suas eventuais alterações. Ademais, caso fosse realmente proposta do Conselho, caberia à Diretoria Executiva alertá-lo, formalmente, sobre os riscos de descumprimento da meta atuarial para salvaguardar suas responsabilidades;

- b) com relação ao argumento de elevação imprevista do INPC, sustentou que é indiscutível que os investimentos estão sujeitos a variações. No entanto, o papel do administrador é o de minimizar os impactos dessas variações. No caso de empréstimos aos participantes, por se tratar de contrato com cláusulas preestabelecidas e na qual não se pode alterar o índice de reajuste de forma unilateral, cabia à administração a utilização de regras mais conservadoras, mediante adoção do índice do mínimo atuarial para evitar qualquer influência de turbulências do mercado;
- c) no tocante à alegação de ausência de cômputo da taxa de administração e taxa de quitação por morte, considerou que essas taxas não remuneraram os recursos da entidade, uma vez que tal objetivo é alcançado com o encargo financeiro estabelecido no contrato;
- d) com relação à alegada nulidade pelo índice de 0,9489% a.m. utilizado pela fiscalização, ponderou que a constatação realizada pelo relatório é idêntica à que consta no regulamento de empréstimos da entidade (item 13.0, fl. 59): "O saldo devedor será atualizado mensalmente, de acordo com o Índice da taxa Referencial-TR do primeiro dia de cada



mês, ou outro referencial que vier a substituí-lo, acrescido de juros de 12% (doze por cento) ao ano, em regime de capitalização composta, ao que corresponde a Taxa de 0,9489% (nove mil quatrocentos e oitenta e nove décimos de milésimos por cento) ao mês”;

- e) quanto ao pedido de aplicação do artigo 22, § 2º do Decreto 4.942/03, não há comprovação de que a correção foi realizada, uma vez que não há provas de que no ano de 2003 o regulamento de empréstimos foi alterado e, mesmo que houvesse sido alterado, para incidência de tal benefício, não bastaria corrigir as irregularidades futuras mas também as irregularidades passadas, do que não há provas nos autos;
- f) propugnou pela aplicação da retroatividade benigna prevista no artigo 106, inciso II, alínea “c” do CTN, consistente na aplicação da multa prevista pelo Decreto nº 4.942/03 ao invés da aplicação da pena de inabilitação prevista no Decreto nº 4.206/02, vigente à época dos fatos;
- g) assim, conclui, em vista dessas razões, pela procedência da autuação em relação a todos os Autuados opinando pela aplicação de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para os Autuados.

A Decisão-Notificação nº 22/07-10, já citada, adotou os termos da Análise Técnica, acima, formalizando, assim, a procedência do AI quanto aos Autuados, aplicando multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um.

Os Autuados foram devidamente cientificados da Decisão-Notificação, entre 18.10.2007 a 05.11.2007, conforme comprovam as fls. 137 a 139 e 141-A a 141-D.

Em 31.10.2007 (fl. 307), os Recorrentes postaram o recurso voluntário (fls. 142 a 154), acompanhado de documentos (fls. 155 a 306), sendo eles



protocolados em 05.11.2007 na SPC, sustentado:

- a) preliminarmente, que deixou de recolher o depósito recursal de 30% da penalidade previsto pelo parágrafo 3º do artigo 65 da Lei Complementar 109/01 em razão da tutela antecipada concedida pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Distrito Federal na ação ordinária nº 2007.34.00.031791-2, ajuizada pela SINDAPP – Sindicato Nacional das Entidades de Fechadas de Previdência Privada a favor de suas afiliadas, na qual restou determinado que o CGPC deveria analisar os recursos das afiliadas da Autora independentemente do depósito recursal.
- b) nulidade da Decisão-Notificação pela inaplicabilidade, no caso em questão o princípio da retroatividade benigna, sendo certo que a penalidade imposta (multa pecuniárias) seria mais gravosa que a pena de inabilitação proposta pela fiscalização, declarando taxativamente que a pena imposta é mais gravosa que a sugerida, devendo ser aplicada a pena da lei vigente à época dos fatos;
- c) nulidade da Decisão-Notificação pelo fato de a autoridade julgadora ser incompetente para proceder ao lançamento, sendo que a prerrogativa seria privativa da autoridade fiscalizadora, conforme previsão do artigo 142 do CTN;
- d) nulidade do Auto de Infração pelo fato de o campo da penalidade trazer em seu bojo uma penalidade em branco, pois não foi definida a pena prevista para o caso concreto, o que cercearia o seu direito de contraditório e ampla defesa;
- e) nulidade do Auto de Infração pelo fato de aplicar aos fatos lei aprovada posteriormente, uma vez que ao longo do ano de 2001, ano no qual foi apurado rentabilidade abaixo do mínimo atuarial, teria sido aprovado a Lei Complementar 109/01. Ou



seja, houve alteração das regras ao longo do ano;

- f) no mérito, reiterou os mesmos argumentos da defesa, contudo, sem atacar frontalmente os argumentos da Decisão-Notificação, mas se atendo apenas aos argumentos do Auto de Infração, tratando-se de uma verdadeira transcrição da Impugnação anteriormente apresentada. Juntou novos documentos consistentes (i) na Resolução da Diretoria 01/2003 que aprovou o novo regulamento de empréstimo da entidade (fls. 189 a 210) que comprovariam a alteração dos empréstimos para a taxa do mínimo atuarial (ii) nas demonstrações contábeis dos anos de 2000 e 2001 (fls. 211 a 261) demonstrando sucessivos resultados superavitários da entidade e (iii) nos demonstrativos dos resultados atuarias (fls. 262 a 306) com percentuais de retorno das aplicações acima do previsto

Em 14.03.2008, a análise técnica nº 21/2008/SPC/GAB/AG (fl. 308 e 309), subscrita pela SPC, sustentando:

- a) preliminarmente, o não conhecimento do Recurso Voluntário, uma vez que ele está desacompanhado do depósito recursal de 30% conforme previsão do parágrafo 3º do artigo 65 da Lei Complementar nº 109/2001. Apesar de existir a tutela antecipada obtida pelo Sindicato Nacional de Entidades Fechadas de Previdência Privada nos autos da ação 2007.34.00.031791-2 em trâmite pela 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, ela abrange apenas as entidades filiadas ao sindicato e não os Autuados (administradores da entidade).
- b) a SPC não fica vinculada à pena prevista no auto de infração, dado que neste a pena indicada é apenas a possível de ser aplicada (pena em abstrato). A SPC ao analisar a defesa dos



Autuados e levando em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes, decide pela pena aplicada, sendo que no caso em exame, apesar de a legislação prever a pena de inabilitação, a SPC entendeu que seria muito gravosa e decidiu pela aplicação da pena de multa pecuniária;

- c) no mérito, em razão de o recurso apenas reiterar os pontos sustentados em defesa, a SPC reiterou os seu termos da Decisão-Notificação recorrida.

Em 17.03.2008, os autos foram recebidos pela Secretaria Executiva do então CGPC (Conselho de Gestão de Previdência Complementar).

Em 29.04.2008, os autos foram distribuídos ao Conselheiro Helmut Schwarzer, sorteado como relator deste processo na 106ª (centésima sexta) Reunião Ordinária do CGPC.

Em 08.03.2010, o Conselheiro Delúbio Gomes Pereira da Silva devolveu os autos à SPC, dada a edição do Decreto nº 7.123 de 03.03.2010.

Vieram os autos a este Relator.

É o relatório.

Brasília, 24 de junho de 2010.

Luiz Gonzaga Marinho Brandão
Conselheiro

Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC



Processo nº 44000.002934/2006-55

Auto de Infração nº 26/06-90

Recurso Voluntário

Recorrentes: Zael Diógenes Moreira

Fausto Feliciano Filho

Suely Ferreira Pedro Silva

Recorrida: Secretaria de Previdência Complementar – SPC

Relator: Luiz Gonzaga Marinho Brandão

VOTO

A última intimação sobre a Decisão-Notificação foi realizada em 18.10.2007 (fls. 141). As intimações assinalavam o prazo de 15 dias para interposição de Recurso, ou seja, o prazo para sua interposição se exauriria no dia 02.11.2007 (sexta-feira). Contudo tal data é feriado nacional de Finados, assim o prazo prorrogou-se para 05.11.2007 (segunda-feira). Os Recorrentes interpuseram conjuntamente o Recurso em 05.11.2007 (fl. 142), razão pela qual é tempestivo.

Com relação à ausência de recolhimento do depósito recursal, como salientado pela Análise Técnica nº 21/2008/SPC/GAB/AG (fl. 308 e 309), a tutela antecipada obtida pelo Sindicato Nacional de Entidades Fechadas de Previdência Privada nos autos da ação 2007.34.00.031791-2, em trâmite pela 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, abrange apenas as entidades filiadas a tal sindicato e não os Autuados (administradores da entidade), o que ensejaria o não conhecimento do Recurso Voluntário pela ausência de requisito formal.



Ocorre que, em 10.11.2009, foi editada a Súmula Vinculante STF nº 21¹ e, nos termos do artigo 103-A da CF/88, tal verbete tem vinculação obrigatória a toda Administração Pública, sendo que a ato administrativo que não obedecê-la será suscetível de anulação pelo STF.

Cabe lembrar que quase 8 (oito) meses antes da edição dessa Súmula Vinculante nº 21, o STJ já havia editado a Súmula STJ nº 373², prevendo a ilegalidade de cobrança de depósito prévio para o recurso administrativo. Apesar de não haver a vinculação de tal Súmula aos órgãos da Administração, esta deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade e eficiência (art. 2º da Lei 9.784/99), visando ao "melhor cumprimento dos fins da Administração" (art. 1º da Lei 9.784/99). Dessa forma, resta evidente que a decisão pelo não conhecimento do recurso ante a ausência de depósito recursal poderia ser cassada pelo Poder Judiciário, e este determinaria a realização de novo julgamento por este CRPC. Considerando que é de interesse público e da administração a rápida solução dos processos administrativos, desde a publicação da Súmula STJ nº 373, a ausência de recolhimento do depósito prévio não poderia ser óbice à análise do recurso administrativo.

Analizando o caso específico destes autos, apesar de, no momento da interposição o Recurso Voluntário não cumprir o requisito formal necessário para o seu conhecimento, a superveniência de Súmula Vinculante nº 21 do STF, reconhecendo a inconstitucionalidade da exigência do depósito prévio recursal, obriga a Administração Pública, e por consequência esta CRPC, a desconsiderar a preliminar de não conhecimento aventada pela SPC.

Ante o exposto, nos termos da Súmula Vinculante STF nº 21, reconheço a inexigibilidade do depósito prévio previsto no parágrafo 3º do artigo 65 da Lei Complementar nº 109/2001, não podendo o Recurso, nos termos do inciso I do artigo 23 do Decreto nº 7.123/2010, deixar de ser conhecido por tal motivo.

¹ "É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo". DJe nº 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

² "É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo". DJe 30/03/2009 . RSTJ vol. 213 p. 551



O recurso possui todos os demais pressupostos recursais devendo ser conhecido.

Uma vez que inexistem outras preliminares recursais a serem analisadas, passo a enfrentar as matérias de mérito do Recurso.

No tocante à aplicação da pena de multa pecuniária ser mais gravosa que a de inabilitação, vale observar que a aplicação da pena de inabilitação representaria restrição do direito dos Autuados em exercer qualquer outra função de administração, por um determinado período, em qualquer entidade sob supervisão da PREVIC, representando, em abstrato, uma pena muito mais gravosa que a pena de multa pecuniária, que não restringiria o direito dos Recorrentes de atuar profissionalmente no âmbito das entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público.

Como se tratam de duas penas de naturezas distintas, uma pecuniária e outra restritiva de direito, a constatação de maior gravidade entre uma e outra é um aspecto altamente subjetivo. Os Recorrentes reconhecem a pena pecuniária como sendo muito mais gravosa e propugnam pela aplicação da pena de inabilitação. Assim, em tese, tal pleito poderia ser acolhido, dada a carga subjetiva existente na graduação da gravidade das penas.

Contudo, por se tratar de matéria relativa à dosimetria da pena, tal questão não ensejaria nulidade da decisão, mas tão somente a necessidade de se reformar a sanção aplicada. Como se trata de uma questão a ser analisada posteriormente à análise da existência da infração, voltarei a esta questão caso da análise dos autos se chegue à conclusão da ocorrência da infração.

Também não prospera o argumento de que a SPC, atual PREVIC, seria órgão incompetente para punir os Recorrentes, uma vez que, nos termos do artigo 142, CTN apenas o fiscal poderia aplicar a pena. Esse argumento é inteiramente descabido à luz do que dispõem o artigo 5º, combinado com o artigo 74, ambos da Lei Complementar nº 109/01, que atribuiu à SPC e, após a Lei nº 12.154/09, à PREVIC, a competência para a fiscalização das atividades



das EFPC. Ademais, o artigo 11 do Decreto nº 4.942/03, que regulamentou a Lei Complementar nº 109/01, estabelece a competência do Secretário da SPC para julgar o auto de infração e decidir pela aplicação da pena, competência que, atualmente, foi transferida para a Diretoria Colegiada da PREVIC, conforme inciso III do artigo 7º da Lei nº 12.154/09, já citada, e inciso III do artigo 11 do Decreto nº 7.075/2010. Assim, inexistente qualquer nulidade por suposta incompetência da SPC em aplicar a sanção.

No tocante à alegação de nulidade do auto de infração, na medida em que a penalidade sugerida no AI seria uma norma penal em branco, o que dificultaria o exercício do seu direito de defesa, também não prospera. A conduta foi bem descrita e consiste na autorização de concessão de empréstimos aos participantes mediante contraprestação calculada pela TR mais 12% (doze por cento) de juros ao ano. Esses empréstimos representariam aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Pelo disposto no estatuto da Entidade, verifica-se que toda a Diretoria Executiva é responsável pela aplicação dos recursos garantidores, pelo acompanhamento destes, bem como pela fiscalização e verificação da aderência aos normativos aplicáveis. A excludente de responsabilidade individual nesse caso seria reconhecida apenas se, nas atas das reuniões deliberativas da Diretoria, algum dos Autuados houvesse consignado a sua contrariedade quanto à taxa de empréstimo, o que não ocorreu. Assim, seja pela ação ou pela omissão, os Recorrentes faltaram, em tese, com o seu dever de fiscalizar, o que levaria, sempre em tese, a responsabilidade dos Recorrentes, sendo, neste caso, desnecessária a descrição da conduta individual de cada um deles, dado que toda a diretoria era responsável pelo acompanhamento das aplicações.



A última nulidade com relação a inaplicabilidade da Lei Complementar nº 109/01, pois ela teria alterado as regras do jogo durante o ano fiscal, não prospera da mesma forma que as anteriores alegações de nulidade. A previsão de aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em conformidade com a regulamentação do CMN (previsto no § 1º do artigo 9º da Lei Complementar nº 109/01) já constava do § 1º do artigo 15 da Lei 6.435/77. Da mesma forma, a necessidade de observância do mínimo atuarial, previsto no inciso II do artigo 43 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.829, de 30.03.2001 já era prevista no § 4º do artigo 7º do Regulamento anexo à Resolução nº 2.720, de 24.04.2000.

Assim, antes do início do ano de 2001, a “regra do jogo” era clara, sendo improcedente o argumento de que a nova legislação inovou nas obrigações da Entidade e que esta não poderia ser punida.

Passando à análise da apuração da existência dos elementos da infração, entendo ser importante discorrer sobre a TR e sua adoção pelas EFPC's.

A TR é definida pelo Banco Central como sendo a “taxa obtida a partir das médias dos CDBs de 30 dias a taxas pré-fixadas praticadas por bancos comerciais. A TR é ajustada por meio de um redutor, de modo a adequá-la aos contratos de poupança e do Sistema Financeiro da Habitação”. Ora, sendo a TR taxa para aplicação nos contratos de poupança e do Sistema Financeiro da Habitação, demonstrava-se atrativa aos participantes, enquanto, em regra, rentável para as EFPC's, quando acrescida da taxa de juros de 12% ao ano.

Assim, desde o final dos anos 90, várias entidades concediam empréstimos aos seus participantes e praticavam a taxa de TR+12% ao ano, uma vez que o retorno de tal taxa mostrava-se sempre superior ao mínimo atuarial, conforme quadro abaixo:

Ano	TR+12%a.a	INPC+6%a.a
1998	20,73%	8,64%
1999	18,42%	14,94%
2000	14,35%	11,59%
2001	14,56%	16,01%
2002	15,14%	21,62%
2003	17,21%	17,01%
2004	14,04%	12,50%
2005	15,17%	11,35%
Acumulado	279,35%	188,15%

Analisando quadro acima, constata-se que a escolha mostrava-se adequada até o ano de 2001, ano em que, pela primeira vez e por estreita margem, revelou-se insuficiente para atingir o mínimo atuarial. Assim, não havia ainda evidências concretas que justificassem seu abandono, podendo a tendência de rendimento abaixo do esperado ser revertida.

Em 2002, quando a rentabilidade da TR+12% a.a. permaneceu abaixo da variação do mínimo atuarial, houve um sinal de alerta para as entidades, sendo que a Entidade interessada, a COMPREV, em 2003, optou por alterar o índice, provavelmente suspeitando que a tendência de rentabilidade inferior à atuarial poder-se-ia manter por prazo maior. Note-se que, na realidade, essa alteração deixou de ser a mais rentável uma vez que nos anos seguintes (2003/2004/2005), com a queda do INPC, a taxa TR +12% retomou a tendência anterior no sentido de oferecer um retorno superior à meta atuarial então mais comumente usada.

Assim resta demonstrado que a taxa adotada pela entidade tinha sólidos fundamentos para a sua adoção, não sendo, por ser distinta da taxa adotada para fixação do mínimo atuarial, adotada de forma a prejudicar sistematicamente o equilíbrio do plano, conduzindo a bom percentual de retorno.

Neste ponto, convém rever os atos normativos tidos por violados, quais sejam, artigo 9º, § 1º da Lei Complementar nº 109 de 29.05.2001, inciso II do artigo



43 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.829, de 30.03.2001 e artigo 64 do Decreto nº 4.942 de 30.12.2003, que são assim redigidos:

Lei Complementar nº 109/01

Art. 9º As entidades de previdência complementar constituirão reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º A aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o caput será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 2.829

Art. 43. Os encargos financeiros correspondentes às operações de empréstimo e de financiamento imobiliário realizadas entre a entidade fechada de previdência privada e seus participantes:

I - (...)

II - não podem ser inferiores à rentabilidade mínima estabelecida nos respectivos planos atuariais, no caso dos demais planos.

Decreto nº 4.942/03

Art. 64. 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 de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois a dez anos.



Os empréstimos possuem caráter de investimento para a entidade, no entanto são tomados pelos participantes, pelo que seria discutível a aplicação da Súmula STJ nº 321³ aos contratos. Em razão da possibilidade desta discussão, na qual não pretendo adentrar neste momento, concluo que, ao contrário de outros investimentos que uma entidade administre, no caso específico da concessão de empréstimos a participante, dada a sua natureza, a opção da entidade em efetuar o resgate antecipado ou mesmo alteração de índice de remuneração ao sabor da volatilidade inerente a esses mesmos índices não é uma hipótese válida.

Analisando os dispositivos legais tidos por infringidos, tenho para mim que duas são as formas de interpretá-los. A primeira é a adotada pela SPC de que, ao final de cada ano fiscal, devem ser apurados os valores recebidos a título de remuneração de tais empréstimos e confrontar com a meta atuarial mínima também daquele ano fiscal. No entanto, entendo que tal interpretação pode ter distorções, uma vez que nem sempre o período do empréstimo coincide com o ano fiscal.

A segunda interpretação, à qual me filio, considera a natureza peculiar do investimento discutido nestes autos (empréstimo a participante). A apuração da irregularidade deve ser verificada em um momento diferente do apontado pela SPC. Considero que a apuração deve ser realizada ao final do empréstimo e consiste em verificar se o valor recebido pela entidade a título de remuneração foi superior à taxa mínima atuarial para o mesmo período que durou o investimento. Em sendo positivo, não houve qualquer concessão de empréstimo com encargos abaixo do mínimo atuarial.

Nesse ponto, vem a calhar preciosa passagem de artigo de Leonardo André Paixão, Ricardo Pena Pinheiro e José Carlos Sampaio Chedak⁴, que, ainda que trate de limites de alocação de investimentos, bem endereça a questão da

³ "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes". DJ 05/12/2005 p. 410. RDDP vol. 35 p. 232. RSTJ vol. 198 p. 630

⁴ "Regulação dos investimentos nos Fundos de Pensão: Evolução histórica, tendências recentes e desafios regulatórios", Revista de Previdência nº 3, Outubro/05, Editora Gramma, p. 51.



alteração das circunstâncias que contornam os investimentos das EFPC:

O fato é que não se pode ajustar todos os investimentos de forma equânime, pois investimentos de curto e longo prazo não são diferenciados apenas por tempo, mas também por taxa de retorno e maturação. Deste modo, tratar de forma igualitária aquelas aplicações que em determinado período de tempo fogem à regra por motivos alheios ao planejado, mas que no longo prazo não representam discrepância significativa, e por causa delas obrigar os gestores dos fundos de pensão a atingirem o enquadramento das aplicações, forçando-os a realizar operações em prazos muito apertados, gerando perdas inesperadas e desnecessárias no patrimônio dos planos de benefícios administrados pelas entidades de previdência complementar.

Ademais, a meu ver, não é possível se exigir dos administradores das EFPC's a alteração dos contratos firmados com os participantes para alterar a taxa de ajuste do saldo devedor. Mesmo que, como sugerido pela fiscalização, pudessem os contratos de mútuo da entidade prever um índice mínimo de remuneração de empréstimos, equivalente ao mínimo atuarial, como alternativa à taxa então utilizada de TR + 12 a.a., considero que essa previsão seria abusiva. Ainda que se discuta se tais contratos devam ou não ser regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, penso que tal previsão de índice alternativo de correção do saldo devedor iria contra o princípio da função social do contrato, inscrito no artigo 421 do Código Civil, uma vez que se trata de empréstimos aos próprios participantes da EFPC. Nesse sentido, a alteração de índice no curso do empréstimo poderia desequilibrar a equação econômico-financeira dos contratos de empréstimo em tela.

Ressalvo que não quero dizer, com isso, que os administradores da Entidade pudessem ter ficado inertes à alteração das circunstâncias econômicas que envolviam os citados empréstimos, mas, a meu ver, ao alterar a política de concessão de empréstimos da Entidade em 2003, tomaram as providências cabíveis, sem descurar do interesse de seus participantes, tentando equilibrar os interesses de toda a coletividade de participantes com os dos participantes-mutuários.

Verificando os autos, a SPC limitou-se a analisar os balanços finais da entidade, sem verificar e comprovar, contrato a contrato, individualmente, a



efetiva remuneração abaixo do mínimo atuarial. Com isso, tornou ineficaz, no caso, o parágrafo 2º do artigo 22 do Decreto nº 4.942/03 ao não ter apurado a ocorrência de efetivo prejuízo à entidade, mas tão somente ter levantado argumento que, em tese, poderia levar à perda.

Ante o exposto, por não haver provas de que os empréstimos a participantes, consistentes na aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios foram realizados em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, e por não haver indícios de que tenha ocorrido conduta culposa dos administradores da Entidade em razão das circunstâncias econômicas e negociais então vigentes, não há como prosperar o AI. Considero, assim, que há vício insanável no AI, já que a descrição dos fatos que lhe embasam é inadequada à caracterização de prejuízo à entidade, não podendo ter sido lavrado o AI sem prova idônea do efetivo prejuízo à Entidade.

Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário e DOU-LHE PROVIMENTO, para JULGAR IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 26/06-90, tornando sem efeitos, portanto a Decisão-Notificação nº 22/07-10 tomada com base na Análise Técnica nº 51/2007/SPC/Gabin.

Caso prevaleça o ponto de vista expresso neste voto, proponho a seguinte ementa para o acórdão que decidir os presentes recursos:

Tempestividade – Último dia do prazo – Feriado Nacional – Prorrogação de prazo para dia útil subsequente – Depósito Recursal – afastamento da exigência o depósito recursal previsto no parágrafo 3º do artigo 65 da Lei Complementar nº 109/2001 por força da edição da Súmula Vinculante STF nº 21 que reconheceu a inconstitucionalidade de tal exigência – Dosimetria das penas – Penas de natureza distintas (pecuniária e restritiva de direito) – Estipulação da gravidade possui caráter subjetivo, no entanto ligado à dosimetria da pena e o pedido de alteração não enseja nulidade da decisão – Aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios recursos em empréstimos a participantes com taxas inferiores ao estabelecido como taxa mínima atuarial – artigo 43, inciso II do Regulamento Anexo à Resolução CMN



nº 2.829, de 30.03.2001 – incidência do art. 64 do Decreto nº 4.942, de 30.12.2003 – no caso, a análise deveria ter ocorrido ao final do prazo do contrato de empréstimo, devendo ser confrontado o valor total recebido a título de remuneração contra o mínimo atuarial do mesmo período – razoabilidade da escolha da taxa de reajuste e juros (TR e 12% ao ano, respectivamente) diante das circunstâncias econômicas e negociais da época – ausência de provas e análise pela SPC em tais parâmetros para o caso concreto – recurso voluntário provido.

Brasília, 24 de junho de 2010.

Luiz Gonzaga

Luiz Gonzaga Marinho Brandão

Conselheiro

Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 3ª Reunião Extraordinária - 7 de julho de 2010

Relator/Conselheiro: LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO / MARTA DENISE MAIDANCHEN

Processo: 44000.002934/2006-55

Recorrentes: Zael Diógenes Moreira, Fausto Feliciano Filho e Suely Ferreira Pedro Silva

Entidade: Fundação Compesa de Previdência e Assistência – COMPREV,

Auto de Infração nº: 26/06-90

Decisão Notificação nº: 22/07-10

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 - CMN.

Penalidade: Multa no valor de R\$ 20.000,00 a Zael de Moreira, Fausto F. Filho e Suely F. P. da Silva.

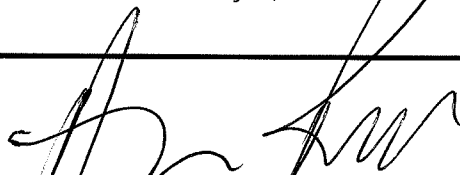
Voto do Relator: "Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário e DOU-LHE PROVIMENTO, para JULGAR IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 26/06-90, tornando sem efeitos, portanto a Decisão-Notificação nº 22/07-10 tomada com base na Análise Técnica nº 51/2007/SPC/Gabin".

Representantes	Votos
ANTÔNIO BRÁULIO DE CARVALHO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Acompanha o voto do relator
EMÍLIO KEIDANN JÚNIOR Entidades Fechadas de Previdência Complementar	Acompanha o voto do relator
DANIEL PULINO (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto do relator, com divergência quanto a fundamentação.
THIAGO BARROS DE SIQUEIRA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto do relator
ANA CAROLINA SQUADRI SANTANNA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acompanha o voto do relator
AÉCIO PEREIRA JÚNIOR (Presidente)	Acompanha o voto do relator, com divergência quanto a fundamentação.

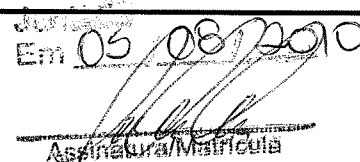
Sustentação Oral:

Resultado: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar, conhece do recurso para, no mérito, dar-lhe provimento, julgando improcedente o auto de infração, tornando sem efeitos a Decisão Notificação nº. 22/07-10.

Brasília, 7 de julho de 2010.



Aécio Pereira Júnior
Presidente



Em 05/08/2010
Assinatura/Relator